

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

**REBECCA FÉO DE OLIVEIRA**

**APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS NO DIREITO  
ADMINISTRATIVO SANCIONADOR – ANÁLISE DOS PROCESSOS DA ANP**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense. Área de Concentração: Direito Constitucional. Linha de Pesquisa: Instituições Políticas, Administração Pública e Jurisdição Constitucional. Orientador: Prof. Dr. Taiguara Líbano Soares e Souza.

Niterói  
2020

Ficha catalográfica automática - SDC/BFD  
Gerada com informações fornecidas pelo autor

048a Oliveira, Rebecca Féo de  
APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIIS NO DIREITO  
ADMINISTRATIVO SANCIONADOR : ANÁLISE DOS PROCESSOS DA ANP /  
Rebecca Féo de Oliveira ; Taiguara Líbano Soares e Souza,  
orientador. Niterói, 2020.  
172 f.

Dissertação (mestrado)-Universidade Federal Fluminense,  
Niterói, 2020.

DOI: <http://dx.doi.org/10.22409/PPGDC.2020.m.08076922712>

1. Direito Administrativo Sancionador. 2. Legalidade. 3.  
Retroatividade benéfica. 4. ANP. 5. Produção intelectual.  
I. Souza, Taiguara Líbano Soares e, orientador. II.  
Universidade Federal Fluminense. Faculdade de Direito. III.  
Título.

CDD -

Bibliotecário responsável: Sandra Lopes Coelho - CRB7/3389

## AGRADECIMENTOS

Foi preciso muito apoio e colaboração para que se chegasse à versão final deste trabalho e eu tive a sorte de tê-los em abundância.

Agradeço à Nossa Senhora e a todo apoio espiritual.

À Universidade Federal Fluminense, agradeço o acesso à educação pública de qualidade que possibilitou o aprimoramento da minha atuação profissional para melhor servir à sociedade.

Agradeço aos professores do Programa de Direito Constitucional e ao meu orientador Taiguara Souza por acompanhar-me neste trabalho sobre âmbitos diversos do conhecimento jurídico, lapidando as minhas ideias e apontando os caminhos.

Sou também grata aos meus colegas de turma que tornaram os debates em sala de aula produtivos e o aprendizado muito agradável. Em especial, agradeço à querida Maria Clara Cosati que, além de responsável, dedicada e sempre disposta a ajudar os colegas, ainda colaborou para o levantamento de dados para esta pesquisa.

Ao professor Ronaldo Lobão, agradeço o exemplo de excelência profissional e de generosidade.

Agradeço aos colegas de trabalho da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP que me inspiram com seu conhecimento e dedicação e, principalmente, ao Superintendente de Fiscalização do Abastecimento Francisco Nelson Castro Neves pelo exemplo de sensatez, ponderação e coragem voltados ao melhor atendimento da sociedade.

À minha avó Glorinha pelo amor incondicional e a torcida constante. À minha avó Isaura pela lição de sabedoria e espiritualidade.

Aos meus amados pais Denise e César por estarem sempre ao meu lado e apoiarem as minhas escolhas.

À minha irmã Ariella pela parceria em todos os momentos e ao querido sobrinho Gustavo, fonte de constante alegria.

Ao meu amor Bruno, obrigada por existir e fazer minha caminhada mais feliz.

## RESUMO

Este trabalho avalia a aplicação dos princípios previstos no artigo 5º da Constituição de 1988 que são identificados diretamente com o Direito Penal: legalidade, retroatividade benéfica, intranscendência da pena e individualização da pena, ainda que com matizes, no Direito Administrativo Sancionador. A aplicação é pertinente para preservar os direitos fundamentais dos submetidos à ação punitiva do Estado, mesmo que pessoas jurídicas. Isso porque as infrações administrativas têm aumentado, sem que, contudo, haja um regramento próprio acerca da matéria no Brasil. Os processos administrativos sancionadores julgados pela Diretoria da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP em última instância administrativa no primeiro semestre do ano de 2019 serviram de base para a análise.

**Palavras chave:** Direito Administrativo Sancionador; legalidade; retroatividade benéfica; ANP.

## **ABSTRACT**

This master's thesis examines the application of the principles stated in article 5<sup>th</sup> of Brazilian Constitution of 1988 that are associated to Criminal Law: legality, retroactivity of the most beneficial law, penalty personality and penalty individualization, even with adjustments, to the Administrative Sanctions. Such application aims to guarantee the fundamental rights of the ones submitted to the sanctioning power of the Government, even if they are legal entities. This is because administrative sanctions are increasing, but there is no specific system of laws regarding this subject in Brazil. Administrative sanctions procedures of National Agency of Oil, Gas and Biofuels – “ANP” in which the final decisions were issued in the first semester of 2019 were the basis for the analysis.

**Key words:** Administrative Sanctions; legality; retroactivity of the most beneficial law; ANP.

## LISTA DE SIGLAS

AGU – Advocacia Geral da União

AIR – Análise de Impacto Regulatório

ANA – Agência Nacional de Águas

ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil

ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações

ANCINE – Agência Nacional de Cinema

ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica

ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis

ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar

ANTAQ – Agência Nacional de Transportes Aquaviários

ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres

ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária

AMB – Associação Médica Brasileira

APA – *Administrative Procedure Act*

CAC – *Command and control*

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CPC – Código de Processo Civil

CVM – Comissão de Valores Mobiliários

EPA – *Environmental Protection Agency*

GLP – gás liquefeito de petróleo

IBAMA – Instituto Nacional do Meio Ambiente

LCP – Lei de Contravenções Penais

LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

MRC – medida reparadora de conduta

NFP – Núcleo de Fiscalização da Medição da Produção de Petróleo e Gás

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico

SBQ – Superintendência de Biocombustíveis e Qualidade de Produtos

SCL – Superintendência de Conteúdo Local

SDL – Superintendência de Distribuição e Logística

SDP – Superintendência de Desenvolvimento e Produção

SEC – *Securities and Exchange Commission*

SEI – sistema eletrônico de informações

SEP – Superintendência de Exploração

SFI – Superintendência de Fiscalização do Abastecimento

SIC – Sistema de Informação ao Cidadão

SIM – Superintendência de Infraestrutura e Movimentação

SPC – Superintendência de Produção de Combustíveis

SPG – Superintendência de Participações Governamentais

SSM – Superintendência de Segurança Operacional e Meio Ambiente

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

## LISTA DE FIGURAS E TABELA

Figura 1 – Linha do tempo das infrações, período depurador da condenação e reincidência. ....	86
Figura 2 – Linha do tempo das infrações e expiração do período depurador na vigência da Resolução ANP nº 8/2012. ....	88
Figura 3 - Linha do tempo das infrações e início da vigência da Resolução ANP nº 64/2014 durante o período depurador.....	89
Figura 4 – Fluxo do processo sancionador até a decisão de primeira instância. ....	138
Figura 5 – Fluxo do processo sancionador após a decisão de primeira instância. ....	140
Tabela 1 – Distribuição dos processos analisados por ramo de atividade regulada. ....	1477

## SUMÁRIO:

RESUMO .....	4
ABSTRACT .....	5
INTRODUÇÃO.....	12
A pesquisa .....	12
Estrutura e conteúdo .....	20
CAPÍTULO 1. DIREITOS FUNDAMENTAIS E PRINCÍPIOS PENAIS .....	24
1.1. Direitos fundamentais – humanos, naturais e positivados.....	25
1.2. Direitos fundamentais na Constituição de 1988.....	28
1.3. Direitos fundamentais penais – previsão na história constitucional do Brasil .....	30
1.4. Os direitos fundamentais como princípios .....	32
1.5. Pessoas jurídicas como sujeitos de direitos fundamentais.....	35
CAPÍTULO 2. DIREITO PENAL E DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR .....	38
2.1. Expansão do Direito Penal na sociedade de risco: expectativa de solução, realidade de frustração .....	38
2.2. A expansão na América Latina e no Brasil .....	44
2.3. “Administrativização” do Direito Penal .....	47
2.4. O Direito de Intervenção e sua relação com o Direito Administrativo Sancionador .....	50
2.5. “Penalização” do Direito Administrativo Sancionador .....	55
2.6. Princípio da proporcionalidade – diretriz do Estado Democrático de Direito .....	57
2.6.1. Fundamentos.....	57
2.6.2. Proporcionalidade da punição .....	58
2.6.3. O princípio da proporcionalidade no Brasil .....	60
2.6.4. Proporcionalidade no Direito Administrativo Sancionador .....	62

CAPÍTULO 3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS – APLICAÇÃO NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR .....	67
3.1. Legalidade – artigo 5º, XXXIX, da Constituição de 1988 .....	68
3.1.1. Legalidade no Direito Penal .....	68
3.1.2. Legalidade administrativa.....	72
3.1.3. Legalidade no Direito Administrativo Sancionador .....	76
3.2. Retroatividade da lei penal mais benéfica – artigo 5º, XL, da Constituição de 1988 .....	82
3.2.1. O princípio da irretroatividade no Direito Administrativo Sancionador.....	82
3.2.2. A irretroatividade da Resolução ANP nº 64/2014.....	85
3.2.3. A norma constitucional.....	90
3.2.4. As exceções .....	94
3.2.5. A controversa aplicação da retroatividade benéfica ao Direito Administrativo Sancionador .....	95
3.2.6. Aplicação com matizes no Direito Administrativo Sancionador .....	100
3.3. Intranscendência da pena – artigo 5º, XLV, da Constituição de 1988 .....	104
3.4. Individualização da pena – artigo 5º, XLVI, da Constituição de 1988 .....	109
CAPÍTULO 4. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS NOS PROCESSOS SANCIONADORES DA ANP.....	113
4.1. Agências reguladoras no Brasil .....	113
4.1.1. Uma história recente.....	113
4.1.2. Influência das <i>administrative agencies</i> dos Estados Unidos .....	115
4.1.3. O modelo adotado.....	121
4.2. Poderes das agências no Brasil.....	122
4.2.1. Poder normativo .....	123

4.2.2. Poder fiscalizador .....	130
4.2.3. Poder decisório sancionador .....	131
4.3. Processo sancionador na ANP – descrição e fundamentos normativos .....	133
4.3.1. Atividade sancionadora – atribuições legais da ANP.....	133
4.3.2. Divisão de atribuições de instrução e julgamento de processos sancionadores .....	135
4.3.3. A tramitação dos processos sancionadores na ANP .....	137
4.3.4. Solução consensual na atividade sancionadora da ANP .....	140
4.4. Análise dos processos julgados pela Diretoria da ANP no 1º semestre de 2019 .....	145
4.4.1. Aspectos gerais .....	145
4.4.2. Referências aos princípios constitucionais penais.....	148
4.4.3. Aplicação no Direito Administrativo Sancionador com matizes .....	150
CONCLUSÃO.....	152
REFERÊNCIAS .....	155
LEGISLAÇÃO CITADA.....	164
DECISÕES JUDICIAIS.....	165
SÍTIOS ELETRÔNICOS .....	166
ANEXO 1 .....	167
ANEXO 2 .....	173

## INTRODUÇÃO

### *A pesquisa*

O objeto deste trabalho consiste na avaliação da aplicação dos princípios constitucionais identificados com o Direito Penal no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, tendo em consideração os processos sancionadores decorrentes de autos de infração lavrados pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP e julgados pela Diretoria da Agência no primeiro semestre do ano de 2019.

O Direito Administrativo Sancionador é uma subdisciplina do Direito Administrativo e compreende todo o sistema de normas que descrevem determinadas condutas como infrações administrativas e estabelecem as correspondentes penalidades que, mediante processo administrativo, são aplicadas aos infratores por parte das diferentes entidades e órgãos que compõem a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Contemplando temas bastante variados, conforme os diferentes entes e órgãos públicos que aplicam suas normas, incluem-se no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, por exemplo, as infrações ambientais sujeitas às penas aplicadas pelos órgãos de proteção ao meio ambiente; as infrações praticadas no mercado de capitais reprimidas pela Comissão de Valores Mobiliários – CVM; as infrações praticadas no trânsito de veículos automotores; as infrações nos mercados regulados pelas agências reguladoras federais e estaduais; as infrações disciplinares praticadas pelos servidores públicos etc.

Além disso, as infrações administrativas têm aumentado na medida em que se amplia a complexidade da gestão administrativa exigida para o atendimento das necessidades sociais modificadas ao longo do tempo.

A Constituição de 1988 contém regras e princípios sobre o Direito Administrativo (em especial no artigo 37), que são indubitavelmente aplicáveis à atividade sancionadora, porém tais normas são muitas vezes insuficientes para solucionar adequadamente as questões do Direito Administrativo Sancionador.

Isso porque, nesta subdisciplina há imposição de penas àqueles que cometem infrações administrativas (das mais variadas naturezas), o que exige tratamento peculiar, pois o exercício

da atividade sancionadora pode ensejar ações arbitrárias por parte da Administração Pública, especialmente tendo em conta que alguns de seus órgãos e entidades exercem, muitas vezes ao mesmo tempo, a função de elaborar normas complementares dos textos legais, de fiscalizar o seu cumprimento e de penalizar os infratores, como é o caso das agências reguladoras federais.

Em nosso país, não há sistematização das regras aplicáveis para o Direito Administrativo Sancionador indicando as diretrizes gerais, mas apenas previsões em leis esparsas e normas específicas emitidas pelos órgãos e pessoas jurídicas de direito público das diversas esferas da Federação.

Por outro lado, a Constituição de 1988 elenca direitos fundamentais que consubstanciam normas princípios identificados intuitivamente com o Direito Penal, pois protegem os acusados de crimes e contravenções penais da arbitrariedade estatal no momento da sua punição. São eles: legalidade penal; vedação da retroatividade da lei penal, afora da mais benéfica ao acusado; intranscendência da pena e individualização da pena, previstos no artigo 5º, incisos XXXIX, XL, XLV e XLVI, respectivamente.

Também no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, cidadãos e pessoas jurídicas estão sujeitos a sofrer restrições em seus direitos em decorrência da imposição do poder punitivo do Estado. Assim, defende-se que o poder punitivo da Administração Pública obedeça às mesmas balizas que guiam a aplicação do Direito Penal pelo Poder Judiciário, sendo os regimes penal e administrativo sujeitos aos núcleos mínimos de garantias ancorados na Constituição de 1988 (BINENBOJM, 2015, p. 622).

Apesar de haver muito a ser estudado quanto ao Direito Administrativo Sancionador e aos parâmetros próprios da aplicação das garantias constitucionais penais a este ramo, observa-se que não há muitas obras acerca dessa temática em nosso País<sup>1</sup>, “faltam balizas teóricas mais consistentes voltadas a orientar o aplicador do direito sobre *quando* e *como* utilizar determinados princípios e garantias no campo administrativo, ou *como* delimitar sua extensão.” (VORONOFF, 2018, p. 26).

Tampouco é possível verificar nas decisões judiciais proferidas pelos Tribunais Superiores nacionais uma orientação clara sobre a aplicação dos princípios constitucionais penais

---

<sup>1</sup> Sobre esta temática, em âmbito nacional, destacam-se as obras da Professora Alice Voronoff: *Direito Administrativo Sancionador no Brasil – Justificação, Interpretação e Aplicação*, 2018, e do Professor Fábio Medina Osório: *Direito Administrativo Sancionador*, 2015.

no Direito Administrativo Sancionador, ou seja, a jurisprudência não tem oferecido muitos elementos para sanar as dúvidas a respeito.

Diante desse cenário, coloca-se como problema de pesquisa a inexistência de anteparo normativo próprio ao Direito Administrativo Sancionador no Brasil, bem como a incerteza quanto à plena aplicação dos princípios constitucionais identificados com o Direito Penal àquela subdisciplina.

A aplicação do Direito em todos os seus ramos tem recebido ao longo dos últimos anos a crescente influência (ou ao menos a pressão de influência) da Constituição de 1988, sendo o prisma constitucional considerado essencial para a interpretação das normas vigentes, não só no que se refere à relação entre o Poder Público e os administrados, mas também nas relações entre os particulares, quando se trata dos seus direitos fundamentais<sup>2</sup>.

A posição jurídica da Constituição em relação aos demais atos normativos no âmbito do Estado, que se expressa pelo princípio da supremacia da Constituição, indica que não há ato jurídico ou manifestação de vontade que possa permanecer válida no ordenamento quando o seu conteúdo for incompatível com a Lei Fundamental (BARROSO, 2003, p. 161), sendo as regras e os princípios expressos e implícitos no texto constitucional orientações aos operadores do Direito para lidar com as questões conflituosas.

Ante à ausência de regramento próprio, é comum afirmar-se que o agente público que decidirá acerca de uma infração administrativa deve levar em consideração também a rica trama dos princípios do direito penal (FERRAZ e DALLARI, 2002, p. 154), especialmente daqueles previstos na Constituição de 1988, como referido.

Essa compreensão não é uma inovação brasileira, mas foi debatida em países como a Alemanha e a Espanha, onde se consolidou o entendimento perante o Tribunal Constitucional de que os princípios que orientam a ordem penal aplicam-se com certos “matizes” no direito sancionador, pois “ambos são manifestações do ordenamento punitivo do Estado, tal e como reflete a própria Constituição” (ENTERRÍA, 2014, p. 192).

---

<sup>2</sup> Trata-se da aplicação horizontal dos direitos fundamentais, conforme decisão proferida no RE 201819/RJ, Segunda Turma, Relatora Ministra Ellen Gracie, Relator para o acórdão: Ministro Gilmar Mendes, DJ de 27/10/2006: “EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.”

Com a aplicação dos princípios constitucionais, pretende-se promover a proteção dos indivíduos contra o arbítrio estatal também no que se refere à atividade administrativa sancionadora.

Contudo, o fato de ainda não haver uma normatização específica para o Direito Administrativo Sancionador na Espanha faz com que ainda haja dúvidas naquele país quanto à aplicação prática do entendimento adotado pelo Tribunal Constitucional, já que é difícil graduar precisamente a diferença de intensidade de tais matizes, uma vez que não existe um critério geral, o que provoca contradições e perplexidades (GARCÍA, 2018, p. 138).

Uma vez que, no Brasil, o Direito Administrativo Sancionador está se expandindo de forma dispersa pelos órgãos e entes públicos das diversas unidades federativas, que não existe anteparo legal próprio para a subdisciplina e que não se extraem parâmetros jurisprudenciais que orientem a aplicação dos princípios constitucionais penais, tive então a curiosidade de pesquisar sobre a aplicação dos princípios constitucionais “penais” com matizes na realidade brasileira, considerando os processos sancionadores da ANP, agência reguladora federal da qual sou servidora e trabalho com processos sancionadores desde o ano de 2017.

O objetivo do trabalho é analisar as disposições da Constituição de 1988 associadas ao Direito Penal e apresentar possíveis contribuições sobre a sua aplicação no Direito Administrativo Sancionador, tendo em conta os processos sancionadores da ANP em face de agentes econômicos em decorrência de infrações praticadas no mercado regulado.

A partir da premissa de que o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador constituem ramos com fonte comum: o poder de punir do Estado, observa-se que se, por um lado, a transposição irrefletida das normas daquele ramo a este não é adequada por haver diferenças quanto à finalidade da punição; de outro, as garantias quanto à punição adequada e ao respeito dos direitos individuais é uma exigência do Estado de Direito, aplicável, portanto, em qualquer âmbito de ação punitiva estatal.

O trabalho conduz-se epistemologicamente em busca da integração possível entre as disciplinas do Direito Penal e do Direito Administrativo em sua vertente sancionadora sob a perspectiva da Constituição de 1988. Pretende-se com tal integração a realização de “pesquisa orientada”, que visa responder problemas de ordem prática (JAPIASSÚ, 1976, p. 71), no caso, aqueles relacionados à efetivação dos direitos fundamentais penais nos processos sancionadores.

Os referenciais que guiaram a pesquisa consistem na teoria dos direitos fundamentais e da defesa das garantias para a sua efetivação face ao exercício do poder punitivo do Estado, bem como o movimento de minimalismo do Direito Penal, sendo as penas mais severas compreendidas como *ultima ratio* no sistema punitivo, em linha com os ensinamentos da Escola de Frankfurt.

Na Alemanha, Winfried Hassemer observou a tendência de ampliação do Direito Penal para alcance e proteção de todos os bens universais e, com isso, o aumento das tentativas de prevenção do risco, da intenção de dominação do perigo e da intervenção estatal antes mesmo da ocorrência de quaisquer danos. “O direito penal e a pena foram promovidos à posição de portadores de esperança para a solução dos grandes problemas sociais e políticos e uma ‘demanda urgente de ação’ se associa ao aumento das vedações penais, das intervenções e das sanções” (2007, p. 83).

Neste processo, as fronteiras entre o Direito Penal, eminentemente voltado à repressão de condutas ilícitas, e o Direito Administrativo, direcionado principalmente à prevenção, foram se dissolvendo, o que é explicitado como um problema pelo autor: “a diferença entre prevenção e repressão, que distingue o direito penal tradicional, do direito administrativo policial e demais outros, tornou-se impeditiva e obsoleta. Nós queremos prevenção em todo lugar e isso sem supressões e com as armas mais penetrantes” (HASSEMER, 2007, p. 96).

O Direito Penal expandiu-se com o aumento da previsão de tipos penais de perigo abstrato, trazendo para esta disciplina aspectos de prevenção geral, típicos do Direito Administrativo, o que acabou desvirtuando o direito penal clássico, mecanismo de controle social mais rigoroso e usado quando os demais não funcionam, em um verdadeiro direito penal simbólico, que não cumpre o propósito de evitar a ocorrência de condutas ilícitas e os danos delas decorrentes.

A fim de preservar o Direito Penal como *ultima ratio* no exercício do poder punitivo do Estado, Winfried Hassemer propôs o Direito de Intervenção que, fora do âmbito do Direito Penal, passaria a tratar dos problemas da sociedade moderna relacionados aos danos coletivos e difusos, buscando meios mais eficientes para a responsabilização dos que derem causa esses eventos danosos.

O Direito de Intervenção representa o reconhecimento de que o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador são formas do exercício punitivo estatal, mas têm propósitos e

alcances diferenciados e, portanto, o regime aplicado a um não pode ser simplesmente transposto para o outro como se fossem fungíveis.

O Direito Administrativo Sancionador, por sua vez, também tem sofrido a influência do Direito Penal, aumentando-se o rigor da resposta estatal às condutas previstas como hipóteses legais de infração administrativa.

Como o ambiente administrativo presta-se prioritariamente à prevenção, as garantias dos administrados em relação à ação repressiva estatal não são tão claramente delimitadas e, assim, a influência do Direito Penal no Administrativo no sentido de fortalecer a repressão de condutas indesejadas por parte deste tem o potencial de promover violação aos direitos individuais.

Como mencionado, o Direito Administrativo Sancionador tem se expandido no Brasil e, além da maior complexidade da atuação administrativa, tem sido apontada como causa dessa expansão a frustração generalizada com a efetividade do Direito Penal (ARAUJO, 2019, p. 435).

Embora seja notório pelas ocorrências diárias de crimes e sua divulgação pela mídia que o Direito Penal é por si só incapaz de promover maior segurança e evitar a prática de mais crimes em nossa sociedade, busca-se ampliar as estratégias punitivas próprias deste ramo em âmbito administrativo na esperança de que, ali sim, a adequada repressão conduza a um cenário mais favorável quanto atendimento das expectativas de segurança.

De qualquer forma, a expansão do Direito Administrativo Sancionador em nosso País é uma realidade que, por ausência de amadurecimento teórico, acabou ocorrendo por meio de “superposição de estratégias punitivas” (ARAUJO, 2019, pp. 435-436), ou seja, uma única conduta é identificada como infração e punida por mais de um órgão ou entidade pública<sup>3</sup>.

Além de ensejar gastos que seriam desnecessários, se houvesse mais racionalidade, organização e planejamento na ação estatal, há ainda maior risco de uso imoderado do poder estatal para a punição das infrações administrativas.

Diante deste cenário, considerando a orientação do Tribunal Constitucional Espanhol de aplicação dos princípios constitucionais penais com matizes no âmbito do Direito Administrativo Sancionador e a proposta do Direito de Intervenção de Winfried Hassemer, avaliamos a pertinência de aplicação dos princípios previstos na Constituição de 1988 associados ao Direito Penal no Direito Sancionador Brasileiro e quais os ajustes necessários para tal aplicação.

---

<sup>3</sup> Esta superposição punitiva, além do potencial de ensejar sanções desproporcionais, ainda contraria a eficiência administrativa, já que há emprego dos escassos recursos públicos para a repressão da mesma conduta ilícita por parte de diversas instituições (ZARDO, 2016, p. 120).

Sem desconsiderar a importância das disposições constitucionais processuais penais, o trabalho compreendeu exclusivamente a análise dos quatro princípios constitucionais penais de direito material: legalidade penal; retroatividade da lei penal mais benéfica ao agente; intranscendência da pena e individualização da pena, por se relacionarem à justificação da atividade sancionadora em si.

É certo que a aplicação de alguns dos princípios processuais penais, como o da presunção de inocência, previsto no artigo 5º, LVII, da Constituição de 1988, por exemplo, gera dúvidas quanto à aplicação ao Direito Administrativo Sancionador e mereceria análise minuciosa, o que não constituiu objeto deste trabalho.

A partir da análise dos processos sancionadores definitivamente julgados em âmbito administrativo pela ANP decorrentes dos autos de infração lavrados em decorrência do exercício das atividades reguladas no primeiro semestre do ano de 2019, investigou-se se houve menção aos referidos princípios constitucionais “penais”, como argumento de defesa ou elemento para a manifestação dos agentes públicos.

Para orientar a análise, foram formuladas duas hipóteses de pesquisa:

1ª) Os princípios constitucionais identificados com o Direito Penal são aplicados nos processos sancionadores que tramitam na ANP.

A pesquisa revelou que os princípios constitucionais penais foram mencionados pelos autuados em suas manifestações de defesa perante a referida agência reguladora em 6% dos processos analisados.

Por outro lado, os outros participantes do processo (agentes públicos da ANP e Procuradoria Federal) praticamente não mencionaram tais princípios em suas decisões e nos pareceres jurídicos emitidos (houve uma só menção).

A hipótese foi então confirmada apenas em parte, uma vez que, ainda que na minoria dos processos administrativos analisados, tais princípios foram levantados como referenciais para a solução das questões conflituosas nos processos sancionadores.

2ª) Quando esses princípios são aplicados, não há matizes ou ajustes formulados pelas partes do processo, mas transposição do princípio, nos mesmos termos em que se aplica no Direito Penal.

Esta hipótese foi confirmada em relação a quase todos os processos.

Nas manifestações dos autuados acerca dos princípios constitucionais “do Direito Penal”, não foram apresentadas em geral quaisquer nuances próprias, mas pleiteado que sua aplicação ocorresse tal como nesta disciplina.

Houve, entretanto, uma exceção. Em um dos processos analisados, foi mencionado o princípio da legalidade do artigo 5º, XXXIX, da Constituição de 1988, porém, segundo o defendente, a legalidade penal não se equipararia a do Direito Administrativo Sancionador sendo mais flexível neste âmbito, o que, de qualquer forma, não afastaria o dever de previsão normativa, ainda que infralegal, detalhada acerca da conduta prevista como infração administrativa.

Quanto à metodologia adotada, as técnicas empregadas neste trabalho foram a de análise documental e revisão bibliográfica, cujo instrumental da pesquisa contemplou as normas em vigor, o conteúdo dos processos administrativos sancionadores julgados pela Diretoria da ANP de janeiro a junho de 2019, os registros em vídeo das reuniões da Diretoria da ANP neste período<sup>4</sup>, os dados estatísticos e os trabalhos científicos relacionados à temática dos Direitos Fundamentais, do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador.

De janeiro a junho de 2019, foram julgados em decisão final e definitiva em âmbito administrativo, 194<sup>5</sup> processos administrativos sancionadores pela Diretoria da ANP referentes às infrações praticadas no mercado regulado que foram analisados neste trabalho.

Foram, portanto, excluídos da análise os processos administrativos sancionadores disciplinares e aqueles decorrentes da aplicação de sanções relacionadas ao descumprimento contratual ou de obrigações licitatórias, que também são conduzidos pela ANP.

Como será detalhado, há mais de uma unidade organizacional da ANP que julga processos administrativos sancionadores, sendo que o processo só chega à Diretoria caso o agente econômico autuado interponha recurso por não se conformar com a decisão proferida em primeira instância.

Neste contexto, consideramos que os processos que chegam até a Diretoria da ANP foram os mais exaustivamente debatidos em âmbito interno e, ainda, aqueles nos quais a Procuradoria

---

<sup>4</sup> Desde o mês de abril de 2019, as reuniões de Diretoria da ANP são transmitidas ao vivo e podem ser assistidas por meio do endereço eletrônico: <https://www.youtube.com/user/ANPgovbr>.

<sup>5</sup> Esta informação foi obtida por meio de pedido ao Sistema de Informação ao Cidadão – SIC, em consulta formulada em 15/8/2019.

Federal perante a Agência<sup>6</sup>, integrante da estrutura da Advocacia Geral da União – AGU, emitiu parecer prévio à decisão final. Com isso, constituem objeto de estudo mais rico em elementos para a análise.

Os processos da ANP objeto da pesquisa têm praticamente em sua totalidade como atuadas pessoas jurídicas, visto que a figura do empresário individual, que tem responsabilidade ilimitada (podendo ser alcançado o seu patrimônio pessoal) quanto às dívidas da atividade empresária, é quase inexistente no mercado regulado pela Agência e também não há muitas empresas individuais de responsabilidade limitada<sup>7</sup> nos setores regulados.

A análise dos dados coletados nos processos administrativos sancionadores da ANP selecionados é apresentada especificando, quanto aos aspectos quantitativos, o número dos processos nos quais houve menção aos princípios constitucionais penais.

Em avaliação qualitativa, verificamos quais foram os princípios constitucionais penais mencionados e por qual dos atores (os agentes públicos da ANP, os atuados e seus representantes legais, ou os Procuradores Federais) e, ainda, se tais princípios foram relevantes para a decisão administrativa e em que medida houve sua aplicação.

### *Estrutura e conteúdo*

O trabalho está dividido em quatro capítulos.

Nos três primeiros, trata-se dos aspectos teóricos elementares para a condução da análise dos dados coletados, que será apresentada no Capítulo 4, juntamente com elementos específicos relacionados às agências reguladoras e à ANP.

Inicialmente, é relevante ter em conta que legalidade penal, retroatividade benéfica, intranscendência da pena e individualização da pena, previstos no artigo 5º da Constituição de 1988, são direitos fundamentais e que o enquadramento nesta categoria representa uma posição especial dessas normas em nosso ordenamento jurídico quanto ao seu alcance e à sua efetividade.

---

<sup>6</sup> Cabe à Advocacia Geral da União representar judicial e extrajudicialmente as autarquias federais, como a ANP, e prestar-lhes consultoria e assessoramento jurídico, conforme artigo 17 da Lei Complementar nº 73/1993.

<sup>7</sup> Prevista no artigo 980-A do Código Civil Brasileiro.

O Capítulo 1 trata então dos direitos fundamentais, da sua relação com as noções de direitos naturais e de direitos humanos e da importância da sua positivação nos textos constitucionais.

Em seguida, destaca-se a previsão dos direitos fundamentais que constituem o objeto deste trabalho no texto das constituições brasileiras, desde a primeira, a Constituição do Império de 1824, até a atual de 1988.

Após, observa-se que os direitos fundamentais são normas jurídicas que podem ser caracterizadas como regras ou princípios e que os direitos fundamentais objeto de análise neste trabalho são considerados princípios em nosso sistema jurídico.

A qualidade de princípios significa que estas normas são dotadas de maior grau de abstração e que possuem conteúdo expansivo. Adicionalmente, por contemplarem valores da sociedade, orientam as demais normas do ordenamento e devem ter sua efetividade garantida.

Tendo em conta que os processos administrativos sancionadores da ANP referentes às infrações praticadas no mercado regulado são, quase que em sua totalidade, movidos em face de pessoas jurídicas, apresentam-se as considerações pertinentes sobre a aplicação dos direitos fundamentais também às pessoas jurídicas.

Por fim, pode-se concluir que os direitos fundamentais, normas jurídicas de aplicabilidade imediata conforme a Constituição de 1988, que estão previstos no artigo 5<sup>a</sup>, XXXIX (legalidade penal), XL (retroatividade benéfica), XLV (intranscendência da pena) e XLVI (individualização da pena) são caracterizados como princípios e têm conteúdo expansivo, não restrito à literalidade do texto. Adicionalmente, que são todos compatíveis com as figuras das pessoas jurídicas como sujeitos de direitos.

No Capítulo 2, trata-se das relações de semelhança e diferença entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, ponderando sobre a expansão do Direito Penal na sociedade pós-industrial e sobre o conceito da sociedade do risco, bem como a pretensão de proteção de todos os bens jurídicos de maneira mais contundente.

Destaca-se o entendimento do Tribunal Constitucional da Espanha sobre serem o Direito Penal e o Direito Administrativo disciplinas que têm uma fonte comum: o exercício do poder punitivo por parte do Estado. Assim, quanto às garantias devedidas por aqueles que praticam infrações administrativas em relação à atividade repressora do Estado, há aplicação dos princípios constitucionais penais com matizes no Direito Administrativo Sancionador.

Acerca do princípio da proporcionalidade, observa-se que, no ordenamento jurídico brasileiro, é de obediência obrigatória no que se refere ao Direito Penal e ao Direito Administrativo Sancionador, bem como para os demais ramos do Direito.

Se ainda há dúvidas sobre o alcance da aplicação dos princípios constitucionais penais no Direito Administrativo Sancionador, é certo que o princípio da proporcionalidade é plenamente aplicável em qualquer ação estatal.

A partir desta perspectiva, pode-se verificar que a aplicação dos princípios constitucionais penais no Direito Administrativo Sancionador com matizes também se coaduna com o sistema jurídico nacional, especialmente considerando que é inaceitável um vazio de garantias aos que praticam infrações administrativas.

No Capítulo 3, passa-se à análise de cada um dos princípios “penais” previstos na Constituição de 1988: legalidade penal, retroatividade benéfica, intranscendência da pena e individualização da pena.

São considerados os seus aspectos literais e teleológicos, bem como o alcance desses princípios penais, avaliando-se quais seriam, em tese, em relação a cada um, as nuances necessárias para a sua aplicação no Direito Administrativo Sancionador no Brasil.

A partir dos elementos teóricos desenvolvidos nos capítulos precedentes, no Capítulo 4, passa-se às considerações sobre a fonte dos dados e sua análise.

Trata-se de início do modelo das agências reguladoras no Brasil, sobre sua história recente, a influência do modelo das *administrative agencies* dos Estados Unidos, as finalidades da regulação, considerando o sistema de regulação de comando e controle e de regulação responsiva.

Avalia-se, ainda, a circunstância de as agências reguladoras deterem, ao mesmo tempo, poder de fiscalização, normativo e decisório em face dos agentes econômicos em atuação no mercado regulado, o que levanta o debate sobre a imparcialidade das decisões administrativas.

Em seguida, descreve-se o processo sancionador da ANP, especificando as normas que orientam o seu andamento e o fluxo até a decisão final da Diretoria.

A análise dos dados coletados nos processos administrativos sancionadores da ANP selecionados é apresentada destacando-se quais foram os princípios constitucionais penais mencionados e por qual dos atores (os agentes públicos da ANP, os autuados e seus

representantes legais, ou os Procuradores Federais) e, ainda, se tais princípios foram relevantes para a decisão administrativa e em que medida houve sua aplicação.

Com tais elementos, avaliam-se as hipóteses formuladas no início da pesquisa.

Por fim, apresentamos a conclusão do trabalho de pesquisa realizado quanto à aplicação dos princípios constitucionais penais no Direito Administrativo Sancionador aplicado pela ANP aos agentes infratores das normas do mercado regulado no primeiro semestre do ano de 2019.

## **CAPÍTULO 1. DIREITOS FUNDAMENTAIS E PRINCÍPIOS PENAIS**

As disposições referentes à legalidade, à retroatividade benéfica, à intranscendência da pena e à individualização da pena constam no artigo 5º do capítulo dos direitos individuais, no título dos direitos e garantias fundamentais da Constituição de 1988.

A qualidade de direitos fundamentais que lhes foi atribuída destaca esses dispositivos constitucionais como avanços sociais dotados de importância histórica.

Adicionalmente, os dispositivos no ordenamento jurídico contêm em si uma regra ou um princípio (ÁVILA, 2016, p. 54), conforme o seu grau de abstração e generalidade, sendo os direitos fundamentais acima mencionados considerados princípios, o que lhes confere alcance mais amplo de aplicação em relação às demais disposições vigentes.

A aplicação dessas diretrizes constitucionais identificadas com o Direito Penal no âmbito do Direito Administrativo Sancionador que, à primeira vista, pode parecer evidente para alguns, já que, conforme a difundida concepção de constitucionalização do Direito, as normas da Constituição têm efeito expansivo e, assim, seu conteúdo material e axiológico irradia-se, com força normativa, por todo o sistema jurídico (BARROSO, 2005), não é aceita pacificamente sem ressalvas.

Isso porque, o Direito Administrativo Sancionador possui características e finalidades próprias, que podem ser distorcidas e frustradas, caso haja uma transposição irrefletida das normas penais ao seu âmbito. As diferenças não podem ser desconsideradas.

No Direito Penal, por exemplo, a verificação da intenção do agente infrator, por meio da identificação do dolo ou da culpa na conduta é extremamente relevante para o enquadramento típico e para a dosimetria da pena.

No Direito Administrativo Sancionador, por outro lado, este aspecto não tem a mesma relevância para o enquadramento na norma sancionadora e, inclusive, há diversas infrações e penalidades aplicadas a pessoas jurídicas, o que é atípico, embora existente<sup>8</sup>, no âmbito do Direito Penal.

---

<sup>8</sup> A responsabilidade penal das pessoas jurídicas é prevista na Lei nº 9.605/1998 referente aos crimes ambientais e tem fundamento no artigo 225, §3º, da Constituição de 1988, sendo uma exceção à regra de responsabilidade dos indivíduos pelas condutas enquadradas como crimes ou contravenções penais.

Ademais, a decisão sobre a materialidade, a autoria e a culpabilidade, que atestam a existência de um crime ou contravenção penal, bem como a aplicação da pena, cabe ao membro do Poder Judiciário, necessariamente um profissional com formação jurídica.

Já no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, a decisão condenatória por infração administrativa é proferida por agente público pertencente à estrutura do Poder Executivo que, por sua vez, tem uma formação técnica dentro do seu ramo de atuação, sendo a formação jurídica verificada apenas eventualmente.

É pertinente então que se analise a proteção dos direitos fundamentais, que é imprescindível para o Direito Penal clássico, também no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, considerando-se as características próprias desta subdisciplina.

### 1.1. Direitos fundamentais – humanos, naturais e positivados

Originalmente, os direitos fundamentais foram relacionados aos direitos humanos, a partir da perspectiva de existência de valores essenciais inerentes ao ser humano, que é defendida pelo direito natural.

A concepção medieval de pessoa como substância individual da natureza racional foi adotada por Santo Tomás de Aquino e sobre essa noção foi elaborado o princípio da igualdade essencial dos seres humanos, apesar de diferenças individuais e grupais, biológicas ou culturais. Essa igualdade é o que forma o núcleo do conceito essencial de direitos humanos como direitos que “resultam da sua própria natureza, não sendo meras criações políticas” (COMPARATO, 2001, pp. 18-19).

O termo “direito humano” constou pela primeira vez em francês em 1763 na obra de Voltaire *Tratado sobre a tolerância*, com significado semelhante ao de “direito natural”.

Já a expressão “direitos do homem”, que foi mencionada na obra de Rousseau *O contrato social*, na qual foi associada com “direitos da humanidade” e “direitos do cidadão”, foi adotada por diversos escritores do Iluminismo nas décadas de 1770 e 1780 (HUNT, 2009, p. 13) e, assim, foi difundida e consolidada ao longo dos anos.

Os direitos fundamentais são direitos identificados com a liberdade humana, que é apontada como valor anterior e superior à formação do Estado. Relaciona-se com a noção de

“direitos naturais, que são inalienáveis, imprescritíveis, permanentes, anteriores à Constituição e dotados de eficácia erga omnes” (TORRES, 2001a, pp. 259-260).

Apesar de sua identificação como de “origem natural” e inerentes ao ser humano, o registro escrito dos direitos fundamentais foi uma importante forma de atribuir-lhes reconhecimento e promover sua proteção.

Ao apresentar os direitos em uma declaração formal, confirmam-se as mudanças ocorridas nas atitudes das pessoas e as expectativas gerais da sociedade. Os documentos de Declaração de Independência dos Estados Unidos de 1776 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 abriram panoramas políticos inteiramente novos, pois permitiram o levantamento de outras causas de direitos humanos, além da campanha contra a tortura e os castigos cruéis (HUNT, 2009, p. 70).

Desde a Declaração de Direitos de 1789, os textos constitucionais de diversos países europeus, dos Estados Unidos, da então União Soviética e dos países socialistas e de países latino americanos, inclusive o Brasil, têm incorporado grande parte dos princípios ali previstos (FERRAJOLI, 2002, p. 288).

Com a positivação nos textos constitucionais, há, portanto, uma aproximação entre a legitimação interna (dever ser jurídico) e a legitimação externa (dever ser extrajurídico), já que há absorção pelo direito positivo de muitos dos velhos critérios e valores substanciais de legitimação externa, que haviam sido expressos pelas doutrinas iluministas do direito natural (FERRAJOLI, 2002, p. 288).

Entretanto, não basta a mera positivação. Pode-se dizer que um ordenamento jurídico totalitário carece de direitos fundamentais, ainda que postos formalmente. A previsão de direitos por parte das normas positivadas nesse regime decorre da condição de existência e vigência do sistema, mas não possuem o significado de direitos fundamentais, já que não representam garantia à liberdade para as pessoas (FERRAJOLI, 2001, p. 20).

A existência dos direitos fundamentais, portanto, está relacionada à efetiva contenção do exercício do poder estatal.

Observa-se em relação aos direitos humanos, que o seu elenco modifica-se de acordo com as condições históricas, os interesses das classes de poder, os meios disponíveis para a realização dos direitos, as transformações tecnológicas e etc.

A noção de direitos humanos não é, assim, imutável e estática, mas dinâmica e variável de acordo com as circunstâncias espaciais e temporais.

Isto leva Norberto Bobbio a afirmar que não existem direitos fundamentais por natureza, pois a concepção do que é fundamental altera-se conforme a cultura e a época (1992, pp. 18-19). Ele dissocia, assim, a noção de direitos naturais (inerentes ao homem) da de direitos fundamentais (moldada pelo tempo e pelos costumes), comumente relacionadas, conforme mencionado.

Com essa perspectiva dissociada, reforça a importância da positivação dos direitos fundamentais pelo texto constitucional de determinado Estado como um meio de reconhecimento de sua existência e da intenção de sua preservação.

Os direitos fundamentais constantes nos textos constitucionais operam como fonte de invalidação e que deslegitima ações, pois representam um sistema de limites direcionado ao poder soberano para contê-lo. São direitos contra o Estado, mesmo que seja democrático ou represente a maioria (FERRAJOLI, 2001, p. 38).

Além da função protetora em face de eventual abuso do poder estatal, a positivação dos direitos pelo texto constitucional é também apontada como um traço distintivo das expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais”. Os direitos humanos expressam os valores internacionalmente reconhecidos como compartilhados pela humanidade e que almejam abrangência universal (SARLET, 2003, p. 33). Já os direitos fundamentais são aqueles previstos na constituição do país, que são de observância obrigatória e objeto de proteção naquele território.

Os direitos fundamentais previstos constitucionalmente devem ser obedecidos quanto aos seus aspectos formal e material. Nos modernos Estados constitucionais de direito, a validade das leis, dos regulamentos, das sentenças judiciais e dos atos administrativos depende de sua correspondência não somente dos aspectos formais da produção normativa, mas também do significado extraído dos enunciados normativos, da valoração da correspondência do seu conteúdo com o “dever ser” jurídico que está estabelecido nas normas constitucionais (FERRAJOLI, 2002, p 287).

Os direitos fundamentais, portanto, orientam a atuação dos legisladores e, também, dos operadores do Direito ao aplicá-lo aos casos concretos.

## 1.2. Direitos fundamentais na Constituição de 1988

A Constituição de 1988 foi precedida de um período político marcado pelo autoritarismo, pela restrição da liberdade e pela violenta repressão aos que se manifestavam de forma contrária ao regime. Assim, na elaboração do texto de 1988, foi ressaltada a importância da previsão e da especificação dos direitos fundamentais, bem como dos instrumentos para a sua proteção em face dos abusos cometidos pelo Poder Público.

A Carta de 1988 inovou ao usar a expressão “direitos e garantias fundamentais” e ao dispor a respeito destes direitos logo no início do texto. Dessa forma, já se indica que os direitos fundamentais constituem parâmetro hermenêutico e consubstanciam os valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica, o que se conforma com a melhor tradição do constitucionalismo (SARLET, 2003, pp. 72 e 73).

Além disso, o rol de direitos fundamentais previstos pela Constituição de 1988 foi o mais extenso em comparação com os textos constitucionais que a precederam.

Na Constituição de 1988, estão previstos os direitos fundamentais considerados como de primeira dimensão: os direitos individuais e políticos, como são aqueles constantes no artigo 5º; os direitos de segunda dimensão: sociais, econômicos e culturais, como os do artigo 7º; e também os de terceira dimensão: os direitos difusos, relacionados ao valor da solidariedade, como é o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado previsto no artigo 225 (MORAES, 2015, p. 29).

Adicionalmente, também estabelece no seu artigo 5º um sistema de garantias e remédios para a proteção dos direitos fundamentais, como o habeas corpus, o mandado de segurança, o habeas data e o mandado de injunção, respectivamente nos incisos LXVIII, LXIX, LXXI e LXXII.

Quanto aos direitos fundamentais individuais, inovou, ainda, o texto de 1988 ao incluí-los como cláusula pétrea, conforme seu artigo 60, §4º, impedido sua supressão por ação do poder constituinte derivado.

Os direitos fundamentais em nosso sistema jurídico estão, portanto, positivados e os de natureza individual não podem ser suprimidos por emenda constitucional.

A caracterização de “fundamentais” dos direitos refere-se ao seu conteúdo material, pois compreende “posições jurídicas concernentes às pessoas que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância, integradas ao texto da Constituição”; e também ao seu conteúdo formal, na medida em que são “retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal)” (SARLET, 2003, p. 85).

Em termos gerais, é reconhecida a importância da preservação dos direitos fundamentais.

Isso, entretanto, não é suficiente para promover a efetivação do rol dos os direitos previstos no texto constitucional, todos considerados relevantes para promover o bem-estar dos indivíduos. “Embora o sistema constitucional acrescente alguma coisa à proteção dos direitos morais contra o governo, está longe de garantir esses direitos” (DWORKIN, 2002, p. 286).

Além disso, o alcance das previsões constitucionais também é muitas vezes objeto de controvérsia.

É este o caso dos quatro direitos individuais previstos no artigo 5º, os direitos fundamentais penais, que serão objeto de análise neste trabalho quanto à sua aplicação ao Direito Administrativo Sancionador.

Tais direitos fundamentais penais estão expressamente previstos no artigo 5º da Constituição de 1988: no inciso XXXIX, não há crime ou pena sem lei anterior que a defina; XL, a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu; XLV, nenhuma pena passará da pessoa do condenado; e XLVI, a lei regulará a individualização da pena.

Classificam-se como direitos fundamentais de primeira geração, relacionados à liberdade, e possuem, assim, um caráter negativo, pois demandam essencialmente abstenções do Estado, o não fazer por parte deste, para que se concretizem.

Apesar do reconhecimento atual de sua importância e de suas origens longínquas no tempo, ao longo de nossa história constitucional, esses direitos nem sempre foram garantidos aos envolvidos com o sistema penal. Ao contrário, em determinados momentos, muito pouco protegido por parte da lei formal esteve o cidadão acusado de ilícitos em face da ação do Estado brasileiro.

### 1.3. Direitos fundamentais penais – previsão na história constitucional do Brasil

Os direitos fundamentais objeto de análise neste trabalho não foram instituídos em nosso sistema jurídico pela Constituição de 1988, embora apenas neste texto mais atual estejam contemplados todos os quatro ao mesmo tempo.

Em nossa primeira Constituição, a do Império de 1824<sup>9</sup>, o artigo 179, III, previa, em termos gerais, que a disposição legal não teria efeito retroativo.

Especificamente quanto à atividade punitiva, já mencionava no mesmo artigo 179 que nenhum cidadão seria punido senão em virtude de lei anterior (no inciso XI) e a igualdade da lei para todos “quer proteja, quer castigue” recompensando em proporção dos merecimentos de cada um (no inciso XIII), destacando-se aqui a referência expressa à proporcionalidade quanto à aplicação da penalidade.

Apesar da previsão normativa, a igualdade para todos referida pelo texto não se destinava realmente a toda a população, pois durante praticamente todo o tempo de vigência da Constituição Imperial os negros eram escravizados no Brasil, o que só teve fim com a Lei Áurea em 1888. Adicionalmente, o voto era censitário restringindo a representatividade política aos homens brancos com patrimônio, o que correspondia a pouco mais de 1% da população<sup>10</sup>, excluídos assim os indígenas e as mulheres.

A Constituição do Império também previu, quase nos mesmos termos que temos hoje na Constituição de 1988, a intranscendência da pena, ao dispor que “nenhuma pena passará da pessoa do delinquente”, no artigo 179, XX.

Em 1891, a primeira Constituição da República estabeleceu que não haveria imposição de pena sem lei anterior (artigo 72, §15) e a irretroatividade da lei em termos gerais (artigo 11, 3º). Ainda, manteve, nos mesmos termos da sua precedente, a previsão de que a pena não passa da pessoa do delinquente (artigo 72, §19).

---

<sup>9</sup> Constituição Política do Império do Brasil de 1824. Disponível em: [https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137569/Constituicoes\\_Brasileiras\\_v1\\_1824.pdf](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137569/Constituicoes_Brasileiras_v1_1824.pdf). Acesso em: 9/8/2019.

<sup>10</sup> Idem, ibidem, p. 45.

Na Era Vargas, a Constituição de 1934<sup>11</sup>, no artigo 113, manteve a previsão de punição por fato criminoso previsto em lei quando da realização da conduta (item 26) e a previsão de que a pena não passa da pessoa do delinquente (item 28).

Como destaque desta Carta, verifica-se, pela primeira vez, a previsão de retroatividade da lei penal em favor do réu (item 27).

Esta inovação, contudo, teve vida curta. Apenas três anos depois, foi instituída a Constituição de 1937<sup>12</sup>, influenciada pela Constituição da Polônia de 1935.

Este novo texto previu no artigo 122, item 13, a irretroatividade da lei penal ao prever que penas estabelecidas ou agravadas pela lei nova não se aplicavam aos fatos anteriores, o que era uma previsão importante, uma vez que, neste mesmo item 13, estabeleceu a possibilidade de a lei instituir a pena de morte para vários crimes.

Não contemplou previsão específica a respeito da intranscendência da pena, tampouco sobre a retroatividade benéfica da lei penal.

A Constituição de 1946<sup>13</sup>, já após o fim da Era Vargas, estabeleceu, no artigo 141, §29, pela primeira vez que “a lei regulará a individualização da pena” e, neste mesmo parágrafo, que a lei só retroagirá para benefício do réu, retomando a previsão do texto de 1934.

Manteve a previsão de que a pena não passará da pessoa do delinquente (§3º) e, quanto à legalidade penal, não contemplou previsão específica.

Em 1964, inicia-se o período de regime militar, sendo a nova Constituição outorgada em 1967<sup>14</sup>. O texto manteve, no artigo 150, a previsão de que a pena não passa da pessoa do delinquente e a regulação por lei da individualização da pena (§13).

Não contemplou previsão específica a respeito da legalidade penal ou da retroatividade benéfica, tampouco previu a irretroatividade da lei penal.

---

<sup>11</sup> Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1934. Disponível em: [https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137602/Constituicoes\\_Brasileiras\\_v3\\_1934.pdf?sequence=10](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137602/Constituicoes_Brasileiras_v3_1934.pdf?sequence=10). Acesso em: 9/8/2019.

<sup>12</sup> Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937. Disponível em: [https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137571/Constituicoes\\_Brasileiras\\_v4\\_1937.pdf?sequence=9](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137571/Constituicoes_Brasileiras_v4_1937.pdf?sequence=9). Acesso em: 9/8/2019.

<sup>13</sup> Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. Disponível em: [https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/139953/Constituicoes\\_Brasileiras\\_v5\\_1946.pdf?sequence=9](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/139953/Constituicoes_Brasileiras_v5_1946.pdf?sequence=9). Acesso em: 9/8/2019.

<sup>14</sup> Constituição do Brasil de 1964. Disponível em: [http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137603/Constituicoes\\_Brasileiras\\_v6\\_1967.pdf?sequence=9&isAllowed=y](http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137603/Constituicoes_Brasileiras_v6_1967.pdf?sequence=9&isAllowed=y). Acesso em: 9/8/2019.

A Emenda Constitucional de 1969, que foi outorgada conforme atribuições conferidas pelo Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, não alterou o cenário acima, apenas transpôs para o artigo 153 os direitos sobre intranscendência da pena e individualização desta (§13).

Como mencionado, a Constituição de 1988 contempla no texto em vigor ao mesmo tempo os quatro direitos fundamentais de natureza penal, nos seguintes termos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  
(...);  
XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;  
XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;  
(...);  
XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;  
XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:  
a) privação ou restrição da liberdade;  
b) perda de bens;  
c) multa;  
d) prestação social alternativa;  
e) suspensão ou interdição de direitos;

As referidas previsões do artigo 5º constituem proteção do indivíduo em face de atividade arbitrária do Estado no exercício do poder de punição e consubstanciam o valor da justiça.

#### 1.4. Os direitos fundamentais como princípios

Os direitos fundamentais positivados constituem-se normas jurídicas e, conforme expressa previsão do artigo 5º, §1º, da Constituição de 1988, têm aplicabilidade imediata.

As normas jurídicas de direitos fundamentais são muitas vezes caracterizadas como princípios, embora também possam ser caracterizadas como regras (ALEXY, 2015, p. 86).

Segundo Ronald Dworkin, a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica, ambos consistem em padrões que orientam decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas se distinguem quanto à natureza da sua orientação, sendo as regras aplicadas à maneira do “tudo-ou-nada” (2002, p. 239).

Em outra perspectiva, Humberto Ávila compreende que também as regras dependem de processos de ponderação quanto à sua aplicação, não sendo esse aspecto exclusividade dos princípios (2016).

Na lição de Robert Alexy, os princípios são “mandamentos de otimização”, que exigem a sua realização na maior medida possível. Por isso, não contém um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*, ou seja, são à primeira vista, em tese, aplicáveis, porém sua efetivação no caso concreto depende das circunstâncias, o princípio contempla determinadas razões que podem ser afastadas por razões antagônicas (2015, pp. 103-104).

Os princípios são normas abertas e flexíveis, não possuem limites rígidos pré-definidos quanto ao seu alcance. Por este motivo, “torna-se por vezes muito árdua, senão impossível, a tarefa de estabelecer a priori as fronteiras dos seus âmbitos normativos com seus congêneres” (SARMENTO, 2001, p 39).

Na qualidade de mandamentos de otimização, os princípios podem, portanto, ser satisfeitos em graus variados, sendo que a medida de sua satisfação depende de possibilidades fáticas e jurídicas. “O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes” (ALEXY, 2015, p. 90).

Assim, compreende-se que a abrangência dos princípios é ampla e o que pode inviabilizar a sua aplicação a determinado caso concreto é o eventual conflito com outra norma jurídica igualmente válida, também aplicável em tese, seja esta norma um princípio ou uma regra.

Adicionalmente, “os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância” (DWORKIN, 2002, p. 242).

Os princípios substanciais expressados pelos direitos fundamentais estão no patamar mais elevado das normas e, assim, subordinam a soberania popular e a regra da maioria (FERRAJOLI, 2001, p. 37).

Superou-se em nosso sistema jurídico a incerteza quanto à força normativa dos princípios, que é plenamente reconhecida. “Atualmente, os princípios são considerados normas jurídicas primárias e devem ser levados em consideração mesmo nas hipóteses em que existam regras jurídicas sobre determinado assunto” (OLIVEIRA, 2013, p. 42).

Além disso, quanto aos princípios constitucionais, “são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui” (BARROSO, 2003, p. 151). Assim, os princípios constitucionais consubstanciam os postulados básicos e as

finalidades da Constituição, razão pela qual orientam a aplicação das demais normas do sistema. Os princípios constitucionais fundamentais guiam a atividade hermenêutica dos operadores do direito (PEIXINHO, 2000, p. 115).

Acerca da sua eficácia jurídica, os princípios detêm o caráter: interpretativo – significa que têm aplicação ampla e assim, ao contrário do que ocorre com as regras, a norma que consubstancia um princípio sobre determinada matéria deve ser interpretada de modo a realizá-lo o mais amplamente possível; negativo – funciona como um limite, impedindo a prática de atos ou edição de normas que contrariem o princípio; e de vedação ao retrocesso – evita que o legislador destrua as conquistas alcançadas quanto à aquisição de direitos (BARCELLOS, 2002, pp. 80/81).

Adicionalmente, os princípios constitucionais apresentam “uma função supletiva, regulando imediatamente o comportamento dos seus destinatários, diante da inexistência de regras constitucionais específicas sobre determinadas matérias” (SARMENTO, 2003, p. 55).

Em relação aos direitos fundamentais positivados pela Constituição de 1988 e que constituem o tema deste trabalho são comumente tratados como princípios penais.

As disposições constitucionais acerca da legalidade penal, da retroatividade benéfica, da intranscendência e da individualização da pena, previstas no artigo 5º da Constituição de 1988, possuem caráter geral e aberto quanto à proteção do indivíduo em face do poder estatal.

O elemento característico dos princípios é a indeterminação estrutural que se pode identificar nas referidas normas. “Princípios são prescrições finalísticas com elevado grau de generalidade material, sem consequências específicas previamente determinadas” (ÁVILA, 2016, p. 155).

Assim, na qualidade de princípios constitucionais, a legalidade penal, a retroatividade benéfica, a intranscendência da pena e a sua individualização não têm limites de alcance rigidamente traçados, destinam-se a orientar a elaboração das normas infraconstitucionais e a conduzir a aplicação do Direito nos casos concretos.

Ademais, possuem conteúdo expansivo, ou seja, destinam-se a ampliar a abrangência do valor a que se relacionam: a justiça na punição estatal às condutas que afrontam o ordenamento jurídico vigente.

Desse modo, é inadequado tratar tais princípios constitucionais como se fossem princípios de Direito Penal, já que não estão restritos a esse âmbito, pois orientam o exercício da função punitiva estatal.

### 1.5. Pessoas jurídicas como sujeitos de direitos fundamentais

É pertinente a verificação da compatibilidade dos direitos fundamentais em relação às pessoas jurídicas, pois o objeto de análise são os processos administrativos sancionadores aplicados pela ANP aos agentes no mercado regulado, majoritariamente pessoas jurídicas<sup>15</sup>.

Embora os direitos fundamentais estejam originariamente relacionados à condição humana e com a positivação desses direitos para a proteção do indivíduo, observa-se que, com as modificações ocorridas ao longo do tempo referentes às circunstâncias políticas, sociais e econômicas, surgem novas demandas por direitos.

Com isso, no rol de direitos fundamentais expressos em Declarações universais de direitos e na Lei Maior dos países, verifica-se que nem todos os direitos indicados estão restritos ao ser humano, mas possuem abrangência mais ampla.

Como mencionado, as normas-princípio dos direitos fundamentais têm alcance expansivo e, assim não havendo identidade absoluta entre a condição humana e o objeto de proteção do princípio, verifica-se, ao menos em tese, o seu alcance a outros sujeitos e entes formais.

Como já havia alertado BOBBIO: “não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar, como o direito (...) de respeitar a vida dos animais, não só dos homens” (1992, pp. 18-19).

Em relação aos direitos que já estão positivados, é possível identificar a existência de princípios constitucionais que não estão adstritos à condição humana, mas que também alcançam entes constituídos por atos formais, como as pessoas jurídicas.

A teoria da realidade jurídica, que é mais difundida atualmente quanto à natureza jurídica desses entes, e que se contrapõe à teoria da ficção jurídica, expressa a noção de que pessoas jurídicas são sujeitos de direitos e deveres independentemente dos seus sócios ou dos agentes que

---

<sup>15</sup> A ANP não penaliza somente condutas infracionais dos agentes regulados, mas sim de todos aqueles que atuam no mercado regulado. Para a realização das atividades reguladas, é preciso que o agente econômico previamente requeira e obtenha a autorização do exercício da atividade à ANP. Para autorizar o exercício da atividade regulada, a ANP exige o cumprimento dos requisitos previstos em suas normas, estabelecidos de forma compatível com a complexidade e os riscos de cada atividade. Caso o agente econômico não possua a autorização necessária, mas mesmo assim exerça a atividade regulada, não é um agente regulado, mas está sujeito às penalidades aplicadas pela Agência.

conduzem suas atividades. Assim sendo, há separação dos interesses e do patrimônio<sup>16</sup> da pessoa jurídica e das pessoas físicas.

A extensão dos direitos e deveres fundamentais às pessoas jurídicas significa que alguns direitos não são “direitos do homem”, podendo haver titularidade de direitos fundamentais e capacidade de exercício por parte de pessoas não identificadas com cidadãos de “carne e osso” (CANOTILHO, 2008, p. 419).

Na Constituição de 1988, embora o foco seja o indivíduo, as previsões do artigo 5º, dentre as quais se incluem os princípios constitucionais penais, aplicam-se às pessoas jurídicas, no que for compatível.

Em relação aos direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988, observa-se que “o regime jurídico das liberdades públicas protege tanto as pessoas naturais, brasileiros ou estrangeiros no território nacional, como as pessoas jurídicas, pois têm direito à existência, à segurança, à propriedade, à proteção tributária e aos remédios constitucionais” (MORAES, 2015, p. 33).

Para determinar quais os direitos e deveres são compatíveis com a natureza das pessoas jurídicas, é necessário avaliar o conceito e o âmbito normativo específico do direito fundamental. “Em fórmula sintética e aproximada: as pessoas colectivas(sic) gozam de direitos fundamentais que não pressuponham *características intrínsecas ou naturais do homem como sejam o corpo ou bens espirituais*<sup>17</sup>” (CANOTILHO, 2008, p. 419).

Há previsão constitucional e legal da prática de crimes por pessoas jurídicas, embora em caráter de exceção.

Naturalmente, no desenvolver do processo penal para a apuração de tais crimes e a responsabilização da infratora, verificada a materialidade, autoria e culpabilidade, serão plenamente aplicáveis os princípios penais da legalidade, retroatividade benéfica, intranscendência e individualização da pena.

Não haveria qualquer justificativa para o afastamento desses direitos tratando-se de pessoa jurídica a acusada do crime.

Evidencia-se, assim, a compatibilidade dos princípios constitucionais penais com as pessoas jurídicas, na qualidade de sujeitos desses direitos fundamentais. Não há qualquer

---

<sup>16</sup> A confusão patrimonial entre o sócio e a pessoa jurídica é, inclusive, causa de desconsideração da personalidade jurídica para alcançar o patrimônio do sócio quanto às dívidas sociais, conforme artigo 50 do Código Civil.

<sup>17</sup> Em itálico no original.

justificativa para a restrição do seu alcance a essas figuras, pois tais direitos fundamentais penais não são inerentes à condição humana, mas à ação do Estado, ele próprio um ente não humano.

## **CAPÍTULO 2. DIREITO PENAL E DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**

A sociedade moderna tem enfrentado desafios relacionados à insegurança e à ocorrência de danos difusos e coletivos. Para superá-los, o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador têm sido usados como instrumentos, o que conduz à expansão do âmbito da abrangência de ambos, observando-se influências mútuas.

A compreensão sobre esses aspectos, sobre o que diferencia esses ramos do conhecimento jurídico e, ainda, sobre a obrigatória observância do princípio da proporcionalidade no sistema jurídico nacional, é pertinente para avaliar o alcance das disposições constitucionais identificadas diretamente com o Direito Penal no âmbito do Direito Administrativo Sancionador.

### 2.1. Expansão do Direito Penal na sociedade de risco: expectativa de solução, realidade de frustração

No final do século XX, foi observada por Ulrich Beck a existência da sociedade de risco, tratada como uma sociedade catastrófica, na qual o convívio das pessoas é marcado pelo sentimento do medo (2010, pp. 28 e 60).

A modernidade no final do século XX permitiu o desenvolvimento das instituições sociais e a sua difusão em escala mundial, o que criou meios de existência mais segura e proveitosa para os seres humanos, se comparadas com aquelas dos sistemas pré-moderno. Por outro lado, a modernidade também tem um lado sombrio, que se tornou muito aparente no século atual (GIDDENS, 1991, pp. 12-13).

A aceleração dos acontecimentos, das trocas de informação e das transformações tecnológicas e econômicas que vivemos conduz ao aumento da ansiedade nas pessoas, da incerteza e da sensação de insegurança (SÁNCHEZ, 2001, pp. 34-35).

É certo que os riscos sempre fizeram parte do desenvolvimento das sociedades, mas o seu incremento e a facilidade de comunicação a seu respeito acabam ensejando verdadeiras situações sociais de ameaça. Isto porque, forma-se um contexto público de alerta, que fomenta a contínua necessidade de intervenções por parte do Estado, sejam elas “cosméticas ou efetivas no desenvolvimento técnico-econômico” (BECK, 2010, pp. 24 e 27).

Uma sociedade de risco exige a presença de um Estado gestor de risco e, eventualmente, de um Direito que reduza o risco (GARCÍA, 2018, p. 149).

Boa parte dessas intervenções é, ainda, realizada através do Direito Penal, mais precisamente por meio da edição de leis penais mais rigorosas com a expectativa de que a maior repressão dos comportamentos indesejados e a punição exemplar dos criminosos conduza a maior sensação de segurança.

Diz-se “ainda” porque não é nova a intenção de uso do Direito Penal com o intuito de promover a paz social.

Em pesquisas nos países europeus nas primeiras décadas do século XX<sup>18</sup>, verificou-se que a política penal já era usada para regular o fluxo da criminalidade. O aumento do grau de punição das condutas ilícitas e a introdução de novos métodos de punição vêm sempre acompanhados do argumento de que o crescimento da criminalidade é o resultado de uma liberalidade excessiva e que a taxa de criminalidade será reduzida com a intensificação da punição (KIRCHHEIMER e RUSCHE, p. 257).

No contexto de medo da sociedade de risco, os cidadãos voltam as suas expectativas de paz e segurança para o Estado e, para que o Estado possa atender a essas expectativas, os cidadãos estão dispostos a lhe conceder cada vez mais posições de poder, trocando a sua liberdade pela almejada segurança (HASSEMER, 2007, p. 237).

Muitas vezes não se dão conta de que agindo assim podem estar, de fato, submetendo-se a um contexto ainda mais incerto e arriscado, mas isso não importa, já que a ação pelo medo não se conduz necessariamente pela racionalidade, ao contrário.

Neste contexto, ofusca-se a concepção de intervenção mínima do Direito Penal, que confere ao legislador o direito de criar o tipo penal apenas quando a tutela penal for imprescindível, quando não há alternativa menos rigorosa para lidar com o problema (LUISI, 1991, p. 31).

Nessa sociedade marcada pelo medo, os cidadãos vão esvaziando a sua própria importância e responsabilidade quanto à definição das tarefas de interesse público geral, confiando que isso cabe ao Estado, que deverá usar de sua força para atender os seus anseios de maior segurança da população.

---

<sup>18</sup> Os dados estatísticos referem-se à Inglaterra, França Alemanha e Itália, dos anos de 1900 a 1932 (KIRCHHEIMER e RUSCHE, 2004, p. 259).

Conforme Ulrich Beck, essa é uma “sociedade catastrófica”, na qual “o estado de exceção ameaça converter-se em normalidade” (2010, p. 28).

Acerca do estado de exceção, Carl Schmitt afirma que se trata de uma decisão do soberano diante de um caso excepcional, ou seja, de uma situação de delimitação imprecisa, mas de extrema necessidade e perigosa para a existência do Estado, que não esteja prevista na ordem jurídica vigente. Schmitt destaca que a previsão da Constituição alemã de 1919 que confere ao presidente a faculdade de declarar o estado de exceção, mas sob o controle do Parlamento, corresponde à prática do Estado de direito e a seu desenvolvimento. “Diante de um caso excepcional, o Estado suspende o direito em virtude do direito à sua própria conservação”<sup>19</sup> (2009, pp. 13-18).

O estado de exceção não corresponde a toda medida ou ordem emergencial policial, mas sim a atribuição de um poder em princípio ilimitado, pois capaz de suspender toda a ordem vigente. O estado de exceção difere da anarquia e do caos, pois a ordem continua subsistindo, ainda que não seja uma ordem jurídica. “A existência do Estado mantém, nesse caso, uma indubitável superioridade sobre a validade da norma jurídica. A decisão liberta-se de qualquer ligação normativa e torna-se, num certo sentido, absoluta” (SCHMITT, 1996, p. 92).

Giorgio Agamben relaciona o estado de exceção à criação de estruturas legais para fundamentar o uso da força estatal de forma autoritária, ou seja, o estado de exceção apresenta-se como “a forma legal do que não pode ter forma legal”, sendo que, em sua versão moderna, consiste na tentativa de incluir na ordem jurídica a própria exceção, criando uma zona em que o fato e o direito coincidem (2004, pp. 12 e 42).

O Direito Penal tem papel fundamental nesse processo, pois serve como instrumento para promover, de modo legal, a contenção de condutas indesejadas por meio do uso da força de forma imoderada e mal distribuída entre as classes sociais.

Na perspectiva de Jesús María Sánchez, a expansão do Direito Penal é, na verdade, o produto de uma espécie de perversidade do aparato estatal que busca no permanente recurso à legislação penal uma (aparente) solução fácil para os problemas sociais, direcionando para o plano simbólico (que ameniza as pressões populares e da mídia) aquilo que deveria resolver-se em nível instrumental, ou seja, de proteção efetiva (2001, p. 21).

---

<sup>19</sup> Tradução livre da autora.

Com o passar do tempo e as mudanças sociais, há também mudanças de valores e novos bens de interesse individual e coletivo a tutelar. Assim, observa o autor que existe um espaço de expansão razoável do Direito Penal, que se refere à proteção desses novos bens jurídicos, dos novos interesses ou das novas valorações sobre interesses já existentes (SÁNCHEZ, 2001, pp. 25-26).

Não há dúvidas quanto à importância de se reprimir condutas criminosas de alto potencial destrutivo como, por exemplo, as realizadas por meio da rede mundial de computadores, ou de combater os delitos cibernéticos ou mesmo os já conhecidos delitos financeiros, mas que sejam praticados de formas mais sofisticadas com artifícios que dificultem sua identificação pelas autoridades em razão da tecnologia disponível.

Entretanto, nesse movimento de “expansão razoável do Direito Penal” tratado por Jesús María Sánchez, percebe-se que se, de um lado, surgem novos bens jurídicos carecedores de proteção, por outro, alguns dos bens jurídicos tradicionalmente protegidos pelo Direito Penal não mais justificam essa intervenção e deixam de ser tratados como crimes.

Foi o que ocorreu, por exemplo, no Brasil com os tipos penais de adultério e de rapto, que deixaram de ser considerados crimes em nosso sistema jurídico<sup>20</sup>.

Compreende-se, então, que há, mais propriamente, modificação razoável do Direito Penal no tempo, em movimento de expansão e retração justificado pelas alterações nas circunstâncias históricas, sociais e culturais.

Para além desse movimento de razoável modificação, contudo, o Direito Penal tem se expandido para atender finalidades que não lhe são próprias.

Winfried Hassemer adverte que a crise da política criminal moderna, que está orientada para as consequências que determinado comportamento pode ter, tende a transfigurar o Direito Penal em um instrumento que garante a política, contemplando bens jurídicos universais e crimes de perigo abstrato. É o Direito Penal expandido que se ajusta às concepções de “insegurança global” em uma “sociedade de risco” (2008, p. 230).

Em reação anti-iluminista no século passado, proliferaram-se as doutrinas que têm inspirado os modelos penais em que vigora a legalidade atenuada, nos quais os tipos penais são formas “elásticas e indeterminadas, por espaços de fato, quando não de direito, abertos à analogia

---

<sup>20</sup> Os crimes de adultério e rapto previstos na redação do Código Penal de 1940, deixaram de ser considerados crimes por meio da Lei nº 11.106/2005.

*in malam partem*” e também pelo caráter central atribuído à pessoa do réu nas investigações e no juízo sobre a sua periculosidade e às correspondentes medidas preventivas (FERRAJOLI, 2002, p. 304).

Nesse contexto, há uma expansão desarrazoada e preocupante do Direito Penal, que é movida pelo sentimento de medo e pela insegurança das pessoas, associada à oportunidade de projeção política, a outros interesses individuais, ao imediatismo inconsequente ou mesmo à ingenuidade dos representantes do povo, da mídia e de parte da opinião pública.

Seria uma expansão como “espetáculo”, que “representa concretamente uma fabricação de alienação” (DEBORD, 2003, p. 26), a ilusão de que mais disposições penais e maior repressão seriam importantes para frear as condutas delituosas, evitar danos e possibilitar a desejada sensação de segurança e harmonia.

No mesmo sentido, a expansão do Direito Penal é associada ao descrédito com a proteção dos bens jurídicos por parte de outras fontes normativas. A ética social, o Direito Civil, o Direito Administrativo e os demais mecanismos de produção não jurídicos parecem todos insuficientes para promover maior segurança para as pessoas (SÁNCHEZ, 2001, p. 61).

Há um processo de “inflação do direito penal”, também do processo penal, como instrumentos de substituição das tarefas que deveriam ser realizadas por outras funções de controle (FERRAJOLI, 2002, p. 310), como é o caso do Direito Administrativo Sancionador.

A eventual deficiência do Direito Administrativo Sancionador ou de outras normas de controle social em alcançar seus propósitos, contudo, não justificariam a inclusão de condutas administrativamente proibidas no âmbito de repressão do Direito Penal. Deveria conduzir, isto sim, a maiores esforços para o aprimoramento do sistema administrativo sancionador (CARLOS DE OLIVEIRA, 2012, p. 142), bem como das demais fontes normativas ou negociais.

Porém, o que ainda se percebe é uma enorme expectativa depositada no Direito Penal: lidar com a insegurança das pessoas e reprimir os comportamentos indesejados não satisfatoriamente contidos por outros sistemas de normas.

Apesar das expectativas, o Direito Penal não atende em termos práticos o objetivo de trazer maior tranquilidade às pessoas, o que devia ser esperado, já que a expansão do Direito Penal não é acompanhada de elementos empíricos que indiquem ser o remédio eficaz para lidar com o problema da insegurança, tampouco elementos sobre os efeitos que se pode esperar e a avaliação vantagens em relação às desvantagens dessa expansão.

Como consequência da criação excessiva de delitos e a inexistência de critérios que indiquem ser solução compatível com o problema que se objetiva atacar, observa-se o esvaziamento da força intimidadora da pena (LUIZI, 1991, p. 28). “A pena poderá somente manter vivo o seu sentido, caso o direito penal não se degenere em uma moldura para todas as soluções dos problemas” (HASSEMER, 2007, p. 96).

Assim, além de não atender aos anseios sociais, a expansão ainda pode ensejar efeitos nocivos e levar ao descrédito do próprio Direito Penal, percebido como simbólico, sem efetividade. “O Direito penal simbólico, com funções ilusionistas, fracassa em sua tarefa político-criminal do estado de Direito e corrói a confiança da população na tutela penal” (HASSEMER, 2008, p. 230).

Percebe-se, portanto, que o movimento de expansão do Direito Penal visa atender à expectativa de segurança das pessoas marcadas pela sensação de medo, sem que haja uma conscientização sobre as causas do problema e sobre a probabilidade de a previsão normativa penal mais severa surtir o efeito desejado de evitar a prática de infrações.

Prefere-se continuar acreditando, sem elementos empíricos que justifiquem essa crença, que as taxas de criminalidade diminuirão se o criminoso souber que a pena correspondente à conduta é bastante severa e, com isso, continua-se a não atentar para outros aspectos cuja influência pode ser mais significativa e determinante para a prática de infrações penais.

Ao legislador cabe realizar um estudo dos efeitos socialmente úteis que se deve esperar da pena imposta, bem como um rigoroso controle empírico dos efeitos de normas similares em outros ordenamentos ou de normas análogas do mesmo ordenamento; deve, ainda, usar métodos de análise sociológica. Somente quando verificar que está provado ou que é altamente provável algum efeito útil, deve introduzir a pena, com fundamento do que se chama de princípio da idoneidade (BARATTA, 1987, p. 631).

Não é, porém, o que se tem observado. Curioso perceber que a sociedade continua esperando que o criminoso aja racionalmente e, assim, não pratique um crime porque avalia que a pena é rigorosa ou que as chances de ser pego são elevadas, mas ela própria, inclusive representada por muitos operadores do Direito, ao clamar por mais leis penais mais rigorosas e de alcance mais amplo é movida emoção causada pelo sentimento do medo ou por outros (raiva, vingança etc.). O que se tem conseguido é essencialmente reforçar a ineficiência do sistema penal.

## 2.2. A expansão na América Latina e no Brasil

Na América Latina, onde as desigualdades sociais são marcantes, também se convive em sociedades tomadas pelo sentimento do medo e pela insegurança, demandando-se por parte do Estado ações cada vez mais severas na repressão à criminalidade com a expectativa de que alcancemos um cenário de mais tranquilidade.

O Direito Penal tem a missão de proteger os bens jurídicos através da cominação, da aplicação e da execução das penas em face daqueles que praticam as condutas tipificadas. Na sociedade dividida em classes, entretanto, o Direito Penal protege essencialmente os interesses e valores da classe dominante e, assim, os efeitos sociais da pena que não são declarados, configuram “uma espécie de ‘missão secreta’ do direito penal” (BATISTA, 2007, p. 116).

Há, portanto, também na América Latina um movimento de expansão do Direito Penal, sendo seus efeitos especialmente nocivos, pois, com as desigualdades sociais, o sistema penal serve de mecanismo para a repressão da população menos favorecida economicamente e para a manutenção do status quo para as classes dominantes, ou seja, é útil para a manutenção de privilégios de uma minoria.

O Direito Penal nos países latino-americanos tem servido, portanto, efetivamente como instrumento para aprofundar as diferenças sociais, já que a ciência jurídico-penal justificou nesses países a intervenção punitiva oficial em auxílio a privilégios minoritários (CASTRO, 2005, p. 33). “Quanto mais conflituosa for uma sociedade, em razão de sua injustiça estrutural, haverá menos consenso, e logo as maiores penas serão aplicadas para produzir o nível de consenso necessário ao sistema” (BATISTA et al, 2003, p. 123).

No Brasil, acompanhamos o aumento dos discursos que defendem mais normas penais incriminadoras, maior tempo de pena privativa de liberdade, maior rigor das punições em geral e até mesmo mais mortes em execuções sumárias extrajudiciais. Além disso, acompanhamos as políticas criminais repressoras, aplicadas para a dominação das pessoas e seus direitos, especialmente dos excluídos (PEDRINHA, 2011, p. 8). Cada vez mais se observa a defesa do castigo exemplar aos “malfeitores”.

Para além do discurso, acompanhamos de fato no Brasil a edição de sucessivas normas penais e processuais penais mais rígidas.

Nosso Código Penal é de 1940, passou por uma reforma substancial no ano de 1984, e somente nos anos de 2018 e de 2019 teve inúmeros dispositivos incluídos e modificados por 9 (nove) leis diferentes. Já o Código de Processo Penal de 1941, no mesmo período, foi modificado por 3 (três) novas leis. Isso sem considerar as modificações na legislação penal extravagante.

Fechando o ano de 2019, a proposta legislativa intitulada de “pacote anticrime” foi aprovada com algumas modificações, publicando-se a Lei nº 13.964 que, dentre outras alterações, aumenta o tempo máximo de cumprimento da pena privativa de liberdade para 40 anos.

Coadunando-se com a concepção da sociedade de risco e os sentimentos que a caracterizam, constou na proposta legislativa a menção ao medo como aspecto suficiente para excluir a punição no caso de excesso em excludente de ilicitude, como a legítima defesa.

O medo é uma emoção humana, como tal complexa e que, em situações de real perigo, pode conduzir a ações de salvação, mas também pode deturpar a avaliação sobre as circunstâncias objetivas que revelem a inexistência de perigo, levando à destruição.

Tendo em conta que a lei penal pune condutas tipificadas não emoções ou sentimentos, o medo não deveria ser fundamento válido para por si só afastar a punição pelo excesso no agir em excludente de ilicitude. Além das dificuldades de sua configuração no caso concreto, em uma sociedade marcada pela violência policial como a brasileira, a previsão normativa poderia servir como um subterfúgio para o extermínio (SOUZA; OLIVEIRA, 2019, pp. 27-29).

A possibilidade de afastamento da pena nos casos de excesso nas excludentes de ilicitude acabou sendo excluída no texto final. Já nos basta o convívio com o medo, não é preciso uma lei para lembrá-lo e premiá-lo com a ausência de punição.

Mesmo sem representar avanço quanto à segurança das pessoas e, ainda, promover o agravamento de problemas notórios em nosso país, como o da superpopulação carcerária e do imenso déficit de vagas no sistema prisional, o que torna as condições de execução penal cada vez mais degradantes (SOUZA, 2018, p. 168), o aumento das punições e do rigor de sua aplicação continuam sendo defendidos como imprescindíveis, como “solução” para a insegurança pública.

A título de exemplo, muito antes do pacote anticrime, a entrada em vigor da Lei nº 8.072 em 1990, que trouxe contornos específicos e mais rigorosos para os crimes indicados como hediondos, simplesmente não reduziu a ocorrência de tais crimes como se pretendia. Ao

contrário, pesquisa realizada no ano de 2005<sup>21</sup> constatou que, em relação a maior parte dos crimes, os registros mantiveram-se no patamar anterior ao da vigência da Lei ou houve aumento dos índices. Adicionalmente, a referida pesquisa revelou o aumento da população carcerária a partir do ano de 1990.

Há, portanto, elementos que indicam ser inútil a expansão do Direito Penal para o fim de promover maior segurança às pessoas.

De outro lado, no âmbito do Direito Administrativo, no ano de 2019, foi publicada a Lei nº 13.848, referente às agências reguladoras que, no seu artigo 6º, estabeleceu que a adoção, bem como as propostas de alteração dos atos normativos de interesse geral serão precedidas de Análise de Impacto Regulatório – AIR, que deverá conter informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo.

Trata-se de um avanço no que se refere à compreensão dos elementos considerados para a tomada da decisão administrativa e que visa promover a edição de atos normativos consentâneos com as finalidades de interesse público.

A realização obrigatória da AIR nos casos mencionados é também relevante para aumentar a transparência da decisão administrativa, pois possibilita debate mais produtivo, com críticas e sugestões mais específicas, tendo em conta os aspectos indicados pela Administração Pública como relevantes para a decisão.

Já as propostas legislativas no âmbito do Direito Penal tornam-se leis sem que seja preciso passar por qualquer processo semelhante que avalie as consequências de sua entrada em vigor, o que é paradoxal no sistema, já que os efeitos gerados pela legislação penal inadequada tendem a ser muito mais nocivos para a sociedade em geral do que uma alteração regulatória.

Embora isso seja muitas vezes esquecido, pois muitos se iludem que estão imunes à ação do sistema criminal se agirem como “cidadãos de bem”, toda a sociedade incorre com os custos e é afetada pela política de execução penal discriminatória, ineficiente e muitas vezes injusta, não apenas o definitivamente condenado pelo crime.

Especificamente sobre a ausência de uma sistematização normativa acerca do Direito Administrativo Sancionador, compartilhamos no Brasil a mesma incompreensão de Alejandro Nieto García sobre a situação da Espanha: “não se entende bem o desânimo do legislador neste

---

<sup>21</sup> Relatório final de pesquisa – A lei dos crimes hediondos como instrumento de política criminal. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/376255/mod\\_resource/content/1/RelILANUD.crimes%20hediondos.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/376255/mod_resource/content/1/RelILANUD.crimes%20hediondos.pdf). Acesso em: 20/12/2019.

ponto, especialmente se comparado com o interesse maníaco pelas sucessivas reformas do Código Penal” (2018, p. 19).

### 2.3. “Administrativização” do Direito Penal

Este é um subtítulo que consta na obra de Jesús Maria Sánchez, *La expansión del Derecho Penal*, 2001.

O autor trata da transição do modelo de Direito Penal voltado à proteção dos bens individuais, que está relacionado à previsão dos delitos de lesão, para o Direito Penal direcionado à proteção de bens supra individuais, que se faz pela previsão dos delitos de perigo abstrato.

Nesse modelo, os tipos penais possuem conteúdo mais genérico e abstrato e levam em conta para a punição as contribuições individuais de baixa intensidade. Assim, o Direito Penal de reação à conduta individual lesiva converteu-se em direito de gestão punitiva de riscos gerais e, com isso, “administrativizou-se” (SÁNCHEZ, 2001, pp. 121-123).

Isto porque, o Direito Penal é tradicionalmente identificado com o caráter repressor, punitivo de condutas individuais ilícitas que ofendem bens jurídicos relevantes para a sociedade. Por outro lado, o Direito Administrativo é associado à prevenção das condutas ilícitas, aos mecanismos que evitam os danos e, desse modo, às previsões gerais que inibam as condutas indesejadas.

O Direito Administrativo Sancionador pretende evitar que o dano se produza, não existe para reparar prejuízos individuais, mas para evitar danos potenciais de ameaça geral, como os danos à saúde pública (GARCÍA, 2018, pp. 38-39).

Para Jesús Maria Sánchez, o critério decisivo para a diferenciação tradicional das disciplinas é o teleológico: a finalidade do Direito Penal é proteger bens concretos em casos concretos e, assim, orienta-se por critérios de lesividade ou periculosidade concreta de imputação individual de um injusto. Já o Direito Administrativo busca ordenar, de modo geral, setores de atividade (reforçar, mediante sanções, um determinado modelo de gestão setorial) e, por isso, não segue critérios de lesividade ou periculosidade concreta, mas leva em conta a possibilidade de afetação geral (2001, p. 125).

Para lidar com a complexidade da vida moderna, os seus inúmeros riscos ao bem-estar das pessoas e, principalmente, o sentimento de medo gerado por tais circunstâncias, o Direito Penal é usado como um instrumento político para remediar a situação de incerteza e insegurança.

Com esse propósito, o Direito Penal amplia o seu âmbito de ação para proteger os bens difusos e coletivos, prevendo cada vez mais crimes de perigo abstrato.

Na sociedade de insegurança em que vivemos, marcada pelos rápidos avanços tecnológicos, pela competitividade e pela complexidade, há incerteza sobre a relação causa-efeito, assim, a punição dos delitos de resultado é insatisfatória (SÁNCHEZ, 2001, pp. 28-30), por isso o recurso aos tipos penais de perigo abstrato, à imediata intervenção contundente para evitar que ação potencialmente geradora do dano ocorra.

A dificuldade de lidar com os novos problemas da sociedade como, por exemplo, a responsabilização pela venda de um alimento industrializado contaminado que afete à integridade física das pessoas e cause mortes, fez surgir o que se chamou de “Direito Penal moderno” (MUÑOZ CONDE, 1995, p. 254).

São características do Direito Penal moderno: a tendência à proteção de bens jurídicos de caráter social ou institucional, como saúde pública, meio ambiente e direito dos consumidores; a antecipação do momento da intervenção do Direito Penal, que pune a mera criação do perigo, havendo maior número de tipos de perigo abstrato; a ampliação do conceito de dever de cuidado; a diminuição das garantias processuais e o recurso a leis setoriais muito técnicas ou às normas penais em branco, deixando ampla margem de discricionariedade ao arbítrio judicial (MUÑOZ CONDE, 1995, pp. 254-255).

O Direito Penal moderno é, portanto, um Direito Penal que busca a prevenção de danos gerais para além da repressão aos danos causados e, assim, é um direito projetado para o futuro, antecipando a intervenção estatal. É fomentado em um ambiente de desconfiança e conduz à punição por condutas imprecisamente qualificadas como delituosas.

Há também violação ao sistema de garantias do acusado na defesa dos seus interesses, pois os sistemas punitivos modernos vão se transformando em sistemas de controle cada vez mais informais, “de tal modo que a crise do direito penal, ou seja, daquele conjunto de formas ou garantias que o distinguem de outras formas de controle social mais ou menos selvagens e disciplinares, é o verdadeiro problema penal da nossa época” (FERRAJOLI, 2002, p. 275).

Esse Direito Penal “administrativizado”, usado pelo Estado como instrumento da prevenção dos delitos, âmbito próprio do Direito Administrativo tradicional, contudo, não tem êxito nessa tarefa, pois os riscos não deixaram de existir, sequer há evidências de que a repressão dos crimes de perigo abstrato ensejou menos ocorrências danosas em prejuízo da sociedade.

O resultado é, portanto, como já mencionado, apenas um Direito Penal simbólico, ou seja, que não tem efetividade para promover maior segurança das pessoas evitando a ocorrência de danos, mas que apenas existe formalmente para amenizar os sentimentos de insegurança e a inquietude dos cidadãos (MUÑOZ CONDE, 1995, pp. 254-255).

As desvantagens desse Direito Penal moderno são maiores que suas vantagens e, por isso, muitos propõem a volta ao Direito Penal clássico, que se ocupa dos ataques mais graves aos bens jurídicos mais importantes para a sociedade e oferece garantias ao acusado, mesmo com suas limitações (MUÑOZ CONDE, 1995, pp. 254-255).

É preciso reconhecer que o Direito Penal não pode ser encarado como meio ou remédio para nada, mas apenas como necessidade de expressar e concretizar a desaprovação de atos que, dentro de determinado contexto cultural e dos valores que o informam, a sociedade compreende como os mais graves para sua própria existência e organização. O que ultrapassa esses limites corresponde à desfiguração do sistema punitivo (RIVACOBÁ, 2002, p. 10).

A administrativização do Direito Penal representa a proliferação descontrolada e não planejada de normas penais, sem que haja benefício concreto associado. O Direito Penal não pode representar simplesmente um reforço da disciplina jurídica de matérias não penais ou de outras formas específicas de responsabilidade, a resposta penal deve ser autônoma e justificada por aspectos fáticos e jurídicos indicando não haver outra solução mais apropriada (BARATTA, 1987, p. 631).

Nesse sentido, o incremento da atuação eficaz dos sistemas normativos não relacionados ao Direito Penal, bem como a proposta do Direito de Intervenção, sobre a qual tratamos no item a seguir, cria o ambiente propício para que o Direito Penal seja reduzido ao mínimo necessário à proteção dos bens jurídicos mais relevantes para a sociedade e que seja mais eficiente neste propósito.

#### 2.4. O Direito de Intervenção e sua relação com o Direito Administrativo Sancionador

O sistema jurídico penal distingue-se dos outros âmbitos de controle social em razão de seu objeto, que consiste nas condutas ilícitas que representam elevado grau de ameaça a bens jurídicos valorosos para a sociedade; e dos seus instrumentos, que consistem nos meios de intervenção de efeitos mais rigorosos.

Em razão dessas características, segundo Winfried Hassamer, o sistema jurídico-penal ocupa a posição de destaque, no topo dos mecanismos de controle social, “o ponto no qual está em jogo *transformação dos conflitos mais graves com os meios mais rigorosos*<sup>22</sup>; ponto no qual as reações mais amenas não servem mais, no qual as respostas mais baixas (*leisere*) não são mais possíveis de serem ouvidas” (2005, pp. 415-416).

Pressupõe-se que o Direito Penal é o meio mais eficiente para lidar com as condutas indesejadas. Assim, com a intenção de pôr fim rápido a determinado problema que causa preocupação à sociedade, como é o caso das condutas relacionadas com a corrupção, usa-se o Direito Penal.

Contudo, de acordo com Winfried Hassemer, é equivocado afirmar que todos os desvios de comportamento relacionados à corrupção devem ser combatidos com os meios mais severos, ou seja, com novos tipos penais, aumento das penas, agravamento dos instrumentos de investigação etc. Este combate poderia ser feito não pelo Direito Penal, mas pelo direito administrativo, pelo direito tributário, por instrumentos de política financeira, com auxílio da psicologia ou da doutrina da administração de empresas. Se assim fosse, o Direito Penal poderia representar o papel que lhe foi destinado pelo Estado de Direito “como razão última do problema e não se tornasse a primeira e até mesmo a única razão” (2007, p. 97).

Por verificar que atribuir ao Direito Penal a expectativa de solução de muitos dos problemas enfrentados pela sociedade moderna é fadada à frustração e que, além de não atender ao propósito de evitar a ocorrência das muitas condutas indesejadas, outros mecanismos de controle social poderiam ser mais eficientemente direcionados para a repressão de muitas dessas condutas que são tipificadas pelo Direito Penal e reprimidas no âmbito do sistema penal, Winfried Hassemer propôs a aplicação de um Direito de Intervenção.

---

<sup>22</sup> Em itálico no original.

Em sua perspectiva, é preciso eliminar uma parte da modernidade do atual Direito Penal, levando a efeito uma dupla tarefa: reduzir o verdadeiro Direito Penal ao que se denomina de “Direito Penal básico” e possibilitar a criação de um Direito de Intervenção, que permita tratar adequadamente os problemas que só são inseridos no âmbito do Direito Penal clássico por uma ação forçada (HASSEMER, 1999, pp. 32-33).

Considerando que muitos dos problemas que estão hoje inseridos no moderno Direito Penal poderiam ser resolvidos de modo mais satisfatório em outros âmbitos de controle, o Direito de Intervenção serviria para regular de forma específica os problemas que as sociedades modernas têm levado ao Direito Penal.

Este ‘direito de intervenção’ estaria localizado entre o direito penal e o direito administrativo sancionador, entre o direito civil e o direito público, com um nível de garantias e formalidades processuais inferior ao do direito penal, mas também com menor intensidade nas sanções que se podem impor ao indivíduo. Este tipo de direito “moderno” não só seria muito menos criticável do ponto de vista normativo, mas também mais adequado de fato para responder aos problemas específicos das sociedades modernas<sup>23</sup>. (HASSEMER, 1999, pp. 34-35).

Para poder tratar as novas formas de delito da sociedade moderna é que se propõe o Direito de Intervenção, que deveria constituir-se de um sistema jurídico contendo elementos punitivos desenhados de forma estritamente preventiva e que, em qualquer caso, renuncie à reprovação pessoal e à pena privativa de liberdade. Essa forma de direito de intervenção poderia integrar os tipos de imputação coletiva (HASSEMER, 1999, p. 100).

O nível de garantias do proposto Direito de Intervenção seria inferior ao do Direito Penal, o que se justifica por não terem as sanções aplicadas neste âmbito a mesma severidade do sistema penal. De qualquer forma, entende-se que há limites para a flexibilização das garantias, que corresponderiam à preservação dos direitos fundamentais, insuscetíveis de sofrer violações, sob pena de converter-se a repressão regular do Estado em arbitrariedade estatal, o que não se pode tolerar em vista do estabelecido na Lei Maior.

Avalia-se, assim, que a forma de proteção de determinados bens jurídicos, como a saúde pública ou o meio ambiente equilibrado, por exemplo, poderia ocorrer de maneira mais eficaz e menos restritiva dos direitos fundamentais pela via do Direito Administrativo ou do Direito de

---

<sup>23</sup> Tradução livre da autora.

Intervenção, na qual predomine a intenção de prevenção do dano ainda não produzido, ao invés da de punição ao dano já provocado (MUÑOZ CONDE, 1995, p. 257).

Tendo em conta a subsidiariedade na proteção dos bens jurídicos pelo Direito Penal, os deveres e as sanções administrativas podem ser frequentemente mais eficazes para reprimir algumas das condutas nocivas ao meio ambiente do que a persecução penal, que muitas vezes enfrenta dificuldades para estabelecer a responsabilidade individual (ROXIN, 1997, p. 66).

A proteção do consumidor e do meio ambiente, por exemplo, são setores compatíveis com a aplicação do Direito de Intervenção em relação à boa parte das condutas qualificadas como danosas cometidas muitas vezes por pessoas jurídicas, o que dificulta a sua comprovação e a responsabilização pelos mecanismos tradicionais do processo penal (relação de causalidade e aplicação temporal e territorial da norma). O recurso ao Direito Penal básico seria restrito aos casos comprovados de danos, ou de criação de perigo concreto aos bens jurídicos protegidos (CARLOS DE OLIVEIRA, 2012, pp. 158/159).

A proposta do Direito de Intervenção também foi objeto de críticas. A seu respeito, Bernd Schünemann afirmou que essa proposta da Escola de Frankfurt expressa uma concepção errônea do princípio da *ultima ratio* do Direito Penal. Em seu entendimento, parece claro que em um sistema de controle administrativo não se pode substituir a utilização do Direito Penal, mas sim complementá-la. Assim, não se sustenta a tese de que a aplicação do Direito Penal é um princípio subsidiário e posterior ao controle exercido pelas autoridades administrativas (2007, posições 658, 676 e 681). Em sua concepção, não se pode prescindir do Direito Penal para lidar com os ilícitos que violem bem jurídico essencial à sociedade, como é o meio ambiente, por exemplo.

Bernd Schünemann defende a tese de que o dano ambiental seria uma espécie de furto, o furto de bens elementares a todas as pessoas e, por esse motivo, é muito mais grave que o furto de objetos de propriedade individual em nossa sociedade de consumo e desperdício. “Considero que esta é a minha tese mais importante no marco do direito penal ambiental, com a qual também é refutada a afirmação da escola de Frankfurt de acordo com a qual o direito penal não estaria respeitando sua limitação à proteção de bens jurídicos”<sup>24</sup> (2007, posições 751-755).

---

<sup>24</sup> Tradução livre da autora.

Por ocasião do julgamento no Plenário do Supremo Tribunal Federal – STF, no qual se decidiu pela não recepção pela Constituição de 1988 da previsão do artigo 25<sup>25</sup> da Lei de Contravenções Penais – LCP (Decreto-Lei nº 3.688/1941), o Ministro Gilmar Mendes proferiu o voto vencedor e pronunciou-se sobre a previsão legal de crimes de perigo abstrato relacionados aos bens jurídicos supra-individuais no sistema penal brasileiro:

A criação de infrações de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa, ou a medida mais eficaz, para a proteção de bens jurídico-penais supra-individuais ou de caráter coletivo, como o ambiente, por exemplo. A antecipação da proteção penal em relação à efetiva lesão torna mais eficaz, em muitos casos, a proteção do bem jurídico. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias à efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo<sup>26</sup>.

A manifestação acima está em linha com os ensinamentos de Bernd Schünemann segundo a qual a expansão dos crimes de perigo abstrato constitui em alguns casos uma necessária modernização do Direito Penal, que deve intervir para a proteção eficaz de bens jurídicos na sociedade moderna (2007, posição 845).

Isso não quer dizer, contudo, que se permite a criação de delitos de perigo abstrato sem qualquer limitação. A intervenção do Direito Penal deve ser realmente necessária e não somente imposta por grupos de interesse poderosos no processo legislativo. A restrição à liberdade geral de ação que ensejam os delitos de perigo abstrato deve ser ponderada muito cuidadosamente com os direitos fundamentais dos cidadãos (SCHÜNEMANN, 2007, posições 850-862).

Embora se concorde que, de fato, a previsão de crimes de perigo abstrato não seja em si inconstitucional, o uso do Direito Penal para a proteção de bens jurídicos difusos ou coletivos não tem se revelado eficiente para coibir as condutas ilícitas, como observado pelos estudos da Escola de Frankfurt, além de aumentar o problema da superposição das instâncias punitivas e suas consequentes ineficiências e despesas públicas desnecessárias.

---

<sup>25</sup> Art. 25. Ter alguém em seu poder, depois de condenado, por crime de furto ou roubo, ou enquanto sujeito à liberdade vigiada ou quando conhecido como vadio ou mendigo, gazuas, chaves falsas ou alteradas ou instrumentos empregados usualmente na prática de crime de furto, desde que não prove destinação legítima:

Pena – prisão simples, de dois meses a um ano, e multa de duzentos mil réis a dois contos de réis.

<sup>26</sup> STF, RE 583.523/RS, Plenário, Relator Ministro Gilmar Mendes, voto pp. 18/19, DJe 14/10/2013.

Partindo da premissa de que o sistema punitivo produz mais problemas do que soluções, uma vez que, ao invés de compor conflitos, reprime-os e, assim, esses adquirem um caráter mais grave do que possuíam originalmente; além disso, que, por efeito da intervenção penal, podem surgir conflitos novos, BARATTA afirma que a lei penal não pode ser uma resposta imediata de natureza administrativa, como frequentemente ocorre na prática e que os problemas que se pretende enfrentar por meio da intervenção penal têm que estar suficientemente especificados e compreendidos antes de se pôr em prática uma resposta penal (1987).

O fortalecimento do Direito Administrativo Sancionador relaciona-se com a proposta do Direito de Intervenção de Winfried Hassemer, pois promove a repressão de determinadas condutas que, em si, não seriam suficientemente graves para justificar a aplicação do Direito Penal básico, mas que trazem efeitos nocivos para a sociedade e, por isso, devem ser reprimidas mediante respostas estatais que desencorajem sua realização no futuro e por parte dos demais.

No ordenamento jurídico brasileiro, a severidade das sanções previstas pela Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992) aproxima-se da proposta do Direito de Intervenção (CARLOS DE OLIVEIRA, 2012, p. 242), pois se pretende, mediante reação contundente em face das condutas infracionais que violam a probidade administrativa, fora do âmbito do Direito Penal, conter os graves problemas que acarretam prejuízo ao interesse público.

No Direito Administrativo Sancionador, muitas das sanções alcançam as pessoas jurídicas e, assim, a repressão específica seria mais apropriada do que a do Direito Penal básico, que se volta prioritariamente à ação e omissão humanas e, apenas excepcionalmente, alcança as condutas das pessoas jurídicas.

Especialmente quanto à identificação da culpabilidade na conduta infracional que justifica a responsabilização e à consequente aplicação da pena, percebe-se a diferença entre as pessoas físicas e as jurídicas.

No plano do Direito Administrativo Sancionador, pode-se dizer que a culpabilidade é uma exigência genérica, de caráter constitucional que limita o Estado na imposição de sanções a pessoas físicas. Não se trata de exigência que alcance também as pessoas jurídicas com o mesmo alcance. Pode-se sinalizar que a culpabilidade das pessoas jurídicas remete à inevitabilidade do fato e aos deveres de cuidado objetivos que se apresentam encadeados na relação causal. É por aí que passa a culpabilidade. (OSÓRIO, 2015, p. 401)

Quando se trata de infração das pessoas jurídicas, a avaliação do elemento subjetivo relacionado à intenção do agente não tem muito sentido, apurando-se a culpabilidade mais adequadamente com base em elementos objetivos relacionados à conduta que permitam demonstrar que o dano causado poderia ser evitado ou que aquela conduta infratora representou a satisfação de algum interesse empresarial direto ou indireto.

Adicionalmente, muitas infrações administrativas também se configuram crimes e a eficácia da atuação do Direito Administrativo Sancionador pode evitar que o Direito Penal seja também acionado para a repressão, em uma duplicidade desnecessária. Assim, é amenizado o problema da superposição de instâncias punitivas vivenciado no Brasil, que é dispendioso para o Estado, sem benefícios associados que justifiquem os custos.

## 2.5. “Penalização” do Direito Administrativo Sancionador

O Direito Administrativo Sancionador é tratado por Jesús Maria Sánchez como reforço da gestão ordinária da Administração, sendo necessário para aplicá-lo que a conduta represente, em termos estatísticos, um perigo para a ordem do setor determinado. Trata-se essencialmente de um direito do “dano cumulativo” ou do “dano derivado da repetição”, que se afasta, assim, da valoração da conduta específica para a transcendência global de um tipo de conduta (2001, pp. 126-127).

Destaca-se a perspectiva preventiva relacionada ao Direito Administrativo, pois não se exige o dano ou mesmo o perigo concreto para a aplicação do Direito Administrativo Sancionador.

Conforme visto, o maior grau de rigor punitivo característico do Direito Penal está associado à expectativa de maior eficiência em evitar as condutas indesejadas.

Assim, ao se defender a criação de um Direito de Intervenção e a maior eficiência dos demais mecanismos de controle social, como o Direito Administrativo Sancionador, abre-se o caminho para que este ramo, identificado com a prevenção geral de tais condutas prejudiciais ao interesse público, seja influenciado pela severidade punitiva do Direito Penal.

Observa-se com isso um efeito em sentido inverso relacionado à administrativização do Direito Penal, que se refere à influência do Direito Penal no Direito Administrativo, na sua vertente sancionadora, o que chamamos de “penalização” do Direito Administrativo Sancionador.

A demanda por respostas rápidas e eficientes faz com que seja insuficiente que a repressão opere apenas no campo penal (ou preponderantemente nele), no qual o poder punitivo estatal expressa-se de forma mais rigorosa (VORONOFF, 2019, pp. 110-111). Assim, o processo de expansão do Direito Penal é acompanhado pela expansão do Direito Administrativo Sancionador (CARLOS DE OLIVEIRA, 2012, p. 241).

Nesse processo de expansão do Direito Administrativo Sancionador, observa-se a existência de leis que promovem sanções rigorosas aos agentes infratores, pessoas físicas ou jurídicas, fomentando a adoção de mais meios de repressão e de punição, superpondo-se aos de prevenção, típicos desse âmbito.

A multa, que é a sanção administrativa mais comum, passa a ser aplicada conjuntamente com outras sanções restritivas de direitos, que afetam diretamente o desenvolvimento das atividades empresariais de forma mais contundente.

É o caso, por exemplo, da pena de suspensão temporária do exercício da atividade e da revogação da autorização para o exercício da atividade previstas na Lei nº 9.847/1999 referentes às infrações às normas que regulam o abastecimento nacional de combustíveis, que são aplicadas pela ANP. A revogação da autorização para o exercício da atividade corresponde, na prática, à extinção da pessoa jurídica, ou seja, à “morte” desta no mercado regulado.

De qualquer forma, o objetivo da administrativização do Direito Penal e da penalização do Direito Administrativo Sancionador é o mesmo: maior rigor na repreensão de condutas indesejadas e formas mais arrojadas de evitar a sua ocorrência.

Pela perspectiva do Direito Administrativo Sancionador, a punição mais rigorosa não é em si ruim, mas certamente o será se revelar-se desproporcional, incompatível com a gravidade da conduta para o contexto de que se trata (para o mercado regulado, por exemplo) ou ineficiente para desencorajar outras condutas indesejadas.

É imprescindível ter em conta que as leis sancionadoras, assim como as demais medidas intervencionistas, têm por objetivo a redução dos riscos e, conseqüentemente dos danos relacionados às condutas descritas como infração.

Assim, o objetivo de uma política repressiva bem-sucedida é não sancionar, mas fazer com que a simples ameaça da sanção seja suficiente para alcançar o cumprimento efetivo das ordens e proibições, sendo o aparato estatal ativo e honesto (GARCÍA, 2018, p. 32).

## 2.6. Princípio da proporcionalidade – diretriz do Estado Democrático de Direito

### *2.6.1. Fundamentos*

O princípio da proporcionalidade<sup>27</sup> representa o equilíbrio nas ações do Poder Público que, ao aplicar as normas aos casos concretos, restringe os direitos dos administrados para o alcance de uma finalidade de interesse público.

O princípio da proporcionalidade surgiu por desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional da Alemanha para o controle das leis restritivas dos direitos fundamentais.

Entendido, na verdade, como regra naquele país, a proporcionalidade compõe-se de três máximas parciais: adequação; necessidade, que equivale ao mandamento do meio menos gravoso e proporcionalidade em sentido estrito, correspondente ao mandamento do sopesamento propriamente dito (ALEXY, 2015, pp. 116/117)

A análise quanto à proporcionalidade de determinada lei ou ato administrativo no caso concreto é então realizada por meio de uma estrutura racional composta pelos referidos elementos independentes ou sub regras na seguinte ordem preestabelecida:

1º) Adequação – avalia-se se o meio empregado pelo Poder Público é compatível com o resultado pretendido, ou seja, se a medida administrativa é apta para atingir a sua finalidade.

2º) Necessidade – assim como o teste da adequação, também se refere à relação entre o meio e o fim, mas neste caso avalia-se se o meio escolhido é o que causa o menor prejuízo possível aos indivíduos, se não há outro meio menos gravoso ou oneroso para alcançar o fim público pretendido;

3º) Proporcionalidade em sentido estrito – ultrapassados os testes da adequação e da necessidade, o teste da proporcionalidade em sentido estrito destina-se a verificar se a medida administrativa promove benefícios que superam os seus efeitos prejudiciais. Avalia-se se os inconvenientes da medida justificam o resultado a ser alcançado, refere-se à relação de custo versus benefício.

---

<sup>27</sup> Virgílio Afonso da Silva, com base na obra de Robert Alexy, considera que o dever de proporcionalidade corresponde a uma regra (2002, p. 26). Já Humberto Ávila caracteriza a proporcionalidade como postulado normativo, ou seja, normas metódicas que estruturam a interpretação de princípios e regras conforme critérios determinados (2016, p. 226). De qualquer forma, no nosso ordenamento jurídico a expressão “princípio da proporcionalidade” é a que tem uso consolidado e será desta forma tratada neste trabalho.

As mencionadas sub regras da proporcionalidade relacionam-se de forma subsidiária e, portanto, nos casos concretos, nem sempre haverá a análise de todas as três. Por este motivo, são também chamadas de testes da proporcionalidade.

Assim, segundo a estrutura racional de análise alemã, primeiro avalia-se a lei ou medida administrativa quanto à adequação. Se o resultado deste teste revelar que a medida não é adequada ao fim pretendido, já se verifica que a medida é desproporcional, será prescindível a verificação da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Por outro lado, superado o teste da adequação, passa-se à análise da necessidade e, constatada a desnecessidade da medida, verifica-se a desproporcionalidade e, do mesmo modo, a análise da última sub regra da proporcionalidade em sentido estrito não ocorrerá (SILVA, 2002, pp. 34-35).

A última etapa dos testes da proporcionalidade tem como função principal sopesar os direitos envolvidos e evitar que medidas estatais, embora adequadas e necessárias, “restringam direitos fundamentais além daquilo que a realização do objetivo perseguido seja capaz de justificar” (SILVA, 2017, p. 175).

Conforme a Corte constitucional alemã, tanto as decisões proferidas pela Administração Pública quanto aquelas proferidas pelo Judiciário com base na lei aprovada pelo Parlamento submetem-se ao controle de proporcionalidade e, portanto, qualquer medida concreta que afete os direitos fundamentais há de mostrar-se compatível com o princípio da proporcionalidade (MENDES, 2001, p. 20).

### *2.6.2. Proporcionalidade da punição*

O princípio da proporcionalidade da pena pressupõe uma correspondência entre a infração e a sanção, impedindo a existência de medidas desnecessárias ou excessivas.

A necessidade de proporção entre as penas e os delitos já foi observada há muitos séculos na Europa em relação à atividade legislativa. Caberá ao legislador distribuir sabiamente as penas aos delitos “e que, sobretudo, não aplique os menores castigos aos menores crimes” (BECCARIA, 1764, p. 126).

No período do Iluminismo, o princípio de proporcionalidade da pena conseguiu se estabelecer, sendo também neste momento que se verifica o amadurecimento dos demais

pressupostos do direito penal moderno: a legalidade, a certeza, a igualdade e a mensurabilidade das penas (FERRAJOLI, 2002, p. 320).

Com base no princípio da proporcionalidade, o sistema penal só estará justificado quando a soma das violências que pode prevenir for superior à das violências constituídas pelas penas que cominar, sempre respeitados os direitos fundamentais considerados indisponíveis e intocáveis (BITENCOURT, 2015, p. 69).

Por meio da proporcionalidade, assegura-se o ajuste proporcional da gravidade dos delitos às medidas de pena preestabelecidas pelo legislador com a base na hierarquia dos bens e dos interesses eleitos como merecedores de tutela pelo Direito Penal (FERRAJOLI, 2002, p. 315).

Para que o uso do poder estatal seja legítimo, não basta que se busque um objetivo benéfico à sociedade, é também preciso que esse uso seja idôneo e necessário para o alcance do objetivo pretendido, obedecendo a proporcionalidade. Daí se extrai que o Direito Penal representa a *ultima ratio* para a proteção dos bens jurídicos, de modo que seu emprego para a proteção desses bens deve ser idôneo e necessário, não podendo provocar mais danos que benefícios (SCHÜNEMANN, 2007, posição 648).

A proporcionalidade não é capaz de por fim a irracionalidade do sistema de intervenção seletiva do poder punitivo, no entanto, ameniza os efeitos deste grave problema, pois indica que o Direito Penal “deve escolher entre as irracionalidades, deixando passar as de menor conteúdo”. Assim, conforme a proporcionalidade, as lesões são hierarquizadas e é estabelecida a sua coerência mínima em relação à magnitude da pena (BATISTA et al, 2003, pp. 230-231).

Atualmente, o princípio da proporcionalidade é reconhecido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia e pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos quanto à aplicação de sanções. Trata-se de princípio próprio do Estado de Direito, que se aplica a todo ordenamento sancionador, conforme o considerou o Tribunal Supremo da Espanha (ENTERRÍA, 2014, p. 204).

Referindo-se à dogmática alemã, o Ministro Gilmar Mendes relatando julgamento no STF afirma ser conhecida a diferenciação entre o princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção deficiente. Em sua visão, a reserva de lei penal proporcional indica a proibição de excesso como limite máximo e a proibição de proteção

insuficiente como limite mínimo para a intervenção legislativa penal. De acordo com esses aspectos é que deverá ser efetuado o controle de constitucionalidade das normas penais<sup>28</sup>.

Observa-se aqui a menção a outra vertente do princípio da proporcionalidade, mais recente que a da proibição do excesso e talvez decorrente de uma reação a esta, que é a da vedação à proteção insuficiente.

Se, de um lado, veda-se o excesso na punição como conquista que vem se estabelecendo desde o período iluminista, também com fundamento na regra da proporcionalidade desenvolvida no direito alemão, defende-se a proibição da omissão ou ação ineficiente dos poderes estatais na proteção dos bens jurídicos, buscando-se o ponto de equilíbrio na atividade punitiva.

A proporcionalidade como vedação da proteção insuficiente é invocada em muitos casos para a defesa de penas mais rigorosas e que alcancem diversos tipos de conduta identificados como prejudiciais à tranquilidade no convívio social. O Ministro Gilmar Mendes, por exemplo, o usou como fundamento para concluir pela inexistência de inconstitucionalidade da previsão legal de crimes de perigo abstrato no julgamento sobre a não recepção pela Constituição de 1988 do disposto no artigo 25 da LCP acima mencionado.

Assim, atualmente, pode-se afirmar que proporcionalidade não é equivalente à proibição de excesso (SILVA, 2002, p. 27), embora esta perspectiva tradicional continue sendo a mais conhecida.

### *2.6.3. O princípio da proporcionalidade no Brasil*

É reconhecido como um princípio implícito na Constituição de 1988 e “visa, em última análise, a contenção do arbítrio e a moderação do exercício do poder, em favor da proteção dos interesses do cidadão” (SARMENTO, 2003, p. 77).

Alguns dispositivos constitucionais são apontados como base indireta da previsão do princípio da proporcionalidade. Por exemplo: artigo 5º, II (princípio da legalidade), LIV (devido processo legal) e o §2º, no sentido de que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros que decorrentes dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais (SARMENTO, 2001, p. 58).

---

<sup>28</sup> STF, RE 583.523/RS, Plenário, Relator Ministro Gilmar Mendes, voto pp. 16/19, DJe 14/10/2013.

Para Virgílio Afonso da Silva, contudo, “a exigibilidade da regra da proporcionalidade para a solução de colisões entre direitos fundamentais não decorre deste ou daquele dispositivo constitucional, *mas da própria estrutura dos direitos fundamentais*” (2002, p. 43).

No sistema jurídico nacional, como mencionado, o princípio da proporcionalidade é reconhecido como princípio implícito e decorre da essência dos direitos fundamentais, promovendo o rompimento com os limites positivistas que levam à interpretação literal das normas, exigindo processos decisórios mais sofisticados por parte dos julgadores, que compreendam ponderações e raciocínios fundamentados (OSÓRIO, 2014, p. 201) na análise dos elementos e circunstâncias específicos dos casos concretos.

Sem restringir-se a um ramo específico do Direito, aplica-se às normas jurídicas em geral em nosso País e é constantemente referenciado pelo STF nos julgamentos sobre questões diversas<sup>29</sup>.

Em suma, as normas e atos administrativos quando objeto de controvérsia devem, na análise do julgador, passar pelos testes quanto à sua adequação, necessidade e pelo teste da proporcionalidade em sentido estrito.

Nas decisões proferidas pelo Supremo, embora haja em uma ou outra a referência aos elementos da proporcionalidade<sup>30</sup>, não se verifica a aplicação racional ordenada desses elementos, conforme a sua origem alemã. É, ainda, comum verificar-se a menção ao princípio da razoabilidade associado ao da proporcionalidade nos acórdãos<sup>31</sup> denotando a fungibilidade no tratamento dos conceitos por parte da jurisprudência.

No entanto, os princípios possuem origem diversa: a razoabilidade é originária do sistema da *common law*, da cláusula *Law of the land* constante na *Magna Charta* de 1215 e consolidada nos Estados Unidos por meio da 5ª e da 14ª emendas à Constituição e pela jurisprudência da

---

<sup>29</sup> Exemplos de acórdãos do STF apenas no ano de 2019 com aplicação do princípio da proporcionalidade – em matéria penal: HC 168769 AgR/SP, Primeira Turma, Relator Ministro Luiz Fux, DJe de 1/8/2019; sobre improbidade administrativa: ARE 1190506 AgR/SP, Tribunal Pleno, Ministro Dias Toffoli, DJe de 29/5/2019; em âmbito tributário: RE 1145279 AgR/SC, Segunda Turma, Ministro Celso de Mello, DJe de 27/3/2019.

<sup>30</sup> STF, Tribunal Pleno, ADI 907 / RJ, Relator Ministro Alexandre de Moraes, DJe de 24/11/2017; Primeira Turma, HC 124306/RJ, Relator Ministro Marco Aurélio, DJe de 17/3/2017; Tribunal Pleno, ADI 5468/DF, Relator Ministro Luiz Fux, DJe de 2/8/2017.

<sup>31</sup> STF, Segunda Turma, Rcl 34528 AgR / RS, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJe 6/8/2019; Primeira Turma, RE 962114 AgR / SC, Relator Ministro Luiz Fux, DJe de 10/6/2019; Tribunal Pleno, ADI 5243 / DF, Relator Ministro Alexandre de Moraes, DJe de 5/8/2019; Tribunal Pleno, ARE 1190506 AgR / SP, Relator Ministro Dias Toffoli, DJe 30/5/2019.

Suprema Corte ao longo dos anos. Já a proporcionalidade decorre da tradição da *civil law* da Alemanha.

Além disso, também se diferenciam por ser a regra da proporcionalidade, na forma como desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã acima mencionada, uma estrutura racionalmente definida pelos parâmetros de análise da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, que devem ser necessariamente aplicados na ordem (SILVA, 2002, p. 30).

Ainda que não seja seguido o sistema racional de análise ordenada dos elementos da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, como ocorre na Alemanha, de onde se origina a regra da proporcionalidade; e que não haja identidade entre a razoabilidade e a proporcionalidade, o princípio da proporcionalidade é aplicado em nosso sistema jurídico.

Como consequência de adotarmos uma constituição dirigente, o princípio da proporcionalidade em nosso sistema não é um mero critério interpretativo, mas sim uma garantia legitimadora e limitadora do ordenamento jurídico hierarquicamente inferior (BITENCOURT, 2015, p. 66).

O princípio da proporcionalidade é uma exigência de nosso sistema democrático e alcança o Direito como um todo, não havendo qualquer peculiaridade a distinguir o Direito Penal do Direito Administrativo Sancionador a respeito desta orientação constitucional implícita.

#### 2.6.4. *Proporcionalidade no Direito Administrativo Sancionador*

O princípio constitucional implícito da proporcionalidade aplica-se plenamente aos atos administrativos e, em termos gerais, para que se conforme com o princípio da proporcionalidade em seus elementos essenciais, o ato administrativo deve, ao mesmo tempo, ser apto aos fins a que se destina, ser o menos gravoso possível para que atinja esses fins e deve causar benefícios superiores às desvantagens que enseja (SARMENTO, 2003, p. 90).

A proporcionalidade aplica-se às situações em que há uma relação de causalidade entre um meio e um fim que, por sua vez, sejam elementos empiricamente discerníveis. O exame da proporcionalidade “aplica-se sempre que houver uma *medida concreta* destinada a realizar uma *finalidade*”, exige uma relação proporcional entre o meio e o fim que se pretende alcançar (ÁVILA, 2016, pp. 205-206 e 209).

Considerando que a pena administrativa existe para o alcance de uma finalidade, que é a regularidade da atuação do agente econômico no mercado, é plenamente compatível com a noção de meio para atingir ao fim público.

As medidas de intervenção sancionadoras têm um limite relacionado à proporcionalidade, que é a possibilidade real de as regras serem cumpridas pelos destinatários, ou seja, não devem ser impostas regras, cujo descumprimento acarrete penalidades, quando se sabe de antemão que não poderão ser cumpridas já que o mercado, a situação econômica, o nível tecnológico ou a cultura não as aceita (GARCÍA, 2018, p. 32).

Assim, a sanção administrativa não é exceção à regra de aplicação do princípio da proporcionalidade, ao contrário, essa é uma das tarefas da Administração Pública. “Na aplicação de penalidade administrativa deve-se estrita observância ao princípio da proporcionalidade, ou seja, à devida correlação entre a qualidade e a quantidade da sanção” (BARROSO, 2003, p. 239).

O Direito Administrativo Sancionador não possui sistematização normativa em nosso país, de modo que não há uma norma específica com alcance nacional a respeito, como anteriormente mencionado.

No entanto, a proporcionalidade aplica-se como “resultante da essência dos direitos fundamentais e do caráter aberto dos sistemas jurídicos, que demandam processos decisórios repletos de ponderações e raciocínios fundamentados”. Proíbem-se intervenções desnecessárias e excessivas, o que demanda análise acurada da situação fática e interpretação por parte do julgador, pois o excesso ou a desnecessidade normalmente não estão claramente definidos pela legislação (OSÓRIO, 2015, p. 201).

Além disso, a Lei 9.784/99, que trata do processo administrativo federal e deve ser obedecida, assim, pelos órgãos e entidades da Administração federal direta e indireta, acaba servindo como referência para a elaboração dos diplomas normativos dos outros entes federativos. Além disso, conforme enunciado nº 633 das súmulas do STJ, aplica-se de forma subsidiária aos estados e municípios, quando não houver previsão em norma local e específica para a situação concreta objeto de análise.

Tal Lei, a qual cabe às agências reguladoras federais obedecer, inclusive a ANP, cujos processos sancionadores são objeto deste estudo, estabelece expressamente, no seu artigo 2º, que a Administração Pública obedecerá ao princípio da proporcionalidade.

No que se refere aos processos administrativos federais, portanto, o princípio da proporcionalidade está legalmente expresso, reforçando a necessidade de sua observância pelos agentes públicos.

Mais precisamente, acerca do processo administrativo sancionador, prevê o referido artigo 2º, no seu parágrafo único, VI, que nos processos administrativos será observado o critério de “adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público”.

Conforme se pode perceber, os dois primeiros testes do princípio da proporcionalidade: necessidade e adequação foram expressamente mencionados na lei de processos administrativos federais como orientadores da ação do agente público.

Adicionalmente, também no parágrafo único do artigo 2º, consta no inciso XIII, que a interpretação da norma administrativa será da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige.

Dessa forma, não se pode cogitar da condução de um processo administrativo sancionador com a aplicação de uma pena por infração administrativa sem que se atente para a proporcionalidade, que exige a compatibilidade entre o ataque ao bem juridicamente protegido e a sanção correspondente a esse ataque.

Especificamente no que se refere às agências reguladoras, a recente Lei 13.848/2019, que dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, contempla mais uma referência explícita ao elemento adequação do princípio da proporcionalidade:

Art. 4º A agência reguladora deverá observar, em suas atividades, a devida adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquela necessária ao atendimento do interesse público.

A análise da adequação é, portanto, imprescindível no que se refere à imposição de obrigações, restrições e sanções aplicadas pelas agências reguladoras.

De acordo com a proporcionalidade, é possível afastar a sanção para comportamentos que não se revelem, nas circunstâncias do caso concreto, materialmente lesivos aos valores tutelados em lei. “O princípio da proporcionalidade exige o exame da natureza do ataque ao bem juridicamente protegido e a sanção prevista a esse ataque. A sanção deve estar relacionada ao bem jurídico protegido” (OSÓRIO, 2015, pp. 216 e 217).

Diante de uma conduta que se enquadre na descrição da infração administrativa prevista na norma que, no entanto, revele-se inofensiva nas circunstâncias do caso concreto por não ter gerado o efeito indesejado que a norma visava reprimir, tampouco ter posto em risco o bem que a norma visa proteger, a imposição da pena correspondente será desproporcional, já que não se afigura necessária.

Neste sentido, embora uma análise exclusivamente formal indique o enquadramento da conduta na previsão legal de infração administrativa, nas circunstâncias do caso concreto, a pena pode revelar-se desnecessária e desproporcional.

Do mesmo modo, é possível ajustar a resposta administrativa às infrações com reduzida lesão aos bens jurídicos tutelados e manter a coerência entre os tipos sancionadores e os resultados pretendidos com a repressão por meio da pena (OSÓRIO, 2014, p. 219).

É dever do aplicador da sanção, seja ele o Estado juiz ou o Estado Administração verificar a natureza da conduta praticada e o seu grau de reprovabilidade, evitando excessos e incongruências na aplicação das normas do Direito Administrativo Sancionador (MOREIRA NETO; GARCIA, 2013, p. 17).

A aplicação dos testes de proporcionalidade em relação aos atos administrativos em face das condutas enquadradas como infrações podem, contudo, ensejar dúvidas e controvérsias nas situações concretas.

Assim, além da sempre imprescindível a motivação da decisão por parte do agente público, que é importante não só para permitir o controle de legalidade daquela decisão como também para a sua comparação com outras decisões proferidas, será necessário especificar de que modo o princípio da proporcionalidade conduziu à decisão não identificada com a literalidade de determinada norma.

Quanto à motivação das decisões, a Lei nº 13.655, publicada em 26/4/2018, para estabelecer “disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público”, incluiu o artigo 20 à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei nº 4.657/1942).

O novo artigo estabelece que, no âmbito administrativo, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão e, conforme seu parágrafo único, a motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta, inclusive em face das possíveis alternativas.

Esta orientação alcança o Direito Administrativo Sancionador de forma ampla, ou seja, aplica-se como regra geral e contempla a importância da ponderação das consequências por parte do agente público no momento de decidir, ou seja, os fatores pragmáticos devem ser considerados.

Para o Direito Administrativo Sancionador, a prevenção não se dirige diretamente contra o resultado nocivo, mas contra a utilização de meios que levem à produção do resultado nocivo. A ameaça da sanção administrativa visa dissuadir a conduta não para evitar a lesão ao bem jurídico tutelado, mas evitar a utilização de meios idôneos para produzi-lo; não se trata de castigar a produção do dano, mas prevenir a possibilidade de que se produza. A chave do sistema administrativo sancionador não está no dano, mas no risco, não na repressão, mas na prevenção (GARCÍA, 2018, p. 148).

O regime das infrações administrativas e sua punição visa reduzir riscos, por isso, pune-se a mera infração que seja culpável, mas não necessariamente a infração que tenha gerado um dano concreto.

Contudo, o mero descumprimento da norma administrativa pode ser desproporcional à pena estabelecida em abstrato para essa conduta, o que deve ser levado em consideração no caso concreto, conforme o mandamento constitucional e legal da proporcionalidade.

Adverte Alejandro Nieto que “os tempos de abuso de autoridade sem garantias individuais não devem ser compensados com supergarantias desproporcionais que propiciem abusos individuais em detrimento do interesse público” (GARCÍA, 2018, p. 40).

Aqui se relembra a já mencionada vertente da proporcionalidade referente à vedação da proteção insuficiente, a fim de alcançar-se o equilíbrio da atividade sancionadora.

Em suma, a aplicação do princípio da proporcionalidade aos processos administrativos sancionadores decorre de uma obrigação constitucional e legal para o julgador, não se trata de uma escolha ou está sujeita a condicionamentos. Qualquer pena imposta pela Administração Pública exige a análise de sua proporcionalidade no caso concreto.

### **CAPÍTULO 3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS – APLICAÇÃO NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**

Compreende-se que o ilícito penal e a infração administrativa em sua essência são equivalentes, possuem a mesma qualidade. A diferença entre ambos seria apenas quantitativa, havendo na infração administrativa um menor teor de injusto do que no ilícito penal (SÁNCHEZ, 2001, p. 124).

O exercício do poder punitivo estatal por meio do Direito Penal ou do Direito Administrativo Sancionador é determinado essencialmente por elementos formais, que não justificam a diversidade do regime (ARÊDES, 2017, p. 466).

Embora não haja diferença essencial quanto às condutas descritas como ilícitos penais e aquelas como infrações administrativas, o Direito Penal é uma disciplina estruturada na Constituição de 1988, com um código próprio, diversas leis extravagantes e vasta jurisprudência sobre os crimes e as suas penas. Já o Direito Administrativo Sancionador não possui sistematização normativa com abrangência geral.

Em relação à Espanha que, assim como o Brasil, não conta com um sistema próprio ao Direito Administrativo Sancionador, Alejandro Nieto García destaca que, quando se aplicam a este ramo os princípios do Direito Penal, isto não se dá porque se considera que o Direito Penal tenha uma natureza superior, mas simplesmente porque tais princípios são os únicos que se conhecem até o momento como expressão do Direito punitivo do Estado (2018, p. 135).

A aplicação das penas administrativas enseja consequências adversas aos infratores, sendo em alguns casos bastante graves. As penas de multa impostas pelos órgãos e entes estatais exigem o seu pagamento e, portanto, têm uma consequência patrimonial; a suspensão do exercício da atividade regulada aplicada pela ANP impossibilita o infrator de receber recursos referentes ao desenvolvimento de suas atividades empresariais temporariamente ou, se aplicada a pena de revogação, o impede definitivamente de exercer a atividade regulada, nos termos da Lei nº 9.847/1999; a imposição da pena de demissão ao servidor público prevista na Lei nº 8.112/1990 o impossibilita de exercer a atividade profissional a qual está habilitado e ainda restringe o acesso a outros cargos públicos; a infração administrativa ambiental enseja a demolição de obras, conforme a Lei nº 9.605/1998.

Todos esses exemplos demonstram que o uso do poder estatal para punir enseja restrições ao pleno exercício de direitos e intervenções patrimoniais e, assim, é preciso que os acusados de prática de infrações administrativas tenham seus direitos fundamentais protegidos.

Desse modo, as garantias penais aplicam-se na medida do necessário para a preservação dos valores essenciais previstos na Constituição, inclusive segurança jurídica, sendo que a sua aplicação não deve ser literal e imediata ao Direito Administrativo Sancionador (SABOYA, 2013, p. 144), mas conforme as características próprias desta subdisciplina.

Diante desse cenário, passamos a analisar a aplicação dos princípios diretamente identificados com o Direito Penal previstos na Constituição de 1988 no âmbito do Direito Administrativo Sancionador.

### 3.1. Legalidade – artigo 5º, XXXIX, da Constituição de 1988

#### *3.1.1. Legalidade no Direito Penal*

O artigo 5º, XXXIX, da Constituição de 1988 prevê “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;”.

O princípio constitucional explícito da legalidade acima referido consiste em conceber como crime determinada conduta apenas no caso de haver sua previsão expressa e determinada em lei como tal.

Como a aplicação do Direito Penal enseja a grave pena de privação da liberdade dos indivíduos, o princípio da legalidade apresenta-se da forma mais rigorosa, ou seja, apenas a lei ordinária ou a lei complementar, que são atos normativos com efeito em âmbito nacional emanados do Poder Legislativo, poderão dispor sobre crimes e especificar as penas aplicáveis.

Mesmo as medidas provisórias, que em nosso sistema jurídico têm força de lei, não podem dispor sobre matéria de Direito Penal, conforme vedação expressa no artigo 62, §1º, I, “b”, da Constituição de 1988.

O princípio da legalidade tem função constitutiva, pois cria o crime, ao positivizar em norma jurídico-penal a associação de uma pena específica à conduta ilícita, mas também possui função de garantia individual, na medida em que exclui a possibilidade de aplicação de penas não dispostas em lei (BATISTA, 2007, p. 68).

Para alguns estudiosos, a maior relevância da obediência ao princípio da legalidade consiste justamente na função de garantia dos indivíduos contra os abusos estatais, que sejam praticados em âmbito legislativo ou judicial (NUCCI, 2013, p. 99).

Em sua configuração atual, o princípio da legalidade exige, por parte do legislador, que formule a descrição da conduta delituosa do modo mais preciso possível e que as leis não tenham efeito retroativo e, por parte do juiz, que fundamente a condenação somente na lei escrita e que não amplie o seu conteúdo em prejuízo do acusado (HASSEMER, 2005, p. 335).

A função de garantia individual do princípio da legalidade decompõe-se em outros princípios penais. Da legalidade decorre a vedação: da retroatividade da lei penal mais gravosa; da criação de crimes e penas pelos costumes; do emprego da analogia para criar crimes ou agravar penas; e da criação de tipos penais vagos e indeterminados (BATISTA, 2007, pp. 68-79).

A referência estrita aos termos da lei não significa, contudo, que não haja espaço no âmbito do Direito Penal para o reconhecimento das variações de contexto pelas quais passa a sociedade ao longo do tempo e a alteração dos costumes. Assim, ainda que não sirva para alterar o texto, é certo que o direito costumeiro tem grande importância para esclarecer o conteúdo dos tipos penais.

Em determinadas circunstâncias, pode servir como causa supralegal de exclusão da ilicitude, para atenuação da pena ou da culpa, constituindo-se, assim, em fonte do Direito Penal. Nesses casos, considerando o uso do costume para melhorar a situação do agente, de forma compatível com o texto normativo, não há ofensa ao princípio da legalidade (TOLEDO, 2015, p. 25).

Ao tratar da legalidade no âmbito do Direito Penal, FERRAJOLI estabelece a distinção entre o que chama de “legalidade estrita” e de “mera legalidade” considerando o fato de a previsão normativa do delito ser mais ou menos empírica e taxativa.

Segundo o autor, a fórmula *nulla poenam nullum crimen sine lege* expressa o princípio da mera legalidade. Trata-se de postulado do positivismo jurídico, originário do direito romano, de acordo com o qual somente as leis determinam o que é delito, afastando a possibilidade de serem os delitos indicados pela moral ou por outras fontes externas.

O princípio da mera legalidade tem natureza empírico-formalista e limita-se a exigir que os pressupostos das penas estejam estabelecidos previamente por um ato legislativo. Distribui o

poder penal, pois “preceitua ao juiz estabelecer como sendo delito o que está reservado ao legislador predeterminar como tal” (FERRAJOLI, 2002, pp. 302-308).

Assim, o princípio da mera legalidade comporta a existência de tipos penais contendo expressões de conteúdo indeterminado, que demandam interpretação mais ampla no momento da aplicação da norma pelo juiz no caso concreto.

Já o princípio da legalidade estrita, que se opera pela fórmula *nulla lex poenalis sine necessitate, sine damno* etc., é obra do pensamento iluminista e tem função garantista.

Consiste em regra de formação da linguagem penal que “prescreve ao legislador o uso de termos de extensão determinada na definição das figuras delituosas”, tornando possível a sua aplicação na linguagem judicial em referência a fatos processualmente comprovados (FERRAJOLI, 2002, pp. 305-308).

O princípio de estrita legalidade exige mais do que o da mera legalidade, exige que a lei penal seja dotada de referências empíricas e das garantias penais (substanciais) da materialidade da ação, da lesividade do resultado e da culpabilidade, bem como as processuais (instrumentais) da presunção da inocência, do ônus da prova e do direito de defesa (FERRAJOLI, 2002, p. 306).

Luigi Ferrajoli atribui à noção de estrita legalidade aspectos garantistas no sentido de evitar qualquer ampliação do texto legal, que não deve contemplar aspectos vagos, indeterminados, que de qualquer modo permitam a extensão do seu conteúdo por parte do magistrado no momento da decisão dos casos concretos (2002).

Isto, contudo, não é tarefa simples para o legislador que deve decidir entre estabelecer um conceito de bem jurídico que seja preciso, mas alheio às necessidades práticas, ou estabelecer um conceito de bem jurídico mais próximo da realidade e das necessidades práticas, porém vago e inconsistente. Tal decisão é ainda mais difícil em uma sociedade complexa como é a atual (HASSEMER; CONDE, 1989, p. 106).

A concepção da legalidade estrita trazida por Luigi Ferrajoli corresponde a um avanço na contemplação das garantias do indivíduo perante o Estado, o que parece indicar que, se o legislador se encontrar diante do dilema acima, deve optar pela primeira alternativa ou ao menos minimizar a vagueza e a indeterminação dos tipos penais.

O sistema jurídico-penal brasileiro admite a existência de normas penais em branco, pelas quais se faz necessário recorrer a outros atos normativos de hierarquia inferior à lei, ou seja, atos

regulamentares ou administrativos (normas penais em branco próprias) para completar o seu conteúdo e permitir sua aplicação.

É o caso, por exemplo, da Lei nº 11.343/2006, que dispõe sobre o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes e outros crimes relacionados, complementada pela Portaria nº 344/1998 da ANVISA que, constantemente atualizada, especifica quais são as drogas ilícitas para fins de punição.

Com o surgimento de novas substâncias entorpecentes por novas combinações químicas, a exigência da edição de uma nova lei alterando a existente, seguindo-se os trâmites do processo legislativo necessário, acabaria por inviabilizar a punição desse grave crime em relação às novas substâncias por um período muito longo, o que prejudicaria o bem jurídico da saúde pública, que a Lei nº 11.343/2006 visa tutelar.

Assim, em muitos casos além deste, observa-se que a existência de normas penais em branco é importante para a adequada proteção aos bens jurídicos relevantes para a sociedade a ser realizada por meio do sistema jurídico-penal.

De qualquer modo, a norma penal em branco contém os elementos básicos do crime e a especificação da pena, sendo tais aspectos reservados à lei em sentido estrito. Apenas o complemento do disposto na lei é feito por norma de hierarquia inferior<sup>32</sup>.

Entende-se que a norma penal em branco própria, por si só, não ofende ao princípio da legalidade estrita tratado por Luigi Ferrajoli, desde que o complemento da norma infralegal seja preciso, específico e taxativo, mantendo-se na lei em sentido estrito a definição do crime e da pena.

A norma em branco é bem mais segura do que tipos penais excessivamente abertos, pois ao aplicar normas com tipos abertos, como é o caso do “ato obsceno”, previsto no artigo 33 do Código Penal, o juiz pode adotar interpretação que considere exclusivamente seus próprios conceitos morais (NUCCI, 2013, p. 107), o que enseja insegurança jurídica, já que pode haver respostas penais díspares para condutas muito semelhantes.

Esse tipo de abertura legal está em desacordo com a concepção de estrita legalidade desenvolvida por Luigi Ferrajoli, que tem sua função garantista no fato de que “os delitos estejam

---

<sup>32</sup> São também denominadas normas penais em branco aquelas cujo complemento decorre de outra lei penal de mesma hierarquia, nesse caso, são chamadas de normas penais em branco impróprias. Porém, uma vez que o complemento normativo decorre de lei em sentido estrito do mesmo modo, não se observa qualquer discussão quanto à sua compatibilidade ao princípio da legalidade penal.

predeterminados, sem reenvio (ainda que seja legal) a parâmetros extralegais, a fim de que sejam determinados pelo juiz mediante asserções refutáveis” (2002, pp. 303 e 304).

Ao legislador cabe o desafio de achar o ponto de equilíbrio entre as tarefas antagônicas de manter suas normas abertas o suficiente para que se adaptem aos casos futuros, ainda desconhecidos, mas que a norma deveria alcançar e, ao mesmo tempo, formular as normas de modo preciso para não alcançar os casos que não foram imaginados para serem abrangidos (HASSEMER, 2005, p. 338).

Com base no acima exposto e na lição de Luigi Ferrajoli, pode-se concluir que o princípio da legalidade aplicável ao Direito Penal consiste em exigir-se que por meio de lei ordinária ou complementar seja definida a conduta que se considera criminosa com elementos empíricos e taxativos, afastando-se os conceitos jurídicos abstratos, e que também com base na lei formal seja especificada a pena aplicável.

### *3.1.2. Legalidade administrativa*

A Lei da Ação Popular nº 4.717 de 1965 dispõe no artigo 2º, parágrafo único, “c”, que é nulo o ato lesivo ao patrimônio dos entes públicos no caso de ilegalidade do objeto, o que ocorre quando o resultado do ato consiste em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo.

Tal previsão contempla a noção de que os atos praticados pelo agente público devem ser comatíveis com o disposto em base normativa, pois do contrário serão considerados nulos.

A Constituição de 1988, no artigo 37, passou a prever expressamente a legalidade como princípio da Administração Pública.

Na lição clássica de Hely Lopes Meirelles, o princípio da legalidade administrativa indica que “na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal”, só é permitido fazer o que a lei autoriza (2002, p. 86).

O princípio da legalidade administrativa, contudo, foi passando por transformações ao longo do tempo, especialmente tendo em conta a importância da referência constitucional na aplicação das normas de todos os ramos do Direito.

No Estado de Direito atual “o culto à constitucionalidade se sobrepôs ao culto à legalidade; o Direito ‘por princípios’ sucedeu ao ‘Direito por regras’ e o princípio da juridicidade da Administração substituiu o princípio da legalidade” (MORAES, 2004, p. 31).

A Administração vinculada ao Direito, ao julgar determinada questão, exerce, assim como o juiz, uma ação criativo-interpretativa. O princípio da legalidade não justifica a atuação da Administração Pública como mera executora mecânica da literalidade do que é disposto em lei (OLIVEIRA, 2013, p. 77).

Conforme a noção de juridicidade da Administração Pública, esta deve agir de acordo com os princípios gerais de Direito contemplados na Constituição de 1988 (expressa ou implicitamente) em uma submissão ao Direito, não bastando à mera conformidade dos atos administrativos com a lei, como a visão tradicional da legalidade administrativa indica (MORAES, 2004, p. 30).

No Estado democrático, a administração pública também se sujeita à Constituição e à lei, nos termos do princípio da legalidade, agora já com a conotação de princípio da juridicidade ou princípio da constitucionalidade. As relações entre a administração pública e a sociedade vão sendo então compreendidas como relações horizontais e complementares, sendo a concepção de superioridade e verticalidade relacionadas à ideologia autoritária (MOREIRA, 2016, p. 183).

A noção de juridicidade não significa que as regras devam ser desconsideradas em prol da pretensa aplicação de princípios constitucionais relacionados vagamente à situação concreta.

A submissão da Administração ao Direito não admite, portanto, que a aplicação dos princípios constitucionais seja realizada sobrepondo-se às regras definidas para o caso sem que haja a devida motivação quanto aos elementos presentes na situação concreta e a avaliação da proporcionalidade da medida.

É preciso que haja ponderação de regras e princípios, alcançando-se a solução mais apropriada ao caso concreto, em ação criativo-interpretativa, como mencionado, e ao mesmo tempo responsável por parte da Administração Pública, aspecto que foi reforçado pela previsão do artigo 20 da LINDB (Decreto-lei nº 4.657/1942), que exige a consideração das consequências práticas da decisão administrativa, sempre que baseada em valores jurídicos abstratos, como é o “interesse público”.

Nesse sentido, não há propriamente uma relação superposição, mas de dependência recíproca, entre o Direito Constitucional e o Direito Administrativo, que está mais próximo do cidadão, na relação cotidiana deste com o Estado. É preciso que a Administração Pública esteja comprometida com o papel de promotora dos direitos fundamentais, pois do contrário converte-se em obstáculo à existência de um verdadeiro Estado democrático de Direito. “Uma burocracia

infensa à participação popular e desligada de sua obrigação de respeitar e promover direitos é uma burocracia que existe à margem da Constituição” (BAPTISTA; CAPECCHI, 2016, p. 1948).

O compromisso com a promoção dos direitos fundamentais exige que a lei seja usada como referência para moldar a ação administrativa e não como um mero apoio “seguro” para ações irrefletidas e prejudiciais ao interesse da sociedade, que a Administração Pública deve tutelar.

Além dessa necessária submissão ao Direito, a perspectiva atual em relação ao princípio da legalidade administrativa indica a necessidade de permissão legal em termos gerais para a ação do agente público, que a ação seja compatível com o sistema jurídico e com a finalidade das normas, não se exigindo identidade absoluta e literal entre o ato e a disposição legal.

Conforme esclarece Carlos Ari Sundfeld: “para agir, o administrador deve contar com algum tipo de outorga de competência feita por lei, ainda que de modo relativamente amplo e aberto” (2012, p. 157).

Clèmerson Merlin Clève sintetiza a relação entre os Poderes acerca das previsões normativas:

Está agonizando um conceito de lei, um tipo de parlamento e uma determinada concepção do direito. O parlamento monopolizador da atividade legiferante do Estado sofreu abalos. Deve continuar legislando, é certo. Porém, a função legislativa será, no Estado contemporâneo, dividida com o Executivo. (...). A crise do parlamento burguês conduz ao nascimento do parlamento ajustado às profundas alterações pelas quais passaram a sociedade e o Estado. Portanto, o declínio alcança um determinado parlamento; não a instituição propriamente considerada. (2000, p. 57)

Prevalece no Brasil atualmente que a atuação do agente público depende de prévia habilitação legal para ser legítima, a intensidade da vinculação da Administração à lei é que pode variar (OLIVEIRA, 2009, pp. 45-46).

Em comparação à legalidade penal, no âmbito da Administração Pública, não há centralização da produção normativa pela União. Ao contrário, os Estados legislam sobre os temas regionais e os Municípios sobre os de interesse local, o que é essencial ao desenvolvimento das atividades públicas, sem que haja reserva de lei federal de âmbito nacional para a maior parte dos temas.

Essa descentralização normativa ocorre inclusive quanto à fixação das sanções administrativas a que se sujeitam os infratores, cabendo à União, aos Estados e aos Municípios, no âmbito de suas competências próprias, legislar acerca de infrações e suas correspondentes

sanções administrativas, inclusive estabelecendo as regras dos respectivos processos sancionadores (OSÓRIO, 2015, pp. 225-226).

Além disso, observa-se em âmbito administrativo o fenômeno da deslegalização, que consiste na transferência da atividade normativa do âmbito do Poder Legislativo para outras entidades dotadas de autonomia com fundamento constitucional, uma vez que não há como regular de forma tempestiva e eficiente, exclusivamente por meio da lei formal, os conflitos de interesses que vão sendo criados a todo o tempo pela complexa realidade.

Dessa forma, entidades criadas com finalidades específicas, como é o caso das agências reguladoras, que detêm a expertise técnica para regular, fiscalizar e penalizar as infrações praticadas no âmbito do mercado regulado, são dotadas de poderes normativos próprios para exercer suas atribuições, mas fundamentados em uma base legal que justifica o seu exercício.

A deslegalização “opera uma verdadeira degradação da hierarquia normativa (descongelamento da classe normativa) de determinada matéria que, por opção do próprio legislador, deixa de ser regulada por lei e passa para a seara do ato administrativo normativo” (OLIVEIRA, 2009, p. 71).

Embora se reconheça a importância da deslegalização para o equilíbrio do sistema de normas, há, contudo, limites para a sua realização.

A lei deslegalizadora deve estabelecer os parâmetros e os princípios que deverão ser observados na atividade administrativo-normativa da agência reguladora e, portanto, não há uma delegação inominada, em branco (OLIVEIRA, 2013, p. 81), mas sim uma orientação basilar, competindo o tratamento das especificidades à entidade dotada da expertise técnica necessária para a tarefa. Feita dessa forma, não se verifica incompatibilidade com o texto constitucional.

Especialmente em se tratando de fixação de sanções administrativas e, portanto, da imposição de restrições aos direitos dos administrados, é imprescindível atentar para os limites da deslegalização e os parâmetros traçados para o regramento infralegal da matéria, como se passa a expor.

### *3.1.3. Legalidade no Direito Administrativo Sancionador*

Tendo em vista o fato de que há previsão específica referente à legalidade administrativa na Constituição de 1988 e também em diversas leis de Direito Administrativo<sup>33</sup> e, ainda, que a legalidade administrativa possui contornos próprios devidamente traçados historicamente pela doutrina e também pela jurisprudência, à primeira vista, parece não haver muito espaço para justificar a aplicação do princípio da legalidade identificada como de Direito Penal, prevista no artigo 5º, XXXIX, da Constituição de 1988, no Direito Administrativo Sancionador.

Entretanto, a pesquisa dos processos sancionadores da ANP revelou que o princípio da legalidade penal nos termos do artigo 5º, XXXIX, da Constituição de 1988, foi o mais vezes mencionado como argumento de defesa entre os autuados, como será detalhado no Capítulo 4.

Esse dado revelado pela pesquisa dos processos da ANP é mais um aspecto que demonstra que o Direito Administrativo Sancionador não se satisfaz plenamente com os elementos do Direito Administrativo, ou do Direito Penal, e que se justifica o esforço de buscar elementos próprios para sua aplicação às situações concretas, ante a falta de uma norma geral que os estabeleça.

A imposição normativa de punições e, assim, afetações patrimoniais e limitações aos direitos de pessoas físicas e jurídicas exige que a legalidade do Direito Administrativo Sancionador seja mais restrita do que a exigida pelo Direito Administrativo descrita no item anterior, aproximando-se do Direito Penal.

Tendo em conta que o princípio da legalidade estrita tem a função de limitar a irracionalidade e arbitrariedade no exercício do poder punitivo estatal, também a tipificação de infrações administrativas deve fundamentar-se em normas legais expedidas pelo Poder Legislativo (ARÊDES, 2017, p. 443).

Há sanções impostas pela Administração no uso de suas atribuições que são de difícil, para não dizer impossível, diferenciação em relação às penas impostas pelo Direito Penal para a prática de crimes, como é o caso das multas e das restrições de direitos. Assim, exige-se fundamento legal que justifique a aplicação da pena administrativa (BAJO FERNANDES, 2012, p. 265).

---

<sup>33</sup> Na já mencionada Lei nº 4.717/1965; na Lei nº 9.784/1999; Lei nº 8.429/1992 etc.

Considera-se, então, não admitida a teoria dos poderes implícitos no Direito Administrativo Sancionador para permitir que o administrador crie as infrações e sanções sem que tenha sido essa possibilidade prevista expressamente em lei (ARAÚJO, 2019, p. 442), ainda que em termos gerais.

Em recente julgamento no Plenário do STF, a Ministra Relatora Rosa Weber afirmou que é inadmissível “a delegação pura e simples à Administração, a criação ad nutum de uma figura infracional, por portaria ou resolução, com a imposição da correspondente sanção”<sup>34</sup>.

Não são possíveis nem disposições “regulamentares independentes ou que tentem tipificar condutas sancionáveis ou sanções sem a adequada cobertura legal, nem as que pretendam se amparar em uma cláusula de deslegalização ou da remissão inespecífica” (ENTERRÍA, 2014, p. 199).

A jurisprudência do STJ já fixou o entendimento de que não é cabível a aplicação de multa administrativa ambiental sem expressa previsão legal, sendo que a imposição da multa com fundamento no disposto exclusivamente em portaria viola o princípio da legalidade<sup>35</sup>.

Embora a lei seja a fonte primária, no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, que possui regulação muito ampla e requer constante necessidade de atualização, é preciso que existam outras normas que confirmam maior eficácia ao texto legal.

Como consequência inevitável do crescimento da própria gestão administrativa, aumentam as infrações administrativas indefinidamente, o que tornaria a tipificação em uma lei exclusiva um catálogo gigantesco incessantemente alterado, não sendo viável a tipificação consolidada em por meio de única lei estrita (GARCÍA, 2018, p. 164).

Assim, no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, ainda mais do que no Direito Penal, justificam-se as normas penais em branco impróprias, ou seja, a previsão de preceitos primários em lei que devam ser complementados por parte de normas de hierarquia inferior às leis formais. Além de possível a previsão de normas administrativas punitivas em branco (OSÓRIO, 2015, p. 244), pode-se dizer que é recomendável que assim seja quando se tratar de temas técnicos específicos.

---

<sup>34</sup> STF, ADI 4.874/DF, Plenário, Relatora Ministra Rosa Weber, DJe 1/2/2019.

<sup>35</sup> STJ, Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 557714/MG, Primeira Turma, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 2/4/2019.

Na França, adotou-se a solução mais simples e ainda mais ampla que a das normas em branco: tipifica-se como infração o descumprimento de qualquer determinação que constar nos regulamentos (GARCÍA, 2018, p. 164).

Entretanto, também no Direito Administrativo Sancionador, assim como acontece no Direito Penal, a legalidade tem a função de garantia. Dessa forma, o Tribunal Constitucional Espanhol já se manifestou pela impossibilidade de sancionar com base no preceito legal genérico de “descumprimento de deveres e obrigações” (ENTERRÍA, 2014, p. 201).

Também tendo em conta a função de garantia, o STJ já decidiu pela aplicação dos princípios da legalidade e da tipicidade no Direito Administrativo Sancionador para o fim de excluir a possibilidade de aplicação da analogia *in malam partem*<sup>36</sup>:

Em caso de deslegalização, cabe ao legislador estabelecer, no mínimo, os parâmetros capazes de identificar quais são as infrações a serem reprimidas pelo administrador e as suas correspondentes sanções (ARAUJO, 2019, p. 442).

Por exemplo, a Lei nº 9.847/1999, que estabelece as sanções administrativas relacionadas às atividades da indústria do petróleo e do abastecimento nacional de combustíveis, que deve ser aplicada pela ANP, descreve em dezenove incisos do artigo 3º as condutas infratoras, especificando a pena de multa correspondente e seus valores mínimo e máximo. Além disso, em outras disposições, prevê todas as demais penalidades às quais estão sujeitos os infratores.

Há, portanto, contornos legais preestabelecidos que orientam a ação da Agência.

Na regulação do mercado, a ANP tem uma série de normas com deveres a serem obedecidos pelos agentes econômicos que, uma vez descumpridos, são enquadrados em uma das condutas previstas na Lei nº 9.847/1999. Com isso, o autuado responde ao processo administrativo, exercendo o contraditório e a ampla defesa e, sendo a conclusão pela constatação da materialidade e da autoria da infração, é aplicada a punição.

A previsão do inciso IX do referido artigo 3º é a que possui teor mais genérico: “construir ou operar instalações e equipamentos necessários ao exercício das atividades abrangidas por esta Lei em desacordo com a legislação aplicável”. Trata-se de uma norma administrativa punitiva em branco e, considerando que há disposições específicas, pode-se afirmar que a norma deste inciso é o “soldado de reserva”, na expressão de Nelson Hungria, a aplicar-se quando não se identificar

---

<sup>36</sup> STJ, RESP 879360/SP, Primeira Turma, Relator Ministro Luiz Fux, DJe de 11/9/2008.

em outro inciso uma descrição na qual se enquadre mais especificamente a conduta que viola a norma administrativa.

O mercado regulado pela ANP é vasto e complexo, justificando-se a abertura legal do inciso IX para que, completadas por disposições específicas e claras por parte das normas da Agência, seja possível a punição por descumprimentos de normas referentes à regularidade das atividades do mercado.

Verifica-se, portanto, que a legalidade no âmbito do Direito Administrativo Sancionador exige contornos mínimos estabelecidos em lei no que se refere à conduta e à pena a que se sujeita o infrator e tem função de garantia, afastando-se a possibilidade de analogia *in malam partem*.

Por outro lado, a legalidade do Direito Administrativo Sancionador não se identifica plenamente com a do Direito Penal.

Acerca da legalidade no âmbito do Direito Penal, observamos que, conforme a concepção de legalidade estrita tratada por Luigi Ferrajoli, os tipos penais devem ser certos e precisos, afastando-se ao máximo os conceitos jurídicos indeterminados.

Decorrente do princípio da legalidade, o princípio da tipicidade impõe a predeterminação normativa da conduta e de suas respectivas sanções, de forma que se possa prever com suficiente grau de certeza a consequência da conduta.

A tipicidade decorre do princípio geral de liberdade, segundo o qual as condutas sancionáveis são exceção a essa liberdade e, assim, devem estar precisamente determinadas; e da necessária segurança jurídica (ENTERRÍA, 2014, pp. 200-201).

Em razão do maior dinamismo da atividade administrativa e da constante necessidade de regulação de condutas para preservar o interesse público em âmbito local, regional e nacional, justifica-se que, no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, a aplicação da legalidade tenha contornos mais brandos do que no Direito Penal.

Alice Voronoff compara a legalidade estrita do Direito Penal (artigo 5º, XXXIX, da Constituição de 1988) com a do Direito Administrativo Sancionador:

Esse padrão rigoroso de legalidade não se estende ao direito administrativo sancionador. Em primeiro lugar, porque não há na Constituição a previsão de reserva legal específica, nos moldes da penal, para a instituição de infrações e sanções administrativas. E não se pode interpretar de modo extensivo a reserva absoluta do art. 5º, inciso XXXIV, para sustentar uma limitação implicitamente pretendida pelo constituinte. (...). As infrações e sanções devem ser vistas como técnicas de regulação voltadas a promover a adequação da conduta dos particulares. E é diante desse cenário, bem como da ausência de previsão expressa na Constituição, que um padrão de legalidade mais

flexível não apenas se justifica, como se revela imprescindível para que o direito administrativo sancionador seja efetivo e eficiente (2018, pp. 217-218).

Os contornos mais brandos da legalidade no Direito Administrativo Sancionador em relação à do Direito Penal referem-se mais especificamente à abertura para a existência de conceitos jurídicos indeterminados nos tipos infracionais.

Justifica-se a menção aos conceitos jurídicos indeterminados na descrição das infrações para que cada órgão ou entidade administrativa responsável por sua aplicação (lembre-se de todos os entes da Federação) possa efetuar as adaptações necessárias às necessidades específicas relacionadas às circunstâncias de tempo, às características do local, à eventual situação de crise ou calamidade etc.

As descrições de infrações no Direito Administrativo Sancionador são, em regra, mais elásticas que a dos tipos penais, compondo-se de conceitos e termos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais, princípios e descrição de valores superiores que outorgam amplos espaços à autoridade julgadora, seja ela administrativa ou judicial (OSÓRIO, 2015, p. 227).

Ao contrário do que ocorre com a legalidade estrita do Direito Penal, portanto, não é sempre necessário que a descrição da conduta, bem como os aspectos que permitem a gradação da pena sejam, por meio da lei formal, delimitados com elevado grau de precisão e certeza.

Assim, cabe à lei formal estabelecer o conteúdo básico e fundamental das sanções administrativas, tal como a descrição da conduta em termos gerais, as sanções que se pode aplicar a essas condutas e os limites mínimo e máximo da sua aplicação. Isto, contudo, não impede que haja conceitos jurídicos indeterminados ou normas infracionais em branco, ou seja, não “impede que alguns detalhes fiquem nas mãos dos administradores públicos ou de outras autoridades competentes, integrando as normas legais, tendo em vista a maior elasticidade que vigora nesse terreno” (OSÓRIO, 2015, pp. 244 e 277).

A maior flexibilidade quanto aos tipos infracionais exige por parte do julgador, especialmente quando se tratar de autoridade administrativa, que seja ainda mais criterioso quanto às suas decisões, aplicando o princípio da proporcionalidade ao impor a penalidade no caso concreto.

Destaca-se aqui o exercício da atividade administrativa porque este agente público está mais próximo dos detalhes do caso e detém conhecimento mais específico. O regulador, por exemplo, possui a expertise técnica e conhece com maior profundidade a importância da norma

descumprida para o adequado funcionamento do mercado, os fatores que dificultam o cumprimento de determinadas regras por parte dos agentes econômicos, os elementos que indicam maior gravidade na conduta... Assim, deve expor esses fatores sempre que identificados ao proferir suas decisões, motivando-as claramente e, em caso de aplicação da pena, justificar os motivos de sua gradação.

A decisão administrativa proferida conforme a proporcionalidade tende a desencorajar demandas judiciais fadadas ao insucesso. Mesmo nos casos em que o agente econômico condenado considere haver bons argumentos para levar a demanda ao Judiciário em defesa dos seus interesses, sendo a decisão administrativa ponderada e proporcional, o processo judicial conterà elementos que favorecerão a melhor compreensão do caso por parte do magistrado e lhe permitirá proferir uma decisão consistente para por fim ao conflito.

A decisão administrativa que seja proferida conforme a proporcionalidade é, portanto, um instrumento de cooperação institucional.

Além disso, tendo em conta a perspectiva de análise econômica do direito desenvolvida pela Escola de Chicago, Alice Voronoff conclui acerca da aplicação de sanções por parte do regulador que, se houver rigor excessivo, privilegiando-se a legalidade formalista em prejuízo de análises mais apuradas e que considerem os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, “os agentes regulados podem internalizar tal circunstância como um incentivo, seja para a retração de investimentos, seja para a adoção de estratégias de judicialização em massa” (VORONOFF, 2019, p. 125), o que de uma forma ou outra é muito prejudicial ao mercado.

Em relação à lei penal, Francisco de Assis Toledo esclarece que, para que possa desempenhar sua função pedagógica e motivar o comportamento humano de forma positiva, precisa ser acessível a todos. Porém, é preciso reconhecer que o ideal de que todos possam conhecer as leis penais é cada vez mais distante, sendo o dogma do conhecimento presumido imposto pela lei em vigor, na verdade, “pura ficção jurídica” (TOLEDO, 2015, p. 29).

No âmbito do Direito Administrativo Sancionador, em que o caráter pedagógico é o primordial, no qual além das disposições legais há inúmeras normas infralegais emitidas pelos órgãos e entidades públicas de observância obrigatória pelos administrados e, ainda, considerando que as leis em vigor reforçam a importância da observância da proporcionalidade da sanção, com destaque para o artigo 2º, IV, da Lei de Liberdade Econômica nº 13.874/2019 que institui o princípio da vulnerabilidade do particular em relação ao Estado, não há dúvidas de que

as dificuldades de pleno cumprimento de todas as normas devem ser consideradas, especialmente tendo em consideração a estrutura organizacional do empresário e as circunstâncias do caso concreto.

Em suma, para a aplicação de uma punição pela Administração Pública, é preciso que a lei geral formal sobre a qual se fundamente a ação administrativa descreva a conduta considerada como infração e que especifique as penas correspondentes ao infrator, indicando os seus limites mínimo e máximo, bem como os elementos que permitem a sua gradação.

A obediência à legalidade no Direito Administrativo Sancionador não é, portanto, equivalente à aplicação literal de dispositivo normativo considerado isoladamente. Agir conforme a legalidade no Direito Administrativo Sancionador impõe observar as determinações legais em sua compreensão sistemática e teleológica e aplicar as sanções proporcionalmente ao grau de reprovabilidade da conduta, tendo em conta as circunstâncias específicas da situação concreta.

O artigo 5º, XXXX, da Constituição de 1988, como princípio fundamental aplica-se com matizes ao Direito Administrativo Sancionador exigindo-se que a lei formal estabeleça os contornos gerais das condutas que infratoras, bem como as penas correspondentes.

Admitem-se tanto as normas punitivas administrativas em branco como também a tipificação por meio de conceitos indeterminados, o que não significa espaço para o arbítrio.

Desse modo, as nuances próprias não permitem a aplicação da analogia em prejuízo do acusado de infração administrativa, tampouco justificam a aplicação de penalidades com base exclusivamente em normas infralegais.

Por fim, a obediência do princípio da legalidade no Direito Administrativo Sancionador é indissociável da obediência ao princípio da proporcionalidade, que deverá ser considerado em todas as decisões administrativas punitivas.

### 3.2. Retroatividade da lei penal mais benéfica – artigo 5º, XL, da Constituição de 1988

#### *3.2.1. O princípio da irretroatividade no Direito Administrativo Sancionador*

O artigo 5º, XL, da Constituição de 1988 prevê que a “XL – a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;”.

O texto constitucional refere-se à “lei” penal, sendo a palavra interpretada em sentido amplo, contemplando também os demais atos normativos infralegais que tenham repercussão penal. Uma vez que o ato de hierarquia superior que é a lei não pode retroagir para prejudicar o acusado, evidentemente que os atos que lhe são subordinados não poderiam ser dotados de poderes superiores aos da lei e, assim, ter o condão de prejudicar condutas passadas.

A irretroatividade da lei penal já constava no artigo 8º da Declaração de direitos do homem e do cidadão de 1789: “ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada”<sup>37</sup>.

De origem secular, a irretroatividade da lei penal sempre esteve presente nas Constituições brasileiras, inclusive na Constituição do Império de 1824, como destacado no item 1.3, com exceção apenas da Constituição de 1969 instituída pelo regime militar.

A referida disposição da Constituição de 1988, contudo, prevê exceção à regra da irretroatividade, estabelecendo a retroatividade da lei penal mais benéfica ao agente.

A retroatividade das leis favoráveis ao acusado referentes à descriminalização de condutas ou à redução da pena “talvez perturbem o sentido da ordem, a necessidade de retribuição ou a busca pela vingança, mas não a confiança geral na justiça penal como uma instituição de controle social, que criminaliza ponderadamente e não criminaliza ardilmente” (HASSEMER, 2005, p. 342). É, portanto, princípio essencial à aplicação da pena conforme a proporcionalidade.

Esta disposição, que representa uma maior garantia ao réu, foi instituída pela Constituição de 1934 que teve curta duração. Após, voltou a ser prevista na Constituição de 1946, substituída pela do regime autoritário em 1969 e voltou a vigorar em nosso sistema com a Constituição de 1988.

É justamente a retroatividade da lei mais favorável ao réu o traço distintivo desta norma constitucional penal em relação às demais em nosso ordenamento e, por isso, a pertinência de análise da aplicação deste aspecto da disposição constitucional no Direito Administrativo Sancionador.

Isto porque, a irretroatividade é a regra geral em nosso sistema jurídico, alcançando todas as normas, ainda que não sejam penais.

---

<sup>37</sup> Declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 3/8/2019.

Assim, não se identifica qualquer discussão relevante acerca da irretroatividade das normas no Direito Administrativo Sancionador. “A irretroatividade, como princípio estabelecido com base no Estado de Direito, reforça o valor da eliminação da arbitrariedade no âmbito da atividade do Estado em relação aos cidadãos. E isso é vital para a efetivação dos direitos fundamentais” (TAVARES, 2006, p. 78).

Embora a irretroatividade seja a regra, somente condiciona a atividade do Estado nas hipóteses expressamente previstas na Constituição de 1988, que são: art. 5º, XXXVI (direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada); XL (vedação da retroatividade em prejuízo do réu, *a contrario sensu*) e art. 150, III, “a” (anterioridade tributária). “Fora dessas hipóteses, a retroatividade da norma é tolerável” (BARROSO, 2003, p. 53).

A LINDB (Decreto-Lei nº 4.657/1942) que, a partir de dezembro de 2010, por meio da Lei nº 12.376/2010, passou a adotar esta denominação que melhor se coaduna com a função que, de fato, desempenha em nosso ordenamento jurídico, qual seja: a de orientar a aplicação de todas as normas, não apenas as do Código Civil (como a denominação anterior dava a entender), prevê:

Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

(...).

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

Como exceção à regra da irretroatividade, a lei poderá retroagir, desde que sejam cumpridos os seguintes requisitos, cumulativamente: a previsão normativa específica sobre a retroatividade; não prejudicar o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada; e não piorar a situação do interessado em caso de norma penal.

A irretroatividade é identificada também como a regra no Direito Administrativo Sancionador:

A irretroatividade das leis sancionadoras decorre, em realidade dos princípios da proporcionalidade e da segurança jurídica, ambos de origem constitucional (...).

Vale referir, com efeito, que o princípio da segurança jurídica, ao lado, por exemplo, do princípio da isonomia, constitui uma das diretrizes axiológicas fundamentais do Direito. Por via de regra, o fato há de ser regido pela lei em vigor na data de sua ocorrência. ‘Uma lei que nada diz a respeito de sua aplicação a fatos ocorridos antes do início de sua vigência, a estes evidentemente não se aplica (...)’. Para além da preocupação com a segurança jurídica, também há, aqui, um foco no ideário da justiça, isonomia e interdição à arbitrariedade, valores feridos em se tratando de leis retroativas (...) (OSÓRIO, 2014, p. 286).

Assim, para a aplicação da regra da irretroatividade nos casos concretos, sequer é preciso fazer uso da teoria do direito adquirido, como esclarece Celso Antonio Bandeira de Melo:

Há certos acontecimentos que sucederam no pretérito e nele se encerraram. Isto é: algumas relações jurídicas nascem, medram e fenecem dentro do império de uma única lei, sob cuja égide se extinguem integralmente seus efeitos. O advento de lei posterior obviamente não pode afetá-las, salvo retroagindo, isto é, volvendo para o passado. A retroação, evidentemente, não é situação normal, mas, pelo contrário, invulgar, anômala, alheia à índole corrente das regras jurídicas. Com efeito, as leis existem para disciplinar o que está perante elas e não para regredir no tempo e desacomodar os acontecimentos socialmente vencidos e soterrados na poeira do tempo. Para obstar a retroação das leis não há que invocar a teoria do direito adquirido, cuja finalidade e ambição são outros (...). (MELO, 2007).

Adicionalmente, a Lei nº 9.784/1999, referente aos processos administrativos federais e que, conforme Enunciado de Súmula 633 do STJ, também se aplica subsidiariamente aos estaduais e municipais, em seu artigo 2º, parágrafo único, XIII, dispõe que a norma administrativa será interpretada da forma que melhor garanta o atendimento do fim público, “vedada a aplicação retroativa de nova interpretação”.

A irretroatividade da nova interpretação é, portanto, um limite à adoção da forma que melhor garanta o interesse público e, nesse contexto, naturalmente, somente há vedação à retroatividade que prejudique o interesse do administrado.

Isto porque, se a retroação da nova interpretação, além de melhor atender ao fim público, ainda for mais benéfica para o administrado, não há interesses contrapostos, a retroatividade é benéfica para todos não havendo óbice ao seu reconhecimento, desde que também preservados os eventuais direitos de terceiros.

Em suma, é incontroversa a aplicação do princípio da irretroatividade da norma mais gravosa ao infrator no âmbito do Direito Administrativo Sancionador. A sua aplicação prática, entretanto, enseja complexidades, como se passa a tratar.

### *3.2.2. A irretroatividade da Resolução ANP nº 64/2014*

Conforme o artigo 8º, II, da Lei nº 9.847/1999, no caso de segunda reincidência em infração administrativa (inespecífica), aplica-se a pena de suspensão temporária do funcionamento do estabelecimento ou da instalação. Já no caso de reincidência específica em infrações referentes à segurança que gerem risco iminente à vida e ao patrimônio, bem como em

infrações referentes a vícios de qualidade e quantidade do produto fornecido, aplica-se a pena de revogação da autorização para o exercício da atividade regulada, nos termos do artigo 10, III, da referida Lei.

As penas restritivas de direitos de suspensão e de revogação são aplicadas em razão de sucessão de infrações no tempo.

Assim, no momento do julgamento de determinada infração, verificando o julgador a materialidade e a autoria, condenará o autuado à pena de multa, resposta padrão às infrações praticadas no mercado regulado pela ANP e, adicionalmente, verificando a reincidência, aplicará a pena restritiva de direitos de suspensão ou revogação, conforme o caso.

Para fim de caracterização da reincidência, a Resolução ANP nº 8/2012 estabelecia em sua redação original:

Art. 2º Para efeitos de reincidência, não serão consideradas condenações anteriores se entre as datas de trânsito em julgado das decisões de condenação e do cometimento da infração em julgamento tiver decorrido período de tempo igual ou superior a dois anos.

De acordo com essa disposição, assim como no Direito Penal, há um limite temporal (período depurador) para a consideração da reincidência que, para as condenações administrativas perante a ANP é de 2 anos. Transcorrido o prazo, a infração não mais pode mais ser considerada e, assim, não justifica a aplicação das penas restritivas de direito de suspensão e de revogação pela sucessão de infrações no tempo.

Com a condenação definitiva por parte da ANP (“trânsito em julgado administrativo”<sup>38</sup>), inicia-se o período depurador de dois anos para a verificação da reincidência, por exemplo:



Figura 1 – Linha do tempo das infrações, período depurador da condenação e reincidência.

<sup>38</sup> Entre aspas porque, tecnicamente, o trânsito em julgado somente se opera quando há decisão judicial definitiva, já que, mesmo encerrada a discussão em âmbito administrativo, em razão do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, o caso pode ser levado ao Judiciário.

No exemplo acima, quando do julgamento da infração 2, não será possível considerar a condenação pela infração 1 para fins de reincidência, em razão da expiração do período depurador de dois anos, inviabilizando a aplicação da pena de suspensão ou de revogação ao autuado.

Em 8/12/2014, entrou em vigor a Resolução ANP nº 64/2014 que modificou o artigo 2º da Resolução nº 8/2012, estabelecendo regra mais gravosa para os agentes econômicos:

Art. 2º Verifica-se a reincidência quando o estabelecimento/instalação infrator(a) pratica nova infração prevista na Lei nº 9.847/1999, depois de definitivamente condenado administrativamente.

§1º Para efeitos de reincidência, não serão consideradas condenações anteriores se entre a data do cumprimento integral da pena pecuniária ou sua extinção e do cometimento da infração em julgamento tiver decorrido período de tempo igual ou superior a dois anos.

Conforme se pode perceber, o marco inicial da contagem do período depurador de dois anos após o qual a condenação anterior não poderá mais ser considerada para fins de reincidência e, conseqüentemente, para a aplicação das penas de revogação e suspensão, passou a ser a data do pagamento da multa imposta pela condenação da ANP, não mais a data do “trânsito em julgado administrativo”.

Se não há pagamento da multa, não se inicia a contagem do período depurador e aquela condenação pode ser considerada indefinidamente para fins de reincidência. A nova norma é, portanto, prejudicial aos agentes autuados, já que antes bastava o “trânsito em julgado administrativo” para o transcurso do prazo, não se exigindo qualquer tarefa de sua parte e a partir de então exige-se o cumprimento da pena de multa.

Para aplicar a pena restritiva de direitos na decisão do processo atual, é necessário que o julgador considere o histórico de condenações do agente econômico autuado e, portanto, que analise atos e fatos passados.

Ao fazê-lo, cabe ao julgador observar as normas vigentes quando de sua edição, de acordo com o princípio do *tempus regit actum* segundo o qual “na análise de um fato determinado, deve ser aplicada a lei vigente à sua época”<sup>39</sup>.

Suponha-se então que determinado autuado tenha contra si definitivamente julgado o processo que o tenha condenado ao pagamento da pena de multa; que haja transcorrido

---

<sup>39</sup> STF, ARE 1019161 AgR/SP, Segunda Turma, Relator Ministro Ricardo Lewandowski. DJe de 12/5/2017.

integralmente o período depurador de dois anos após a decisão administrativa definitiva e que este infrator não tenha realizado o pagamento da multa imposta.

Neste cenário, é publicada a Resolução nº 64/2014 estabelecendo a necessidade de pagamento da pena de multa para o início da contagem do período depurador. Já durante a vigência desta norma, é praticada uma nova infração, conforme exemplo:

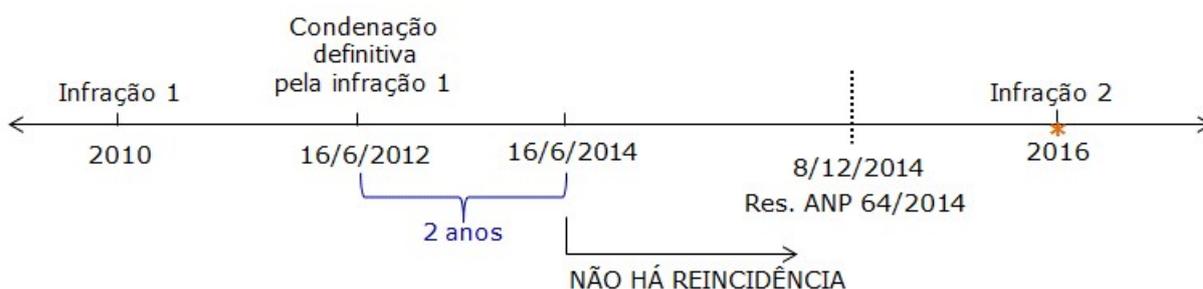


Figura 2 – Linha do tempo das infrações e expiração do período depurador na vigência da Resolução ANP nº 8/2012.

No momento de proferir a decisão referente a esta infração 2, poderá o julgador considerar a infração anterior para fins de reincidência?

Tendo em conta que se esgotou o prazo de dois anos após a condenação definitiva pela infração 1 e que, portanto, não era mais possível considerar aquela infração para fins de reincidência, houve uma consolidação desta situação. Assim, a Resolução nº 64/2014, ao conferir nova redação ao artigo 2º da Resolução nº 8/2012 e estabelecer um novo marco inicial para a contagem, não teria o condão de reverter o fato consumado.

Se o fizer, há afronta à irretroatividade da lei sancionadora mais gravosa, uma vez que o julgador não pode reavivar a condenação já considerada extinta para fins de reincidência com base na norma então em vigor.

Dessa forma, ao julgar a infração 2, não pode o julgador considerar a condenação pela infração 1 para fins de reincidência ainda que não tenha havido o pagamento da pena imposta e, portanto, não poderá por esse motivo aplicar pena restritiva de direitos de suspensão ou revogação.

A questão torna-se um pouco mais complexa quando, no curso do período depurador de dois anos, a Resolução ANP nº 64/2014, instituindo norma mais gravosa que a anterior, entrou em vigor:

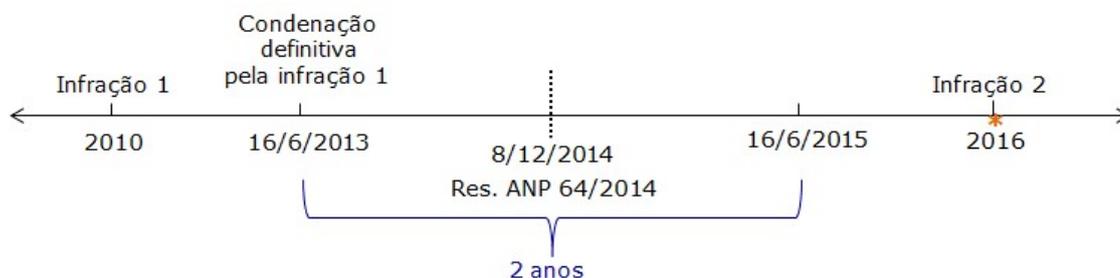


Figura 3 - Linha do tempo das infrações e início da vigência da Resolução ANP nº 64/2014 durante o período depurador.

Ainda assim, com o período depurador estava em curso quando foi publicada a Resolução ANP nº 64/2014, entende-se que não poderia ser aplicada a nova regra por esta estabelecida, uma vez que se trata de norma material que é mais gravosa para o agente econômico.

É pertinente a interpretação sistemática da norma e, a este respeito, deve-se considerar que, quando entrou em vigor o Código Civil de 2002, nos artigos 2.028 e 2.029<sup>40</sup>, foi prevista regra de transição específica referente aos prazos em curso para não prejudicar aqueles que já haviam percorrido um caminho temporal para a aquisição de direitos.

Note-se que as relações jurídicas ali referidas têm natureza eminentemente privada e muitas vezes exclusivamente referente a direito patrimonial disponível e, mesmo assim, houve a intenção legal de preservá-los.

Acerca do direito previdenciário, nosso País já passou por diversas reformas da Previdência Social e em todos estes momentos foram previstas regras de transição, de modo a não se desconsiderar o tempo percorrido pelos agentes relacionados à aquisição do direito à aposentadoria.

Por interpretação sistemática, não seria então razoável considerar que a Resolução ANP nº 64/2014 referente à aplicação de uma pena administrativa fez excluir o tempo do período depurador já transcorrido impondo a regra mais gravosa para aquelas condenações com período depurador em curso.

<sup>40</sup> Art. 2.028. Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.  
 Art. 2.029. Até dois anos após a entrada em vigor deste Código, os prazos estabelecidos no parágrafo único do art. 1.238 e no parágrafo único do art. 1.242 serão acrescidos de dois anos, qualquer que seja o tempo transcorrido na vigência do anterior, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.

Assim, também nesse caso, estende-se que, ao proferir a decisão de condenação pela infração 2, não poderia o julgador considerar a condenação pela infração 1 para fins de reincidência e conseqüentemente aplicar a pena de suspensão ou revogação ao agente econômico autuado.

Ainda que haja dificuldades práticas na aplicação da irretroatividade da norma sancionadora mais gravosa, como visto, a sua aplicação é reconhecida sem controvérsias teóricas a respeito.

Passamos, então, a tratar da controversa possibilidade de aplicação da retroatividade da lei punitiva posterior mais benéfica ao Direito Administrativo Sancionador.

### *3.2.3. A norma constitucional*

Para a análise da aplicação, em tese, da norma do artigo 5º, XL, da Constituição de 1988, no Direito Administrativo Sancionador, inicialmente, esmiuçamos as expressões constantes na referida disposição constitucional: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;”.

O texto refere-se à “lei penal”, ou seja, à lei que dispõe sobre penas.

Note-se que as condutas que ensejaram essas penas (prática de crimes ou contravenções penais, por exemplo) não estão mencionadas no texto.

Com isso, é possível compreender que na expressão “lei penal” estão incluídas todas as leis sobre aplicação de penalidades pelo Estado a determinadas condutas proibidas, sejam tais condutas ações ou omissões decorrentes de crimes ou contravenções penais, reprimidas pelo Direito Penal, ou mesmo infrações administrativas, reprimidas pelo Direito Administrativo Sancionador.

Esta interpretação mais ampla coaduna-se com o aspecto expansivo de interpretação dos direitos fundamentais, que deve conferir maior proteção a tais direitos, e com a orientação do princípio da proporcionalidade.

Isto porque se, em alguma medida, a nova lei indica que determinada conduta não deve mais sofrer repressão ou que esta deve ser mais amena do que era previsto na lei anterior, verifica-se que a pena no patamar anterior tornou-se desnecessária, já que há meio menos gravoso ao administrado que permite atingir a finalidade pública.

Assim, uma vez que não há restrição às penas decorrentes de crimes, já que a causa da imposição penal não está prevista na norma, é possível compreender por “lei penal” prevista no texto constitucional todas aquelas leis que imponham sanções, sejam estas decorrentes de infrações administrativas ou de crimes ou contravenções penais.

Especificamente quanto à palavra “lei”, verifica-se que se trata do ato emitido pelo Poder Legislativo, não restringindo o âmbito da Federação do qual seja originário.

Há leis incriminadoras denominadas normas penais em branco, ou seja, que precisam de um complemento decorrente de outra lei ou de atos normativos infralegais para sua plena aplicação e, assim, permitam o enquadramento de condutas para sua penalização.

Parece não haver dúvidas de que a retroatividade benéfica alcança também essas normas, considerando-se que o acessório segue o principal.

Se a lei (ato normativo mais relevante por ser hierarquicamente superior) deve retroagir para beneficiar o réu, os atos normativos infralegais, complementos sem os quais a punição não se estabelece, também devem seguir o mesmo caminho.

Desse modo e, considerando abrangidas pela expressão “lei penal” as resoluções das agências reguladoras, bem como portarias, instruções normativas ou quaisquer outros atos infralegais que eventualmente disponham sobre infrações administrativas e imponham penas aos administrados no mercado regulado, tais atos não podem retroagir em seu prejuízo, mas sim para lhes beneficiar.

Depois, o texto constitucional menciona que não “retroagirá”. Em uma acepção simples, isto significa que não alcançará fatos passados, ou seja, não voltará no tempo para atingir condutas praticadas e finalizadas, estejam ou não ainda gerando efeitos no presente.

Esta disposição busca imediatamente proteger a previsibilidade e a estabilidade, permitindo que as condutas sejam realizadas de acordo com a norma previamente editada e de conhecimento público. O princípio da irretroatividade decorre do Estado de Direito e “faz com que a relação jurídica de direitos fundamentais, antes apoiada na vontade pura do Estado, desloque-se para condicioná-la à liberdade dos cidadãos, indicando ao Estado que se abstenha, *a priori*, de normatizar para atingir fatos ocorridos no passado” (TAVARES, 2006, p. 78).

Há, no entanto, fatos passados que perduram no tempo e outros que continuam gerando efeitos e, assim, revelam-se as dificuldades quanto à aplicação da norma.

A aplicação do direito intertemporal nos casos concretos revela-se complexa, como destaca o Ministro Gilmar Mendes:

É possível que a aplicação da lei no tempo continue a ser um dos temas mais controvertidos do Direito hodierno. Não raro, a aplicação das novas leis às relações já estabelecidas suscita infundáveis polêmicas. De um lado, a ideia central de segurança jurídica, uma das expressões máximas do Estado de Direito; de outro, a possibilidade e a necessidade de mudança (MENDES, 2015, p. 365).

Em algumas situações, a aplicação de uma nova lei pode ser prejudicial em alguns aspectos e mais benéfica em outros. Então, surgiu a dúvida sobre a possibilidade de combinação dos dispositivos de normas diversas, de forma que ao réu fosse atribuído o tratamento mais benéfico possível.

Foi o que aconteceu com a publicação da Lei nº 11.343/2006, referente aos crimes com drogas não autorizadas, que revogou a Lei nº 6.368/1976, sendo que a combinação dos dispositivos de ambas permitia situação mais favorável ao réu<sup>41</sup>.

A tese defensiva pela combinação das leis não foi acolhida. O STJ editou o enunciado de súmula nº 501 que pôs fim à controvérsia em âmbito judicial atestando que: “É cabível a aplicação retroativa da Lei n. 11.343/2006, desde que o resultado da incidência das suas disposições, na íntegra, seja mais favorável ao réu do que o advindo da aplicação da Lei n. 6.368/1976, sendo vedada a combinação de leis”.

Esta orientação, contudo, não é aceita por alguns estudiosos do tema, que consideram possível a combinação de duas leis, de maneira geral, aplicando-se sempre os dispositivos mais benéficos ao acusado (BITENCOURT, 2015, p. 214).

De qualquer forma, ressalva-se o eventual abuso desta combinação quando se verifica aplicação da norma desvirtuada quanto ao sentido:

---

<sup>41</sup> De um lado, a pena mínima para o tráfico ilícito de entorpecentes prevista pelo artigo 12 da Lei nº 6.368/1976 era de 3 (três) anos de reclusão e pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, nesse sentido, esta norma era mais benéfica que a Lei nº 11.343/2006, lei nova, que no artigo 33 previu pena mínima para esta mesma conduta de 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa. Em contrapartida, a nova lei trouxe no §4º do referido artigo 33, a figura do tráfico privilegiado, que enseja a possibilidade de redução da pena de um sexto a dois terços nos casos de réu primário, de bons antecedentes, que não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. Esta possibilidade não existia na lei anterior e, assim, que representa um benefício para os acusados de tráfico ilícito de entorpecentes em relação ao disposto na lei anterior. Neste contexto, surgiu a pretensão de que se aplicasse o §4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, mas considerando a pena mínima da Lei nº 6.378/1976.

Parece que a única objeção lógica oponível à combinação de leis, que outorgaria consistência ao argumento tradicional da aplicação de lei inexistente, residiria na fissura de dispositivos legais incidíveis, organicamente unitários (...). Ressalvada, portanto, a hipótese em que a aplicação complementar dos textos legais concorrentes no tempo implique desvirtuar algum dos dispositivos operados, pela abusiva subtração de cláusula que condicionaria sua eficácia (quando, sim, poder-se-ia falar de uma lei inexistente), cabe admitir no direito brasileiro a combinação de leis no procedimento para reconhecer a lei mais benigna” (BATISTA et al, 2003, p. 215).

Embora o STJ tenha vedado a combinação das leis sobre o tráfico ilícito de entorpecentes, prestigiou o princípio da retroatividade benéfica ao impor ao intérprete a tarefa de identificar qual das leis em sua totalidade representa maior benefício ao réu no caso concreto, a qual deverá ser a adotada.

Voltando ao texto do inciso XL do artigo 5º, a menção a “para prejudicar” corresponde à possibilidade de atribuição de qualquer efeito nocivo a que não estaria sujeito, se não fosse pela aplicação da nova norma. Alcança, portanto, norma posterior que permite um enquadramento na hipótese legal de crime que antes não era possível ou que imponha pena mais grave que a anterior.

Quanto ao destinatário da previsão constitucional do inciso XL: o “réu”, trata-se de nomenclatura da lei processual penal para designar aquele que teve contra si apresentada uma queixa (nos casos de ação penal privada) ou denúncia (nos casos de ação penal pública) pelo cometimento de um crime ou de uma contravenção penal, mas não se restringe a este âmbito.

“Réu” designa “toda pessoa que é chamada ou trazida a juízo para responder sobre alguma coisa” (SILVA, 2008, p. 1234). Assim, também é réu o demandado em ação cível de reintegração de posse ou em uma ação de improbidade administrativa.

Também a palavra réu não designa uma pessoa física necessariamente. Na praxe forense, sempre foram rés também as pessoas jurídicas e, como analisado anteriormente, os direitos fundamentais previstos no artigo 5º aplicam-se às pessoas jurídicas no que forem compatíveis, não havendo dúvida de que este é um caso de pertinência de aplicação, já que não há qualquer sentido para considerar, por exemplo, que a pessoa jurídica ré de um crime ambiental não teria a retroatividade benéfica de uma lei aplicada a seu caso, mas uma pessoa física acusada pelo mesmo crime sim, a Constituição não autoriza esta distinção.

Em suma, a análise do inciso XL, do artigo 5º da Constituição de 1988 leva à conclusão de que as leis e os demais atos normativos que imponham penas por parte do Estado de qualquer

natureza não retroagirão para alcançar condutas realizadas antes de sua vigência, tampouco para atingir os efeitos destas quando em prejuízo das pessoas físicas ou jurídicas as quais se destinam. Porém, retroagirão para beneficiá-las, sendo esta também a regra, seja para o Direito Penal ou o Direito Administrativo Sancionador.

#### *3.2.4. As exceções*

Embora a Constituição não faça ressalvas, sabe-se que não existem direitos absolutos. Neste sentido, aponta-se como exceção ao princípio constitucional da retroatividade benéfica as leis temporárias e as leis excepcionais (BATISTA et al, 2003, p. 216). Normas que são também ultra-ativas (BITENCOURT, 2015, p. 57).

Trata-se de uma decorrência lógica da interpretação sistemática que deve promover a coerência do sistema normativo.

Portanto, a instituição de uma lei temporária ou excepcional já traz em si o elemento distintivo das demais quanto à necessidade passageira ou o atendimento de uma situação específica.

Assim, não teria sentido que esta lei especial tivesse seus efeitos estendidos para além daquele período ou da situação para a qual foi criada, já que isto desvirtuaria sua finalidade e prejudicaria a aplicação da lei vigente nas situações normais.

Este mesmo entendimento aplica-se ao âmbito do Direito Administrativo Sancionador.

Por exemplo, em razão da greve dos caminhoneiros ocorrida em maio de 2018 que afetou significativamente a economia nacional e prejudicou o abastecimento de combustíveis aos consumidores, a ANP, por intermédio da publicação do Despacho ANP nº 671, no Diário Oficial da União de 25 de maio de 2018<sup>42</sup>, suspendeu cautelarmente diversos dispositivos normativos de suas Resoluções.

Assim, por exemplo, as distribuidoras de combustíveis foram dispensadas da obrigação de manter estoques operacionais mínimos semanais de gasolina e de diesel imposta pelo artigo 4º da Resolução ANP nº 45/2013, não sendo penalizadas em razão da ausência dos estoques no período de suspensão da norma.

---

<sup>42</sup> Disponível em: <http://www.anp.gov.br/noticias/4497-anp-anuncia-medidas-para-garantir-a-continuidade-do-abastecimento-e-para-inibir-precos-abusivos-dos-combustiveis>. Acesso em: 24/9/2019.

Tratou-se de uma medida de exceção necessária para manter o fornecimento de combustíveis, plenamente justificada pelas circunstâncias, realizada pela ANP para evitar que a sociedade brasileira sofresse ainda mais efeitos nocivos do desabastecimento desses produtos que já estava sendo obrigada a suportar em razão da paralisação.

Mais recentemente, em razão da situação de calamidade pública gerada pela pandemia de COVID-19, novas medidas temporárias foram estabelecidas por meio da Resolução ANP n° 817/2020<sup>43</sup> como a redução do horário de funcionamento mínimo dos postos revendedores de combustíveis que é estabelecido pelo artigo 22, XI, da Resolução ANP n° 41/2013.

A cogitação de aplicação destas regras excepcionais, porque mais benéficas, em situações regulares quanto ao abastecimento de combustíveis e ao consumo destes produtos, além de contrária à razoabilidade, não se coaduna com o propósito de retroatividade da norma penal mais benéfica, que se destina às normas instituídas e modificadas em situações normais.

Assim, embora o princípio da retroatividade benéfica seja aplicável ao Direito Administrativo Sancionador, as leis temporárias e excepcionais não alcançam condutas anteriores à sua vigência que não tenham relação com a excepcionalidade que a justificou, assim como ocorre no âmbito do Direito Penal.

### *3.2.5. A controversa aplicação da retroatividade benéfica ao Direito Administrativo Sancionador*

A adoção do princípio da retroatividade da lei penal mais benigna no âmbito do Direito Administrativo Sancionador foi objeto de questão à Consultoria-Geral da União/AGU.

A consulta referia-se à possibilidade de aplicação do princípio da retroatividade da norma penal mais benéfica no caso de penas de multas já cobradas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e pagas por parte de operadoras de planos de saúde.

A consulta fez-se necessária ante a controvérsia sobre o tema.

De um lado, o Parecer n° 266/2014/GECOS/PROGE-ANS/PGF, referindo-se a outro emitido anteriormente no ano de 2008, atestou “é possível a aplicação do princípio da retroatividade da norma mais benéfica às sanções administrativas” (item 20).

---

<sup>43</sup> Disponível em: <http://legislacao.anp.gov.br/?path=legislacao-anp/resol-anp/2020/abril&item=ranp-812-2020>. Acesso em: 26/5/2020.

Por outro lado, o Parecer nº 152/2014/GECOS/PROGE-ANS/PGF apresentou entendimento contrário, destacando que o tema é controvertido: “a aplicação retroativa da revogação do complemento da norma sancionadora em branco pode comprometer a efetividade do exercício do poder de polícia da Agência para assegurar que as obrigações fixadas nos normativos sejam cumpridas pelas operadoras” (item 26).

Em resposta à consulta formulada, o Parecer nº 28/2015/DEPCONSU/PGF/AGU<sup>44</sup> já de início atesta: “cumpre lembrar que a retroação da norma é, em nosso sistema jurídico, exceção, e não regra” e, assim, como se trata de exceção sua interpretação deve ser restritiva (itens 10 e 12).

Afirma que as características da sanção penal, que envolve restrições graves ao direito do indivíduo, em especial a liberdade, revela “evidentes preocupações humanitárias” e o fato de a valoração negativa da conduta típica ser variável com o tempo foram os aspectos que motivaram a adoção da regra da retroatividade benéfica em âmbito penal (item 15).

Conforme o Parecer, tais “circunstâncias remotamente dizem respeito aos interesses dos administrados pelas agências reguladoras e, além disso, as sanções administrativas repercutem, via de regra, direta ou indiretamente, sobre a esfera patrimonial do administrado” que, muitas vezes, é uma pessoa jurídica (itens 16 e 17).

A este respeito, destacamos que o Parecer não atentou para o fato de que algumas penalidades, como é o caso da revogação da autorização para o exercício da atividade regulada, prevista no artigo 10 da Lei nº 9.847/1999 aplicada pela ANP, corresponde, na realidade, a decretação do fim da pessoa jurídica.

Uma vez impedida de exercer a atividade regulada que, por vezes, era a única e executada por longos anos por parte de sócios, dos administradores especialistas naquele segmento econômico e de seus empregados, há, efetivamente, a decretação da “morte” da pessoa jurídica. É, portanto, uma pena extrema e grave prevista pela legislação.

Com isso, esvazia-se o argumento de que no Direito Penal justifica-se a retroatividade em razão da gravidade da pena, pois as penas do Direito Administrativo Sancionador podem revelar-se também muito gravosas aos que a recebem.

Além disso, a depender da condição econômica da pessoa jurídica infratora, mesmo as penas patrimoniais podem revelar-se altamente graves.

---

<sup>44</sup> O acesso aos Pareceres citados foi obtido por meio de requerimento ao Serviço de Informações ao Cidadão da Advocacia Geral da União, conforme a Lei nº 12.527/2011 e Decreto nº 7.724/2012.

Se levarmos em consideração as grandes corporações e seus lucros líquidos milionários, tais penas podem realmente parecer “inofensivas”. Porém, são com os recursos patrimoniais de pequenos negócios e de microempresas atuantes no mercado regulado que muitas famílias são sustentadas e mantêm sua dignidade.

Por exemplo, imagine-se uma microempresa com capital social de R\$ 1.000,00 que exerça a atividade de revenda de gás em uma região remota de nosso imenso País, onde um grande revendedor não tem interesse em atuar, ao qual seja aplicada a pena de multa mínima de R\$ 20.000,00, prevista pelo artigo 3º, VIII, da Lei nº 9.847/1999. É indubitável a gravidade da pena para esse agente econômico.

Neste contexto, justifica-se afirmar que a eventual norma posterior que deixe de considerar a conduta praticada como infração administrativa não deve ser aplicada, mantendo-se o rigor da norma anterior mais gravosa em face deste agente econômico, já que o efeito é “meramente patrimonial”?

Parece evidente que não.

São esclarecedoras as razões apontadas por penalistas para a aplicação do princípio da retroatividade benéfica:

O princípio da retroatividade da lei penal mais benigna encontra seu fundamento na natureza da lei penal. (...). Se as agências políticas passaram a considerar contra-ídica uma ingerência dessa magnitude – ou de outra qualquer – não tem sentido que o juiz a habilite só porque era considerada razoável no momento em que o autor cometeu o fato. Por outro lado, o princípio republicano de governo exige a racionalidade da ação do estado e esta é afetada quando, pela mera circunstância de que um indivíduo tenha cometido o mesmo ato com anterioridade a outro, seja tratado com mais rigor. A segurança jurídica impede a reversão do princípio, mas requer também que ele seja estritamente cumprido na parte onde não o afeta” (BATISTA et al, 2003, p. 216).

Conforme se pode observar, o fundamento da retroatividade benéfica está na segurança jurídica e na compreensão de que a mera ação do tempo (sem peculiaridades que diferenciem as circunstâncias) não serve para justificar a aplicação da pena em um momento e em outro não. Trata-se, portanto, de argumento republicano, que alcança o Direito Penal e também o Direito Administrativo Sancionador.

Além disso, a menção ao caráter “humanitário” como sendo o justificador do princípio da retroatividade benéfica revela-se evidentemente incompleto, já que os direitos fundamentais

alcançam as pessoas jurídicas no que for compatível, como mencionado no início deste trabalho, sendo este um dos casos claros de compatibilidade.

O Parecer ressalta, ainda, que há interesse público (secundário, nós destacamos) de recebimento do crédito não tributário representando pelo valor das multas impostas e que “ao aplicar a norma mais benigna a administração pública está abrindo mão de receita sem lei que a autorize expressamente” (item 29).

Com esses fundamentos, conclui o Parecer que a retroatividade da norma penal mais benéfica é exceção e, “ainda que estabelecida na Constituição Federal, deve ser interpretada restritivamente, haja vista a necessidade de prestigiar a regra geral do nosso sistema jurídico, que é a irretroatividade da lei” (item 48).

Note-se a contradição: o efeito patrimonial da multa para o administrado não é suficiente para justificar a aplicação do princípio da retroatividade benéfica, ainda que isto represente o uso dos recursos produtivos exclusivamente para o pagamento da multa administrativa. No entanto, a garantia de recursos do Estado, mesmo que de fonte secundária, como é o caso das multas<sup>45</sup>, é considerado fundamento suficiente para a restrição de um direito fundamental que está previsto na Constituição de 1988.

É verdade, conforme mencionado no Parecer, que o fato de uma conduta ser considerada pela agência reguladora como prejudicial ao interesse público em determinado momento e inofensiva em outro não significa que a eventual infração naquele momento deixou de prejudicar interesses públicos e privados que devem ser reparados (itens 21 e 22).

Isso, todavia, não serve de fundamento à conclusão simplista de que em regra a norma mais favorável não deve retroagir no Direito Administrativo Sancionador.

Quem deve suportar o ônus de demonstrar que a conduta praticada e apenada no passado é, não obstante a nova norma mais benéfica, ainda justificável ante as circunstâncias da época no mercado regulado, é a agência reguladora ou o órgão ou entidade pública que a esteja cobrando. É o Poder Público que detém os elementos necessários à comprovação da pertinência da punição

Trata-se de uma exigência do repetidamente mencionado princípio constitucional da proporcionalidade, das novas disposições da LINDB e, mais recentemente, do artigo 4º Lei nº

---

<sup>45</sup> Ainda que as multas constituam-se fonte de recursos pecuniários e, assim como os tributos, sejam classificadas pelo Direito Financeiro como receitas públicas derivadas, é preciso ter em conta que a razão da existência da multa é a repressão e a prevenção do ilícito administrativo. A obtenção de recursos por meio da multa é um efeito secundário da sua imposição e não se confunde com sua finalidade.

13.848/2019, que impõe às agências a devida adequação entre meios e fins, vedada a imposição de sanções em medida superior àquela necessária ao atendimento do interesse público.

Conforme José Galdino que, apesar da conclusão do Parecer AGU nº 28/2015/DEPCONSU/PGF/AGU, foi mencionado na fundamentação:

(...).

É indene de dúvidas, igualmente, que a lei (*latu sensu*) não poderá retroagir para prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CF/88 e art. 6º, do DL 4.657/42).

Isso não quer dizer, todavia, que uma lei punitiva administrativa não possa determinar sua aplicação a fatos anteriores à sua vigência). Mas a norma somente poderá assim o fazer se for para beneficiar o imputado. (item 26)

Observa-se, pois, que não há justificativa para uma negativa geral de aplicação do princípio da retroatividade benéfica da lei às penas aplicadas em decorrência de infrações administrativas, ao contrário, tratando-se de um direito fundamental sua efetividade deve ser garantida na maior medida possível.

Se a nova norma administrativa sancionadora prevê a aplicação retroativa em benefício dos anteriormente autuados, não há dúvidas, a norma retroage. Porém, na realidade, esta é uma hipótese rara.

Em geral, a nova norma mais benéfica nada dispõe sobre sua aplicação aos casos anteriores e aí temos a contexto de dúvida e o desafio de interpretar o silêncio legal.

Entende Fábio Medina Osório que, se as novas normas tutelam valores relativamente estáveis, que demandem políticas públicas coerentes e centradas em escolhas racionais, “não há dúvidas de que as normas retroagem, como se fosse o próprio Direito Penal, na busca de salvaguardar os critérios de justiça e segurança, em homenagem ao tratamento simétrico com a outra principal vertente do Direito Punitivo” (2015, p. 291).

Demonstrando que persiste a controvérsia acerca do tema, a Procuradoria Federal junto à ANVISA pediu revisão do entendimento que foi adotado no Parecer nº 28/2015/DEPCONSU/PGF/AGU.

O Parecer nº 13/2019/DEPCONSU/PGF/AGU, contudo, indeferiu o pedido por considerar que decisões de órgão fracionário do STJ mencionadas no pedido de revisão formulado pela ANVISA não consistiriam alteração de jurisprudência para o fim de modificar o entendimento adotado em 2015.

Ao longo deste Parecer, fala-se em aplicação “por analogia” do disposto no artigo 5º, XL, da Constituição de 1988 às sanções administrativas, dando a entender que teria sido nesse sentido a decisão da Diretoria da ANVISA.

A interpretação de determinada norma por analogia corresponde à “interpretação que foge à lógica restritiva e gramatical do dispositivo legal, e é promovida em face de outros dispositivos, que regulam casos idênticos ao da controvérsia” (SILVA, 2008, p. 106).

No entanto, conforme a lição de Daniel Sarmiento, os princípios são normas abertas e flexíveis, não possuem limites rígidos pré-definidos quanto ao seu alcance (2001, p 39), o que torna imprópria a compreensão da retroatividade benéfica como “princípio do Direito Penal” e, conseqüentemente, da necessidade do recurso à analogia para sua aplicação ao Direito Administrativo Sancionador.

Além disso, como esclarecido no item 3.4.3 acima, o inciso XL do artigo 5º da Constituição de 1988 refere-se à atividade punitiva do Estado e mesmo a análise de sua literalidade não permite afastar a sua aplicação ao Direito Administrativo Sancionador, ainda que, para este âmbito, possa haver nuances próprias que justifiquem ajustes na sua aplicação.

### *3.2.6. Aplicação com matizes no Direito Administrativo Sancionador*

A Constituição de 1988 tem a finalidade de garantir direitos e esta é uma medida que impede qualquer arbitrariedade do Estado em face dos cidadãos e das pessoas jurídicas, sendo este seu objetivo maior.

Ao decidir acerca de determinado processo administrativo, cabe ao julgador observar as normas vigentes quando da prática da conduta, de acordo com o princípio do *tempus regit actum*, ou seja, conforme a lei vigente à época.

No entanto, ao deparar-se com uma norma posterior, mais favorável ao agente infrator, cabe ao julgador verificar, de acordo com os elementos da proporcionalidade, se há justificativa para a aplicação da norma mais benéfica ao fato já praticado. Ultrapassados os testes, a norma mais benéfica deve ser aplicada.

Em decisão proferida por maioria pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça<sup>46</sup>, a Ministra Regina Helena Costa, relatora do voto vencedor, pronunciou-se acerca da aplicação do princípio da retroatividade benéfica para reduzir o valor de multa administrativa:

Quando uma lei é alterada, significa que o Direito está aperfeiçoando-se, evoluindo, em busca de soluções mais próximas do pensamento e anseios da sociedade. Desse modo, se a lei superveniente deixa de considerar como infração um fato anteriormente assim considerado, ou minimiza uma sanção aplicada a uma conduta infracional já prevista, entendendo que tal norma deva retroagir para beneficiar o infrator.

Constato, portanto, ser possível extrair do art. 5º, XL, da Constituição da República princípio implícito do Direito Sancionatório, qual seja: a lei mais benéfica retroage. Isso porque, se até no caso de sanção penal, que é a mais grave das punições, a Lei Maior determina a retroação da lei mais benéfica, com razão é cabível a retroatividade da lei no caso de sanções menos graves, como a administrativa.

A Ministra entendeu que do artigo 5º, XL, da Constituição de 1988 referente à retroatividade benéfica extrai-se princípio implícito de Direito Sancionador. Tal compreensão é compatível com a natureza abstrata e flexível dos princípios, sendo a retroatividade benéfica entendida como aplicável ao exercício do poder punitivo pelo Poder Público.

Se, de um lado, não se justifica a transposição pura e simples de dispositivo “do Direito Penal” ao Direito Administrativo Sancionador, neste âmbito não se pode ignorar a existência de um direito fundamental referente à contenção do exercício do poder de punir por parte do Estado:

Se no Brasil não há dúvidas quanto à retroatividade das normas penais benéficas, parece-nos prudente sustentar que o Direito Administrativo Sancionador, nesse ponto, não se equipara ao Direito Criminal, dado seu maior dinamismo. O fato de não haver a equiparação, não obstante, pouco revela sobre a retroatividade das normas sancionatórias mais benéficas. Ao contrário, a ausência de equiparação apenas demonstra que eventual retroatividade poderia ocorrer em níveis diferenciados, com intensidade variada.

(...).

Soluções equilibradas advêm desse olhar marcado pela complexidade e pelo respeito aos detalhes e matizes dos ramos jurídicos em jogo. (OSÓRIO, 2014, pp.289/290)

O princípio da retroatividade benéfica é compatível com o Direito Administrativo Sancionador, cabendo ao julgador tê-lo em conta ao aplicar à punição nos casos concretos, conforme o princípio da proporcionalidade.

Adicionalmente, havendo fundamento baseado em valores jurídicos abstratos, deve-se observar o artigo 20 da LINDB, ou seja, ter em conta as consequências da aplicação da nova norma mais benéfica ao caso concreto em relação à anterior.

---

<sup>46</sup> STJ, RESP 1.153.083/MT, Primeira Turma, Relator Ministro Sérgio Kukina, DJe 19/11/2014.

A norma sancionadora mais benéfica aplica-se, portanto, ao passado para o benefício do infrator.

Em determinadas situações sua consolidação impede a retroatividade da norma. É o caso, por exemplo, da Resolução ANP nº 759/2018 aplicável às microempresas e empresas de pequeno porte que, em conformidade com o disposto na Lei Complementar nº 123/2006, previu o procedimento da dupla visita antes da lavratura do auto de infração.

De acordo com a nova norma, na primeira ida do fiscal da ANP ao estabelecimento, caso identifique alguma irregularidade, não deverá lavrar o auto de infração, exceto nos casos especificados na Resolução, como de alto risco e fraude e outros.

Antes da Resolução nº 759/2018, os fiscais da ANP lavravam autos de infração em face das pessoas jurídicas sem qualquer distinção no que se refere à situação de microempresa e empresa de pequeno porte. Dessa forma, quando a referida Resolução entrou em vigor, havia diversos processos em andamento para instrução e julgamento acerca da constatação da infração e aplicação da pena de multa, em caso de condenação.

O fato de a Resolução nº 759/2018 ter entrado em vigor e estabelecer um tratamento mais favorável às micro e pequenas empresas não justifica o cancelamento dos autos de infração validamente lavrados conforme as normas que estavam em vigor<sup>47</sup>. Mesmo porque, não é possível saber se a fiscalizada teria cumprido os requisitos necessários na primeira visita e, assim, não teria contra si lavrado o auto de infração.

Contudo, no momento do julgamento, constatada a infração, observando-se a proporcionalidade da pena, o julgador pode considerar a alteração normativa para fins de evitar eventuais agravamentos da pena mínima, se pertinente no caso concreto.

Nas situações em que já fora cumprida a pena imposta com base na norma anterior mais gravosa, não há o que reverter mediante aplicação retroativa, pois a pena fora validamente aplicada e executada com base na norma então vigente, não houve ilegalidade.

Por outro lado, se contudo a pena imposta não chegou a ser cumprida, não mais se justifica a sua execução, já que a própria Administração Pública passou a considerá-la indevida, não sendo cabível movimentar o aparato estatal para isso, lembrando que multa não é tributo, mas

---

<sup>47</sup> Ressalva-se a possibilidade de entendimento diverso baseado diretamente na regra da dupla visita estabelecida pela Lei Complementar nº 123/2006, independentemente de haver norma específica por parte da agência reguladora a respeito.

pena, e não há mais comportamento a conformar para o futuro, se aquele que fora realizado não mais se considera inadequado.

Quanto aos casos pendentes de julgamento, aplica-se a norma mais benéfica evitando-se punições desnecessárias e, portanto, incompatíveis com a proporcionalidade.

A retroatividade benéfica prevista como direito fundamental no artigo 5º, XL, da Constituição de 1988, aplica-se, portanto, como regra ao Direito Administrativo Sancionador no caso de silêncio da norma posterior mais benéfica alcançando assim as situações não consolidadas, ou seja, infrações pendentes de julgamento e penas não executadas.

Há, entretanto, matizes nessa aplicação que se referem à possibilidade de a norma mais benéfica prever expressamente que não se aplicará às infrações praticadas, justificando os motivos (dados referentes aos altos índices de irregularidade no mercado regulado ou prejuízos gerados, por exemplo) pelos quais ainda permanece a necessidade de punição para a conduta não mais será sujeita à punição ou ensejará pena mais branda no futuro.

O ônus é, portanto, da Administração Pública, que tem condições e os elementos necessários para demonstrar os motivos pelos quais determinada conduta praticada no passado e não mais considerada infração administrativa em razão de norma posterior ainda deve ser repreendida por meio da imposição da pena.

A Lei nº 13.874/2019 referente à liberdade econômica prevê no artigo 2º, IV, como princípio que norteia o disposto na Lei o o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado, sendo esse o caso .

Trata-se de nuance própria do Direito Administrativo Sancionador porque no Direito Penal tal flexibilidade do princípio constitucional é inadmissível por meio de norma infraconstitucional.

Assim, no usual silêncio normativo por parte da norma administrativa sancionadora posterior mais benéfica, a interpretação deve ser mais favorável ao administrado pela existência de um direito fundamental expresso que garante a retroatividade benéfica da norma punitiva<sup>48</sup>.

---

<sup>48</sup> Ainda, a Lei de Liberdade Econômica nº 13.874/2019, no artigo 2º, IV, reconhece a vulnerabilidade do particular perante o Estado.

### 3.3. Intranscendência da pena – artigo 5º, XLV, da Constituição de 1988

O artigo 5º, XLV, da Constituição de 1988 prevê que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.

Deste direito fundamental deriva o princípio da intranscendência da pena, também chamado de pessoalidade da pena, segundo o qual não há efeitos diretos para terceiros em decorrência da pena aplicada ao responsável pela prática da conduta ilícita. Pessoas que não participaram do delito não poderão sofrer diretamente as consequências da pena imposta.

No âmbito do Direito Penal, o princípio contribui para rebater um dos argumentos contrários à responsabilidade penal da pessoa jurídica, pois quando realizada a conduta pela pessoa jurídica no seu interesse, um crime ambiental, por exemplo, apenas a pessoa jurídica será prejudicada. Os seus sócios pessoas físicas, que não tiverem participado diretamente da conduta criminosa, não serão afetados em sua liberdade (NUCCI, 2013, p. 175).

Os tribunais superiores têm adotado o entendimento de que não é necessária a responsabilização da pessoa física para a responsabilização da pessoa jurídica pelo crime ambiental, afastando assim a aplicação da regra da dupla imputação<sup>49</sup>.

Como também não se vislumbra justificativa para a penalização de pessoa não envolvida com a infração administrativa, entende-se que o princípio constitucional da pessoalidade da pena aplica-se ao Direito Administrativo Sancionador como desdobramento do princípio da culpabilidade. Trata-se de direito fundamental inerente ao devido processo legal punitivo (OSÓRIO, 2015, pp. 394-395), já que não faz sentido retribuir com a pena aquele que não contribuiu para a conduta descrita como infração.

O STF já se pronunciou por diversas vezes no sentido de que as sanções e restrições decorrentes da Lei de Responsabilidade Fiscal, fora do âmbito do Direito Penal, portanto, não podem superar a dimensão estritamente pessoal do acusado em razão da intranscendência da pena.

---

<sup>49</sup> STF, RE 548181/PR, Primeira Turma, Relatora Ministra Rosa Weber, DJe 30/10/2014; STJ, RMS 56073/ES, Quinta Turma, Ministro Ribeiro Dantas, DJe 3/10/2018.

A jurisprudência do Supremo é firme no sentido de que não é possível impor restrição de repasse de recursos a determinado Estado quando a origem da irregularidade esteja em entes estaduais autônomos, como as suas autarquias, por exemplo. Também não pode o Estado sofrer restrições nos cadastros de devedores em razão de atos praticados pelo Legislativo ou pelo Judiciário, mas somente por atos praticados pelo próprio Executivo<sup>50</sup>.

A Lei nº 9.847/1999 referente às penalidades aplicadas pela ANP prevê em seu artigo 10, que trata da pena de revogação da autorização para o exercício da atividade regulada: “aplicada a pena prevista neste artigo, os responsáveis pela pessoa jurídica ficarão impedidos, por cinco anos, de exercer atividade constante desta Lei”.

Para a aplicação dessa restrição ao exercício da atividade empresarial, a Lei não estabelece qualquer outro elemento objetivo ou subjetivo relacionado ao responsável pela condução da atividade empresarial da pessoa jurídica. Basta que a pessoa jurídica tenha sofrido a pena de revogação para que seus responsáveis sejam impedidos de praticar outra atividade regulada por cinco anos.

Gustavo Binbenojm avalia que é inconstitucional a aplicação literal dessa norma que estende aos responsáveis pela pessoa jurídica, de forma automática e independente de culpa, a pena de restrição ao exercício da atividade empresarial em razão da punição aplicada à pessoa jurídica (2015, pp. 631-632).

Defende que o §1º do artigo 10 da Lei nº 9.847/1999 deve ser interpretado conforme a Constituição no sentido de que somente haja responsabilização dos sócios e administradores mediante comprovação do elemento subjetivo (dolo ou culpa em sentido estrito), sob pena de violação do princípio da culpabilidade, da pessoalidade e da individualização da pena, que considera aplicáveis ao Direito Administrativo Sancionador (BINENBOJM, 2015, pp. 637-638).

A pessoa jurídica é dotada de personalidade jurídica própria e, portanto, tem existência distinta de seus sócios e administradores. Porém, não se pode ignorar que a pessoa jurídica não realiza atos sem a intervenção humana.

O §1º do artigo 10 da Lei nº 9.847/1999 refere-se aos “responsáveis” pela pessoa jurídica, não especificamente aos administradores, aos sócios ou aos acionistas.

---

<sup>50</sup> Dentre outros: STF, ACO 2440 AgR/RR, Segunda Turma, Relator Ministro Dias Toffoli, DJe de 18/12/2017; ACO 2099 AgR/MA, Tribunal Pleno, Ministro Teori Zavascki, DJe 22/2/2016; ACO 2661AgR/AL, Tribunal Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, DJe 9/6/2015.

Entende-se por responsáveis aqueles que estão à frente da condução dos negócios da empresa, o que inclui necessariamente os seus administradores, mas afasta os sócios meramente investidores que, eventualmente até desconhecendo as peculiaridades da atividade empresarial, confiam no desempenho dos demais e dos administradores para a obtenção do pretendido lucro.

De acordo com a Lei nº 9.847/1999, a pena de revogação aplica-se à pessoa jurídica nas seguintes situações:

Art. 10. A penalidade de revogação de autorização para o exercício de atividade será aplicada quando a pessoa jurídica autorizada:

I - praticar fraude com o objetivo de receber indevidamente valores a título de ressarcimento de frete, subsídio e despesas de transferência, estocagem e comercialização;

II - já tiver sido punida com a pena de suspensão temporária, total ou parcial, de funcionamento de estabelecimento ou instalação;

III - reincidir nas infrações previstas nos incisos VIII e XI do art. 3º desta Lei;

IV - descumprir a pena de suspensão temporária, total ou parcial, ou a pena de cancelamento de registro de estabelecimento ou instalação.

V - praticar, no exercício de atividade relacionada ao abastecimento nacional de combustíveis, infração da ordem econômica, reconhecida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade ou por decisão judicial.

As situações mencionadas nos incisos I, IV e V indicam necessariamente uma ação intencional, pois não se pratica fraude, descumpre-se pena de suspensão da atividade ou de cancelamento do registro de estabelecimento ou pratica-se infração à ordem econômica (artigo 36 da Lei nº 12.529/2011) por conduta omissiva ou por imprudência, negligência ou imperícia.

Evidencia-se nesses casos a responsabilidade dos que conduzem a atividade empresarial, pois por meio de sua ação à frente da pessoa jurídica, a infração administrativa foi praticada. A pessoa jurídica é, na verdade, um instrumento para a infração administrativa, que foi efetivamente direcionada pelos seus responsáveis por sua operação.

Assim, o impedimento do exercício das atividades reguladas por cinco anos imposta aos responsáveis pela pessoa jurídica quando praticadas as condutas ilícitas descritas nos incisos I, IV e V, do artigo 10 da Lei nº 9.847/1999, justifica-se por terem os responsáveis tido ações determinantes para as infrações administrativas. Não caracteriza intranscendência da pena, pois os responsáveis sofrem os efeitos de suas próprias ações que conduziram a pessoa jurídica às condutas comissivas ilícitas.

Eventual ato doloso de terceiro (um funcionário insatisfeito, por exemplo) que, por si só, levasse à prática dessas graves condutas seria situação excepcional e improvável, cabendo aos

responsáveis pela pessoa jurídica demonstrar que agiram diligentemente na condução dos negócios e que as infrações decorreram de conduta exclusiva de terceiro, sem possibilidade de impedimento por parte dos responsáveis no exercício de suas atividades regulares.

Por outro lado, as situações dos incisos II e III não indicam necessariamente a existência de um ato intencional.

Quanto ao inciso II, a Lei nº 9.847/1999 não exige, para fins de caracterização da reincidência, que a infração anterior seja de mesma espécie e, com isso, é possível que em decorrência de infrações de menor gravidade, seja verificada a ocorrência da segunda reincidência, o que conduz à pena de suspensão (artigo 8º, II, da Lei nº 9.847/1999). Posteriormente, praticada uma terceira infração de menor gravidade, a pessoa jurídica já estaria sujeita à revogação e, assim, seus responsáveis ficariam impossibilitados de exercer a atividade regulada por cinco anos.

Neste contexto, parece exagerado impedir o responsável por essa pessoa jurídica de exercer não só a atividade regulada que a pessoa jurídica revogada exercia, mas qualquer outra das atividades reguladas previstas na Lei nº 9.847/1999.

A aplicação literal da norma pode impedir, por exemplo, que o responsável por um posto revendedor de combustíveis líquidos revogado em razão de infrações de menor gravidade seja impedido de constituir sociedade que tenha o objeto social de produção de etanol, pois não obteria a necessária autorização por parte da ANP.

Além disso, é possível que, após aplicada e executada a pena de suspensão por parte da ANP, a pessoa jurídica seja alienada e sua administração seja alterada. Passado o tempo, uma nova infração seja praticada pela pessoa jurídica e, com isso, a sua autorização para o exercício da atividade seja revogada. Conforme a aplicação literal do artigo 10, §1º, da Lei nº 9.847/1999, os atuais responsáveis (sócios e administradores) em cuja gestão fora aplicada a pena de revogação ficariam impossibilitados de exercer a atividade regulada por cinco anos. A toda evidência, o rigor imposto aos novos responsáveis é incompatível com o princípio da proporcionalidade, já que não estavam à frente dos negócios quando as primeiras infrações foram praticadas.

Quanto ao inciso III do artigo 10, prevê a aplicação da pena de revogação em razão de reincidência nas infrações do artigo 3º, VIII e XI, relacionadas à violação de normas de segurança que coloquem em perigo direto e iminente a vida, a integridade física ou a saúde, o patrimônio

público ou privado, a ordem pública ou o regular abastecimento nacional de combustíveis; e à comercialização de petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis fora de especificações de qualidade ou com vício de quantidade, respectivamente.

Tais situações podem decorrer de ação intencional, por exemplo, quando se identifica na gasolina à venda no posto revendedor vício de qualidade em razão da presença de metanol, cujo uso como combustível não é permitido no Brasil. Entretanto, também podem ser verificadas em razão de omissões ou negligência, imprudência ou imperícia, como pode ser o caso de vício de qualidade em razão do teor de biodiesel no diesel estar acima da especificação da ANP, sendo aquele combustível mais caro do que este, não se identifica, em princípio, qualquer interesse por parte do fornecedor quanto a essa alteração na qualidade do produto.

Nas situações em que não se verifica conduta intencional a justificar a revogação da autorização da pessoa jurídica por aplicação do artigo 10, II e III, ou sendo novos os responsáveis pela pessoa jurídica quando da aplicação da pena de revogação em relação àqueles que conduziam as atividades quando as condutas anteriores foram praticadas, a aplicação da restrição por cinco anos para o exercício de qualquer das atividades reguladas pela ANP atenta contra à proporcionalidade.

Em suma, a regra do artigo 10, §1º, da Lei nº 9.847/1999 deve ser aplicada conforme a proporcionalidade, sendo imprescindível para tanto que sejam levadas em conta as circunstâncias do caso concreto e fundamentada especificamente sua aplicação, sendo que a imposição automática a todos os sócios ou acionistas, de fato, pode consistir em violação ao princípio constitucional da intranscendência da pena nas situações descritas nos incisos II e III do referido artigo 10.

A pena administrativa só pode atingir a pessoa sancionada, o agente efetivamente punido, seja pessoa física ou jurídica, não podendo ultrapassar sua pessoa (OSÓRIO, 2015, p. 395), não há dúvidas.

Nos casos em que se identifica infrações praticadas pela pessoa jurídica decorrente de condutas intencionais, entende-se que a restrição ao exercício da atividade regulada por parte dos responsáveis pela pessoa jurídica, que está expressamente prevista em lei, não viola o princípio da intranscendência da pena, pois está relacionada às ações destes sem as quais a pessoa jurídica não se teria conduzido para a irregularidade.

De acordo com Fábio Medina Osório, a pessoalidade da sanção administrativa impede a responsabilidade solidária, ainda que estabelecida por lei, porque a lei não poderia atentar contra o princípio constitucional regente do Direito Administrativo Sancionador (2015, p. 395).

Entretanto, a previsão legal de solidariedade por determinada infração pode representar o reconhecimento de que todos os responsáveis solidários contribuíram para a prática da infração e, assim, tal previsão não ensejaria a violação da intranscendência da pena, já que todos responderiam pela ação para a qual contribuíram, não por fatos alheios às suas atividades.

Em relação ao princípio da intranscendência da pena, não se vislumbra a necessidade de nuances próprias para a sua aplicação ao Direito Administrativo Sancionador, ou seja, aplica-se a este tal qual no Direito Penal: a pena não pode passar do condenado por infração administrativa.

De qualquer forma, somente no caso concreto pode-se determinar se se está diante de um caso de transcendência da pena ou seja de responsabilidade por conduta de terceiro, o que é vedado, ou se de responsabilidade por sua própria conduta indevida que contribuiu (ou determinou) a conduta de terceiro. Trata-se de tarefa complexa, especialmente no caso das pessoas jurídicas, não sendo viável determinar-se uma solução geral prevista em lei a respeito.

#### 3.4. Individualização da pena – artigo 5º, XLVI, da Constituição de 1988

O princípio da individualização da pena, previsto no artigo 5º, XLVI, da Constituição de 1988: “a lei regulará a individualização da pena”, orienta o Estado para que trate todos os membros da sociedade como indivíduos, com características particulares.

A noção de individualização da pena está diretamente relacionada à proporcionalidade da pena. “Pessoas não podem padecer da padronização” (NUCCI, 2013, p. 182).

Luigi Ferrajoli esclarece que, no furor contra o arbítrio judicial, a cultura penal iluminista cultivou o equívoco da necessidade de uma absoluta predeterminação legal da pena e da supressão de qualquer discricionariedade judicial na valoração da gravidade do delito e, por conseguinte, na atribuição da pena correspondente, destacando-se o mito do juiz como “boca da lei”. Esta ideia foi acolhida pelo Código Penal francês de 1791 e pelos códigos sucessivos, que estabeleciam máximos e mínimos de pena para cada delito, dispondo, para cada tipo de delito, penas fixas e invariáveis, não se permitindo ao juiz nenhuma possibilidade de graduá-las segundo a gravidade do delito concreto cometido (2002, p. 324).

A previsão das penas aplicáveis e, quando cabível, dos limites mínimo e máximo também se verificam em nosso ordenamento jurídico, de forma que a individualização da pena encontra limites no disposto em lei.

O princípio da individualização da pena desenvolve-se em três âmbitos complementares: o do legislativo, que determina os bens jurídicos que demandam maior proteção por meio das respostas mais duras às infrações que os violem; o judicial, por meio da atuação do juiz ao aplicar a lei penal aos casos concretos; e o executório, referente à efetivação da pena aplicada. A atribuição da sanção penal tem como “parâmetro a relevância do bem jurídico tutelado e a gravidade da ofensa contra ele dirigida e deve ser fixada, pois, tanto na espécie e no quantitativo que lhe sejam proporcionais” (LUISI, 1991, pp. 37-40).

Também no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, verificada a necessidade de aplicar a sanção, o agente público deve analisar a culpabilidade do autor da infração, medir-lhe a responsabilidade ao decidir o montante de pena que se deve impor ao agente no caso concreto em decorrência do ato ilícito. Quanto à dosimetria da sanção administrativa, pode-se dizer que “a culpabilidade é a tábua de medição da pena” (OSÓRIO, 2014, p. 380).

Cabe ao julgador ter em conta as circunstâncias do caso concreto e individualizar a pena conforme a culpabilidade, de forma a atribuir a resposta proporcional à conduta.

A Lei nº 9.847/1999 prevê a pena de multa como principal resposta às infrações referentes à indústria do petróleo, derivados e biocombustíveis e estabelece seus patamares mínimo e máximo, cabendo ao julgador, conforme os parâmetros fixados no artigo 4º da referida lei: gravidade da infração, vantagem auferida, condição econômica do infrator e antecedentes, definir o valor para cada caso concreto.

De acordo com Luigi Ferrajoli, as penas pecuniárias, pela sua própria natureza contrariam o princípio igualitário da proporcionalidade porque seu grau aflitivo depende da riqueza do réu<sup>51</sup> (2002, p. 323).

De fato, no diversificado mercado regulado pela ANP, observa-se que a pena de multa se aplicada no patamar máximo, a depender da capacidade econômica do agente, pode não se

---

<sup>51</sup> Do mesmo modo, segundo o autor, também contraria o princípio da proporcionalidade a prisão perpétua porque não é graduável equitativamente pelo juiz e tem uma duração mais longa para os condenados jovens do que para os idosos. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*. Vários tradutores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 323.

revelar suficiente para inibir a prática de infração futura e, por outro lado, mesmo aplicada em patamar mínimo, pode tornar inviável o seu pagamento.

Ao aplicar as penas de suspensão da atividade e de revogação para o exercício da atividade regulada também previstas na Lei nº 9.847/1999, a análise da proporcionalidade e da individualização da pena deve levar em conta o princípio da preservação da empresa que, previsto no art. 47 da Lei nº 11.101/05 e amplamente reconhecido pela doutrina e jurisprudência, garante a manutenção da fonte produtiva, a ser ponderado junto às outras regras e princípios aplicáveis na situação concreta<sup>52</sup>.

No âmbito do Direito Administrativo Sancionador, aplica-se o princípio da individualização da pena previsto no artigo 5º, XLVI, da Constituição de 1988, afastando-se a imposição das penas abstratamente fixas e automáticas (OSÓRIO, 2015, pp. 395-396).

Em decorrência da aplicação do princípio da proporcionalidade, em âmbito legislativo, judicial e executório, as sanções administrativas devem ser estabelecidas conforme a situação concreta, motivadamente e de maneira individualizada.

É preciso observar que muitas vezes o princípio da individualização da pena coloca-se em confronto com o princípio da isonomia. Ao dosar a pena entre o patamar mínimo e o máximo, seja no Direito Penal ou no Direito Administrativo Sancionador, levantam-se questionamentos sobre a fixação de penas diferenciadas para situações “iguais”, o que ensejaria insegurança jurídica e injustiças.

Para reduzir as diferenças, a Resolução ANP nº 805/2019 previu a possibilidade de criação de orientações de julgamento por cada unidade administrativa da Agência pelas quais podem ser estabelecidos alguns parâmetros específicos, em complemento aos previstos no artigo 4º da Lei nº 9.847/1999, para a gradação da pena de multa aplicáveis aos autuados.

De qualquer forma, é preciso evitar engessar os critérios de gradação da pena em nome da segurança jurídica e da justiça, pois isso significa, na prática, padronizar a pena e, assim, ignorar as especificidades que diferenciam um caso e outro, o que é uma determinação injusta e inaceitável no Estado Democrático de Direito.

É uma exigência do princípio da proporcionalidade e da individualização da individualização da pena que haja um espaço na dosimetria para alcançar as peculiaridades da

---

<sup>52</sup> Ao decidir, cabe ao agente público efetuar a ponderação, que diz respeito tanto aos princípios quanto às regras, na medida em que qualquer norma possui um “caráter provisório” que poderá ser ultrapassado por razões identificadas como mais relevantes no caso concreto do que aquelas identificadas pelo legislador (ÁVILA, 2016, pp. 74 e 81).

situação concreta, pois, na realidade é muito rara a existência de um caso idêntico ao outro, embora sejam semelhantes.

Entende-se que, com base no princípio da individualização da pena, é possível que as normas da ANP prevejam sanções mais brandas do que as previstas na Lei nº 9.847/1999 para as infrações que, segundo a expertise técnica da Agência devidamente fundamentadas, sejam consideradas menos graves. Por exemplo, a pena de advertência não está prevista dentre as aplicáveis pela Lei nº 9.847/1999, mas pode revelar-se suficiente em alguns casos para evitar nova irregularidade.

O fato de se punir menos pode significar maior capacidade do modelo desenhado para promover a conformidade da conduta de seus destinatários e, assim, “sancionar mais não é evidência a priori de efetividade; a rigor, é sinal do maior desrespeito às regras estabelecidas” (VORONOFF, 2019, p. 137).

Nesse sentido, o esforço regulatório de se buscar soluções para a regularidade do mercado que estejam além da aplicação das sanções e quando isso não for possível, bem como a aplicação de penas individualizadas levando em conta as circunstâncias específicas de cada caso, tende a trazer efeitos mais benéficos para a sociedade.

O princípio constitucional da individualização da pena previsto no artigo 5º, XLVI, da Constituição de 1988, como decorrência do princípio da proporcionalidade, aplica-se ao Direito Administrativo Sancionador nos mesmos termos que no Direito Penal. Assim como o princípio da intranscendência da pena, não se identificam matizes que justificariam diferença na aplicação do princípio da individualização da pena ao Direito Administrativo Sancionador.

## CAPÍTULO 4. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS NOS PROCESSOS SANCIONADORES DA ANP

O modelo das agências reguladoras foi adotado no Brasil logo após a Constituição de 1988 e, influenciado pelo das *administrative agencies* dos Estados Unidos, as agências reguladoras federais brasileiras detêm poder normativo, de fiscalização e decisório em face dos agentes econômicos que praticam infrações no mercado regulado.

Há, entretanto, peculiaridades em cada uma das agências quanto à divisão interna dessas atribuições.

Assim, para a compreensão ampla sobre o contexto de onde foram extraídos os dados, seguem as considerações sobre a introdução do modelo das agências reguladoras no Brasil e suas características, sobre como são conduzidos os processos sancionadores na ANP e, por fim, a análise dos dados da pesquisa em relação às hipóteses formuladas acerca da aplicação dos princípios constitucionais penais nos processos sancionadores da ANP.

### 4.1. Agências reguladoras no Brasil

#### *4.1.1. Uma história recente*

A Constituição de 1988 prevê, no artigo 174, a possibilidade de o Estado funcionar como agente normativo e regulador de atividades econômicas, realizando as funções de fiscalização, incentivo e planejamento.

Está estabelecida, portanto, uma base constitucional para que o Estado promova a regulação do mercado<sup>53</sup>, ou seja, para que o Estado intervenha indiretamente na economia.

Na década de 1990, o Estado brasileiro passou por um processo de reforma institucional. Inspirando-se em reformas que ocorreram em países desenvolvidos, sob a orientação do Ministro Luiz Carlos Bresser Pereira, pretendia-se reduzir o tamanho do Estado, demarcando o seu papel

---

<sup>53</sup> Por meio da Emenda Constitucional nº 8/1995, foi incluída a previsão específica de criação de órgão regulador para os serviços de telecomunicações e, no mesmo ano, por meio da Emenda Constitucional nº 9, a de um órgão regulador da pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, refino do petróleo, importação, exportação e transporte (artigo 21, XI, e artigo 177, §2º, III, da Constituição de 1988). Com isso, afirma-se que a ANATEL e a ANP são as únicas que têm sua existência justificada diretamente pela Constituição de 1988.

regulador, promovendo processos de desregulamentação, o aumento da capacidade de governança e o aumento da governabilidade (PEREIRA, 1997).

Foi também durante a década de 1990 que o Brasil iniciou sua cooperação com a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), que se intensificou ao longo dos últimos anos<sup>54</sup>.

Naquele contexto de reestruturação do Estado brasileiro, em conformidade com o plano nacional de desestatização, que foi formalizado por meio da Lei nº 9.491/1997, pretendia-se que o Estado deixasse de prestar determinados serviços públicos considerados eminentemente econômicos e relacionados à esfera privada para monitorar o mercado e a adequação da prestação de serviços por meio do exercício do poder de polícia.

Como parte do processo de assunção pelo Estado da função de controlador e não mais prestador direto dos serviços econômicos, a partir do ano de 1996, as agências reguladoras foram instituídas em âmbito federal.

Considera-se como elemento característico específico da noção de regulação “a determinação pelo Estado de aspectos da atuação de agentes econômicos privados” (ARAGÃO, 2018, p. 52). Nesta perspectiva, a regulação que é exercida pelas agências reguladoras é a regulação jurídica<sup>55</sup>.

As agências reguladoras são entidades públicas que exercem funções típicas de Estado (detêm autoridade), porém “mesmo tendo sido essa a escolha estatal, fato é que tal modelo não teve uma implementação simples, afinal, houve a transição de uma atividade desempenhada pela Administração direta para a indireta” (SADDY, 2016a, p. 22).

As agências reguladoras foram instituídas sob a forma de autarquias de regime especial, ou seja, dotadas de prerrogativas próprias e de autonomia em relação ao Poder Público.

O objetivo era especializar a atuação estatal para promover uma “intervenção enérgica na ordem econômica e social, corrigindo as falhas de mercado” (OLIVEIRA, 2015, p. 145).

A independência e a autonomia das agências justificam-se pelo caráter técnico de suas atribuições e tem a finalidade assegurar uma regulação imparcial, que promova um modelo

---

<sup>54</sup> Embora ainda não seja membro da Organização, o Brasil já aderiu a 26 recomendações da OCDE. Ministério das Relações Exteriores. “O Brasil e a OCDE”. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/diplomacia-economica-comercial-e-financeira/15584-o-brasil-e-a-ocde>. Acesso em: 9/3/2019.

<sup>55</sup> Alexandre Aragão classifica a regulação exercida pelas agências reguladoras como jurídica em contraposição à regulação operacional (ou material) exercida em razão da intervenção direta do Estado na economia, que ocorre por meio das empresas estatais (2018, p. 53).

competitivo de mercado, com maior proteção contra as ingerências meramente políticas (GROTTI, 2006).

Há, assim, no âmbito da agência, um espaço denominado de “legítima discricionariedade”, com predomínio de juízos técnicos sobre as valorações políticas (BARROSO, 2003).

A natureza jurídica de autarquia sob um regime jurídico especial tem a finalidade de preservar as agências reguladoras de ingerências indevidas, inclusive por parte do Estado e de seus agentes. O modelo das agências reguladoras “representa mais uma tentativa brasileira de insulamento administrativo visando a eficiência” (SILVA, 2019, p. 32).

#### 4.1.2. *Influência das administrative agencies dos Estados Unidos*

O modelo das agências reguladoras brasileiras foi inspirado no das *administrative agencies* dos Estados Unidos, onde o Congresso aprova as leis que criam as agências e, a qualquer tempo, pode revogar tais leis, matando suas criaturas. Além disso, pode dar-lhes novas diretrizes e usar o poder dos recursos financeiros para influenciar a sua atuação (FRIEDMAN; HAYDEN, 2017).

O período após 1937 nos Estados Unidos foi marcado pela maior concentração de capitais e pela necessidade de intervenção governamental no campo econômico para evitar abusos do poder de mercado. As condições do mercado a serem reguladas são complexas e estão em constante mutação, foi ficando inviável que o Congresso deliberasse sobre a imensa diversidade de temas econômicos e os conflitos do mercado por meio do modelo relativamente permanente que é a edição de leis. Neste cenário, a prática da legislação delegada foi se tornando comum e transferiu, de certo modo, a tarefa de criação das normas do Congresso a entidades administrativas. Neste período, portanto, verificou-se a expansão do controle estatal e o consequente enfraquecimento do princípio da separação dos poderes (RODRIGUES, 1992, p. 222).

Em 1946, foi publicado o *Administrative Procedure Act* – APA, uma lei para aprimorar a justiça administrativa mediante o estabelecimento de um justo processo administrativo. Além das disposições sobre a elaboração de normas por parte das agências governamentais, a APA prevê o poder de decisão quanto aos temas de sua atribuição, bem como o de sancionar infratores das

determinações administrativas. Prevê também a possibilidade de revisão judicial das decisões administrativas das agências.

Quanto ao poder normativo das agências administrativas, há previsão legal, como acima mencionado, porém não está claro que essa transferência de poder governamental às agências administrativas é compatível com a Constituição dos Estados Unidos. Na verdade, afirma-se que o texto sugere o oposto, pois a Constituição confere todos os poderes legislativos ao Congresso e todo o poder judicial ao Judiciário, já as agências exercem funções aparentemente situadas em outras instâncias de governo, deixando dúvidas sobre se as delegações de poder às agências são permitidas (HALL et al, 2005, p. 13).

A APA estabelece a possibilidade de as decisões administrativas serem revistas pelo Poder Judiciário e as leis que criam as agências reguladoras quase sempre preveem o direito de revisão judicial das decisões administrativas (FRIEDMAN; HAYDEN, 2017).

Assim, algumas controvérsias sobre o exercício do poder normativo e do poder decisório das agências reguladoras nos Estados Unidos foram decididas pela Suprema Corte que estabeleceu alguns parâmetros a respeito.

Nos Estados Unidos, somente existe o controle difuso de constitucionalidade dos atos normativos. Desse modo, os conflitos relacionados às agências reguladoras que chegam à Suprema Corte daquele país necessariamente já passaram pela apreciação e julgamento de autoridades judiciárias de hierarquia inferior.

Dentre os casos de grande repercussão em que se questionou a atuação de uma agência administrativa, destacamos o caso *SEC v. Chenery Corporation*, julgado em dois momentos diferentes, em 1943 e, já após a publicação da APA, em 1947<sup>56</sup>.

A agência administrativa de seguro e câmbio (*Securities and Exchange Commission* – SEC) indeferiu a aprovação de um plano de reorganização societária apresentado pela *Chenery Corporation*, pois, em sua avaliação, havia prejuízo ao interesse dos investidores.

A companhia *Chenery* ingressou então com uma ação judicial para reverter esta decisão e teve êxito perante a Corte do Distrito de Columbia. A SEC recorreu à Suprema Corte.

No primeiro momento, em decisão proferida em 1943, a Corte analisou a decisão da SEC e considerou que a conclusão desta pela desaprovação do plano não se sustentava nos termos que

---

<sup>56</sup> U.S. Supreme Court, *Securities and Exchange Commission v. Chenery Corporation*, julgado em 23/6/1947. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/332/194/>. Acesso em 19/2/2019.

havam sido propostos pela própria agência. Em razão disso, direcionou novamente o caso à SEC para a adoção dos procedimentos adicionais que considerasse apropriados.

A SEC, então, reexaminou a situação, reformulou o raciocínio e, por fim, chegou à mesma conclusão anterior, ou seja, pela desaprovação da reorganização societária da *Chenery Corporation*. Com a decisão fundamentada em outros termos, o caso voltou à Suprema Corte em 1947 para avaliar se, desta vez, os critérios estavam de acordo com os princípios estabelecidos na sua decisão inicial.

O *Justice* Murphy emitiu a *opinion* da Corte e, referindo-se à decisão anterior, afirmou que a Corte havia enfatizado uma regra fundamental do direito administrativo, que é: uma corte de revisão, lidando com uma determinação ou um julgamento que a agência administrativa está autorizada a realizar por si mesma, deve julgar a correção de tal ação somente com base nos critérios invocados pela própria agência.

Se tais critérios são inadequados ou impróprios, a Corte não tem poder para substituir a ação administrativa por aquela que considera ser uma base mais adequada ou apropriada. Fazer isso significaria colocar a Corte no domínio que o Congresso separou exclusivamente para a agência administrativa.

Também enfatizou o que seria um importante corolário daquela regra: a ação administrativa deve ser testada nas bases em que se pressupõe fundamentada e estas bases devem ser estabelecidas com clareza, para que se possa compreendê-las.

Assentou que o dever da Corte está encerrado quando se torna evidente que a ação da agência está baseada em um elemento consistente e que este é compatível com a autoridade conferida pelo Congresso à agência.

Na situação em questão, a agência havia estabelecido em sua norma os parâmetros para a aprovação deste tipo de ato de reorganização societária e a Suprema Corte, nas suas decisões, avaliou, de acordo com tais parâmetros, se a decisão da agência (SEC) estava de acordo com eles.

Conforme se pode perceber, a Suprema Corte não substituiu a decisão administrativa pela sua própria, mas também não deixou de analisar o mérito.

Na decisão de 1943, analisou a situação mediante os parâmetros estabelecidos pela agência administrativa e chegou à conclusão diferente daquela.

Já em 1947, com base nos mesmos parâmetros, houve a deferência à decisão da agência administrativa, pois a Corte entendeu que os parâmetros que havia formulado, no âmbito de sua

competência legal, foram seguidos neste segundo momento, levando à conclusão de que não era pertinente qualquer alteração judicial da decisão administrativa.

Desta manifestação da Suprema Corte, de acordo com Richard Posner, passou a ser adotada a “doutrina *Chenery*”, segundo a qual a Corte revisora está impedida de julgar uma ação administrativa com base em racionalidade distinta daquela usada pela própria agência administrativa e que pode ser compreendida como o reconhecimento do caráter político da decisão administrativa. Em sua avaliação, a doutrina *Chenery* também se aplica quando as agências lidam com assuntos tão complexos que a Corte não pode dizer se a racionalidade adotada está ou não certa, pois a doutrina é aplicada independentemente do quanto é técnica ou difícil a questão (1986, pp. 576-577).

Em 1984, no caso *Chevron U.S.A., Inc. v. NRDC*,<sup>57</sup> a controvérsia teve como origem o fato de alguns estados americanos terem desobedecido uma norma emitida pela agência de proteção ambiental (*Environmental Protection Agency* – EPA) que havia estabelecido os padrões de qualidade do ar a serem por eles adotados.

Em razão dessa desobediência, em 1977, foi publicada a *Clear Air Act* (“Lei do Ar Limpo”), que impôs aos estados descumpridores algumas obrigações e, dentre essas, a de que estabelecessem um programa de autorização para o funcionamento do que chamou de “fontes fixas de poluição do ar”. Geralmente, é preciso atender rigorosas condições para que tais fontes sejam autorizadas.

Em 1981, a EPA regulou a “Lei do Ar Limpo” quanto ao requerimento de autorização e permitiu aos estados descumpridores que adotassem uma ampla definição do que seria “fonte fixa de poluição do ar”. Com isso, a regulação da EPA permitia que o Estado tratasse todos os dispositivos emissores de poluição na mesma instalação industrial como se estivessem encapsulados em uma única “bolha” e fosse assim reconhecida como uma só fonte fixa de poluição do ar.

Este entendimento foi contestado judicialmente e a Corte de Apelações do Distrito de Columbia afastou a regulação da EPA considerando que o “conceito de bolha” contrariava a legislação. Apesar de reconhecer que a “Lei do Ar Limpo” não havia definido explicitamente o que o Congresso considerava como “fonte fixa de poluição do ar” a qual o programa de

---

<sup>57</sup> U.S. Supreme Court, *Chevron U.S.A., Inc. v. NRDC*, julgado em 25/6/1984. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/837/>. Acesso em 20/12/2018.

autorização deveria se aplicar e que isto também não estava diretamente definido na história legislativa, concluiu que, tendo em vista que o objetivo do programa era promover a limpeza do ar e não meramente de manter a qualidade do ar, a definição regulatória ampla de fonte fixa era “inapropriada”.

A companhia *Chevron U.S.A., Inc.* pediu, então, a revisão da decisão à Suprema Corte. Apenas 6 (seis) membros participaram do julgamento e a decisão foi unânime em favor da companhia requerente.

A *opinion* foi emitida pelo *Justice Stevens*, o qual afirmou que o erro legal básico da Corte de Apelação foi ter adotado uma definição judicial estática do termo “fonte fixa” ao mesmo tempo em que reconheceu que o próprio Congresso não havia estabelecido tal definição a ser obedecida pela agência.

Segundo ele, quando a Corte revê a regulação da agência com base em uma lei, é confrontada com a seguinte questão: 1ª) o Congresso manifestou-se diretamente sobre a questão? Se a intenção do Congresso é clara, é o fim do problema para a Corte.

Se, entretanto, a Corte entende que o Congresso não tratou precisamente da questão, não pode simplesmente impor sua própria construção acerca da lei. Se a lei é omissa ou ambígua sobre a questão, a segunda pergunta para a Corte é: 2ª) a resposta da agência baseia-se em uma construção possível com base na lei?

Neste sentido, deve-se ter em conta que o poder de uma agência administrativa para regular um programa criado pela lei necessariamente requer a formulação de políticas e a criação de regras para preencher qualquer lacuna deixada implícita ou explicitamente pelo Congresso. Os *Justices* concordaram com a Corte de Apelações sobre o fato de que o Congresso não tinha uma intenção específica a respeito da aplicação do conceito da “bolha” nestas situações, no entanto, ao contrário daquela, concluíram que o uso deste conceito pela EPA é uma escolha razoável, que cabe à agência fazer e, portanto, não caberia à Corte rechaçá-la.

Foi destacado que o princípio da deferência às interpretações administrativas tem sido constantemente adotado pela Suprema Corte sempre que a decisão a respeito do significado ou do alcance da lei envolve políticas conflituosas e a completa compreensão sobre a força da política pública na situação concreta vai além do conhecimento ordinário sobre as questões que são submetidas às agências reguladoras.

Se a agência realiza uma escolha razoável dentro de um espaço aberto deixado pelo Congresso, os juízes federais têm o dever de respeitar as escolhas políticas legítimas feitas. A incumbência de avaliar a sabedoria de tais escolhas políticas e de resolver a luta entre visões concorrentes do interesse público não é judicial: “Nossa Constituição atribui tais responsabilidades aos ramos políticos”<sup>58</sup>, afirmou o *Justice Stevens*.

No caso *Chevron*, a Suprema Corte anunciou às demais cortes judiciais do país que respeitassem a forma de interpretação da lei realizada pelas das agências. Assim, em caso de dúvida, ou seja, quando não evidenciada contrariedade clara ao Congresso estipulou, a ação da agência deveria ser confirmada. Em resumo deste entendimento, passou-se a adotar a expressão *Chevron deference*.

Já em 2015, no caso *Department of Transport v. Association of American Railroad Association*<sup>59</sup>, a controvérsia central referia-se à possibilidade de atribuição de poder regulatório normativo a uma entidade privada. A respeito das atribuições da agência, em manifestação divergente da decisão proferida, o *Justice Alito* afirmou que a razão formal pela qual a Suprema Corte não aplica a doutrina de impossibilidade de delegação normativa de forma mais vigilante é que existem diversos órgãos governamentais com atribuição de poderes nos quais pode ser considerado incluído o poder de fazer leis. Menciona o fato de que, ao se deparar o cidadão com milhares de páginas de regulamentos emitidos “no interesse público”, pode pensar que é a agência que realmente está fazendo a legislação.

Esses exemplos de decisões judiciais demonstram que nas situações reais continuam havendo controvérsias relacionadas ao exercício de poder pelas agências administrativas.

De qualquer forma, considera-se o escopo da revisão judicial sobre as decisões das agências nos Estados Unidos como estreito, pois é a agência que detém a expertise técnica, que conta com químicos, engenheiros, economistas e profissionais de diversas formações em seus quadros. Portanto, cabe à Corte essencialmente conferir se a agência violou a lei de alguma forma (FRIEDMAN; HAYDEN, 2017).

---

<sup>58</sup> Tradução livre.

<sup>59</sup> U.S. Supreme Court, *Department of Transport v. Association of American Railroad Association*, julgado em 9/3/2015. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/575/13-1080/#tab-opinion-3252060>. Acesso em 6/3/2019.

#### 4.1.3. O modelo adotado

No Brasil, as agências reguladoras têm natureza jurídica de autarquias de regime especial, assim como já havia sido decidido pelo STF<sup>60</sup>.

Está agora explícito no artigo 1º, parágrafo único, da Lei nº 13.848/2019 e no seu artigo 3º, no qual consta que a natureza especial é caracterizada “pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos”.

Assim como nos Estados Unidos, as agências reguladoras no Brasil também são criadas e extintas por meio de leis formais.

A noção que normalmente se tem acerca da regulação é a de comando e controle (*command and control* – CAC), isto é, o uso pelo Estado de normas legais acompanhadas de sanções para direcionar as ações dos agentes de mercado. A regulação CAC tem uma abordagem centralizada e unilateral: governo mandando, administrados obedecendo (BLACK, 2002, p. 2).

Tendo em conta os limites governamentais quanto à informação dispersa no mercado e à fiscalização do cumprimento das normas, outras formas de regulação que apostam na descentralização, como é a autorregulação, a adoção às regras de *compliance* e os estímulos aos comportamentos positivos por parte dos agentes de mercado, tais como a divulgação de rankings e selos distintivos de qualidade e eficiência, têm sido também considerados como alternativas à regulação CAC.

Independentemente das críticas quanto à eficiência do modelo de regulação CAC e da adoção de métodos de regulação responsiva por parte de algumas agências reguladoras federais<sup>61</sup>, o que acaba restringindo punição a situações específicas e mais graves, a regulação CAC é exercida pelas agências reguladoras com proeminência em relação às demais formas atualmente.

No Brasil, com base no princípio da inafastabilidade da jurisdição previsto no artigo 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, qualquer ato ou decisão administrativa de uma agência reguladora está sujeita à contestação no âmbito do Poder Judiciário.

---

<sup>60</sup> ADI 4874/DF, Tribunal Pleno, Relatora Ministra Rosa Weber, DJe de 31/2/2018.

<sup>61</sup> Regulação responsiva da ANATEL é apresentada na 5ª semana de inovação. Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/institucional/component/content/article/104-home-institucional/2438-regulacao-responsiva-da-anatel-e-apresentada-na-semana-de-inovacao>. Acesso em: 12/2/2020.

Além do controle de constitucionalidade por via difusa relacionado à tradição da *common law*, no sistema nacional há a possibilidade de controle concentrado de constitucionalidade, originário do sistema romano germânico da *civil law*. Com isso, é possível que determinada matéria controvertida relacionada às agências reguladoras seja apreciada originariamente pelo Supremo Tribunal Federal por meio das ações diretas de controle de constitucionalidade, diferente do que ocorre nos Estados Unidos onde, como visto, um caso só chega à Suprema Corte após passar por outras instâncias jurisdicionais.

A abrangência da revisão judicial, contudo, não é irrestrita. Conforme entendimento tradicional da doutrina, também aceito pela jurisprudência, o Judiciário não pode imiscuir-se no que se denomina mérito administrativo, ou seja, no juízo de conveniência e oportunidade da decisão administrativa, cabendo aos juízes avaliar a legalidade das decisões (MEDAUAR, 2015, pp. 135-136).

Em relação às manifestações judiciais, uma pesquisa realizada no ano de 2011<sup>62</sup> demonstrou que o Judiciário brasileiro tende a ser deferente às ações das agências reguladoras federais. Entretanto, houve modificação das decisões por parte do Judiciário em volume expressivo de casos (aproximadamente 40%).

As agências reguladoras brasileiras, assim como as dos Estados Unidos nas quais foram inspiradas, detêm, além do poder normativo de estabelecer regras e sanções aos agentes do mercado regulado, o poder de fiscalizar as atividades reguladas e o poder decisório, como será detalhado a seguir.

#### 4.2. Poderes das agências no Brasil

Em âmbito federal no Brasil, há 11 agências reguladoras<sup>63</sup> responsáveis pela regulação de atividades de setores diversos da economia nacional.

No caso específico da ANP, há fundamento específico para a sua instituição, no artigo 177, §2º, III, da Constituição de 1988 segundo o qual lei específica disporá sobre a existência de

---

<sup>62</sup> De acordo com a pesquisa realizada com dados da Justiça Federal referentes às agências reguladoras federais existentes, o CADE e CVM, de decisões transitadas em julgado, 59,6% delas confirmou a decisão administrativa tomada pela agência reguladora. “Agências reguladoras são parte em 83 mil processos na Justiça Federal”. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/56946-agencias-reguladoras-sao-parte-em-83-mil-processos-na-justica-federal>. Acesso em: 10/3/2019.

<sup>63</sup> Total de 11: ANATEL, ANP, ANEEL, ANS, ANVISA, ANTAQ, ANTT, ACINE, ANA, ANAC e, mais recentemente, no ano de 2017, por meio da Lei nº 13.575, a Agência Nacional de Mineração – ANM.

um órgão regulador do monopólio da União para a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, a refinação do petróleo, a importação e exportação dos referidos produtos e seus derivados básicos e o transporte relacionado.

As agências reguladoras no Brasil detêm um conjunto diversificado de atribuições referentes ao desempenho de atividades econômicas e à prestação de serviços públicos, que incluem a fiscalização, a composição de conflitos e a aplicação de sanções, além de um amplo poder normativo, ou seja, de editar normas a serem seguidas pelos agentes do mercado regulado.

#### *4.2.1. Poder normativo*

O poder normativo das agências reguladoras brasileiras tem fundamento no referido artigo 174 da Constituição de 1988, que prevê a possibilidade de o Estado funcionar como agente normativo e regulador de determinadas atividades econômicas.

Os atos normativos das agências são editados conforme a moldura da lei e, assim, quanto mais aberta esta moldura legal, maior será a discricionariedade no exercício das competências normativas das agências. É, portanto, mais adequado falar-se em atribuição de competência por parte do legislador ao administrador e não em delegação, pois se confere ao administrador a liberdade para a escolha dos meios e das técnicas necessárias ao alcance dos objetivos traçados pela lei (OLIVEIRA, 2009, p. 150).

O poder normativo das agências reguladoras está, portanto, relacionado à noção de deslegalização pelo qual, por opção legislativa, essas entidades dotadas de expertise técnica devem exercer a tarefa de dispor sobre determinados temas.

Entende-se não haver “delegação” neste contexto, uma vez que a função reguladora de editar normas é exercida para equilibrar o subsistema regulado, dispondo com maior tecnicismo e densidade sobre as matérias que são da competência da agência reguladora e, assim, não competem originalmente ao Poder Legislativo, ao qual cabe a edição de leis em caráter genérico e com menor grau de concretude (GUERRA, 2004, pp. 43-44).

Neste contexto, levanta-se a discussão sobre os limites do poder normativo das agências reguladoras em relação ao princípio constitucional da legalidade e da separação dos poderes, uma vez que não há parâmetros estabelecidos pela legislação a respeito.

A atribuição à ANP para tratar de aspectos técnicos obedece aos parâmetros traçados pela Lei 9.478/1999, que confere à agência a possibilidade de edição de atos normativos com generalidade e abstração, dotados de eficácia de lei em sentido material no que se refere aos temas técnicos.

De acordo com Bruce Ackerman, apesar de a lei contemplar os princípios orientadores, os parlamentares não possuem o tempo e a expertise necessários para filtrar os dados científicos disponíveis e em constante alteração para buscar as soluções regulatórias adequadas e, em referência os Estados Unidos, afirma que quando os parlamentares tentaram decidir questões ambientais específicas, os resultados foram algumas vezes notoriamente contraproducentes (2000, p. 693).

O poder regulatório distingue-se dos demais poderes por estar orientado também por critérios técnicos, além dos políticos que a todos influenciam. “A regulação, portanto, implica uma tradução técnica dos conceitos imprescindíveis para a implementação de políticas públicas previamente ditadas pelo Poder Executivo” (SADDY, 2016b, p. 98).

O local da expertise técnica para o tratamento da matéria é, portanto, o âmbito da agência reguladora. No entanto, isto não significa que a atuação da agência não seja passível de críticas e contestação por parte dos que são afetados.

Um dos problemas identificados quanto à expertise da agência reguladora é a dificuldade de identificação pela sociedade em geral quando determinada decisão foi resultado da aplicação desta especial expertise técnica da agência. Também se identificam problemas quando os técnicos falham ao explicar ao público leigo o porquê aquela questão demanda um julgamento técnico mais sofisticado. Neste sentido, para uma melhor regulação, é imprescindível que os reguladores exponham em detalhes as razões que os levaram à decisão, bem como que permitam o acesso do público ao processo decisório (BALDWIN; CAVE; LODGE, 2012, pp. 29-30).

No Brasil, a recente previsão do artigo 6º da Lei nº 13.848/2019 quanto à obrigatoriedade de elaboração da AIR para a adoção e as propostas de alteração dos atos normativos de interesse geral favorece a transparência na atuação das agências reguladoras federais e, a depender de como tais análises sejam executadas, podem facilitar a compreensão dos elementos considerados para a decisão administrativa.

A regulação pública, que representa a intervenção do Estado no mercado, é usualmente identificada como exceção, no sentido de que deve haver um motivo de interesse público que

sustente a regra imposta aos agentes econômicos ou a proibição de determinada conduta por parte deles. Assim, evita-se que a ação do Estado regulador seja arbitrária.

Nesta ordem de ideias, foi proposto pelo Professor Stephen Breyer um modelo que considera o mercado não regulado como regra, sendo necessário àqueles que defendem a intervenção governamental, justificá-la. O foco de atenção deixaria de ser nas causas e passa a ser nas justificativas baseadas no interesse público para a regulação (1979, pp. 552-553).

Dentre os princípios essenciais do modelo de regulação proposto pelo Professor, identifica-se que a regulação deve direcionar-se para atacar os piores problemas e que deve ser vista com lentes pró-competitivas, adotando-se abordagem menos restritiva.

Mais recentemente, ainda se defende que há legitimidade na atividade do Estado de intervir na economia apenas quando os objetivos perseguidos pela intervenção não são espontaneamente atingidos pelo mercado. “A atividade reguladora da economia constitui assim, com toda a nitidez, uma situação excepcional a exigir legitimação” (SANCHES, 2000, p. 16).

A Constituição de 1988 prevê que a ordem econômica está fundada na valorização da livre iniciativa (art. 170), que a atuação do Estado como agente concorrencial no mercado é excepcional e que ocorrerá apenas quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou ao atendimento de relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. Também prevê que, na qualidade de agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento (art. 174).

Com base nas disposições constitucionais, percebe-se que a atuação do Estado brasileiro como regulador da atividade econômica é importante para o acompanhamento do mercado, a contenção dos abusos e a realização dos estímulos necessários ao desenvolvimento, podendo-se compreender que a determinação de realização de uma conduta ou a sua proibição precisam ser devidamente motivadas.

Esta disposição coaduna-se com a perspectiva menos restritiva da regulação pública e com as orientações internacionais sobre qualidade regulatória.

Neste sentido, de acordo com as diretrizes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)<sup>64</sup> para a qualidade e performance regulatória, é preciso avaliar os impactos e revisar sistematicamente a regulação para assegurar que atende aos

---

<sup>64</sup> *OECD Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance*. 2005. Disponível em: <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/recommendations-guidelines.htm>. Acesso em: 17/11/2018.

objetivos pretendidos de forma eficiente e efetiva em um ambiente econômico e social complexo e em constante modificação (princípio 2).

Além disso, a regulação econômica deve ser desenhada para estimular a competição e eficiência, de modo a assegurar que as restrições regulatórias à competição sejam limitadas e proporcionais ao interesse público a que servem, o que enseja a revisão periódica de aspectos da regulação econômica que restrinjam práticas comerciais normais (princípio 5).

No que se refere à eficácia das normas, um dos principais problemas identificados na regulação pública é a adesão dos regulados à sua pauta de ação, pois se uma norma da agência reguladora é radicalmente contestada pelo mercado, há alto potencial de que a norma não seja efetiva (MENDONÇA, 2014, pp. 415-416).

Como meio de promover maior adesão, é importante a participação dos agentes que atuam no mercado regulado no processo de elaboração normativa por parte da agência reguladora, o que se faz não só pelos procedimentos de consulta e audiência pública, mas também pela possibilidade de participação ainda nas fases iniciais de discussão por parte da agência sobre estabelecer ou não uma nova norma<sup>65</sup>.

Mais recentemente, a diretriz menos invasiva da regulação foi reforçada pela edição da Lei de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019) que, em seu artigo 4º, dispõe como dever da administração pública evitar o abuso do poder regulatório de maneira a indevidamente restringir a competitividade no mercado, aumentar custos sem demonstrar benefícios, introduzir limites à livre formação de atividades econômicas (incisos II, V e VII), dentre outros aspectos, ressalvando “exceto se em estrito cumprimento a previsão explícita em lei”.

Trata-se de restrição legal ao exercício do poder normativo por parte das agências reguladoras, inclusive o sancionador. Assim, há uma possibilidade de tais “abusos do poder regulatório” serem considerados válidos, qual seja: decorrerem de execução de previsão explícita em lei.

De qualquer forma, como exceção, a previsão em lei da restrição regulatória deve ser criada “de modo saliente, e a hipótese deve ser, na categorização clássica, a de regulamento de execução e não a de regulamento autônomo. Assim, boa parte da regulação promovida pelas

---

<sup>65</sup> Neste sentido, a ANP realizou Tomadas Públicas de Contribuição (TPC) para iniciar discussões com a sociedade sobre a necessidade de alteração da regulação vigente acerca de temas como a tutela regulatória da fidelidade à bandeira, à verticalização na cadeia de combustíveis e etc.

agências reguladoras federais encontra-se submetida ao art. 4º” (MENDONÇA, 2019, pp. 211-212).

Em razão a releitura do princípio da legalidade administrativa e a necessidade de máxima efetividade da Constituição, revela-se a importância do exercício de poderes normativos por parte das agências reguladoras, considerando que são estabelecidos pela legislação setorial que define os parâmetros da atuação administrativa, bem como o conteúdo técnico dos atos normativos editados que justificam essa deslegalização (OLIVEIRA, 2015, p. 98).

O poder normativo das agências reguladoras é uma realidade e vez ou outra há controvérsia sobre seus limites, que chegam ao Poder Judiciário. Já se afirmou que a função normativa de largo alcance é “certamente a mais polêmica das questões que envolvem as agências” (BARROSO, 2002, p. 306).

Em 20/8/1998, o STF decidiu o pedido de medida liminar na ação direta de inconstitucionalidade nº 1.668/DF<sup>66</sup> em face de algumas disposições da Lei nº 9.472/1997, que instituiu a ANATEL, dentre elas a que prevê a competência da agência para a edição de normas (artigo 19, IV e X).

Alegou-se que as referidas disposições contrariavam o artigo 68 da Constituição de 1988, que exige que a delegação legislativa seja feita pelo Congresso Nacional, e que a conferência de poder normativo à ANATEL afasta-se da orientação constitucional.

O Ministro Marco Aurélio foi o Relator e manifestou-se no sentido de que se presume que os preceitos expedidos pela agência com base nas referidas disposições estarão em conformidade com o arcabouço legal em vigor e, na eventualidade de isto não ocorrer, haverá um problema quanto à legalidade. Com esse fundamento, atribuiu interpretação conforme a Constituição de 1988 aos incisos IV e X do artigo 19, a fim de que a atuação da ANATEL seja de acordo com as normas de âmbito legal e regulamentar de regência. Foi acompanhado pelos demais Ministros, afora pelo Ministro Moreira Alves que sabiamente afirmou: “não há necessidade de interpretação conforme a Constituição para se dizer o óbvio”.

Mais de vinte anos depois, a ADI nº 1668/DF ainda não foi definitivamente julgada.

Em 2016, esteve em discussão a comercialização da fosfoetanolanina sintética, que surgiu como uma esperança para os doentes de câncer, porém não obteve a necessária autorização da

---

<sup>66</sup> STF, ADI nº 1.668/DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 20/8/1998.

ANVISA<sup>67</sup> para que fosse comercializada, pois não foram considerados atendidos os critérios previstos na Resolução da Agência de nº 38/2013.

Neste contexto, o Congresso Nacional reagiu e publicou a Lei nº 13.269/2016, que permitiu a imediata venda da substância para pacientes com neoplasia malígua, sob algumas condições.

A Associação Médica Brasileira (AMB) ajuizou ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de liminar perante o STF alegando que a Lei contraria os artigos 1º, III, 5º, 6º e 196 da Constituição de 1988, pois autoriza o uso da substância como medicamento, apesar da inexistência de estudos conclusivos acerca dos seus efeitos colaterais em seres humanos.

O Plenário do STF, por maioria de 6 votos a 4<sup>68</sup>, deferiu a medida cautelar para suspender a eficácia da Lei até o julgamento final da ação<sup>69</sup>. No julgamento, foi destacado que a Resolução nº 38/2013 da ANVISA dispõe sobre o assunto e, portanto, para que se comercialize determinada substância é preciso seguir os trâmites previstos pela agência.

O Relator Ministro Marco Aurélio, em seu voto afirmou acerca da lei editada: “Vislumbro, na publicação do diploma combatido, ofensa ao postulado da separação de Poderes. (...) considerada a descentralização técnica necessária para a fiscalização de atividades sensíveis,” foi criada a ANVISA.

Em seu voto, o Ministro Luiz Fux ressaltou que a ANVISA é a instituição que detém legitimidade constitucional para aferir a eficiência dos medicamentos e, com relação à fosfoetanolina sintética, afirma que é não é um remédio, mas um experimento.

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, deferiu a liminar para suspender a eficácia da Lei nº 13.269/2016, até o julgamento final desta ação.

Este julgamento foi apenas da medida liminar e, assim, ainda se espera a decisão final da ação que terá, ao menos parcialmente, uma composição diversa da que julgou a medida liminar.

Mais recentemente, em razão da edição da Resolução da Diretoria Colegiada da ANVISA nº 14/2012 que restringiu a importação de produtos fumígenos, foi movida ação direta de inconstitucionalidade perante o STF<sup>70</sup> na qual se questionou o poder normativo da Agência

---

<sup>67</sup> Prevê a competência da ANVISA para a autorização da comercialização de medicamentos, o artigo 7º, VII, da Lei nº 9.782/1999.

<sup>68</sup> O Ministro Celso de Mello estava ausente.

<sup>69</sup> STF, Plenário, MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE nº 5.501 DISTRITO FEDERAL, julgamento em: 19/5/2016.

<sup>70</sup> STF, ADI 4.874/DF, Plenário, Relatora Ministra Rosa Weber, DJe 1/2/2019.

previsto no artigo 7º, III, da Lei nº 9.782/1999, segundo o qual cabe a ANVISA “estabelecer normas, propor, acompanhar e executar as políticas, as diretrizes e as ações de vigilância sanitária;”.

Por maioria de votos, decidiu-se pela improcedência da inconstitucionalidade do referido artigo 7º, III, da Lei nº 9.782/1999, conforme o voto vencedor da Ministra Relatora Rosa Weber a respeito, que assim se manifestou acerca do poder normativo das agências reguladoras:

Poder normativo, repito à exaustão, não é poder legislativo: a abertura ou indeterminação dos conceitos empregados nos textos normativos não pode ser interpretada como atribuição ilimitada de competências discricionárias, sob pena de elevar o agente regulador à condição de superego da sociedade.  
(...).

Dotada de inquestionáveis relevância e responsabilidade, a função regulatória só é dignificada pelo reconhecimento de que não é inferior nem exterior à legislação. Exerce-se, isto sim, em um espaço que se revela qualitativamente diferente, pelo seu viés técnico, ainda que conformada pela ordem constitucional e legal vigentes.

Acerca das sanções administrativas, portanto, como já mencionado, é preciso que a lei trace os contornos referentes à conduta identificada com infração, bem como as sanções a que está sujeito o infrator. Não é possível que a lei transfira em sua totalidade a função de tipificação das infrações à autoridade administrativa, pois isso “equivalaria a uma insuportável deterioração da normatividade legal sancionadora, violentando-se a garantia da legalidade” (OSÓRIO, 2015, p. 242).

No caso da ANP, a Lei nº 9.847/1999 estabelece os parâmetros a serem observados pela Agência para sancionar os agentes que atuam no mercado regulado, sendo a regulação da Agência complementar e compatível com tais parâmetros.

A recente Lei nº 13.655/2018 alterou a LINDB e incluiu ali o artigo 21<sup>71</sup> dispondo que a decisão judicial que invalidar norma administrativa, inclusive prevista nas resoluções das agências reguladoras, por exemplo, deverá indicar de modo expresso as suas consequências jurídicas e administrativas.

---

<sup>71</sup> Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas. Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

A nova norma impõe um ônus ao Judiciário para os casos de invalidação de um ato normativo administrativo, inclusive de agências reguladoras, o que parece ter o potencial de frear o ativismo judicial a respeito. Por outro lado, esta norma pode ter como efeito aumentar a deferência judicial pura e simples, em prejuízo ao sistema de freios e contrapesos entre os poderes.

#### *4.2.2. Poder fiscalizador*

Postos na lei e na regulação os deveres a serem cumpridos pelos agentes no mercado, cabe à agência reguladora fiscalizar o devido cumprimento dessas normas, promovendo sua efetividade.

A Lei nº 9.478/1997 prevê no artigo 8º que a ANP tem como finalidade a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis.

Para realizar seus fins, a regulação utiliza-se do instrumental da polícia administrativa (BINEMBOJM, 2016, p. 75). Assim, constatada pelo fiscal da ANP a ocorrência de infração às normas vigentes para o mercado regulado, deverá lavrar o auto de infração e assim iniciar o processo administrativo de apuração da sua materialidade e autoria.

Adicionalmente, em situações emergenciais, com fundamento no disposto no artigo 5º da Lei nº 9.847/1999, os fiscais da ANP podem impor medidas cautelares de interdição do estabelecimento e apreensão de produtos, evitando-se a ocorrência de danos.

Atualmente, há uma tendência de combinar a aplicação do método tradicional de comando e controle, próprio de estruturas mais rígidas de regulação, com o uso de novos métodos e técnicas mais flexíveis de indução (regulação por incentivos), além de meios alternativos de realização de objetivos regulatórios, por via de diferentes estratégias institucionais integradas, que podem ou não envolver poder de polícia (BINEMBOJM, 2016, p. 161).

A busca de meios mais eficientes para conformar o comportamento dos agentes de mercado de qualquer modo não prescinde da fiscalização e das medidas de comando e controle, ainda que seu âmbito possa ser reduzido às infrações mais graves.

A fiscalização está submetida a restrições, já que a atividade administrativa não pode revelar-se arbitrária, devendo respeitar os direitos fundamentais dos fiscalizados.

A Lei nº 13.869/2019, que trata do abuso de autoridade, especifica condutas que poderiam ser assim qualificadas se cometidas pelos agentes públicos em ações de fiscalização das agências reguladoras como: adentrar imóvel contra a vontade do ocupante sem determinação judicial ou fora das condições legais (artigo 22); obter prova por meio manifestamente ilícito (artigo 25); instaurar procedimento investigatório de infração administrativa sem indício de infração administrativa (artigo 27); iniciar persecução administrativa sem justa causa fundamentada ou contra quem sabe inocente (artigo 30) e exigir informação ou cumprimento de obrigação, sem expresse amparo legal (artigo 33).

#### *4.2.3. Poder decisório sancionador*

O artigo 8º, VII, da Lei nº 9.478/1997 prevê que cabe à ANP “aplicar as sanções administrativas e pecuniárias previstas em lei, regulamento e contrato” referentes às atividades integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis.

A ANP, assim como ocorre com as demais agências reguladoras e outros entes e órgãos públicos, é responsável pela instrução e pela decisão do processo administrativo sancionador referente ao auto de infração lavrado pelos fiscais da Agência, o que levanta a questão sobre o risco de imparcialidade da decisão.

A aplicação das normas deve ser institucionalizada em procedimentos que tornem possível considerar todas as especificidades da situação concreta, compatibilizando a mutabilidade da lei positivada com os requisitos para o seu reconhecimento universal de validade (GÜNTHER, 1993, p. 271).

Quanto ao procedimento sancionador na ANP, o servidor público que foi responsável pela lavratura do auto de infração não é o mesmo que, após a tramitação do processo administrativo e considerando os elementos constantes nos autos, decide sobre a existência de materialidade e autoria da infração e, em consequência, pela pertinência ou não de se aplicar a penalidade correspondente. Com isso, em diferentes fases, garante-se que haja análise por parte de pessoas diversas sobre a caracterização da infração.

Para preservar a imparcialidade, cabe ao julgador justificar especialmente de forma criteriosa na prova dos fatos e no Direito aplicável a eventual sanção que imponha ao autuado (ENTERRÍA, 2014, p. 211).

Como já mencionado, o princípio da proporcionalidade deve ser observado nas decisões da ANP dos processos sancionadores, conforme prevê expressamente o artigo 2º, parágrafo único, VI, da Lei nº 9.784/1999, segundo o qual será observado o critério de “adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público” e o inciso XIII, do mesmo artigo segundo qual a interpretação da norma administrativa será da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige.

O artigo 20 da LINDB impôs um ônus adicional às decisões administrativas: sempre que o julgamento for baseado em “valores jurídicos abstratos”, será necessária a consideração sobre suas consequências práticas.

Esta norma traz para o texto expresso da lei brasileira uma orientação pragmática, ao exigir do julgador uma avaliação que vai além da subsunção do caso concreto à norma.

Considerando que os conceitos jurídicos abstratos estão comumente presentes nas normas administrativas, inclusive nas sancionadoras, a análise das consequências é uma tarefa a ser realizada em muitas decisões.

De acordo com José Vicente Mendonça, as consequências a que se refere o artigo 20 são aquelas certas e prováveis, não as apenas plausíveis; devem ser imediatas e futuras (curto e médio prazo), mas não remotamente futuras; devem ser fáticas, demonstradas ao menos de forma indiciária; e devem ser contextuais, ou seja, aquelas necessariamente relacionadas ao contexto de sua aplicação (2018, pp. 120-121).

O artigo 20 da LINDB não exige, portanto, um exercício de adivinhação do futuro, mas a consideração de elementos que, no presente, já é possível considerar como de ocorrência provável. Com isso, a expectativa de aplicação dessa norma é a de que as decisões administrativas e judiciais ponham fim aos problemas tratados nos processos analisados e que, ao fazê-lo, não gerem mais problemas.

Também por exigência do artigo 4º da Lei das Agências Reguladoras (Lei nº 13.848/2019), a ANP deverá observar a “adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquela necessária ao atendimento do interesse público”.

Por fim, as decisões acerca dos processos sancionadores baseadas nos critérios técnico-administrativos dos agentes públicos das agências reguladoras não são definitivas. Pelo princípio

constitucional da inafastabilidade da jurisdição, o caso pode ser levado ao Judiciário para manifestação final sobre o assunto.

Mesmo assim, ao Judiciário caberia a verificação da obediência à legalidade, não poderia interferir nos aspectos referentes ao mérito administrativo, ou seja, conveniência e à oportunidade da decisão administrativa.

#### 4.3. Processo sancionador na ANP – descrição e fundamentos normativos

##### *4.3.1. Atividade sancionadora – atribuições legais da ANP*

A ANP encontra seu fundamento de existência na própria Constituição de 1988, no artigo 177, §2º, III<sup>72</sup>.

As atribuições da Agência estão definidas na sua lei de criação Lei nº 9.478/1997 que prevê, no seu artigo 8º, XV, que cabe à ANP: “regular e autorizar as atividades relacionadas com o abastecimento nacional de combustíveis, fiscalizando-as diretamente ou mediante convênios com outros órgãos da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios”.

A Lei nº 9.847/1999, por sua vez, dispõe especificamente sobre a fiscalização das atividades relativas ao abastecimento nacional de combustíveis e estabelece as sanções a serem aplicadas pela ANP por meio de processos administrativos sancionadores instaurados para tais fins.

Em cada um dos incisos do art. 3º da Lei nº 9.847/99, consta a descrição das infrações (preceito primário) e a pena correspondente à sua prática (preceito secundário). Em todos os casos, como resposta à infração praticada, está prevista a pena de multa em seu patamar mínimo e máximo para cada conduta descrita.

Nos artigos 8º, 9º, 10 e 11 da mesma Lei, estão previstas, respectivamente, as penas de suspensão, cancelamento do registro, revogação e perdimento de bens.

---

<sup>72</sup> Art. 177. Constituem monopólio da União: (...) §1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei. § 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre: (...) III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União;

Trata-se de penalidades adicionais à multa que são aplicadas em situações específicas, como, por exemplo, a existência de fraude, a falta de segurança do produto e a reincidência em infrações.

Observa-se, assim, que a resposta imediata e necessária prevista pelo legislador para as infrações administrativas às normas referentes ao mercado regulado pela ANP é a pena de multa, que é a principal, sendo as demais penalidades previstas (inclusive suspensão e revogação) penas adicionais.

O mercado regulado da ANP é muito variado quanto às atividades empresariais desempenhadas: exploração, produção e refino de petróleo, produção e comercialização de gás e de biocombustíveis, como o etanol, de distribuição e revenda de combustíveis líquidos e gás e produção de asfalto. Há, portanto, diversas normas da ANP regulando esses diversificados mercados.

Ao efetuar a ação de fiscalização, os agentes públicos da ANP primeiro identificam a conduta realizada como contrária a alguma das previsões constantes nas normas reguladoras do setor, por ter o agente econômico deixado de cumprir um dos deveres ali previstos ou por ter realizado ato vedado pela norma.

Após esta tarefa, verifica o enquadramento da conduta em alguma das hipóteses legais de infrações administrativas previstas de modo mais genérico nos incisos do artigo 3º da Lei nº 9.847/1999, os quais contemplam as correspondentes sanções. Todas as penalidades aplicadas pela ANP ocorrem em razão do enquadramento da ação ou omissão em alguma das condutas previstas ali como infrações administrativas.

Por exemplo, caso o fiscal da ANP constate na ação em campo que uma distribuidora de combustíveis vendeu gasolina C<sup>73</sup> com vício de qualidade aos postos revendedores, lavrará o auto de infração em face da distribuidora por identificar esta conduta como contrária ao disposto nas seguintes disposições regulatórias:

Resolução ANP nº 58/2014:  
Art. 37. O distribuidor de combustíveis líquidos obriga-se a:  
(...).

---

<sup>73</sup> Conforme a legislação brasileira, à “gasolina A”, que é produzida nas refinarias ou importada, é adicionado percentual de etanol anidro (na proporção atual de 27% de etanol para 73% de gasolina A, conforme Portaria do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento nº 75/2015), compondo a “gasolina C”, produto que tem a octanagem adequada ao consumo automotivo e é assim vendida nos postos revendedores de combustível no Brasil.

IV - garantir as especificações técnicas quanto à qualidade dos combustíveis líquidos quando transportados sob sua responsabilidade ou quando armazenados em instalações próprias ou de terceiros sob sua responsabilidade;

Note-se que a norma regulatória contém os comandos ao distribuidor de combustíveis, agente do mercado regulado, porém não estabelece qualquer sanção para o caso de descumprimento.

Assim, é preciso efetuar o enquadramento da conduta também na disposição da Lei nº 9.847/1999, que estabelece as infrações e penalidades às normas referentes ao abastecimento nacional de combustíveis.

No caso da venda de combustível com vício de qualidade, a conduta enquadra-se no inciso XI do artigo 3º, que dispõe:

Art. 3º A pena de multa será aplicada na ocorrência das infrações e nos limites seguintes:

XI - importar, exportar e comercializar petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis fora de especificações técnicas, com vícios de qualidade ou quantidade, inclusive aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes do recipiente, da embalagem ou rotulagem, que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor:

Multa - de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) a R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais);

O processo administrativo em face da infratora tramitará em torno dessas normas e, ao fim, constatando-se a responsabilidade pela infração, a autuada será condenada ao pagamento da pena de multa.

Para a gradação da pena de multa entre os valores mínimo e máximo estabelecidos pela Lei, são considerados aos critérios previamente estabelecidos no artigo 4º da Lei nº 9.847/1999, que são: a gravidade da infração, a vantagem auferida, a condição econômica do infrator e os seus antecedentes.

#### *4.3.2. Divisão de atribuições de instrução e julgamento de processos sancionadores*

O mercado regulado pela ANP, além de variado quanto às atividades empresariais desempenhadas, como mencionado, é complexo do ponto de vista técnico, econômico e social.

Além de ir “do poço ao posto”, no que se refere à cadeia de produção de petróleo e de gás natural, ao refino, à distribuição e à revenda de combustíveis, também são de competência da

Agência a regulação da produção e da comercialização dos biocombustíveis, como é o caso do etanol, e a especificação do asfalto. Além disso, a ANP também tem atribuições relacionadas à importação desses produtos.

Algumas dessas atividades, como a produção do petróleo exigem elevados investimentos e estrutura empresarial com alto grau de especialização, sendo alto o risco do negócio, o que faz com que sejam normalmente realizados por mais de uma pessoa jurídica em consórcio, reunindo esforços e partilhando os resultados.

Trata-se de atividades com alto grau de especificação técnica e, muitas vezes, a caracterização das infrações às normas demandam análises sofisticadas para a verificação da materialidade e da autoria.

Outras, entretanto, como é o caso da revenda de recipientes de gás liquefeito de petróleo (GLP) em pequenas quantidades são muito mais simples e não demandam muitos investimentos, podem ser exercidas por microempresários que não tenham muitos recursos e atendam à população local.

Neste contexto, as atividades de instrução e julgamento de processos administrativos sancionadores na ANP são exercidas de modo descentralizado, ou seja, cada unidade organizacional (em geral denominadas superintendências) é, em regra, responsável pela fiscalização e pelo julgamento em primeira instância dos processos sancionadores decorrentes daquele ramo de atividade para qual tem competência para a fiscalização, conforme previsto no Regimento Interno<sup>74</sup>.

A fim de promover uma uniformidade quanto aos aspectos procedimentais e evitar que haja soluções contraditórias em situações muito semelhantes, a ANP elaborou norma específica

---

<sup>74</sup> Conforme artigo 28, VII, da Portaria ANP nº 69/2011 (Regimento Interno da Agência), como exceção à regra de que cada unidade instrui e julga os processos administrativos decorrentes dos autos de infração lavrados naquela unidade, a Superintendência de Fiscalização do Abastecimento (SFI), além dos seus próprios autos de infração, é a responsável pela instrução e o julgamento dos que são lavrados pela Superintendência de Produção de Combustíveis (SPC), pela Superintendência de Distribuição e Logística (SDL) e pela Superintendência de Biocombustíveis e Qualidade de Produtos (SBQ).

Além dessas, as unidades da ANP nas quais há lavratura de autos de infração e instrução e julgamento dos processos sancionadores decorrentes são: Superintendência de Exploração (SEP); Superintendência de Desenvolvimento e Produção (SDP); Superintendência de Segurança Operacional e Meio Ambiente (SSM); Superintendência de Conteúdo Local (SCL); Núcleo de Fiscalização da Medição da Produção de Petróleo e Gás (NFP); Superintendência de Participações Governamentais (SPG) e Superintendência de Infraestrutura e Movimentação (SIM).

Portaria nº 69/2011 disponível em: <http://legislacao.anp.gov.br/?path=legislacao-anp/portarias-anp/administrativas/2011/abril&item=panp-69-2011>. Acesso em: 8/4/2019.

dispondo sobre os processos administrativos sancionadores na Agência. Trata-se da Resolução ANP nº 805, publicada em 23 de dezembro de 2019<sup>75</sup>.

A grande maioria dos processos sancionadores da ANP são julgados pela Superintendência de Fiscalização do Abastecimento (SFI), que é a responsável pela fiscalização das atividades em que há maior número de agentes econômicos atuando no mercado. No ano de 2018, a SFI julgou 6.251<sup>76</sup> processos sancionadores e em 2019 foram 6.431<sup>77</sup>, volume recorde em relação aos anos anteriores<sup>78</sup>.

Até o momento, não há levantamento de dados consolidados pela Agência e divulgados acerca de todos os processos sancionadores julgados anualmente pelas diferentes unidades.

Quanto aos recursos julgados pela Diretoria da ANP no primeiro semestre do ano de 2019, foram proferidas decisões finais em 194 processos analisados neste trabalho.

#### *4.3.3. A tramitação dos processos sancionadores na ANP*

O processo administrativo sancionador na ANP segue as disposições da Lei de processos administrativos federais, a Lei nº 9.784/1999 e, mais especificamente sobre a apuração de infrações às normas do abastecimento nacional de combustíveis, segue as disposições do Decreto nº 2.953/1999. A Resolução ANP nº 805/2019 especifica os procedimentos relacionados aos processos sancionadores no âmbito da Agência.

Adicionalmente, o Código de Processo Civil (CPC) de 2015 prevê, no artigo 15, que seus dispositivos são aplicáveis subsidiária e supletivamente aos processos administrativos. Assim, na ausência de disposição específica na legislação administrativa, as regras do CPC servem como orientação à atuação administrativa.

Com base nessas normas, os processos administrativos sancionadores da ANP iniciam com a lavratura do auto de infração por parte do fiscal da Agência e a citação do agente

---

<sup>75</sup> Disponível em: <http://legislacao.anp.gov.br/?path=legislacao-anp/resol-anp/2019/dezembro&item=ranp-805-2019>. Acesso em: 9/2/2020.

<sup>76</sup> ANP, Fiscalização do Abastecimento em Notícias, Edição nº 15 – Balanço Anual de 2018, p. 18. Disponível em: <http://www.anp.gov.br/publicacoes/boletins-anp/2396-boletim-fiscalizacao-do-abastecimento-em-noticias>. Acesso em: 8/4/2019.

<sup>77</sup> ANP, Fiscalização do Abastecimento em Notícias, Balanço Anual de 2019, p. 21. Disponível em: <http://www.anp.gov.br/arquivos/publicacoes/boletins-anp/fiscalizacao/2019.pdf>. Acesso em: 28/5/2020.

<sup>78</sup> Em 2017, foram 4.708; Em 2016, foram 4.301; Em 2015, foram 4.022; e em 2014, foram 3.645. Disponível em: <http://www.anp.gov.br/publicacoes/boletins-anp/2396-boletim-fiscalizacao-do-abastecimento-em-noticias>. Acesso em: 8/4/2019.

econômico para que apresente sua defesa em 15 (quinze) dias. Apresentada ou não a defesa, levanta-se o relatório de condenações anteriores por infrações perante a Agência<sup>79</sup> e é elaborado um Despacho indicando-se a penalidade a que estará sujeito o autuado em caso de condenação. Intima-se o autuado a respeito para que, no prazo de 5 (cinco) dias apresente suas alegações finais.

O processo administrativo sancionador da ANP obedece então ao seguinte fluxo:

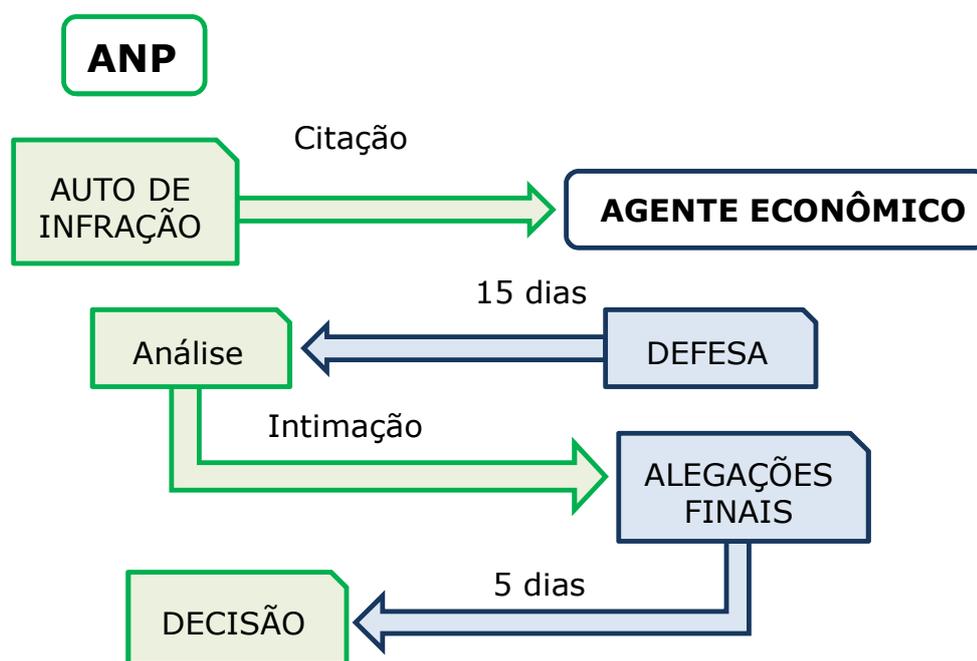


Figura 4 – Fluxo do processo sancionador até a decisão de primeira instância.

A decisão de primeira instância pode concluir pela ausência de materialidade ou de autoria da infração e, neste caso, pela improcedência de punição ao agente econômico autuado, o que enseja o arquivamento do processo.

Por outro lado, caso a decisão constate a prática da infração administrativa passível de responsabilização do autuado, aplicará a pena de multa correspondente, cumulada ou não com outras penas, e o processo seguirá o seu trâmite.

<sup>79</sup> A depender da complexidade da situação, pode ser também elaborada uma nota técnica.

O autuado é então intimado quanto à decisão de imposição da pena de multa e informado quanto à possibilidade de efetuar o seu pagamento no prazo de 10 dias com o desconto de 30%, conforme prevê o artigo 4º, §3º, da Lei nº 9.847/1999<sup>80</sup>, desde que renuncie ao direito de recorrer.

Interposto o recurso, conforme dispõe o artigo 56, §1º, da Lei nº 9.784/1999 e o artigo 19 do Decreto nº 2.953/1999, é encaminhado à análise do julgador de primeira instância que poderá reconsiderar a sua decisão.

Sendo a decisão reconsiderada totalmente, afastando-se a pena aplicada, o processo será arquivado. Entretanto, no caso de reconsideração parcial (para o fim de excluir alguma das infrações ou para a redução da pena de multa), conforme artigo 27, §1º e §2º da Resolução ANP nº 805/2019, o autuado será comunicado da decisão e terá outra oportunidade para efetuar o pagamento com o desconto legal de 30% acima mencionado.

Caso a decisão condenatória seja mantida, o recurso seguirá para a análise da Diretoria da ANP a qual cabe, nos termos do artigo 18 do Decreto nº 2.953/1999, decidir em segunda e última instância administrativa.

Antes, porém, da análise da Diretoria, o processo seguia para a Procuradoria Federal junto à ANP para a verificação da regularidade processual quanto aos aspectos jurídicos. Com o parecer da PRG, o recurso era encaminhado para o julgamento quanto ao mérito por parte da Diretoria.

Diz-se “seguia”, pois com a publicação da Resolução ANP nº 805/2019, apenas haverá manifestação da PRG quando provocada nas hipóteses de dúvida jurídica, de excepcional complexidade da matéria discutida ou de necessidade de orientação em questão relevante com potencial multiplicativo, conforme artigo 28.

Todos os processos julgados no primeiro semestre de 2019 e que foram objeto de análise nessa pesquisa tiveram parecer da PRG antes que fosse proferida a decisão pela Diretoria.

Proferida a decisão condenatória em primeira instância, o fluxo processual pode ser assim resumido:

---

<sup>80</sup> Art. 4º A pena de multa será graduada de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida, a condição econômica do infrator e os seus antecedentes. (...). § 3º Na hipótese de o autuado expressamente renunciar ao direito de recorrer da decisão proferida no processo administrativo, a multa poderá ser recolhida no prazo para a interposição do recurso com redução de trinta por cento.

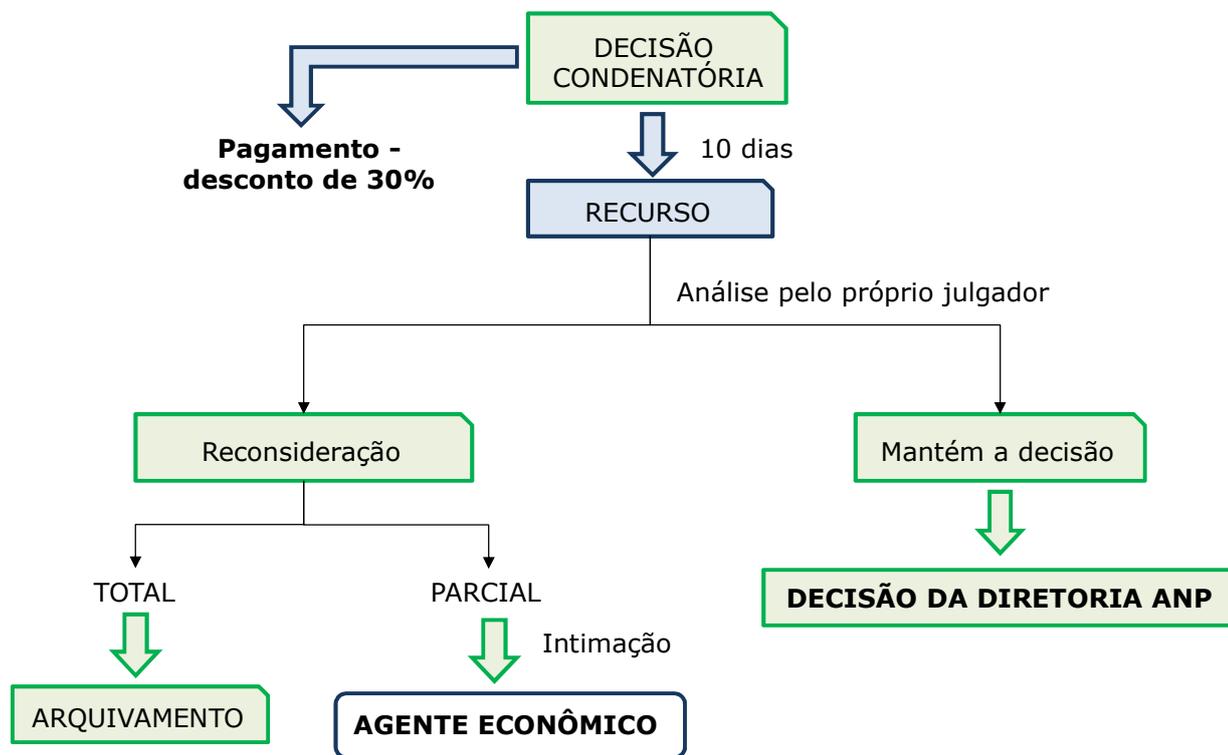


Figura 5 – Fluxo do processo sancionador após a decisão de primeira instância.

A decisão da Diretoria é a final no processo administrativo, definitiva, portanto. Caso o agente econômico ainda não se conforme, poderá demandar por solução mais favorável ao seu interesse perante o Poder Judiciário.

#### 4.3.4. Solução consensual na atividade sancionadora da ANP

A compreensão de que o objetivo real do poder sancionador é não ter que sancionar e que, assim, a sanção é a *ultima ratio* do Estado, a qual se deve recorrer quando não possa usar outros meios mais convincentes para promover o cumprimento das regras pelos particulares (GARCÍA, 2018, p. 33), leva à busca de outros meios mais eficazes para promover a conformação do comportamento dos agentes de mercado à regulação em vigor.

A Lei da Ação Civil Pública nº 7.347/1985 prevê no artigo 5º, §6º, a possibilidade de os legitimados para a ação civil pública, dentre eles as autarquias, celebrarem termo de compromisso de ajustamento de conduta referente à responsabilidade por danos morais e

patrimoniais quanto a interesses difusos e coletivos. Assim, as agências reguladoras, que são autarquias em regime especial, podem celebrar tais acordos.

A possibilidade de solução consensual de conflitos em âmbito administrativo está também prevista em leis esparsas<sup>81</sup>, mas até o ano passado era encarada como excepcional em nosso sistema jurídico, justificável em razão das especificidades previstas nessas leis esparsas.

A alteração promovida pela Lei nº 13.655/2018 na LINDB, contudo, introduziu em nosso sistema jurídico uma regra geral que trata da solução consensual em âmbito administrativo explicitando a preferência pela cultura do acordo também no âmbito da Administração Pública.

Trata-se do artigo 26 da LINDB que prevê a possibilidade de a autoridade administrativa celebrar compromisso com os interessados “para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público”, desde que “presentes razões de relevante interesse geral”.

A base normativa atual é, portanto, consistente quanto à possibilidade, pode-se dizer até quanto à recomendação, para a solução consensual de conflitos.

Especificamente no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, conforme Rafael Oliveira, a solução consensual relaciona-se à efetivação do princípio da eficiência, pois assim se substitui a incerta penalização administrativa ou judicial pela imediata ação do infrator (2018, p. 206). Tem-se por incerta uma vez que parte considerável das multas impostas pelas agências reguladoras não são efetivamente recebidas pelo Poder Público<sup>82</sup>.

Além disso, o consenso entre administrado e Administração Pública insere-se em um sistema de gestão pública que evita o exercício do poder coercitivo, promovendo uma relação mais justa entre os setores público e privado através da realização de um acordo negociado (TORRES, 2001b, p. 160).

Sobre a atividade sancionadora do regulador, Alice Voronoff questiona “por que apostar em uma prática ineficiente ao invés de se testarem soluções alternativas, a exemplo da conversão de multas em obrigações de fazer em prol do serviço prestado e dos usuários?” (2019, p. 132).

A atividade sancionadora por parte das agências reguladoras tem a finalidade de prevenir e reprimir a prática de ilícitos regulatórios, porém “em determinadas hipóteses, a aplicação da sanção tipificada em lei pode frustrar a efetividade dos resultados esperados pela legislação que

---

<sup>81</sup> Por exemplo, o artigo 79-A da Lei nº 9.065/1998, aplicável ao IBAMA; o artigo 85 da Lei nº 12.529/2011, referente ao CADE; e o artigo 29, §1º, da Lei nº 9.656/1998, aplicável à ANS.

<sup>82</sup> Acórdão 1970/2017 do Plenário do Tribunal de Contas da União.

poderiam ser implementados por outras vias alternativas definidas pelo regulador” (OLIVEIRA, 2018, p. 212).

Isso se observa claramente por meio da aplicação da sanção de revogação da autorização do exercício da atividade regulada por parte da ANP em determinados casos.

O mercado de distribuição de combustíveis em nosso país é extremamente concentrado, apenas três grupos econômicos detêm quase 60% de participação no mercado de etanol, mais de 60% no mercado de gasolina automotiva e quase 70% do mercado do diesel<sup>83</sup>, o que inibe investimentos por parte de novos agentes de mercado que poderiam promover maior concorrência no setor.

Nesse contexto, excluir uma pequena distribuidora do mercado aplicando-lhe a pena de revogação da autorização do exercício da atividade representa, em termos práticos, fortalecer a concentração do mercado em prejuízo à concorrência e à possibilidade de preços mais baixos para os revendedores e, em consequência, para o consumidor final, o que frustra uma das finalidades da ANP, que é a de proteger os interesses dos consumidores quanto ao preço, à qualidade e à oferta dos produtos (artigo 8º, I, da Lei nº 9.478/1997).

Assim, quando se verifica que não há elevado grau de gravidade das infrações cuja repetição enseja a aplicação da pena de revogação da autorização para o exercício da atividade, a solução consensual do conflito poderia revelar-se mais proveitosa para o interesse da sociedade.

Entretanto, ainda que haja disposição legal que permita a solução consensual e a verificação em casos reais de vantagens para a Administração Pública, não se estabeleceu até o momento a cultura da solução consensual em âmbito administrativo.

Isso se deve em parte à resistência dos agentes públicos às ações que não sejam direta e especificamente previstas em lei e ao consequente receio de responsabilização pessoal.

Apesar da perspectiva atual acerca de legalidade administrativa tratada no item 3.1.2, consentânea com as necessidades e expectativas da sociedade acerca da eficiência da prestação pública e do compromisso com o Direito, ainda se continua defendendo que “como a sanção é uma atividade vinculada da Administração, vigora nessa etapa do poder de polícia a regra da obrigatoriedade, em que o responsável não possui discricionariedade para deixar de exercer essa função da forma como prevista em lei”, o que decorreria do disposto no artigo 2º, parágrafo

---

<sup>83</sup> ANP, Boletim Abastecimento em Números de janeiro a junho de 2019. Disponível em: [anp.gov.br/arquivos/publicacoes/boletins-anp/abastecimento/63/boletim-n63.pdf](http://anp.gov.br/arquivos/publicacoes/boletins-anp/abastecimento/63/boletim-n63.pdf). Acesso em: 2/2/2020.

único, II, da Lei nº 9.784/1999 (ALENCAR, 2016, p. 59), que dispõe ser: “vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei”.

Embora não se considere que a celebração de um termo de ajustamento de conduta corresponderia a qualquer tipo de renúncia de poder por parte do regulador e de a possibilidade de celebração de compromisso em processos sancionadores encontrar previsão expressa no artigo 26 da LINDB desde 2018, esse tipo de manifestação é normal, sendo a ação do agente público que se coloca para a celebração de um acordo observada com certo grau de desconfiança por parte dos demais agentes do mercado, das instituições de controle e da sociedade em geral.

De fato, a aplicação da literalidade norma que prevê a punição (inclusive da infralegal) traz para os agentes públicos mais “segurança” de que não serão responsabilizados pessoalmente, afinal a aplicação automática, irrefletida e dissociada da proporcionalidade, ainda que seja nociva ao interesse da sociedade, dificilmente levará à desconfiança acerca da lisura do agente público.

A celebração de um acordo, embora possa ser claramente mais benéfico para a instituição pública e promover maior eficiência, traz maior complexidade, pois exige a demonstração de que a solução consensual é preferível à tradicional e que pode ser adotada em outras situações semelhantes, preservando-se a isonomia entre os agentes do mercado.

Além disso, é preciso estabelecer os procedimentos internos para acompanhar o cumprimento das obrigações assumidas e avaliar o risco de descumprimento por parte do agente econômico e os efeitos negativos para a agência reguladora neste caso.

Ao contrário do que ocorre em outras agências reguladoras, que já preveem há anos a possibilidade de celebração de termos de ajustamento de conduta<sup>84</sup>, na ANP não há previsão em norma específica sobre a celebração de acordos referentes aos processos administrativos sancionadores.

Ainda que isso não impeça a celebração de tais acordos, ante o disposto nas leis em vigor, a existência de uma norma específica da Agência poderia estabelecer requisitos e parâmetros para tais acordos, evitando-se casuísmos. A norma específica promove maior isonomia entre os agentes atuados interessados na celebração deste acordo, permite transparência à sociedade e reduz a aura de desconfiança em torno da celebração do acordo, aumentando a segurança jurídica para as partes envolvidas.

---

<sup>84</sup> ANA – por meio da Resolução nº 662/2010; ANATEL – Resolução nº 629/2013; ANTAQ – Resolução nº 3259/2014; ANCINE – Instrução Normativa nº 118/2015; ANS – Resolução ANS nº 372/2015; e ANTT – Resolução nº 5.083/2016.

Especificamente no âmbito da Superintendência de Conteúdo Local (SPL) da ANP, está em andamento a elaboração de uma Resolução que estabelece a possibilidade de celebração de termo de ajustamento de conduta referente exclusivamente a descumprimentos de compromissos de conteúdo local previstos em contratos de exploração e produção de petróleo e gás natural com fases não passíveis de aditamento<sup>85</sup>. Como se pode perceber, trata-se de uma norma aplicável em situação específica, não de forma geral aos processos sancionadores da ANP.

Apesar de não haver norma geral sobre a celebração de acordos quanto ao exercício do poder sancionador, há normas da ANP que visam promover o equilíbrio na aplicação de penalidades.

A Resolução ANP nº 688/2017<sup>86</sup> elenca algumas espécies de infrações do mercado regulado que, identificadas pelo fiscal da ANP não ensejarão a imediata lavratura do auto de infração, mas sim a medida reparadora de conduta (MRC) pela qual se confere ao agente econômico prazo determinado para que repare a irregularidade.

A MRC não chega a ser uma forma de solução consensual do processo sancionador porque este sequer chega a ser instaurado, mas é uma forma de solução do conflito que evita o processo sancionador e aplica-se às infrações identificadas pela Agência como de menor gravidade que estão listadas na norma.

Para as microempresas e empresas de pequeno porte, com fundamento no tratamento favorecido estabelecido no artigo 170, IX, pela Constituição de 1988 e de acordo com o disposto no artigo 55, §1º e §6º da Lei Complementar nº 123/2006, a Resolução ANP nº 759/2018<sup>87</sup> previu o procedimento da dupla visita por parte da fiscalização antes da lavratura do auto de infração.

Assim, na primeira ida do fiscal da ANP ao estabelecimento, caso identifique alguma irregularidade, não deverá lavrar o auto de infração, exceto nos casos especificados na Resolução, como de alto risco e fraude.

De qualquer forma, para grande parte das infrações cometidas no mercado regulado pela ANP, o procedimento padrão consiste na lavratura do auto de infração, seguido de processo

---

<sup>85</sup> Disponível em: <http://www.anp.gov.br/consultas-audiencias-publicas/370-tomada-publica-de-contribuicoes/5163-tomada-publica-de-contribuicoes-n-1-2019>. Acesso em: 27/1/2020.

<sup>86</sup> A medida reparadora de conduta foi prevista inicialmente pela Resolução ANP nº 32/2012, que foi revogada pela Resolução ANP nº 688/2017 que ampliou as infrações cobertas por essa possibilidade.

<sup>87</sup> Disponível em: <http://legislacao.anp.gov.br/?path=legislacao-anp/resol-anp/2018/novembro&item=ranp-759-2018>. Acesso em: 8/2/2020.

administrativo sancionador, não se identificando a prática de celebração de compromissos com os agentes econômicos como alternativa à imposição das penas previstas na Lei nº 9.847/1999.

#### 4.4. Análise dos processos julgados pela Diretoria da ANP no 1º semestre de 2019

##### *4.4.1. Aspectos gerais*

Inicialmente, destacamos que para quem não seja autuado, não é tarefa simples obter as informações consolidadas por parte das agências reguladoras federais acerca dos números e do conteúdo dos processos sancionadores em andamento ou mesmo já julgados.

Os controles por meios de planilhas em cada unidade organizacional dentro das agências reguladoras ainda são uma realidade, ante a falta de sistemas eficientes que gerem relatórios de informações integradas e de forma rápida.

Adicionalmente, apesar de a Constituição de 1988, no artigo 5º, LX, prever a publicidade como regra dos atos processuais e, no artigo 37, a publicidade como princípio da Administração Pública; de a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011) prever a publicidade como regra e o sigilo como exceção; e, ainda, de o Decreto nº 7.724/2012 que regulamentou a referida lei reforçar o direito de acesso à informação especificando as informações passíveis de restrição, a cultura do segredo ainda se faz presente nas agências reguladoras federais, o que foi objeto de um trabalho específico<sup>88</sup>.

Quando da realização da pesquisa, ainda não havia sido adotado na ANP o sistema eletrônico de informações (SEI) pelo qual são instaurados e tramitam por meio exclusivamente eletrônico os novos processos administrativos sancionadores instaurados pela Agência.

Assim, os processos sancionadores analisados neste trabalho transcorreram em meio tangível (papel), embora possuam cópia em meio digital.

Em resposta ao pedido formulado por meio do Sistema de Informação ao Cidadão (SIC)<sup>89</sup>, foi apresentada pela Agência uma lista com os números dos processos administrativos

---

<sup>88</sup> “A cultura do segredo e os processos sancionadores das agências reguladoras federais” (OLIVEIRA, 2019, pp. 357/378).

<sup>89</sup> Tendo em conta que a autora é servidora da ANP e, portanto, um pedido em seu nome a ser respondido por alguém que eventualmente a conhecesse poderia de alguma forma influenciar a prestação da informação, o requerimento foi formulado pela mestranda em Direito Constitucional da UFF: Maria Clara Conde Moraes Cosati, que gentilmente colaborou com a pesquisa.

sancionadores julgados pela Diretoria da ANP no período de janeiro a junho de 2019, indicando-se a unidade organizacional responsável pela instrução e julgamento em primeira instância.

Dos 196 processos administrativos sancionadores identificados como julgados pela Diretoria da ANP neste período, um deles não era propriamente um processo sancionador, mas se referia ao julgamento do pedido de ingresso formulado por uma associação representativa, na qualidade de interessada, em um processo sancionador em face de um dos seus representados<sup>90</sup>.

Outro, de atribuição da Superintendência de Conteúdo Local (SPL), que se refere à fiscalização do compromisso de conteúdo local na fase de exploração foi classificado como de acesso restrito pela ANP. Em resposta à solicitação de cópia digital deste processo<sup>91</sup>, a Agência informou que se trata de “restrição de acesso com fundamento no art. 173, §1º, II, CF; Sigilo Empresarial, conforme art. 169 da Lei n. 11.011/2005; Sigilo Industrial nos termos do Art. 22 do Decreto n. 7.724/2012; e Cláusula de Confidencialidade do Contrato de Concessão”. Adicionalmente, esclareceu que como forma de dar publicidade sobre a atividade sem descumprir as obrigações de sigilo, a ANP publica em seu sítio eletrônico um extrato com o resultado do processo de fiscalização.

Ao acessar o link disponibilizado para acesso às informações do extrato<sup>92</sup>, contudo, verifica-se que não há informações referentes ao processo pesquisado<sup>93</sup> e, portanto, de fato, não houve acesso à informação sobre o processo.

Assim, neste trabalho foram analisados 194 processos sancionadores cujo conteúdo é de acesso público, conforme prevê a Lei de Acesso à Informação.

Os referidos processos sancionadores tinham como atuados agentes econômicos dos seguintes ramos de atividade:

---

<sup>90</sup> 48610.201679/2019.

<sup>91</sup> Também por meio do SIC formulado pela mestrandia Maria Clara Conde Moraes Cosati.

<sup>92</sup> O link indicado pela ANP: <http://www.anp.gov.br/exploracao-e-producao-de-oleo-e-gas/conteudo-local/fiscalizacao-de-conteudo-local> -> 2019 -> Extratos Blocos 9ª Rodada -> Número do Processo de Análise = 48610.011404/2015-61. Acesso em: 8/1/2020.

<sup>93</sup> O processo administrativo buscado é o de nº 48610.011404/2015. Tampouco foi identificada por meio do link indicado qualquer informação sobre o bloco ES-T-401 ao qual, de acordo com a resposta da Agência, estaria vinculado o processo.

<b>RAMO DE ATIVIDADE</b>	
Transporte dutoviário	1
Revenda de combustíveis líquidos	144
Revenda de gás liquefeito de petróleo (GLP)	12
Transportador revendedor retalhista	4
Produtor de etanol	5
Importador de óleo lubrificante acabado	4
Produtor de óleo lubrificante	1
Distribuidora de combustíveis	19
Ponto de abastecimento	2
Produção não autorizada de combustível	1
Importação de gás natural	1
<b>TOTAL</b>	<b>194</b>

Tabela 1 – Distribuição dos processos analisados por ramo de atividade regulada.

Considerando que há mais de 40.000 postos revendedores de combustíveis líquidos regulados pela ANP<sup>94</sup>, a quantidade de processos sancionadores julgados reflete a maior quantidade desses agentes econômicos em relação aos demais.

Por outro lado, a revenda de GLP é a atividade regulada pela ANP exercida pelo maior número de agentes econômicos, são mais de 70.000<sup>95</sup>. Em razão do menor grau de complexidade em comparação com os demais setores regulados, a revenda de GLP é a atividade que requer o menor investimento mínimo por parte dos empresários.

Assim, a revenda de GLP é a atividade regulada pela ANP que comporta o exercício por parte de microempreendedores individuais, bem como a maior quantidade de microempresas. Os revendedores de GLP também são aqueles que se encontram mais espalhados pelo vasto território nacional. Nesse contexto, muitos desses agentes não dispõem de conhecimentos ou recursos que lhes permitam exercer a defesa e prosseguir com o processo administrativo até a decisão final por parte da Diretoria.

Embora não se tenha levantado dados específicos a esse respeito, estima-se que muitos processos em face desses agentes econômicos sejam encerrados na primeira instância e, por isso,

<sup>94</sup> Conforme dados de setembro de 2019. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cme/audiencias-publicas/2019/24-09-2019-verticalizacao-do-setor-de-combustiveis-liquidos-no-brasil/1%20Decio\\_Oddone%20-%20PPT\\_ANP-%20final.pdf](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cme/audiencias-publicas/2019/24-09-2019-verticalizacao-do-setor-de-combustiveis-liquidos-no-brasil/1%20Decio_Oddone%20-%20PPT_ANP-%20final.pdf). Acesso em: 28/1/2020.

<sup>95</sup> Idem acima.

a quantidade de processos julgados pela Diretoria da ANP em recurso não seja compatível com a expressiva quantidade desses agentes atuando no mercado.

A representação por advogado não é obrigatória nos processos administrativos, inclusive nos sancionadores. No entanto, na maioria dos processos sancionadores analisados, em 125 deles, os agentes econômicos autuados foram representados por advogados em ao menos uma fase do processo (apresentação da defesa, das alegações finais ou do recurso).

#### *4.4.2. Referências aos princípios constitucionais penais*

De todos os 194 processos analisados, em apenas 12 houve referência expressa aos princípios constitucionais penais.

Isto equivale a 6% do total dos processos analisados, o que parece pouco. Porém, se considerarmos a quantidade total de processos julgados só pela SFI no ano de 2019, que foi de 6.431 processos, e aplicarmos esse percentual, chegamos a aproximadamente 386 processos administrativos sancionadores no ano de 2019 nos quais pode ter havido menção aos princípios constitucionais penais.

Em 8 dos 12 processos identificados com menção aos princípios constitucionais penais, os agentes autuados foram representados por advogados em ao menos uma fase do processo.

Nesses 12 processos, foram referidos de forma isolada ou em conjunto com outros: o princípio da legalidade do artigo 5º, XXXIX, da Constituição de 1988 em 9 processos; o princípio da intranscendência da pena, do artigo 5º, XLV, em 2 processos e, por fim, o princípio da individualização da pena do artigo 5º, XLVI, em mais 2 processos.

O princípio da retroatividade benéfica não foi mencionado nos processos analisados.

Como exemplo das argumentações apresentadas em defesa da aplicação do princípio da legalidade penal: “pela lei, a conduta descrita da empresa não é, nem em tese, sujeita à autuação ou passível de punição. Não há infração sem Previsão Legal! É regra expressa e princípio da Carta Magna!”. Após a afirmação, transcreve-se o disposto no artigo 5º, XXXIX, da Constituição de 1988<sup>96</sup>.

Também em referência à legalidade pena, foi ponderado pelos autuados:

---

<sup>96</sup> Processo nº 48620.000116/2017, fl. 29. A mesma menção foi feita nos processos 48620.000127/2017, 48620.000138/2017 e 48620.001371/2016, todos em face da mesma pessoa jurídica.

Dentre os elementos do Fato típico, existe a TIPICIDADE, sendo esta a “correspondência exata, a adequação perfeita entre o fato natural, concreto, e a descrição contida na lei” (MIRABETE, Julio Fabrini. Manual de Direito Penal. Vol. 1. São Paulo: Atlas. P. 115)

É sabido na doutrina moderna que o tipo penal tem duas funções: “a primeira é a de garantia, já que aperfeiçoa e sustenta o princípio da legalidade no crime. A segunda é a de indicar a antijuridicidade do fato a sua contrariedade ao ordenamento jurídico. A tipicidade é o indicio da antijuridicidade”<sup>97</sup>.

Com a lavratura do Auto de Infração, dá-se a abertura de um processo jurídico-administrativo-penal junto ao Órgão (...), com o fim de discutir a aplicabilidade de UMA PENA em virtude de suposta infringência a um fato típico punitivo, eventualmente transgredido pelo administrado e devidamente alocado com base na lei.

Portanto, temos um processo ADMINISTRATIVO-PENAL, onde há reconhecidamente a imperiosa necessidade de aplicar-se subsidiariamente as normas e preceitos do DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL, o que se faz preciso e essencial pelo caráter processual punitivo que se apresenta no presente processo.

A conduta a ser punida tem que estar devidamente descrita em lei, rememora-se – *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*.<sup>98</sup>

Em relação aos princípios da intranscendência (ou pessoalidade) e da individualização da pena:

Afinal, a aplicação da pena – ainda que de natureza administrativa – tem como pressuposto a culpabilidade. No direito administrativo sancionador, assim como no direito penal, não é possível a responsabilização objetiva da pessoa natural ou jurídica. (...).

Com efeito, o princípio da culpabilidade está fundado na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88), de que são consectários os princípios da pessoalidade e da individualização da pena (art. 5º, XLV e XLVI, CF/88), mais o devido processo legal (art. 5º, LIII, CF/88), além de outros direitos e liberdades fundamentais, na forma do que dispõe o art. 5º, §2º da CF/88.<sup>99</sup>

(...) fere os princípios da intranscendência subjetiva da pena (Constituição Federal, art. 5º, XLV) e da razoabilidade/proporcionalidade das sanções (Lei nº 9.784/1999, art. 2º, caput e VI, a aplicação de penalidade contra quem foi, em realidade, vítima do ato ilícito.<sup>100</sup>

Na manifestação da área técnica da Agência, em apenas um dos processos<sup>101</sup> houve breve referência ao princípio da pessoalidade e individualização da pena em resposta à alegação feita

<sup>97</sup> 48620.001097/2017, fl. 18.

<sup>98</sup> 48611.000709/2017, fl. 15, com os destaques no original.

<sup>99</sup> 48600.003129/2016, fl. 13.

<sup>100</sup> 48610.005626/2017, fl. 533.

<sup>101</sup> 48610.014295/2016, fl. 480.

pela parte autuada, não se verificando, contudo, qualquer influência na tomada da decisão administrativa naquele caso concreto.

Quanto às manifestações da Procuradoria Federal junto à ANP, não houve qualquer menção à aplicação dos princípios constitucionais penais, nem mesmo para afastá-las.

Com isso, verificou-se que os princípios constitucionais penais foram mencionados pelos autuados em suas manifestações de defesa perante a agência reguladora e, assim, a hipótese de pesquisa formulada foi confirmada parcialmente, pois os outros participantes do processo (agentes públicos da ANP e Procuradoria Federal) praticamente não mencionaram tais princípios em suas decisões e nos pareceres jurídicos emitidos.

#### *4.4.3. Aplicação no Direito Administrativo Sancionador com matizes*

Como segunda hipótese de pesquisa, consideramos que, quando há aplicação dos princípios constitucionais penais mencionados nos julgamentos do direito administrativo sancionador, não há quaisquer ajustes (“matizes”) formulados pelas partes do processo, mas a aplicação do princípio do mesmo modo que no âmbito do Direito Penal.

Entretanto, em um dos processos analisados, foi mencionado o princípio da legalidade do artigo 5º, XXXIX, da Constituição de 1988, porém, segundo o defendente, a legalidade penal não se equipara a do Direito Administrativo Sancionador, sendo mais flexível neste âmbito, admitindo-se a previsão em norma de hierarquia inferior à lei. De qualquer modo, em suas palavras:

Toda norma sancionatória, mesmo que sistematizada em norma de densidade inferior, pressupõe um grau de detalhamento que seja suficiente para garantir ao administrado conhecer em que medida o cumprimento de um dever jurídico acarretará a incidência de uma determinada infração administrativa.<sup>102</sup>

Foi, portanto, considerada pelo defendente uma nuance própria da atividade administrativa sancionadora na aplicação do princípio constitucional da legalidade prevista no artigo 5º, XXXIX, da Constituição de 1988, indicando-se que não é imprescindível a previsão detalhada da infração em lei formal, como se exige no Direito Penal, porém, a previsão normativa

---

<sup>102</sup> 48600.003804/2016, fl. 83.

da infração administrativa, ainda que infralegal, também exige o detalhamento da conduta descrita como infração.

De fato, assim como referido no item 3.2.4, a legalidade no Direito Administrativo Sancionador exige que a lei formal preveja os contornos gerais das condutas que infratoras, bem como as penas correspondentes, ainda que o faça por meio de normas administrativas em branco e de conceitos indeterminados, permitindo-se o complemento por normas infralegais. Dessa forma, permite-se a previsibilidade aos agentes do mercado regulado quanto à consequência do comportamento em desacordo com a norma administrativa.

Nos demais processos, não houve qualquer requerimento de ajuste, matizes específicos de sua aplicação por se tratar de Direito Administrativo Sancionador, mas sim a apresentação do princípio nos mesmos termos em que é aplicado no âmbito do Direito Penal, como exemplificados no item anterior.

A segunda hipótese formulada foi, portanto, parcialmente comprovada, uma vez que em um dos processos analisados houve requerimento de aplicação do princípio constitucional penal com matizes por parte da ANP no exercício da sua atividade sancionadora, mas em todos os demais não.

## CONCLUSÃO

Os dispositivos definidores de direitos fundamentais estabelecidos expressamente na Constituição de 1988 têm conteúdo expansivo e aplicam-se às pessoas jurídicas (comumente responsabilizadas por infrações administrativas), sempre que lhes forem compatíveis.

Alguns desses dispositivos consubstanciam princípios, pois contemplam os valores da sociedade e orientam toda a produção normativa, bem como a aplicação das normas às situações concretas. É o caso da legalidade, da retroatividade benéfica, da intranscendência da pena e da individualização da pena, previstos no artigo 5º da Constituição de 1988.

O Direito Administrativo Sancionador tem se expandido ao longo dos anos no Brasil, conforme aumenta a complexidade da atividade administrativa no vasto e variado âmbito da sua abrangência municipal, estadual e federal. Porém, não existe regramento geral próprio da matéria, o que enseja preocupações relacionadas principalmente às garantias dos direitos fundamentais dos que estão submetidos à ação punitiva do Estado.

Para evitar atitudes arbitrárias e considerando que a atividade punitiva da Administração Pública é semelhante à repressão de contravenções penais e crimes, defende-se a aplicação dos princípios acima referidos previstos na Constituição de 1988 e identificados imediatamente com o Direito Penal no Direito Administrativo Sancionador, ainda que sua aplicação precise ser feita com matizes, ou seja, considerando as peculiaridades desta subdisciplina.

A noção de aplicação com matizes foi desenvolvida pelo Tribunal Constitucional da Espanha, onde também se observam problemas relacionados à expansão do Direito Administrativo Sancionador e à ausência de diretrizes legais próprias para esta matéria.

Há semelhanças entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador que justificam a aplicação de algumas normas daquele a este. Além de constituírem formas de exercício do poder punitivo do Estado, tem-se compreendido que não há diferença essencial entre as condutas descritas como infrações administrativas e aquelas definidas como crimes.

Nesse contexto, os princípios constitucionais identificados diretamente com o Direito Penal, mas referentes à ação punitiva estatal, aplicam-se no Direito Administrativo Sancionador, ainda que eventualmente com matizes, ou seja, com as adaptações necessárias ao contexto e à

finalidade das normas sancionadoras administrativas, à semelhança do que foi estabelecido pelo Tribunal Constitucional Espanhol.

Ante a inexistência de sistema normativo próprio para o Direito Administrativo Sancionador, esta pesquisa nos processos administrativos da ANP no primeiro semestre de 2019 revelou que os princípios constitucionais penais são mencionados por parte dos atuados como argumentos de defesa (em 6% dos processos analisados), o que revela a necessidade de sua consideração por parte dos agentes públicos que julgam os processos administrativos.

Com isso, confirmou-se parcialmente a primeira hipótese de pesquisa formulada, já que os atuados requereram a aplicação dos princípios constitucionais penais, como se supunha, mas praticamente não houve menção deles nas decisões proferidas pelos agentes públicos da ANP e nos pareceres emitidos pela Procuradoria Federal perante a Agência.

À exceção de um dos processos, no qual se afirmou a existência de nuance própria para a aplicação da legalidade do artigo 5º, XXXIX, da Constituição de 1988, nos demais processos, a menção aos princípios constitucionais penais nos processos da ANP teve como propósito a sua aplicação tal como ocorre no âmbito do Direito Penal, sem matizes para o Direito Administrativo Sancionador, portanto. A segunda hipótese formulada foi então parcialmente comprovada, já que houve uma exceção.

Observamos, entretanto, que há ajustes pertinentes para tal aplicação, considerando as diferenças entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador.

Em relação ao princípio da legalidade do artigo 5º, XXXIX, da Constituição de 1988, as matizes de aplicação ao Direito Administrativo Sancionador exigem que a lei formal estabeleça os contornos gerais das condutas que infratoras, bem como as penas correspondentes, ainda que o faça por meio de normas administrativas em branco e de conceitos indeterminados, permitindo-se o complemento por normas infralegais, especialmente quando se tratar de entes públicos dotados de especialidade técnica, como é o caso das agências reguladoras.

O princípio da legalidade no Direito Administrativo Sancionador também tem a função de garantia e, assim, não admite a aplicação da analogia em prejuízo do agente nos casos de infração administrativa, tampouco a aplicação de penalidades com base exclusivamente em normas infralegais.

Quanto ao princípio da retroatividade benéfica do artigo 5º, XL, da Constituição de 1988, aplica-se como regra no Direito Administrativo Sancionador no caso do usual silêncio por parte

da norma administrativa sancionadora posterior mais benéfica acerca de sua abrangência, alcançando, assim, as situações não consolidadas, ou seja, as infrações pendentes de julgamento e as penas ainda não executadas.

O traço específico da aplicação deste princípio ao Direito Administrativo Sancionador refere-se à possibilidade de a norma mais benéfica prever expressamente que não alcançará as infrações já praticadas, ainda que pendentes de julgamento ou execução de pena. Para tanto, cabe ao órgão ou ente público justificar os motivos pelos quais ainda permanece a necessidade de punição para àquela conduta que, com base na nova norma, não mais será sujeita à punição ou ensejará pena mais branda no futuro.

Já quanto aos princípios da intranscendência da pena e da individualização da pena, previstos no artigo 5º, XLV e XLVI, respectivamente, da Constituição de 1988, não se identificam matizes que justifiquem aplicação diferenciada no Direito Administrativo Sancionador, ou seja, são aplicáveis neste âmbito tal como são no âmbito do Direito Penal.

Enquanto não houver sistema normativo próprio para o Direito Administrativo Sancionador ou ao menos diretrizes básicas delineadas pela jurisprudência acerca das garantias dos responsabilizados por sanções administrativas, tal como fez o Tribunal Constitucional Espanhol, são pertinentes os esforços de conformação com as normas em vigor, mesmo porque as questões conflituosas existentes precisam ser decididas, independentemente de regramento próprio.

Seja como for, a aplicação das sanções administrativas não prescinde da consideração do princípio da proporcionalidade e da obediência aos direitos fundamentais, orientação geral de todo o sistema normativo, aos casos concretos.

## REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. “The new separation of powers”. *Harvard Law Review*, v. 113, 2000.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALENCAR, Paulo Wunder de. “Termo de Ajustamento de Conduta”. *Processo Administrativo nas Agências Reguladoras – uma proposta de disciplina legislativa*. Organizadores: Sérgio Guerra e Patrícia Sampaio. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª ed. alemã de 2006.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ARAUJO, Valter Shuenquener de. “Direito Administrativo Sancionador no Brasil: uma contribuição para a efetividade dos direitos fundamentais”. In: *Constituição da República 30 anos depois: uma análise prática da eficiência dos direitos fundamentais*. ARABI, Abhner Youssif Mota Arabi, Fernando Maluf, Marcello Lavenère Machado Neto (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2019.

ARÊDES, Sirlene Nunes. “Âmbito constitucional de aplicação do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, março de 2017.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BAJO FERNANDES, Miguel. “La unidad del derecho sancionador”. *Gaceta Penal e Procesal Penal*, Tomo 32, 2012. Disponível em: <http://www.bajo-trallero.es/publicaciones.aspx?id=1>. Acesso em: 12/4/2019.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding Regulation – theory, strategy, and practice*. Second Edition. New York: Oxford University Press, 2012.

BAPTISTA, Patrícia; CAPECCHI, Daniel. “Se o Direito Administrativo fica, o Direito Constitucional não passa: perspectivas do direito contemporâneo sobre uma velha questão”. *Revista de Direito da Cidade*. Rio de Janeiro, vol. 8, n. 4, 2016.

BARATTA, Alessandro. “Principios del Derecho Penal Mínimo”. *Revista Doctrina Penal*, Depalma, Ano 10, n. 87, pp. 623-650.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003a.

\_\_\_\_\_. “Agências reguladoras”. Publicado em 23/01/2003b. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI1007,101048-Agencias+Reguladoras>. Acesso em: 19/9/2018.

\_\_\_\_\_. “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil”. Publicado em 11/2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito/2>. Acesso em: 25/9/2018.

\_\_\_\_\_. “Agências reguladoras – constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática”. In: *RDA – Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 229, jul 2002, p. 306. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46445/45191>. Acesso em: 8/2/2019.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro – Teoria Geral do Direito Penal*. Vol. 1. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 1764. Edição Ridendo Castigat Moraes.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34.

BINENBOJM, Gustavo. “Direito Administrativo Sancionador e seu Estatuto Constitucional”. In: *Estudos de Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

\_\_\_\_\_. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral 1*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BLACK, Julia. “Critical reflections on regulation”. CARR Discussion Papers (DP 4). Centre for Analysis of Risk and Regulation, *London School of Economics and Political Science*, London, UK, 2002.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BREYER, Stephen. “Analyzing regulatory failure: mismatches, less restrictive alternatives and reform”. *Harvard Law Review*, 1979, vol. 92, pp. 552/553.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 1. ed. brasileira, 2. ed. portuguesa. Coimbra/São Paulo: Coimbra/Revista dos Tribunais, 2008.

CARLOS DE OLIVEIRA, Ana Carolina. *Direito de intervenção e direito administrativo sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da libertação*. Tradução: Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001.

DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENTERRÍA, Eduardo García. *Curso de Direito Administrativo*. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editora Trotta, 2001.

FERRAZ, Sergio e DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FRIEDMAN, Lawrence; HAYDEN, Grant M. *American Law: an Introduction*. 3ª ed. New York: Oxford University Press, 2017. eISBN 9780190460617. *Kindle*.

GARCÍA, Alejandro Nieto. *Derecho Administrativo Sancionador*. 5ª ed. Madrid: Tecnos, 2018.

GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. Tradução: Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. “As agências reguladoras”. Publicado em 06/2006. Disponível no site <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-6-MAIO-2006-DINORA.pdf>. Acesso em 11/6/18.

GUERRA, Sérgio. *Introdução ao direito das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

GÜNTHER, Klaus. *The Sense of Appropriateness: Application Discourses in Morality and Law*. Translated by John Farrel. State University of New York Press, 1993.

HALL, Kermit L.; ELY Jr., James W. e GROSSMAN, Joel B. *The Oxford companion to the Supreme Court of United States*. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2005.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Tradução: Pablo Rodrigo Aflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005.

\_\_\_\_\_. *Direito Penal Libertário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

\_\_\_\_\_. *Direito Penal – Fundamentos, Estrutura, Política*. Tradução: Adriana Beckman Meirelles Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos, Felipe Rhenius Nitzke, Mariana Ribeiro de Souza, Odim Ferreira Brandão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

\_\_\_\_\_. *Persona, mundo y responsabilidad – bases para una teoría de la imputación em Derecho Penal*. Traducción de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1999.

HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. *Introducción a la criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanche, 1989.

HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos – uma história*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

JAPIASSÚ, Hilton. *Interdisciplinariedade e patologia do saber*. Rio de Janeiro: Imago Ed., 1976.

KIRCHHEIMER, Otto; RUSCHE, Georg. *Punição e estrutura social*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MELO, Celso Antonio Bandeira de. O Direito Adquirido e o Direito Administrativo. *Revista Interesse Público* n<sup>o</sup> 38, 2007. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/noticias/item/direito-adquirido-e-o-direito-administrativo/>. Acesso em: 10/8/2018.

MENDES, Gilmar. “O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras”. In: *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, ano I, vol. I, n<sup>o</sup> 5, 2001.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. 10<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito Constitucional Econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

\_\_\_\_\_. “Artigo 21 da LINDB – indicando consequências e regularizando atos e negócios”. *Rev. Direito Adm.*, Rio de Janeiro, *Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n<sup>o</sup> 13.655/2018)*, nov. 2018. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77649/74312>. Acesso em: 9/3/2019.

\_\_\_\_\_. “Art. 4<sup>o</sup>: requisitos para regulação pública”. *Comentários à Lei da Liberdade Econômica – Lei 13.874/2019*. Organizadores: Floriano Peixoto Marques Neto, Otavio Luiz Rodrigues Jr. e Rodrigo Xavier Leonardo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 31<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito Administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*. 3<sup>a</sup> ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flávio Amaral. “A principiologia no Direito Administrativo Sancionador”. *Revista brasileira de Direito Público – RDBP*. Belo Horizonte, ano 11, n. 43, p 9-28, out/dez 2013.

MUÑOZ CONDE, Francisco. “La responsabilidad por el producto en el derecho penal español”. *Derecho & Sociedad*, (10), 1995, p. 253-279.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Novo perfil da regulação estatal – Administração Pública de resultados e análise de impacto regulatório*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

\_\_\_\_\_. *Princípios do direito administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2013.

\_\_\_\_\_. *A constitucionalização do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

OLIVEIRA, Rebecca Féo. “A cultura do segredo e os processos sancionadores das agências reguladoras federais”. *Debates sobre o Estado empresário e regulação – perspectivas latino-americanas*. Organizadores: Carina de Castro Quirino, Eduardo Manuel Val, Gabriel Rached, Marcia Bataglin Dalcastel, Vinícius Figueiredo Chaves. Curitiba: Editora CRV, 2019.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PEDRINHA, Roberta Duboc. “Política criminal em tempos de crise: a produção de subjetividade punitiva, a sociedade do trabalho, a produção de subjetividade punitiva, a sociedade do trabalho, a produção de excluídos e a prática policial”. *Revista EPOS*. Rio de Janeiro – RJ; vol2, nº1, janeiro-junho de 2011; ISSN 2178-700X.

PEIXINHO, Manoel Messias. *A interpretação da Constituição e os princípios fundamentais: elementos para uma hermenêutica constitucional renovada*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. “A Reforma do estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle”. *Cadernos Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado – MARE*. Brasília: 1997.

POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. Third Edition. New York: Aspen Casebook Series, 1986.

RIVACOBIA, Manuel de Rivacoba y. “La retribución penal”. *Direito e cidadania*. Ano IV, nº 14, 2002, pp. 9-42, Praia, Cabo Verde.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o direito constitucional americano*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira S.A., 1992.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal – parte general*. Tomo I. Traducción de la 2ª edición alemana por Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid: Civitas, 1997.

SABOYA, Keity Mara Ferreira de Souza e. *Dimensões do princípio do ne bis in idem*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Direito do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

SADDY, André. *Regulação estatal, autorregulação privada e códigos de conduta e boas práticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016b.

\_\_\_\_\_. *Apreciatividade e discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016a.

SANCHES, José Luís Saldanha. “A regulação: história breve de um conceito”. In: *Revista da Ordem dos Advogados*. Ano 60. Lisboa: 2000.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *La expansión del derecho penal – aspectos de la política criminal em las sociedades pos industriales*. 2ª ed. Madrid: Civitas, 2001.

SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARMENTO, Daniel. “Os princípios constitucionais e a ponderação de bens”. In: *Teoria dos Direitos Fundamentais*. TORRES, Ricardo Lobo (Org.). 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SCHIMITT, Carl. *Teología política*. Traducciones: Francisco Javier Conde y Jorge Navarro Pérez. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

SCHIMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. Tradução: Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996.

SCHÜNEMANN, Bernd. *!El Derecho Penal es la ultima ratio para a protecci3n de bienes juídicos! – Sobre los límites inviolables del derecho penal en un Estado liberal de derecho*. Traducción: Ángela De La Torre Benítez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. ISBN 978-958-710-516-2 E-Book. Kindle.

SILVA, Virgílio Afonso. “O proporcional e o razoável”. In: *Revista dos Tribunais*: RT, São Paulo, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

\_\_\_\_\_. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 27ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, Leonardo Oliveira da. *Autonomia Regulatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

SOUZA, Taiguara Líbano Soares e. *A era do grande encarceramento: tortura e superlotação prisional no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2018.

SOUZA, Taiguara Líbano Soares e OLIVEIRA, Rebecca Féo. “O excesso legitimado como regra: a excludente de ilicitude no projeto de lei ‘anticrime’”. *Boletim IBCCRIM*, ano 27, nº 23, 2019, pp. 27/29.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012.

TAVARES, Marcelo Leonardo. “A irretroatividade das normas”. *Revista da EMERJ*, v. 9, nº 34, 2006.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. “A cidadania multidimensional na era dos direitos”. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. TORRES, Ricardo Lobo (Org.). 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001a, pp. 259-260.

TORRES, Silvia Faber. *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001b.

VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil – Justificação, Interpretação e Aplicação*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018.

\_\_\_\_\_. “Direito administrativo sancionador: um olhar pragmático a partir das contribuições da análise econômica do direito”. *Rev. Direito Adm.*, Rio de Janeiro, v. 278, n. 1, p. 107-140, jan./abr. 2019.

ZARDO, Francisco. “A aplicação dos princípios constitucionais penais ao direito administrativo sancionador”. *Perspectivas das ciências criminais: coletânea em homenagem aos 55 anos de atuação profissional do Prof. René Ariel Dotti*.1 Acácio Miranda da Silva Filho ... [et. al.]; organização: Paulo César Busato, Priscilla Placha Sá, Gustavo Britta Scandelari. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2016.

## **LEGISLAÇÃO CITADA**

Decreto-Lei nº 4.657/1942

Lei nº 4.717/1965

Lei nº 6.368/1976

Lei nº 8.429/1992

Lei nº 9.487/1997

Lei nº 9.065/1998

Lei nº 9.656/1998

Lei nº 9.784/1999

Decreto nº 2.953/1999

Lei nº 9.847/1999

Lei nº 11.343/2006

Lei nº 12.529/2011

Lei nº 13.575/2017

Lei nº 13.655/2018

Lei nº 13.848/2019

Lei nº 13.874/2019

Resolução nº 662/2010  
Resolução ANP nº 32/2012  
Resolução nº 629/2013  
Resolução nº 3259/2014  
Instrução Normativa nº 118/2015  
Resolução ANS nº 372/2015  
Resolução nº 5.083/2016  
Resolução ANP nº 688/2017  
Resolução ANP nº 759/2018  
Resolução ANP nº 805/2019

## **DECISÕES JUDICIAIS**

STF:

RE 201819/RJ, Segunda Turma, Relatora Ministra Ellen Gracie, Relator para acórdão Ministro Gilmar Mendes, DJ de 27/10/2006  
RE 583.523/RS, Plenário, Relator Ministro Gilmar Mendes, voto pp. 18/19, DJe 14/10/2013  
RE 583.523/RS, Plenário, Relator Ministro Gilmar Mendes, voto pp. 16/19, DJe 14/10/2013  
HC 168769 AgR/SP, Primeira Turma, Relator Ministro Luiz Fux, DJe de 1/8/2019  
ARE 1190506 AgR/SP, Tribunal Pleno, Ministro Dias Toffoli, DJe de 29/5/2019  
RE 1145279 AgR/SC, Segunda Turma, Ministro Celso de Mello, DJe de 27/3/2019  
ADI 907/RJ, Tribunal Pleno, Relator Ministro Alexandre de Moraes, DJe de 24/11/2017  
ADI 4874/DF, Tribunal Pleno, Relatora Ministra Rosa Weber, DJe de 31/2/2018.  
HC 124306/RJ, Primeira Turma, Relator Ministro Marco Aurélio, DJe de 17/3/2017  
ADI 5468/DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Luiz Fux, DJe de 2/8/2017  
Rcl 34528 AgR/RS, Segunda Turma, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJe 6/8/2019  
RE 962114 AgR/SC, Primeira Turma, Relator Ministro Luiz Fux, DJe de 10/6/2019  
ADI 5243/DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Alexandre de Moraes, DJe de 5/8/2019  
ARE 1190506 AgR/SP, Tribunal Pleno, Relator Ministro Dias Toffoli, DJe 30/5/2019  
ADI 4.874/DF, Plenário, Relatora Ministra Rosa Weber, DJe 1/2/2019  
ARE 1019161 AgR/SP, Segunda Turma, Relator Ministro Ricardo Lewandowski. DJe de 12/5/2017

ACO 2440 AgR/RR, Segunda Turma, Relator Ministro Dias Toffoli, DJe de 18/12/2017  
ACO 2099 AgR/MA, Tribunal Pleno, Ministro Teori Zavascki, DJe 22/2/2016  
ACO 2661 AgR/AL, Tribunal Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, DJe 9/6/2015  
ADI nº 1.668/DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 20/8/1998

STJ:

Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 557714/MG, Primeira Turma, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 2/4/2019  
RESP 879360/SP, Primeira Turma, Relator Ministro Luiz Fux, DJe de 11/9/2008  
RESP 1.153.083/MT, Primeira Turma, Relator Ministro Sérgio Kukina, DJe 19/11/2014

Suprema Corte dos Estados Unidos:

U.S. Supreme Court, *Securities and Exchange Commission v. Chenery Corporation*, julgado em 23/6/1947. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/332/194/>. Acesso em 19/2/2019.  
U.S. Supreme Court, *Chevron U.S.A., Inc. v. NRDC*, julgado em 25/6/1984. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/837/>. Acesso em 20/12/2018.  
U.S. Supreme Court, *Department of Transport v. Association of American Railroad Association*, julgado em 9/3/2015. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/575/13-1080/#tab-opinion-3252060>. Acesso em 6/3/2019.

## SÍTIOS ELETRÔNICOS

[www.senado.leg.br](http://www.senado.leg.br)

[www.camara.leg.br](http://www.camara.leg.br)

[www.direitoshumanos.usp.br](http://www.direitoshumanos.usp.br)

<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/>

<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/56946-agencias-reguladoras-sao-parte-em-83-mil-processos-na-justica-federal>

OECD Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance – disponível em: <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/recommendations-guidelines.htm>

## ANEXO 1

		HÁ MENÇÃO A PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL PENAL? SIM (S)/ NÃO (N)						
SETOR	PROCESSOS	DEFESA/ AF	ADV.	DECISÃO	RECURSO	ADV.	JUÍZO DE RECONSID.	PARECER PRG
	SCL	48610.011404/2015	-	-	-	-	-	-
	SFI	48610.201679/2019	-	-	-	-	-	-
1	SIM	48610.015167/2017	N	S	N	N	N	N
2	SFI	48600.002407/2016	N	N	N	N	N	N.A.
3	SFI	48600.000910/2016	N	S	N	N	S	N.A.
4	SFI	48600.002877/2016	N	S	N	N	S	N.A.
5	SFI	48610.007726/2016	N	S	N	N	S	N.A.
6	SFI	48600.003129/2016	N	S	N	N	S	N.A.
7	SFI	48610.002617/2016	N	S	N	N	S	N.A.
8	SFI	48610.003216/2016	N	S	N	N	S	N
9	SFI	48611.001136/2016	-	-	N	N	N	N.A.
10	SFI	48600.000911/2016	-	-	N	N	S	N
11	SFI	48610.007092/2016	N	S	N	N	S	N.A.
13	SFI	48610.014647/2016	N	S	N	N	S	N.A.
14	SFI	48611.001145/2016	N	S	N	N	S	N.A.
15	SFI	48600.001468/2017	N	S	N	N	S	N.A.
16	SFI	48600.001737/2016	-	-	N	N	S	N.A.
17	SFI	48600.001752/2016	N	S	N	N	S	N.A.
18	SFI	48610.007080/2016	N	S	N	N	S	N.A.
19	SFI	48610.010907/2015	N	S	N	N	S	N.A.
20	SFI	48620.000187/2017	N	S	N	N	S	N
21	SFI	48620.000333/2017	N	S	N	N	S	N.A.
22	SFI	48600.000324/2017	N	S	N	N	S	N
23	SFI	48600.000357/2017	N	N	N	N	N	N
24	SFI	48600.003804/2016	S	S	N	N	S	N.A.
25	SFI	48610.008227/2016	-	-	N	N	N	N
26	SFI	48600.002729/2016	-	-	N	N	S	N.A.
27	SFI	48610.002149/2016	N	N	N	N	N	N.A.
28	SFI	48610.015358/2016	N	S	N	N	N	N.A.
29	SFI	48611.001118/2016	N	S	N	N	N	N.A.
30	SFI	48600.001648/2017	N	N	N	N	S	N
31	SFI	48600.001731/2017	N	S	N	N	S	N.A.
32	SFI	48600.001922/2016	N	S	N	N	S	N
33	SFI	48600.002836/2016	N	N	N	N	N	N.A.
34	SFI	48611.000901/2016	N	N	N	N	S	N.A.
35	SFI	48610.003025/2015	-	-	N	N	S	N.A.
36	SFI	48610.014291/2016	N	S	N	N	S	N.A.

			HÁ MENÇÃO A PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL PENAL? SIM (S)/ NÃO (N)						
	SETOR	PROCESSOS	DEFESA/ AF	ADV.	DECISÃO	RECURSO	ADV.	JUÍZO DE RECONSID.	PARECER PRG
37	SFI	48620.000148/2017	N	N	N	N	N	N	N
38	SFI	48600.000324/2017	N	N	N	N	N	N	N
39	SFI	48610.007726/2016	N	S	N	N	N	N.A.	N
40	SFI	48610.008227/2016	-	-	N	N	S	N	N
41	SFI	48600.003129/2016	S	S	N	N	N	N.A.	N
42	SFI	48610.003216/2016	N	S	N	N	S	N	N
43	SFI	48611.001136/2016	-	-	N	N	N	N.A.	N
44	SFI	48600.001737/2016	-	-	N	N	N	N.A.	N
45	SFI	48600.001752/2016	N	S	N	N	N	N.A.	N
46	SFI	48600.002729/2016	-	-	N	N	S	N.A.	N
47	SFI	48610.010907/2015	N	S	N	N	S	N.A.	N
48	SFI	48620.000187/2017	N	S	N	N	S	N	N
49	SFI	48620.000333/2017	N	N	N	N	N	N.A.	N
50	SFI	48600.000357/2017	N	N	N	N	N	N	N
51	SFI	48600.000910/2016	N	S	N	N	S	N.A.	N
52	SFI	48600.001468/2017	N	N	N	N	N	N.A.	N
53	SFI	48600.002877/2016	N	S	N	N	S	N.A.	N
54	SFI	48610.007080/2016	N	S	N	N	S	N.A.	N
55	SFI	48600.003804/2016	N	S	S	N	S	N.A.	N
56	SFI	48610.002149/2016	N	N	N	N	N	N.A.	N
57	SFI	48610.002617/2016	N	S	N	N	S	N.A.	N
58	SFI	48610.015358/2016	N	S	N	N	S	N.A.	N
59	SFI	48611.001118/2016	N	N	N	N	N	N.A.	N
60	SFI	48600.003084/2016	N	N	N	N	N	N	N
61	SFI	48610.014407/2016	N	N	N	N	N	N.A.	N
62	SFI	48611.000893/2016	N	N	N	N	N	N	N
63	SFI	48611.001167/2016	N	S	N	N	S	N.A.	N
64	SFI	48620.000271/2017	N	S	N	N	S	N	N
65	SFI	48620.000278/2017	N	S	N	N	S	N	N
66	SFI	48610.013522/2016	N	N	N	N	N	N.A.	N
67	SFI	48611.001053/2016	N	N	N	N	N	N.A.	N
68	SFI	48620.000346/2017	N	N	N	N	N	N	N
69	SFI	48620.001361/2016	N	N	N	N	N	N	N
70	SFI	48611.000556/2010	N	N	N	N	N	N.A.	N
71	SFI	48620.001035/2017	N	S	N	N	S	N	N
72	SFI	48600.003099/2016	N	S	N	N	N	N	N
73	SFI	48610.000168/2017	N	S	N	N	S	N	N
74	SFI	48620.000755/2017	N	S	N	N	S	N	N
75	SFI	48620.000759/2017	N	N	N	N	N	N	N

			HÁ MENÇÃO A PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL PENAL? SIM (S)/ NÃO (N)						
SETOR	PROCESSOS	DEFESA/ AF	ADV.	DECISÃO	RECURSO	ADV.	JUÍZO DE RECONSID.	PARECER PRG	
76	SFI	48600.000859/2017	N	N	N	N	N	N	
77	SFI	48620.000202/2017	N	S	N	N	S	N	
78	SFI	48620.001397/2016	N	N	N	N	N	N.A.	
79	SFI	48610.011000/2016	N	S	N	N	N	N	
80	SFI	48620.000330/2017	N	N	N	N	N	N	
81	SFI	48600.002693/2016	N	S	N	N	S	N.A.	
82	SFI	48620.000046/2017	N	S	N	N	S	N.A.	
83	SFI	48620.001379/2016	N	N	N	N	S	N.A.	
84	SFI	48620.000210/2017	N	N	N	N	S	N	
85	SFI	48620.000920/2016	N	S	N	N	S	N.A.	
86	SFI	48620.000245/2017	N	S	N	N	S	N	
87	SFI	48620.000249/2017	N	S	N	N	S	N	
88	SFI	48620.000256/2017	N	S	N	N	S	N	
89	SFI	48600.000776/2016	N	S	N	N	S	N.A.	
90	SFI	48620.000116/2017	S	N	N	N	N	N.A.	
91	SFI	48620.000127/2017	S	N	N	N	N	N.A.	
92	SFI	48620.000138/2017	S	N	N	N	N	N	
93	SFI	48620.001371/2016	S	N	N	N	N	N.A.	
94	SFI	48600.003115/2016	N	N	N	N	N	N.A.	
95	SFI	48610.000882/2017	N	N	N	N	N	N.A.	
96	SFI	48610.013530/2016	N	S	N	N	S	N	
97	SFI	48620.000158/2017	N	S	N	N	S	N	
98	SFI	48620.000698/2013	N	S	N	N	S	N.A.	
99	SFI	48600.000314/2017	N	S	N	N	S	N.A.	
100	SFI	48600.002897/2016	N	S	N	N	S	N.A.	
101	SFI	48600.003495/2016	N	S	N	N	S	N.A.	
102	SFI	48620.000463/2017	N	S	N	N	S	N.A.	
103	SFI	48620.000920/2016	N	S	N	N	S	N.A.	
104	SFI	48620.000197/2017	N	S	N	N	S	N.A.	
105	SFI	48600.001899/2016	N	N	N	N	S	N	
106	SFI	48620.001406/2016	N	S	N	N	S	N	
107	SFI	48610.000454/2017	N	S	N	N	S	N	
108	SFI	48611.000868/2017	N	S	N	N	N	N	
109	SFI	48620.000191/2018	N	N	N	N	N	N	
110	SFI	48620.000327/2017	N	S	N	N	S	N	
111	SFI	48620.000534/2017	N	N	N	N	N	N	
112	SFI	48610.006682/2016	N	S	N	N	S	N	
113	SFI	48610.006685/2016	N	S	N	N	S	N	
114	SFI	48611.000034/2017	N	N	N	N	N	N	

			HÁ MENÇÃO A PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL PENAL? SIM (S)/ NÃO (N)						
	SETOR	PROCESSOS	DEFESA/ AF	ADV.	DECISÃO	RECURSO	ADV.	JUÍZO DE RECONSID.	PARECER PRG
115	SFI	48611.000052/2017	N	N	N	N	S	N	N
116	SFI	48620.001131/2017	N	N	N	N	N	N	N
117	SFI	48610.000841/2017	N	N	N	N	N	N	N
118	SFI	48611.000394/2017	N	N	N	N	S	N	N
119	SFI	48620.000010/2018	N	S	N	N	S	N	N
120	SFI	48620.000445/2017	N	N	N	N	S	N	N
121	SFI	48620.000499/2017	-	-	N	N	S	N	N
122	SFI	48600.001232/2017	N	S	N	N	S	N	N
123	SFI	48600.003737/2016	N	S	N	N	S	N	N
124	SFI	48611.000079/2017	N	N	N	N	N	N	N
125	SFI	48620.000166/2018	N	N	N	N	N	N	N
126	SFI	48620.001097/2017	S	S	N	S	S	N	N
127	SFI	48600.002377/2017	N	S	N	N	S	N	N
128	SFI	48600.002511/2016	-	-	N	N	N	N	N
129	SFI	48600.003222/2016	N	S	N	N	S	N	N
130	SFI	48610.009343/2015	N	S	N	N	S	N	N
131	SFI	48620.000339/2017	N	S	N	N	S	N	N
132	SFI	48610.008867/2016	-	-	N	N	N	N	N
133	SFI	48610.013521/2016	-	-	N	N	N	N	N
134	SFI	48611.000771/2017	N	N	N	N	N	N	N
135	SFI	48620.000732/2017	N	S	N	N	S	N	N
136	SFI	48620.001155/2017	N	S	N	N	S	N	N
137	SFI	48620.000112/2018	N	N	N	N	N	N	N
138	SFI	48620.000124/2018	N	S	N	N	S	N	N
139	SFI	48620.001017/2017	N	S	N	N	S	N	N
140	SFI	48620.001114/2017	N	S	N	N	S	N	N
141	SFI	48620.001157/2017	N	S	N	N	S	N	N
142	SFI	48610.007073/2016	-	-	N	N	S	N	N
143	SFI	48610.010112/2016	N	N	N	N	N	N	N
144	SFI	48620.000001/2018	N	S	N	N	S	N	N
145	SFI	48620.000741/2017	N	N	N	N	N	N	N
146	SFI	48620.000957/2017	N	S	N	N	S	N	N
147	SFI	48600.001000/2017	N	N	N	N	N	N	N
148	SFI	48610.005421/2016	-	-	N	N	N	N	N
149	SFI	48610.013515/2016	-	-	N	N	S	N	N
150	SFI	48610.014634/2016	N	N	N	N	N	N	N
151	SFI	48620.001068/2017	N	S	N	N	S	N	N
152	SFI	48610.007051/2016	N	N	N	N	N	N	N
153	SFI	48610.014281/2016	N	S	N	N	S	N	N

			HÁ MENÇÃO A PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL PENAL? SIM (S)/ NÃO (N)						
	SETOR	PROCESSOS	DEFESA/ AF	ADV.	DECISÃO	RECURSO	ADV.	JUÍZO DE RECONSID.	PARECER PRG
154	SFI	48620.000911/2017	N	S	N	N	S	N	N
155	SFI	48620.000950/2017	N	N	N	N	N	N	N
156	SFI	48600.000586/2017	N	S	N	N	S	N	N
157	SFI	48611.000277/2017	N	S	N	N	N	N	N
158	SFI	48620.000213/2018	N	S	N	N	S	N	N
159	SFI	48620.000544/2017	N	S	N	N	S	N	N
160	SFI	48620.000031/2018	N	N	N	N	S	N	N
161	SFI	48620.000417/2017	N	N	N	N	S	N	N
162	SFI	48620.000711/2017	N	N	N	N	N	N	N
163	SFI	48620.001115/2017	N	N	N	N	N	N	N
164	SFI	48610.000205/2017	N	S	N	N	S	N	N
165	SFI	48610.012338/2016	-	-	N	N	S	N	N
166	SFI	48610.013523/2016	-	-	N	N	S	N	N
167	SFI	48620.000781/2017	N	S	N	N	S	N	N
168	SFI	48620.001051/2017	N	N	N	N	N	N	N
169	SFI	48600.002129/2017	N	N	N	N	S	N	N
170	SFI	48611.001203/2016	N	N	N	N	S	N	N
171	SFI	48620.000268/2018	N	S	N	N	N	N	N
172	SFI	48620.000604/2018	N	N	N	N	S	N	N
173	SFI	48620.000066/2018	N	N	N	N	N	N	N
174	SFI	48620.000327/2018	N	S	N	N	S	N	N
175	SFI	48620.000410/2017	-	N	N	N	N	N	N
176	SFI	48620.000472/2018	N	N	N	N	N	N	N
177	SFI	48620.000529/2017	N	N	N	N	N	N	N
178	SFI	48611.000275/2017	N	N	N	N	S	N	N
179	SFI	48611.000282/2017	N	S	N	N	S	N	N
180	SFI	48611.000709/2017	S	N	N	S	S	N	N
181	SFI	48620.000471/2018	N	N	N	N	N	N	N
182	SFI	48620.001016/2017	N	S	N	N	S	N	N
183	SFI	48620.001152/2017	N	N	N	N	N	N	N
184	SFI	48611.000862/2015	N	N	N	N	N	N	N
185	SFI	48620.000011/2018	N	N	N	N	N	N	N
186	SIM	48610.007821/2018	N	S	N	N	S	N	N
187	SFI	48610.005626/2017	S	S	N	S	S	N	N
188	SFI	48610.014295/2016	N	S	N	S	S	S	N
189	SFI	48610.014265/2016	N	S	N	N	S	N	N
190	SFI	48610.014268/2016	N	S	N	N	S	N	N
191	SFI	48610.014267/2016	N	S	N	N	S	N	N
192	SFI	48610.014262/2016	S	S	N	N	S	N	N

			HÁ MENÇÃO A PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL PENAL? SIM (S)/ NÃO (N)						
	SETOR	PROCESSOS	DEFESA/ AF	ADV.	DECISÃO	RECURSO	ADV.	JUÍZO DE RECONSID.	PARECER PRG
193	SFI	48610.014266/2016	N	S	N	N	S	N	N
194	SFI	48610.015355/2016	N	S	N	S	S	N	N

Observações:

- As linhas em azul referem-se aos processos nos quais houve menção aos princípios constitucionais penais.

- A indicação *N.A.* (não aplicável) deve-se ao fato de que o juízo de reconsideração da decisão pelo próprio julgador como primeira etapa na análise dos recursos administrativos só foi iniciada no âmbito da SFI a partir de janeiro de 2018 e, assim, os recursos interpostos anteriormente não continham essa análise.

## ANEXO 2

Processos nos quais foram mencionados os princípios constitucionais penais:

	SETOR	PROCESSOS	RAMO DE ATIVIDADE	QUAL?
1	SFI	48600.003804/2016	revenda de combustíveis líquidos	Legalidade - art. 5º, XXXIX (em defesa da tipicidade - somente pode haver sanção administrativa, se previamente definida em lei a infração).
2	SFI	48600.003129/2016	revenda de combustíveis líquidos	Pessoalidade e Individualização da pena - art. 5º, XLV e XLVI.
3	SFI	48620.000116/2017	distribuidora de combustíveis	Legalidade/tipicidade - art. 5º, XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (rodapé).
4	SFI	48620.000127/2017	distribuidora de combustíveis	Legalidade/tipicidade - art. 5º, XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (rodapé).
5	SFI	48620.000138/2017	distribuidora de combustíveis	Legalidade/tipicidade - art. 5º, XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (rodapé).
6	SFI	48620.001371/2016	distribuidora de combustíveis	Legalidade/tipicidade - art. 5º, XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (rodapé).
7	SFI	48620.001097/2017	revenda de combustíveis líquidos	"Princípio da legalidade do crime"
8	SFI	48611.000709/2017	revenda de combustíveis líquidos	Legalidade/tipicidade - art. 5º, XXXIX - <i>nullum crimen nulla poena sine praevia lege</i> .
9	SFI	48610.005626/2017	produtor de etanol	Intranscendência subjetiva da pena - art. 5º, XLV, CF - "nenhuma pena passará da pessoa do condenado (...)."
10	SFI	48610.014295/2016	produtor de etanol	Legalidade/tipicidade - art. 5º, XXXIX - "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal". Individualização e pessoalidade da pena. Pessoalidade e individualidade da pena.
11	SFI	48610.014262/2016	distribuidora de combustíveis	Legalidade/tipic - <i>nullum crimen nulla poena sine lege praevia</i> .
12	SFI	48610.015355/2016	distribuidora de combustíveis	Princípio da Intranscendência das penas - art. 5º, XLV, CF.