

Estúdio ConJur: Dos dados ao lítio e as sanções administrativas

22/03/2023

A Lei nº 13.874/19 (a de Liberdade Econômica) deve ser um guia para as entidades regulatórias de todo o Brasil. Isso por imposição natural da estrita legalidade prevista na Constituição em relação aos Administradores e, ainda mais, quando o tema for Processo Administrativo Sancionador, que impõe penas que podem restringir direitos ou afetar o patrimônio. Logo, espera-se do aplicador da lei, que se detenha por normas e princípios como os previstos nos artigos 2º [1] e 3º [2]; e diminua o número de condenações por delitos ínfimos.



Não é de hoje que o Direito Administrativo Sancionador ganhou

contornos legais mais bem definidos. Na década passada, o STJ já havia decidido que deveria haver a aplicação de princípios do Direito Penal e Processo Penal aos PASs (STJ, RMS 37.031/SP, 2008 [3]).

De mesmo modo, a doutrina, através do professor Gustavo Binenbojm [4], também seguiu este raciocínio, inclusive, ao reconhecer a retroatividade da norma sancionadora mais benéfica em favor do sancionado, assim como ocorre no juízo criminal (exemplo: artigo 2º [5], do Código Penal).

Os avanços garantistas no direito sancionador foram tantos, que, atualmente, o artigo 1º, §4º, da LIA diz, expressamente, que se aplicam ao sistema da improbidade [...] os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador.

Embora o STF tenha limitado a retroatividade da norma sancionadora mais benéfica e a relação entre as ações de improbidade administrativa e ações penais (Tema de RG nº 1.199), o precedente não diminui o dever do regulador brasileiro na aplicação do direito administrativo sancionador (artigos 20 a 24, da LINDB).

Na verdade, está claro no artigo 2º, da Lei de Liberdade Econômica, que a regulação, inclusive por meio do PAS, deve ser mitigada, i.e., o punitivismo desarrazoado não é permitido por lei, ainda que infrações tenham sido cometidas, devendo haver observância à estrita legalidade,

cujas concepções pós-positivistas ensejam a Juridicidade, i.e., aplicação conforme o Direito como um todo.

Explica-se.

O artigo 2º, III, define que a intervenção do Estado é subsidiária e excepcional sobre o exercício de atividades econômicas, logo, em regra, o regulador deve se abster de punir, pois estaria causando um prejuízo para a liberdade econômica, ainda que determinada infração tenha sido cometida.

Nesse contexto, o mesmo artigo 2º, nos incisos I, II, e IV, deixa claro que a liberdade é uma garantia do regulado, cujo comportamento deve ser interpretado de boa-fé (artigo 1º, §2º [6]), sobretudo, porque se trata de pessoa (física ou jurídica) vulnerável.

Por isso, surgiu mais um princípio que deve nortear as decisões de Processos Administrativos Sancionadores (sejam eles quais forem), a saber, o Princípio da Intervenção Subsidiária do Regulador.

Tal princípio se correlaciona com a intervenção mínima do Direito Penal, por exemplo. Ambos os axiomas são utilizados para que haja uma redução da atividade do Estado em minúcias, que em nada prejudicam a sociedade, mas que em muito prejudicam o regulado (e, obviamente, a Liberdade Econômica).

A partir da intervenção subsidiária do regulador, extrai-se o delito de bagatela. Em outras palavras, aquelas falhas operacionais do cotidiano, decorrentes da humanidade envolvida na atividade, devem ser ignoradas pelo sancionador, uma vez que o efeito causado pela punição é deletério a todos, pois cada casta da cadeia de consumo sofrerá com o aumento do custo decorrente da sanção.

Nessa linha intelectual, a Segunda Câmara do TCU fixou por meio do Acórdão n.º 2508/2018 [7], que o princípio da bagatela pode (e deve) ser aplicado para o afastamento de débito quando presentes os seguintes requisitos: 1) mínima ofensividade da conduta do agente; 2) nenhuma periculosidade social da ação; 3) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; 4) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Logo, a dosimetria de penas dentro do critério da razoabilidade em PAS é de interesse público e deve ser mais bem vista pelos reguladores no dia a dia, inclusive, com a edição de orientações interpretativas mais restritivas.

Nessa toada, como nota negativa, cita-se os processos administrativos sancionadores geridos pelo Exército por descumprimento do Decreto nº 10.030/19. Tais processos comumente punem empresas que cometeram pequenos deslizes (não intencionais) na importação de Produtos Controlados ou durante a renovação do Certificado de Registro (CR).

O Exército, na maior parte das vezes, não analisa o caso concreto e simplesmente pune os regulados por meio de interpretação excessivamente restritiva das normas de regência, ensejando o aumento de gastos de empresas farmacêuticas e, conseqüentemente, dos consumidores, por exemplo.

Outro exemplo bastante recente. Por ocasião da abertura de Tomada de Subsídios sobre regulamentação do processo sancionador da Agência Nacional de Mineração (ANM) [8] no contexto da [Resolução ANM 122/2022](#) — que aliás, foi publicada antes da tomada, após um processo regulatório relâmpago e mal-ajambrado, em novembro de 2022 — houve manifestações considerando a falta de razoabilidade e proporcionalidade nos critérios de dosimetria de multas, destaca-se para a da Confederação Nacional das Indústrias (CNI) [9].

Também destacamos a regulamentação das dosimetrias das penas por descumprimento da Lei Geral de Proteção de dados (LGPD), que recentemente foi publicada pela Agência Nacional de Proteção de Dados (ANPD). Trata-se de um avanço, já que uma das maiores fontes de vício de atos administrativos que instrumentalizam a aplicação de sanções está justamente na falta de precisão do agente público em justificar o dimensionamento de uma multa, por exemplo.

Entretanto, sob a ótica do Princípio da Intervenção Subsidiária do Regulador, pode haver lacuna sobre o que se pode tratar como uma infração insignificante (princípio da bagatela), o que desencorajaria a própria ANPD em adotar uma postura menos punitivista. Aliás, é bom lembrar que tanto o não punitivismo quanto a ação pedagógica, em relação às novas regras de gestão de dados pessoais, estão no âmago da criação desse novo sistema regulatório, uma vez que a lei estabeleceu [10] prazo para o início da aplicação de sanções.

Outro indício da aplicação da lógica da intervenção subsidiária, é que durante a [Análise de Impacto Regulatório](#) (AIR) que culminou com o [Regulamento de Dosimetria e aplicação de Sanções Administrativas](#), abordou-se a necessidade de se avaliar a expressividade da lesão ao bem jurídico tutelado e a boa-fé do regulado, antes de se aplicar eventual sanção.

Com efeito, tal preocupação fez com que o regulador optasse pelo "modelo baseado em valoração" [11] para a aplicação de sanções administrativas no contexto de infrações à LGPD.

Ou seja, em tese, haveria liberdade para a ANPD avaliar se a punição da sanção é ou não adequada ao caso concreto, especialmente pela lente interpretativa do postulado da proporcionalidade. Aliás, isso até poderia ser inferido do artigo 5º [12], do Regulamento. Entretanto, a possibilidade de ser caso de aplicação do princípio da bagatela, não restou expressa o que, novamente, frustrar a função orientativa da responsabilização administrativa.

Não seria ocioso lembrar que o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte (Lei Complementar nº 123/2006) determina, em certas condições e temas, a fiscalização puramente orientativa, antes da aplicação de eventuais sanções [13], passando a ser um novo balizador da ação fiscalizatória. Talvez o legislador poderia incluir a temática de proteção de dados nas hipóteses que a norma impôs a orientação em detrimento da pena.

De todo modo, sem dúvidas, o Princípio da Intervenção Subsidiária do Regulador é importante, visto que o comportamento punitivista e a restrição desarrazoada da liberdade econômica ferem o interesse público. Logo, os delitos ínfimos (ou seja, culposos e de baixo risco) deveriam ser geridos não por meio de sanções, mas por recomendações prévias claras e amplamente divulgadas.



Em suma, aguarda-se para saber os próximos passos da evolução do direito administrativo sancionador, seja através do Judiciário ou, simplesmente, pela crise de consciência do regulador brasileiro que deve lembrar: a responsabilidade administrativa deve ter caráter predominantemente didática, não extorsiva.

[1] Artigo 2º São princípios que norteiam o disposto nesta Lei: I - a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas; II - a boa-fé do particular perante o poder público; III - a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas; e IV - o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado.

[2] Artigo 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do artigo 170 da Constituição Federal: [...].

[3] STJ, RMS 37.031/SP, relator (a) ministra (a) Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 20/02/2018. Em outra oportunidade, a partir dos princípios do Direito Sancionador, o STJ aplicou a novatio legis in melius no âmbito do processo administrativo disciplinar. STJ, AR 1.304/RJ, Rel. p/ Acórdão ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, DJe 26.08.2008.

[4] *"O direito administrativo sancionador e o estatuto constitucional do poder punitivo estatal possibilidades, limites e aspectos controvertidos da regulação do setor de revenda de combustíveis"*. Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro (Edição Especial): Administração Pública, Risco e Segurança Jurídica, 2014.

[5] Artigo 2º - Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.

[6] [...] §2º Interpretam-se em favor da liberdade econômica, da boa-fé e do respeito aos contratos, aos investimentos e à propriedade todas as normas de ordenação pública sobre atividades econômicas privadas.

[7] TCU, Acórdão nº 2508/2018, relator (a) ministro (a) Aroldo Cedraz, Segunda Turma, data da sessão 17/04/2018. Tomada de Contas Especial nº 003.198/2013-8.

[8] Conforme se vê em "[Aberta Tomada de Subsídios sobre regulamentação do processo sancionador da ANM](#)".

[9] Conforme manifestado em anexo do Protocolo TS22022-22, do Processo SEI Nº 48051.001278/2022-49, disponível em no [link](#).



[10] Artigo 65. Esta Lei entra em vigor: [...] I-A – dia 1º de agosto de 2021, quanto aos artigos 52, 53 e 54;

[11] A ANPD justificou a escolha pelo modelo baseado em valoração da seguinte forma: "[...] Assim, com a adoção da Alternativa A [modelo baseado em valoração], na definição da penalidade, a ANPD poderá utilizar parâmetros e critérios para cada caso concreto, refletindo-se em uma maior proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção".

[12] [...] artigo 5º As sanções serão aplicadas de forma gradativa, isolada ou cumulativamente, de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

[13] Artigo 55. A fiscalização, no que se refere aos aspectos trabalhista, metrológico, sanitário, ambiental, de segurança, de relações de consumo e de uso e ocupação do solo das microempresas e das empresas de pequeno porte, deverá ser prioritariamente orientadora quando a atividade ou situação, por sua natureza, comportar grau de risco compatível com esse procedimento.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2023-mar-22/estudio-conjur-dados-litio-sancoes-administrativas/>