

Direito administrativo  
sancionador: um olhar pragmático  
a partir das contribuições da  
análise econômica do direito\*

*Administrative sanctions law: a  
pragmatic approach considering  
findings from law and economics*

*Alice Voronoff\*\**

RESUMO

As transformações que têm impulsionado o direito administrativo brasileiro devem repercutir também sobre sua vertente sancionatória, com vista à construção de arranjos fiscalizatórios e punitivos mais efetivos e eficientes. A proposta do artigo é de que a adoção de um olhar pragmático, atento às consequências práticas e a aspectos empíricos, pode contribuir nesse sentido. Para tanto, os estudos desenvolvidos por autores da análise econômica do direito apresentam-se como um importante ferramental,

---

\* Artigo recebido em 20 de fevereiro de 2017 e aprovado em 9 de abril de 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v278.2019.79029>

\*\* Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil. E-mail: [alice.voronoff@bcbadv.com.br](mailto:alice.voronoff@bcbadv.com.br).

Doutora e mestre em direito público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Procuradora do Estado e advogada.

com destaque para a lógica de incentivos econômicos adotada pela Escola de Chicago e para a teoria da escolha pública, atribuída à Escola de Virgínia. Elementos extraídos desses modelos teóricos permitem a construção de raciocínios analíticos mais criativos e sensíveis a elementos de complexidade, aptos a auxiliar na delimitação de premissas fáticas adequadas, na fixação de linhas de investigação corretas e no alcance de diagnósticos mais precisos em torno das reais (d)eficiências dos modelos e práticas sancionatórios.

#### PALAVRAS-CHAVE

Direito administrativo sancionador — eficiência — efetividade — pragmatismo — análise econômica do direito — Escola de Chicago — Escola de Virgínia — teoria da escolha pública

#### ABSTRACT

The ongoing transformations in the Brazilian Administrative Law must also affect its sanctioning approach in terms of developing more effective and efficient auditing and penalization mechanisms. In this article we propose that a pragmatic approach that takes actual consequences and empirical aspects in account, can present valuable contributions to that matters. Thus, the studies developed by authors in the field of Law and Economics provide important tools, specially regarding the logic of economic incentives adopted by the School of Chicago and the theory of public choice connected to the School of Virginia. These theoretical models provide elements that allow the development of analytical reasoning that are more creative and also more sensible to complexities. They can also help to define adequate factual assumptions, establish correct research lines and achieve more precise diagnostics about the real (d)efficiencies of sanctioning models and practices.

#### KEYWORDS

administrative sanctions law — efficiency — effectiveness — pragmatism — law and economics — School of Chicago — School of Virginia — public choice theory

## 1. Direito administrativo sancionador no Brasil: expansão acelerada e os desafios que se colocam

Onipresente. No trânsito, na vigilância sanitária, no setor elétrico, no meio ambiente, na saúde suplementar. Nessas e em várias outras searas,<sup>1</sup> o direito administrativo se alastrou. Ocupou espaços. E parte relevante desse fenômeno de “administrativização” da vida se faz sentir justamente no campo sancionatório. Isto é, nas situações em que o particular descumpra prescrições de natureza administrativa e fica sujeito a uma medida estatal coercitiva com efeitos negativos — por vezes, inclusive, a mais de uma. Advertência, multa, suspensão de direitos, apreensão de mercadorias, fechamento de estabelecimentos e publicação compulsória de informações são apenas alguns exemplos. A gama dessas ferramentas é realmente variada e dinâmica.

Trata-se de instrumentos operacionalizados pela administração pública segundo uma lógica de comando e controle,<sup>2</sup> cujo uso se expandiu especialmente a partir da segunda metade do século XX. Para o jurista chileno Cristián Román Cordero, constata-se uma espécie de “*elefantiasis*” dos poderes sancionatórios da administração pública,<sup>3</sup> decorrente tanto do crescimento exponencial da quantidade de órgãos e entidades administrativas revestidos de competências sancionatórias como do grau de lesividade das sanções por eles aplicadas.

<sup>1</sup> Como telecomunicações, óleo, gás natural e biocombustíveis, transportes públicos, atividades cinematográficas e videofonográficas, concorrência, ordenação do espaço urbano, fiscalização tributária, relações disciplinares (relativas aos servidores públicos, previstas na legislação de cada ente federativo, e ao condenado à pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos, bem como ao preso provisório, conforme arts. 44 e seguintes da Lei de Execuções Penais — Lei nº 7.210/1984), licitações e contratos públicos em geral, mercado financeiro, atos de improbidade administrativa e aqueles abarcados pela Lei Anticorrupção — Lei Federal nº 12.846/2013, proteção da infância e da adolescência (ver infrações previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente — Lei Federal nº 8.069/1990), consumidor, entre outras.

<sup>2</sup> “Em linhas gerais, há regulação por normas de comando e controle quando a estrutura normativa incidente sobre o comportamento regulado faz uso do binômio *prescrição-sanção*. A conformação da conduta privada é garantida pela previsão da sanção estatal em caso de infração. [...]” BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 153. Grifos do original. Saliente-se que, a rigor, medidas administrativas com natureza diversa podem produzir efeitos jurídicos negativos para o administrado, como a revogação de um alvará de autorização ou a interdição cautelar de um estabelecimento por questões de segurança. Neste artigo, considerar-se-á *sanção administrativa* o ato administrativo precedido de uma *infração administrativa, i.e.*, do descumprimento de um mandamento cogente (um comando para se fazer ou deixar de fazer) veiculado por norma caracterizada como de direito administrativo.

<sup>3</sup> ROMAN CORDERO, Cristián. El derecho administrativo sancionador en Chile. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, a. 8, n. 16, p. 89-101, 2009.

No Brasil, essa expansão acelerada pode ser atribuída a um conjunto de fatores. Em primeiro lugar, o fenômeno guarda forte relação com o perfil de atuação do Estado nas ordens social e econômica, sobretudo a partir da década de 1990. Isso porque o programa de reforma do aparato burocrático e as diversas privatizações e desestatizações implicaram, como contraponto à retirada do Estado da posição de agente econômico direto, a prevalência de estratégias de regulação econômico-social.<sup>4</sup> Os mais diversos órgãos e entidades da administração pública direta e indireta foram investidos de amplas competências regulatórias, com destaque para os atores especificamente criados para esse fim: as agências reguladoras.

Seguindo-se essa tendência, têm se multiplicado normas de conformação de atividades privadas ou de regulação de serviços públicos explorados em regime de delegação a particulares. O poder público, por meio de lei e de atos normativos infralegais, passou a fixar balizas para o exercício de atividades social e economicamente relevantes. E, como consectário lógico, observa-se a maior presença da máquina sancionatória da administração pública, voltada a assegurar a conformidade da atuação desses agentes por meio da fiscalização e da punição.

Em segundo lugar, destaca-se o perfil das sociedades atuais, mais dinâmicas e permeadas de riscos.<sup>5</sup> Na atualidade, espera-se que o Estado responda aos mais diversos receios dos indivíduos relacionados com fatores como novas tecnologias, aquecimento global, engenharia genética e energia nuclear.<sup>6</sup> Há uma demanda global por respostas rápidas e eficientes, que

---

<sup>4</sup> No Brasil, o modelo de estado regulador consolidou-se a partir da década de 1990, ao tempo das privatizações e desestatizações. Até então, prevalecia o modelo de intervenção direta do Estado na economia, seja para a prestação de serviços públicos, seja para a exploração de atividades econômicas em sentido estrito, sob a forma monopolística ou concorrencial. Foi à medida que o poder público se retirou da posição de fornecedor direto de bens e serviços, delegando ou devolvendo tal função à iniciativa privada, que ganharam destaque as estratégias de intervenção indireta sobre o domínio econômico, como a regulação e o fomento. A regulação econômico-social abrange o “[...] conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla, ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis”. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 37.

<sup>5</sup> Ver BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010; e TORRES, Ricardo Lobo. A segurança jurídica e as limitações constitucionais ao poder de tributar. *Revista Eletrônica de Direito do Estado* (Rede), Salvador, n. 4, 2005. Disponível em: <<https://goo.gl/fdXsyD>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

<sup>6</sup> A respeito da atividade de regulação na sociedade de riscos, ver SUNSTEIN, Cass R. *Laws of fear: beyond the precautionary principle*. Nova York: Cambridge University Press, 2005.

acaba tornando inviável que a repressão opere apenas no campo penal (ou preponderantemente nele), no qual, historicamente, as amarras impostas ao poder punitivo estatal são mais rigorosas.

Em matéria de riscos, aliás, ganham destaque as preocupações em torno da segurança pública e das novas formas de criminalidade.<sup>7</sup> O terrorismo, o crime organizado e o mercado ilegal desafiam os métodos repressivos tradicionais e incentivam o uso mais frequente de “armas” do direito administrativo, como alternativa ou reforço à disciplina penal. Por exemplo, verifica-se a demanda por medidas coercitivas mais urgentes, como a sanção administrativa de perdimento de bens que atravessem de forma ilegal as fronteiras do país, prevista na Lei Federal nº 10.833/2003 e aplicável pela autoridade aduaneira. Em outros casos, espera-se um regime fiscalizatório mais estratégico e eficaz, como aquele estabelecido pela Lei Federal nº 9.613/1998, que impõe um conjunto de deveres associados à prestação de informações e comunicações ao poder público no combate a crimes de lavagem de dinheiro, sob pena de os particulares ficarem sujeitos a penalidades administrativas. Mais ainda, clama-se por respostas estatais enérgicas o suficiente para lidar com a dita “guerra ao terror”, como o foi o USA Patriot Act,<sup>8</sup> estatuto que ampliou os poderes da administração pública norte-americana para restringir direitos e sancionar os particulares, em uma espécie de estado de exceção permanente.<sup>9</sup>

Mas há talvez uma causa ainda mais peculiar para essa expansão acelerada do poder sancionatório da administração pública. Hoje, comunga-se de uma

---

Especificamente quanto à relação entre regulação e tecnologia, ver MOSES, Lyria Bennett. How to think about law, regulation and technology: problems with ‘technology’ as a regulatory target. *Law, Innovation and Technology*, v. 5, n. 1, p. 1-20, 2013. Disponível em: <<https://goo.gl/SGVxWN>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

<sup>7</sup> Como pontua Paulo Otero: “Os acontecimentos de 11 de setembro de 2001, invertendo a convicção de que o progresso da consciência da liberdade era o sentido último da história universal, fazendo da segurança um valor nuclear, reconduziram Hobbes ao estatuto de vencedor da História: [...] (ii) Num cenário de sociedade global de ‘risco difuso’, verificando-se a onnipresença e a imprevisibilidade de riscos contra a segurança de pessoas, de bens e do próprio Estado, o princípio da prevenção, por via da precaução, confere à atividade policial e preventiva da Administração Pública um papel central no combate ao terrorismo e à criminalidade organizada, numa espécie de ‘estado de emergência permanente’”. OTERO, Paulo. *Manual de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2013. v. 1, p. 133-134.

<sup>8</sup> Ato normativo editado pelo Congresso norte-americano em outubro de 2001, a pedido do então presidente, George W. Bush, em resposta ao ataque terrorista de 11 de setembro de 2001. USA Patriot Act of 2001.

<sup>9</sup> Na seara dos estudos filosóficos, o tema se destaca na obra do professor Giorgio Agamben: AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004. Para uma reflexão sobre o direito administrativo em situações de emergência, ver VERMEULE, Adrian. Our Schmittian administrative law. *Harvard Law Review*, v. 122, p. 1095-1149, 2009.

espécie de frustração generalizada com a efetividade do direito penal, que incentiva a adoção de respostas alternativas em outros campos, como o cível e o administrativo, as quais se apresentam, não raro, bastante gravosas. Afinal, trata-se de medidas concebidas justamente para gerar a sensação de combate à impunidade.<sup>10</sup> Exemplo disso é a Lei Brasileira Anticorrupção (Lei Federal nº 12.846/2013), tal como se verifica expressamente de sua exposição de motivos.<sup>11</sup> O diploma prevê a responsabilização objetiva de pessoas jurídicas nas esferas administrativa e civil, pela prática de atos contra a administração pública nacional ou estrangeira. Os tipos são bastante genéricos e as sanções envolvem multas relevantes, que podem variar de 0,1% a 20% do faturamento bruto da pessoa jurídica, conforme o art. 6º da lei.

Na verdade, esse movimento — orientado à busca de soluções mais efetivas — pode ser inserido em um contexto ainda mais amplo. Refere-se a uma espécie de crise de identidade do direito punitivo estatal como um todo, que alavanca fluxos não lineares e contraditórios, ora de “administrativização” de condutas antes disciplinadas pelo direito penal, ora de criminalização de atividades até então tratadas como infrações administrativas. É também cada vez mais comum, ademais, a superposição das duas estratégias punitivas.

Esses são fluxos de mão dupla que, a rigor, se revelam inevitáveis, posto que associados ao caráter dinâmico da organização das sociedades e de seus ordenamentos jurídicos. É natural e esperado que as estratégias de repressão estatal variem no tempo, de acordo com as mudanças nas prioridades e nos valores sociais. Os desafios que se colocam não passam por frear ou estimular essas tendências, mas por elucidar as confusões dogmáticas e hermenêuticas que têm surgido a partir delas.

Com efeito, há uma espécie de “aproximação” perniciosa (ou pouco refletida) entre os dois ramos do direito, que tem levado a indefinições quanto

---

<sup>10</sup> “Uma profunda desconfiança em relação ao sistema penal, concretamente dirigida aos juízes dessa área especializada, reforça as reformas tendentes ao alargamento do espectro de incidência das normas sancionadoras de improbidade, abrindo espaço a outras normas similares, em setores diversos”. OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 296.

<sup>11</sup> “Observe-se que o presente projeto optou pela responsabilização administrativa e civil da pessoa jurídica, porque o Direito Penal não oferece mecanismos efetivos ou céleres para punir as sociedades empresárias, muitas vezes as reais interessadas ou beneficiadas pelos atos de corrupção. A responsabilização civil, porque é a que melhor se coaduna com os objetivos sancionatórios aplicáveis às pessoas jurídicas, como, por exemplo, o ressarcimento dos prejuízos econômicos causados ao erário; e o processo administrativo, porque tem-se revelado mais célere e efetivo na repressão de desvios em contratos administrativos e procedimentos licitatórios, demonstrando melhor capacidade de proporcionar respostas rápidas à sociedade”. Disponível em: <<https://goo.gl/j66x5K>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

ao papel e às funções atrelados ao direito administrativo sancionador e às suas ferramentas. De modo geral, faltam balizas teóricas aptas a orientar o aplicador do direito sobre *quando, como e em que extensão* aplicar determinados princípios e garantias do direito penal ao campo administrativo. Isso responde por um estado de coisas incerto e pouco claro que potencializa o risco de soluções arbitrárias e ineficientes.

Por exemplo: há construções teóricas e jurisprudenciais voltadas à ampla extensão das garantias penais previstas no art. 5º da Constituição às sanções administrativas. Essa corrente parte da ideia de que o *ius puniendi* estatal é uno,<sup>12</sup> razão pela qual, para fins garantísticos, não faria sentido distinguir entre a punição criminal e a administrativa. Em ambos os casos, o exercício do poder coercitivo pelo Estado atrairia a observância de um rol de garantias máximas, como a exigência da legalidade estrita para a criação de infrações e de punições administrativas, da aferição da culpabilidade e da observância da presunção de inocência. O problema é que faltam parâmetros ou consensos mínimos que orientem esse trespasse normativo de um campo a outro. É dizer: o que pode e deve ser estendido à seara administrativa do rol do art. 5º da CRFB/1988? Qual o critério orientador dessa transposição? As garantias transpostas se expressam da mesma forma e com a mesma intensidade nos diferentes campos de atuação punitiva da administrativa pública?

Em suma, o cenário é de incertezas e de insegurança jurídica, marcado por dúvidas quanto à existência ou não de um regime jurídico específico aplicável ao exercício do poder punitivo pela administração pública; quanto às garantias efetivamente asseguradas aos particulares em processos administrativos; assim como quanto aos objetivos que orientam o direito administrativo sancionador e à função que ele pode (e deve) desempenhar. Embora as respostas não sejam fáceis, é preciso buscá-las. E isso passa por reflexões sensíveis tanto às peculiaridades do direito administrativo sancionador como aos desafios do mundo atual.

O presente trabalho se insere nesse contexto analítico. Propõe-se um estudo do direito administrativo sancionador a partir do olhar da análise econômica do direito. Como se verá, as contribuições teóricas de duas importantes Escolas — de Chicago e de Virgínia — trazem elementos importantes para

---

<sup>12</sup> A doutrina do *ius puniendi* único estatal encontra ampla ressonância na Espanha. Nas palavras de García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, “[o] mesmo *ius puniendi* do Estado pode se manifestar tanto pela via judicial como pela via administrativa”. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 9. ed. Madri: Civitas, 2004. v. 2, p. 163. Tradução livre.

iluminar criticamente tanto os raciocínios teóricos quanto as práticas e os arranjos institucionais nessa seara.<sup>13</sup> De todo modo, antes de apresentar as ideias principais de cada uma dessas escolas, cumpre discorrer de forma breve sobre as relações entre o direito e a economia e sua inegável importância para o direito administrativo contemporâneo — inclusive, especificamente, no que tange ao exercício do poder punitivo pela administração pública.

## 2. Análise econômica do direito, pragmatismo e direito administrativo sancionador

A chamada análise econômica do direito é uma vertente de estudo que procura compreender o direito a partir de parâmetros teóricos da economia — notadamente, da microeconomia. A *law and economics* desenvolveu-se nos Estados Unidos a partir das décadas de 1960-70<sup>14</sup> e dali se irradiou. Desde então, suas propostas iniciais foram alvo de diferentes críticas e discussões, que resultaram na criação de escolas de pensamento com matizes próprios.<sup>15</sup> De toda forma, subjacente a todas elas está a tentativa pragmática de explicar e conformar a realidade a partir de elementos extrajurídicos com acentuado componente empírico.

A abordagem pragmática é uma das tendências que impulsionam o direito administrativo atual. Ao estudar o tema, José Vicente Santos de Mendonça explica que o pragmatismo filosófico pode ser definido a partir de três grandes pilares, destacados pela professora Thamy Pogrebinschi. São eles: (i) o antifundacionalismo, (ii) o consequencialismo e (iii) o contextualismo. Nas palavras da autora:

---

<sup>13</sup> A opção por uma análise a partir das Escolas de Chicago e de Virgínia deve-se a razões metodológicas. Ela não significa, portanto, que outras escolas de análise econômica do direito não sejam relevantes para reflexões em torno do direito administrativo sancionador.

<sup>14</sup> Na verdade, análises do direito permeadas pelo raciocínio econômico já podiam ser observadas nos Estados Unidos antes de 1960, em campos como o da concorrência e monopólios. Foi a partir da década de 1960, e, especialmente, do marco representado pela publicação por Ronald Coase de *The problem of social cost* (COASE, Ronald H. The problem of social cost. *Journal of Law and Economics*, v. 3, p. 1-44, 1961), que, nas palavras de Richard Posner, uma teoria econômica do direito pôde ser visualizada, a ponto de, talvez, nenhum campo do direito poder ficar alheio a uma abordagem esclarecedora a partir das lentes da economia. Ver POSNER, Richard. Values and consequences: an introduction to economic analysis of law. *Program in Law and Economics Working Paper*, n. 53, University of Chicago Law School. Disponível em: <<https://goo.gl/Zbf7sS>>. Acesso em: 29 maio 2017.

<sup>15</sup> A esse respeito, ver MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the law: from Posner to postmodernism and beyond*. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 2006.



O (i) *antifundacionalismo* é a ‘ideia de que as verdades são criadas, não encontradas; situadas, não objetivas; mutantes, não eternas; parciais, não absolutas’. É a rejeição, sistemática e constante, de verdades apriorísticas, dogmas, abstrações metafísicas. [...].

Quanto ao (ii) *consequencialismo*, [...] se trata de característica do pragmatismo filosófico que prioriza as consequências do ato, teoria ou conceito. [...] Por ora, recordemos a máxima pragmática: o significado e a verdade de teorias devem ser buscados por intermédio de uma análise da diferença que fazem para a realidade. Ou seja, por um processo mental de adiantamento e avaliação de suas consequências. [...].

O (iii) *contextualismo* não causa grandes dúvidas. É o destaque do contexto — social, político, histórico, cultural — na investigação filosófica e científica. [...].<sup>16</sup>

Essas ideias invadiram o direito nos últimos tempos para cobrar de juristas e juízes uma postura que leve em consideração o plano dos resultados. No campo do direito administrativo, esse *giro pragmático*, assim referido por Gustavo Binenbojm,<sup>17</sup> é usualmente traduzido em um reclame por eficiência e conexão com a realidade (*i.e.*, razoabilidade). Não se tolera mais a ação administrativa protelatória, caprichosa, mal concebida e excessivamente custosa. Não deve haver espaço para o desperdício e para modelos pouco operacionais. Cobra-se do gestor público que selecione os meios mais adequados e econômicos para atender ao interesse público, compreendido, aliás, não como um conceito abstrato e *ex ante*, mas de forma concreta. Isto é, como expressão de finalidades respaldadas no ordenamento jurídico, informadas pela prevalência e proteção dos direitos fundamentais e concretamente delimitadas a partir do contexto e dos fatos em curso na sociedade.

Trata-se de um enfoque que orienta o direito administrativo em geral e guarda especial pertinência no campo sancionatório. Basta constatar que a tarefa de tipificação de condutas requer um contato permanente dos legisladores e administradores com a realidade, tanto para se definir o que deve

<sup>16</sup> 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. p. 36-38. Em suma: “Eis que a matriz pragmatista se completa: se não existem fundações que justifiquem ou validem conceitos e teorias, deve-se apreciá-las a partir de suas consequências, as quais só adquirem sentido dentro do contexto no qual estão inseridas” (p. 38).

<sup>17</sup> Gustavo Binenbojm, *Poder de polícia, ordenação, regulação*, op. cit., p. 32-35 e 37-66.

ser considerado irregular como para se identificarem previsões obsoletas, irrazoáveis e desproporcionais. Da mesma forma, uma vez tipificada a conduta, o modelo punitivo deve ser apto a coibi-la, sem incorrer em excesso. E, para tanto, precisa revelar-se eficiente, o que pressupõe verificações empíricas, análise de consequências práticas e mapeamento de resultados.

É justamente à luz dessa tendência — de compreensão pragmática do direito administrativo — que os estudos de análise econômica do direito exsurgem como um importante ferramental para se pensar a disciplina. Nas palavras de Gustavo Binenbojm, a economia,

[c]omo ciência baseada em investigações empíricas e nos efeitos concretos dos incentivos sobre o comportamento de agentes econômicos e consumidores, [...] fornecerá valiosos subsídios para o uso pragmático do direito administrativo, com vista à maximização dos resultados pretendidos pela ordem político-jurídica.<sup>18</sup>

Como ensina Guido Calabresi, as relações entre direito e economia podem ser explicadas a partir de mais de uma perspectiva.<sup>19</sup> A primeira delas, cujo precursor é Jeremy Bentham, consiste na análise econômica do direito propriamente dita, compreendida como um esforço voltado a analisar o sistema jurídico da ótica da teoria econômica para, a partir dela, apontar mudanças voltadas a torná-lo mais eficiente. No limite, se as leis analisadas não se enquadrarem nos modelos econômicos, os adeptos dessa vertente — ao menos os mais radicais — concluem serem as normas irracionais e rejeitam sua potencialidade prescritiva.

Já a segunda abordagem, associada ao pensamento de John Stuart Mill e perfilhada por Guido Calabresi (que a ela se refere como *law and economics*), parte da aceitação da realidade tal como ela se coloca para, em seguida, indagar se a teoria econômica pode explicá-la. Se a resposta for negativa, ao invés de rejeitar o mundo e considerá-lo irracional, Calabresi explica que o raciocínio deve ser orientado às seguintes perguntas: (i) a descrição da realidade jurídica tomou em consideração o mundo como ele realmente é?; (ii) ou, de outra forma, algum desvio no olhar daquele que descreveu essa

---

<sup>18</sup> Ibid., p. 68.

<sup>19</sup> CALABRESI, Guido. *The future of law and economics: essays in reform and recollection*. New Haven; Londres: Yale University Press, 2016.

realidade teria levado a um equívoco? A ideia é que se busque uma visão mais abrangente e acurada da realidade antes de rejeitá-la por alegada irracionalidade econômica.

De toda forma, prossegue o autor norte-americano, se ainda assim persistirem regras legais não passíveis de explicação econômica, uma nova indagação deve ser formulada, nos seguintes termos: é possível ampliar *não* a descrição dos fatos, mas a própria teoria econômica, mantendo seus elementos de coerência sistêmica, mas buscando elasticê-la a ponto de explicar a realidade social e jurídica? Se a resposta for positiva, a *law and economics* defende que essa perspectiva “expandida” (ou “nuançada”) seja incorporada à teoria econômica geral. É dizer: a adaptação teórica concebida para explicar certa realidade específica deve passar a fazer parte do referencial teórico-econômico mais amplo.<sup>20</sup>

A ideia dessa segunda vertente, portanto, é de permanente comunicação e interação entre direito e economia, ao contrário da versão da análise econômica do direito tradicional, em que a economia, unilateralmente, determinaria a condição da realidade jurídica (classificando-a de racional ou irracional). Seja como for, ambas as vertentes partem da observação da realidade jurídico-social para buscar explicá-la de um ponto de vista externo ao direito — o da teoria econômica. Isso envolve, inicialmente, um esforço pragmático<sup>21</sup> de descrição e de prognoses, que gira em torno, *e.g.*, da delimitação dos fatores e forças que determinam o bem-estar econômico em certa sociedade, dos impactos de novas medidas e institutos, bem como do *modus operandi* das

---

<sup>20</sup> Para ilustrar a perspectiva a que adere, Calabresi cita o exemplo da economia comportamental. Ele explica que, ao descrever a realidade, observadores (especialmente psicólogos) apontaram comportamentos que não podiam ser explicados pela teoria econômica tradicional, sob a ótica do *homo economicus*. Disso se seguiu que, ao invés de simplesmente tomarem esses dados como irracionais e rejeitá-los, os economistas da *behavioral economics* passaram a utilizá-los para promover mudanças no referencial teórico-econômico. A partir daí, a teoria econômica “nuançada” (ou “expandida”) tem sido utilizada para examinar e explicar com sucesso outras áreas (como no campo da relação do direito com outras disciplinas) até então não compreendidas pela análise econômica do direito. *Ibid.*, cap. I, parte A. Exemplo do que se expôs seriam os *framing effects*, isto é, a constatação de que a escolha não é totalmente racional, mas influenciada pela forma como o problema é colocado, embora ele seja o mesmo.

<sup>21</sup> Diego Werneck e Fernando Leal, inclusive, reconhecem que os estudos agrupados sob o rótulo de análise econômica do direito e o pragmatismo jurídico guardam efetiva relação, na medida em que ambos tomam em consideração raciocínios estruturados de forma consequencialista. Ver ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [meta]teoria normativa da decisão judicial: caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 171-211.

instituições. Somente a partir daí haveria elementos para se debaterem os caminhos possíveis, com a escolha daquele a ser adotado.<sup>22</sup>

Fato é que a análise econômica do direito, quer em sua versão tradicional, quer naquela perfilhada por Calabresi, pode servir de importante ferramenta para reflexões tão urgentes quanto essenciais no campo específico do direito administrativo sancionador. Por exemplo: quais são os fatores que respondem pelo maior ou menor êxito dos modelos sancionatórios? A sanção administrativa funciona como um incentivo eficiente para impulsionar o administrado ao cumprimento da lei? Em caso negativo, o que o estimula? Nos diferentes campos de aplicação do direito administrativo sancionador, os incentivos são os mesmos? E o que molda a atuação do agente público no momento da definição de tipos e sanções? Punir mais e de forma mais rigorosa implica maior cumprimento da legislação? Qual o modelo de funcionamento institucional mais adequado para exercício das competências de fiscalização e punição?

Enfim, essas e outras indagações podem encontrar nos estudos de análise econômica elementos para serem examinadas. É justamente nessa linha que o presente estudo evolui, com os olhos voltados às contribuições de duas importantes escolas: a de Chicago, apontada como pioneira, e a de Virgínia, responsável por desenvolver a teoria da escolha pública.

### 3. Um olhar para o direito administrativo sancionador a partir das contribuições da Escola de Chicago

#### 3.1 A importância da lógica de incentivos econômicos. Afinal, o que move o administrado?

Os estudos atribuídos à chamada Escola de Chicago foram pioneiros na aproximação entre elementos do direito e da economia. Desde então, suas propostas foram alvo de reflexões e críticas, que resultaram na criação de escolas de pensamento com matizes próprios.<sup>23</sup> Isso não significa dizer, vale a

---

<sup>22</sup> Veja-se, então, que os estudos de análise econômica do direito podem apresentar duas dimensões: uma descritiva (ou positiva) e/ou uma normativa (ou propositiva). Pode se tratar, assim, de um esforço concentrado apenas na descrição da realidade e de possíveis consequências, ou de um esforço acompanhado de uma avaliação acerca do que deva ou não prevalecer, a partir de algum critério que expresse alguma preferência.

<sup>23</sup> Como explica André Rodrigues Cyrino: "A análise econômica do direito pode ser compreendida, genericamente, como a introdução de elementos da economia na ciência

ressalva, que elas tenham perdido importância. Ao contrário, as contribuições desenvolvidas por autores como Ronald H. Coase,<sup>24</sup> Guido Calabresi,<sup>25</sup> Gary Becker<sup>26</sup> e Richard A. Posner<sup>27</sup> iluminaram e continuam a iluminar os mais diversos campos do direito.<sup>28</sup> Em matéria sancionatória, o potencial esclarecedor é enorme.

Os autores filiados a essa escola partem da premissa de que os indivíduos são seres racionais<sup>29</sup> que atuam, tanto no mercado como fora dele, no sentido de realizar escolhas que maximizem suas preferências. Assume-se que eles são plenamente capazes de conhecer e compreender as informações necessárias acerca das alternativas com as quais se deparam, e que, nesse cenário, conseguem avaliar os resultados esperados de cada uma delas à luz daquilo que desejam.<sup>30</sup>

Disso decorre que o comportamento humano é guiado por análises de custos e benefícios. As pessoas projetam os benefícios e custos adicionais

---

jurídica. Trata-se de forma de encarar o direito (suas estruturas, formação, e consequências), a partir de argumentos advindos de diversas bases teóricas do pensamento econômico. Há, assim, várias análises econômicas do direito, em que se inter-relacionam contrastantes paradigmas, visões políticas e concepções filosóficas". CYRINO, André Rodrigues. *Direito constitucional regulatório: elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 140-141.

<sup>24</sup> Ver Ronald H. Coase, *The problem of social cost*, op. cit., p. 1-44.

<sup>25</sup> Ver CALABRESI, Guido. Some thoughts on risk distribution and the law of torts. *Yale Law Journal*, v. 70, n. 4, p. 499-553, mar. 1961.

<sup>26</sup> Ver BECKER, Gary S. *Crime and punishment: an economic approach*. Disponível em: <<https://goo.gl/QJPRbG>>. Acesso em: 16 dez. 2016. p. 169-217.

<sup>27</sup> Sobre as características da chamada Escola de Chicago, ver Nicholas Mercurio e Steven G. Medema, *Economics and the law*, op. cit., p. 96-156.

<sup>28</sup> Como explica Thiago Cardoso Araújo: "A ênfase em relação ao pensamento praticado em Chicago, norteado por Richard Posner e seus colegas, se justifica por alguns motivos. A uma, por ser a pioneira na consolidação de um núcleo comum, derivado, como se verá, da junção das obras de Gary Becker, Ronald Coase e Richard Posner, além do esforço em sua defesa carreado por Aaron Director. É dizer: a história da criação do campo confunde-se com a referida aproximação de Análise Econômica do Direito. A duas, por ser a versão mais influente da Análise Econômica do Direito, sendo a mais difundida e também aquela que mais foi objeto de críticas". ARAÚJO, Thiago Cardoso. *Uma proposta modesta: uma visão da análise econômica do direito à luz da teoria dos sistemas e possibilidades de sua aplicação*. Tese (doutorado em direito) — Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

<sup>29</sup> Como adverte Posner, o termo "racional" deve ser compreendido como adequação entre meios e fins, e não no sentido de "meditação sobre as coisas". POSNER, Richard. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 473-474.

<sup>30</sup> Esse raciocínio está ligado à ideia de racionalidade perfeita. Ver PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercado*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 198: "Refere-se ao domínio, pelos jogadores, das informações do jogo. Racionalidade é focar os objetivos e encontrar uma forma mais eficiente de alcançá-los. Irracionalidade é agir de maneira tal que não se pode antecipar ou prever sua ação".

de suas ações e somente atuam se os primeiros superarem (ou ao menos se equipararem) aos segundos. Esse tipo de cálculo se aplicaria, inclusive, na seara dos comportamentos ilegais. A ideia é que os indivíduos são levados a descumprir contratos ou infringir a lei sempre que isso valer a pena. Daí a infração ser vista como resultado de uma escolha racional.<sup>31</sup>

Escolha essa que, ao ver dos autores da Escola de Chicago, deriva da resposta de cada agente a incentivos de caráter direta ou indiretamente econômico, a exemplo do aumento do preço de certo produto ou da publicação de uma lei, respectivamente. Veja-se que esse é um tipo de raciocínio plenamente aplicável ao direito sancionador. Pode-se considerar como uma hipótese a de que a probabilidade de um indivíduo se envolver em certa atividade ilegal diminua na mesma proporção do aumento dos custos<sup>32</sup> decorrentes desse envolvimento. Assim, quanto mais rígida for a sanção a ser aplicada e mais eficiente se revelar a persecução estatal, mais “cara” será a decisão do indivíduo pela conduta ilegal. Essas variáveis funcionariam como “preços” na equação racional estabelecida por cada agente ao decidir quanto a pagá-los ou não.

Na análise econômica do direito, coube a Gary Becker, um dos principais pensadores da Escola de Chicago, desenvolver um enfoque direcionado ao campo punitivo. Segundo o autor, o crime deve ser encarado como uma atividade economicamente relevante. Uma espécie de “indústria”. Logo, cabe aos legisladores e administradores públicos calcular, em termos objetivos, a medida de recursos a serem gastos e de punições a serem instituídas com vista a assegurar o cumprimento ótimo da legislação em certa localidade. Isso passa, entre outros fatores, por uma avaliação dos custos atrelados à persecução penal, à condenação dos infratores, bem como pela definição da natureza da pena a ser imposta — *e.g.*, se de detenção ou de multa. Além disso, não se deve descurar da lógica dos incentivos como motor que impulsiona o comportamento humano.<sup>33</sup> Nas palavras de Becker:

---

<sup>31</sup> Como esclarece Ragazzo, para os pensadores da Escola de Chicago, a função básica do direito seria alterar incentivo, tomando-se as regras jurídicas, sob essa ótica, como preços. *In verbis*: “As regras estabelecem os custos das ações humanas (o que fica mais claro quando há sanções explícitas, como multas, penas alternativas e aprisionamento). Assim, os indivíduos fazem suas escolhas sobre comportamentos lícitos ou ilícitos com base no binômio sanção (grau da penalidade) e fiscalização (probabilidade de ser capturado e punido)”. RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 102.

<sup>32</sup> Custos são referidos no texto em uma acepção ampla, como o conjunto de consequências negativas para o indivíduo — monetárias ou não.

<sup>33</sup> Gary S. Becker, *Crime and punishment*, op. cit., p. 170.

[...] uma pessoa comete um crime caso a utilidade esperada por ele exceda a que ele poderia obter usando seu tempo e outros recursos em atividades diversas. Algumas pessoas se tornam criminosos, portanto, não porque sua motivação básica difere da de outras pessoas, mas porque aquilo que elas assimilam como benefícios e custos diferem [...].<sup>34</sup>

Ou seja, o autor norte-americano rejeita explicações relacionadas com fatores psicológicos ou culturais e propõe uma análise do direito penal a partir da ótica mais abrangente da análise econômica do direito, pautada na premissa da existência de uma relação racional entre o número de infrações cometidas e os fatores de maximização e minimização de seus custos. Dessa perspectiva, elementos como a probabilidade de o indivíduo ser responsabilizado e punido, bem como a renda que ele deixaria de auferir ao optar pela ação ilegal, seriam decisivos para a sua escolha — sempre racional.<sup>35</sup> Ao fim e ao cabo, trata-se de analisar se o crime compensa, à luz dos riscos e benefícios potenciais em jogo.

Veja-se que é nítido o viés consequencialista dessa abordagem. Por meio dela, propõe-se que as regras jurídicas sejam pensadas como fatores que impactam as decisões tomadas pelos indivíduos, considerando-se que eles, enquanto seres racionais, escolherão aquilo que for capaz de maximizar suas satisfações — independentemente de um juízo moral sobre o certo ou o errado. Logo, o operador do direito deve estar atento não apenas à finalidade de cada medida que pretende adotar, mas, sobretudo, à maneira como ela efetivamente interfere na realidade. Tal como adverte Posner:

O papel desempenhado pela economia no debate moral e político é chamar a atenção para consequências ou implicações que as pessoas que não se atentam para a economia comumente se esquecem. O que você faz com essas consequências é o ponto chave do seu negócio. O trabalho básico do economista é recordar acerca das consequências, muitas vezes, embora nem sempre, adversas ou pelo menos onerosas, de atos ou práticas que, de outra forma, poderíamos pensar de forma mais clara.<sup>36-37</sup>

---

<sup>34</sup> Ibid., p. 176. Tradução livre.

<sup>35</sup> Ibid., p. 9.

<sup>36</sup> Richard Posner, *Problemas de filosofia do direito*, op. cit., p. 10-11. Tradução livre.

<sup>37</sup> Saliente-se que outra característica da abordagem desenvolvida pela Escola de Chicago tem de ver com a caracterização da eficiência econômica como critério para a elaboração e

De que forma as ideias anteriormente apresentadas podem contribuir para uma reflexão crítica acerca do exercício da competência sancionatória pela administração pública? Disso cuidará o tópico a seguir.

### 3.2 O exercício da competência sancionatória à luz das contribuições da Escola de Chicago: algumas reflexões

No campo administrativo sancionatório, a lógica de incentivos preconizada pela Escola de Chicago pode desempenhar um papel relevante no que tange à criação e aplicação de sanções. Tome-se como referência a seara da regulação econômico-social. Trata-se de modalidade de intervenção do Estado na economia, na forma indireta, que pode ser definida como um meio (consistente na definição de balizas normativas e de outras medidas administrativas) para o alcance de certos fins de interesse público, atrelados a objetivos socialmente relevantes. Para serem consideradas legítimas, à luz do princípio da proporcionalidade,<sup>38</sup> as medidas regulatórias precisam se revelar, antes de tudo, adequadas. Sob essa ótica, elas têm de ser efetivamente capazes de influenciar e conformar (ou incentivar) a atuação dos agentes regulados em determinado sentido. Por isso, mostra-se relevante considerar o peso (ou preço, no sentido econômico) de cada medida na equação de custos e benefícios dos agentes econômicos fiscalizados.

Vale esclarecer que esse raciocínio pode ser aplicado a outros campos do direito administrativo sancionador que não o da regulação econômico-social. Realmente, quando se pensa em esquemas punitivos (*i.e.*, a definição de infrações e de sanções), pode-se cogitar que os destinatários da norma sejam

---

avaliação das regras legais. Eficiência essa compreendida a partir das definições de Pareto e de Kaldor-Hicks, sendo esta considerada a mais apropriada. Sob a ótica de Pareto, a eficiência é alcançada quando nenhum indivíduo pode melhorar sua situação sem piorar a de outro. Já segundo o critério de Kaldor-Hicks, uma medida se revela eficiente se os ganhos para seus beneficiários excederem as perdas impostas aos que as suportam, em uma lógica de compensação. Nesse sentido, como explica Ragazzo, “[...] não é possível adotar o critério de eficiência paretiana para orientar a tomada de decisões envolvendo políticas públicas. O critério de Kaldor-Hicks é o mais apropriado para essas hipóteses, uma vez que toda decisão de política pública envolve ganhadores e perdedores”. Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, *Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*, op. cit., p. 91-92.

<sup>38</sup> Para mais detalhes sobre o referido princípio, ver ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 204-219.



levados a realizar, nos mais diversos casos, análises de custo/benefício. Dito de outra forma, esse raciocínio pode ser aplicado tanto (a) ao empresário levado a calcular se vale a pena descumprir certa exigência regulatória, tendo em vista os “ganhos” auferidos com o ilícito *vis-à-vis* os custos associados à punição pela agência reguladora e a eventuais ações judiciais que precise ajuizar, como (b) ao servidor público sujeito a normas disciplinares, que, no seu dia a dia, busque comparar as “vantagens” decorrentes do mau desempenho de seus deveres funcionais (e.g., a maior disponibilidade de tempo com a família) com os custos correspondentes associados ao risco de ser descoberto e punido disciplinarmente.

A despeito disso, há razões para a lógica de incentivos ser especialmente adequada no campo das sanções regulatórias. Nele, os destinatários das normas são usualmente pessoas jurídicas que concorrem no mercado para auferir lucro, e não pessoas físicas que, embora competitivas, guiam-se por emoções. Por isso, a aplicação a esses casos da premissa central da Escola de Chicago, associada ao *homo economicus*, tende a apresentar-se de forma mais clara ou apropriada.<sup>39</sup>

Nessa toada, a lógica de incentivos pode (e deve) ser considerada já no momento da definição do instrumento regulatório a ser utilizado. Em cada caso, deve-se avaliar qual o modelo mais eficiente para conformar o comportamento dos agentes regulados em prol da realização do objetivo público perseguido — se por intermédio da definição de tipos e de infrações (*i.e.*, recorrendo-se ao instrumental sancionatório convencional, conhecido como comando e controle), ou se a partir de *designs* alternativos e mais flexíveis, a exemplo da definição de metas de *performance*.<sup>40</sup>

---

<sup>39</sup> Não se ignora que foram construídas críticas severas a esse tipo de ficção. Autores da *behavioral law and economics*, por exemplo, apontam que a racionalidade humana é limitada e que o indivíduo se deixa levar por emoções e padrões culturais no momento de decidir. Daí que, segundo esses pensadores, a maior ou menor recorrência de certas infrações administrativas, como aquelas de trânsito, poderia guardar relação com as variações do estado de humor do motorista. Mas no campo da regulação econômico-social, lida-se sobretudo com empresas. Logo, a influência de elementos subjetivos pode ser de certa forma mitigada. Para estudos focados no direito comportamental, ver SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness*. New Haven, CT: Yale University Press, 2008. p. 293.

<sup>40</sup> Ver MORENO, Natália de Almeida. Tecnologias regulatórias piramidais: responsive regulation e smart regulation. *Revista de Direito Público da Economia — RDPE*, Belo Horizonte, v. 13, n. 49, p. 125-158, jan./mar. 2015.

J. B. Wiener,<sup>41</sup> *e.g.*, explica que, nos Estados Unidos, a partir da década de 1970, justamente essa preocupação levou à adoção de uma ótica mais pragmática (e menos moralista) a respeito da regulação, tendente à valorização do uso de instrumentos baseados em incentivos em detrimento daqueles pautados na definição de padrões tecnológicos rígidos. Segundo o autor, após a experiência com os primeiros desenhos regulatórios, que estavam baseados no modelo de comando e controle, verificou-se que a definição de padrões rígidos e de penalidades rigorosas se revelava, em muitos casos, menos eficiente para estimular o desenvolvimento de novas tecnologias do que modelos baseados na definição de padrões de *performance*, ou, ainda, naqueles concebidos a partir do “comércio” de *allowances*.<sup>42</sup>

O exemplo ilustra como a resposta do ordenamento jurídico a uma infração deve ser encarada como um fator *per se* de criação de incentivos, e não como uma simples reação àquele que descumpra as regras legais. Isso cria um ônus adicional às autoridades públicas, que devem justificar a opção pelo modelo de comando e controle ao invés de outros instrumentos regulatórios existentes, à luz dos incentivos por ele gerados e do específico contexto em que são considerados.

Mas a importância dessa lógica vai além. Uma vez adotado o caminho sancionatório, tanto a estipulação em tese dos tipos e penalidades quanto a aplicação concreta das sanções devem atentar para *insights* como aqueles propagados pela Escola de Chicago. Nessa linha, são pertinentes investigações em torno do grau eficiente de densificação dos tipos e penalidades aplicáveis.

Com efeito, a definição de tipos excessivamente genéricos pode criar custos desnecessários aos agentes regulados, que, em meio a um ambiente de incerteza quanto à regularidade de suas condutas, podem ser levados a comportamentos excessivamente cautelosos — como a não realização de investimentos ou a não assunção de certos riscos. Mas previsões muito genéricas também podem provocar comportamentos excessivamente arriscados (inclusive negligentes) por parte dos agentes regulados, confiantes na

---

<sup>41</sup> WIENER, Jonathan B. The regulation of technology, and the technology of regulation. *Technology in Society*, v. 26, 2004. Disponível em: <<https://goo.gl/DVHWfy>>. Acesso em: 16 dez. 2016.

<sup>42</sup> A exemplo do mercado de créditos de carbono. Sobre o tema: “O Protocolo de Quioto criou o Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL), que prevê a redução certificada das emissões. Uma vez conquistada essa certificação, quem promove a redução da emissão de gases poluentes tem direito a créditos de carbono e pode comercializá-los com os países que têm metas a cumprir”. Disponível em: <<https://goo.gl/IGKLd>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

possibilidade de questionar eventual autuação perante o Poder Judiciário. De outro lado, a previsão de tipos excessivamente específicos pode gerar problemas de subinclusão, com a criação de vantagens competitivas injustificadas aos agentes não abarcados pelas regras — mas que, à luz dos propósitos regulatórios, deveriam tê-lo sido.

Enfim, não há como antecipar soluções nessa matéria. Mas a percepção de que o direito, e, especialmente, o direito sancionatório, pode ensejar comportamentos estratégicos por parte dos agentes regulados deve permear a atividade das instituições incumbidas da regulação econômico-social.

Tais constatações também se estendem à fase da aplicação das sanções pelo regulador. De fato, se adotado um rigor excessivo, privilegiando-se a legalidade formalista em detrimento de análises sensíveis aos 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. Ademais, processos excessivamente demorados podem ser um estímulo perverso para que o regulado prefira infringir as regras a cumpri-las, em consequência de análises de custo-benefício que apontem ser esse o caminho que mais os beneficia.

Em suma, as contribuições da Escola de Chicago evidenciam a importância de se enxergarem as sanções administrativas — com destaque para as regulatórias — como instrumentos por excelência de criação de incentivos, dirigidos a agentes racionais que realizam escolhas em função da satisfação de seus interesses. Escolhas essas que, estrategicamente, incluem a opção entre cumprir ou descumprir a legislação. Essa é uma abordagem que, como visto, pode conferir maior racionalidade e eficiência tanto à eleição por certos modelos sancionatórios como à definição dos tipos e penalidades e à sua aplicação.

#### **4. Um olhar para o direito administrativo sancionador a partir das contribuições da Escola de Virgínia**

##### *4.1. A teoria da escolha pública. Afinal, o que move o agente público?*

Enquanto a Escola de Chicago oferece subsídios para reflexões em torno do comportamento dos agentes privados sujeitos a regras e sanções, a Escola

de Virgínia fornece contribuições para uma análise acerca do *modus operandi* da burocracia e daqueles que definem as regras e aplicam as sanções, a partir do referencial da teoria da escolha pública.

De modo amplo, a *public choice theory* pode ser definida como o estudo da democracia (enquanto processos coletivos de tomada de decisões políticas) a partir de uma perspectiva econômica.<sup>43</sup> Trata-se de um esforço interdisciplinar que combina ciência política e instrumentos da economia para analisar como se operam os processos de decisão coletiva em cenários democráticos. Isso envolve o estudo do governo e de seus atores: agentes políticos, grupos de interesse, burocratas e eleitores, assim como a forma pela qual eles interagem e as motivações que os levam a fazê-lo no âmbito das instituições.<sup>44</sup>

Mercurio e Medema<sup>45</sup> explicam que o desenvolvimento dessa vertente de análise econômica do direito, ocorrida na década de 1960, foi impulsionado, em parte, pelo descontentamento de economistas e cientistas políticos quanto ao foco dos estudos realizados ao longo da primeira metade do século XX. Até aquele momento, os estudos centravam-se no mercado e em seu funcionamento, o que permitiu a construção de modelos coerentes e sistematizados do setor privado. A partir daí, foram adequadamente estabelecidas bases teóricas para se determinar a relação entre mercados competitivos e a eficiência econômica, bem como as falhas de mercado capazes de responder pela ineficiência. E, diante dessas descobertas, estipulou-se que caberia ao Estado intervir onde e quando detectadas as falhas. Mas como garantir o sucesso da intervenção estatal?

---

<sup>43</sup> GUNNING, J. Patrick. *Understanding democracy: an introduction to public choice*. Disponível em: <<https://goo.gl/xYPY7v>>. Acesso em: 29 maio 2017. Veja-se, ainda, a definição de James M. Buchanan: “A escolha pública é uma perspectiva sobre a política que surge de uma extensão-aplicação das ferramentas e métodos do economista para a tomada de decisão coletiva ou não comercial”. BUCHANAN, James M. *The public choice perspective*. In: \_\_\_\_\_. *Politics as public choice*. Carmel, Indiana; Liberty Fund, Inc., 2000. p. 15. (The collected works of James M. Buchanan, v. 13). Tradução livre.

<sup>44</sup> “A perspectiva da teoria da escolha pública é que as decisões políticas e econômicas dos governos estão sujeitas a um conjunto de poderes repartidos por diferentes agentes com funções diferentes no sistema político. Presidente, executivo, legislativo, sistema judicial, administração pública, partidos políticos, grupos de interesse, todos eles interferem na possibilidade e capacidade de implementação dessas políticas. Por outro lado, os governos têm horizontes temporais limitados e submetem-se periodicamente ao sufrágio popular, o que é também um dado essencial das democracias representativas e que influi nas decisões tomadas”. PEREIRA, Paulo Trigo. A teoria da escolha pública (public choice): uma abordagem neoliberal? *Análise Social*, v. 32, n. 141, p. 419-442, 1997.

<sup>45</sup> Nicholas Mercurio e Steven G. Medema, *Economics and the law*, op. cit., p. 156-157.

Esse foi o mote para que os esforços migrassem das falhas de *mercado* à investigação das chamadas falhas de *governo*. Era necessário estudar a lógica subjacente aos processos de tomada de decisões no setor público, da mesma forma como, até então, estudara-se o mecanismo de funcionamento do setor privado. No mercado, viu-se que os indivíduos revelam e satisfazem suas preferências por intermédio do mecanismo de preços. Já no setor público, isso ocorre por intermédio dos processos coletivos de tomada de decisão que têm lugar nas arenas políticas e burocráticas. Nessa linha, a percepção compartilhada pelos autores pioneiros da teoria da escolha pública foi a de que seria possível estabelecer um paralelo entre os setores privado e público, ainda que em um nível mais geral.<sup>46</sup> Justamente esse cenário abriu frentes para o desenvolvimento de estudos sistematizados e coerentes acerca do sucesso e das falhas da intervenção estatal, tal como se fizera quanto ao setor privado.

Como ponto de partida, os estudiosos da *public choice* também aderiram ao individualismo metodológico.<sup>47</sup> A partir da ideia de que os indivíduos são o referencial básico para a análise da política (*i.e.*, as unidades principais), o governo é tido como o complexo de instituições por intermédio das quais eles interagem para tomar decisões coletivas. A política, de sua vez, é justamente a atividade das pessoas no contexto dessas instituições.<sup>48</sup>

Em segundo lugar, a teoria da escolha pública parte da premissa de que o comportamento dos indivíduos na política é exatamente o mesmo apresentado no mercado. Ou seja, assim como em suas relações privadas, os políticos, reguladores e burocratas são movidos pelo autointeresse e por objetivos egoísticos. Eles buscam maximizar suas utilidades, preferências e satisfações por meio de comportamentos estratégicos e racionais, tal como o *homo economicus*, também aqui utilizado como referencial teórico. Como explica Robert

---

<sup>46</sup> Ibid., p. 157-158.

<sup>47</sup> Segundo Carla Vanessa Sales, o princípio do individualismo metodológico “[...] estabelece que todos os fenômenos sociais podem e devem ser explicados em termos das ações dos indivíduos e das interações deles entre si [...]”. SALES, Carla Vanessa. *Entre instituições e racionalidade: o federalismo na ciência política contemporânea*. Dissertação (mestrado em ciência política) — Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2006.

<sup>48</sup> James M. Buchanan, *The public choice perspective*, op. cit., p. 4. Como esclarece o autor: “[...] Como a abordagem do economista em relação à política e ao governo difere daquela que o cientista político habitualmente adota? Como tentei indicar, a mudança no pensamento é simples. Envolve apenas a mudança da análise, saindo da entidade organizacional para como o indivíduo se insere na organização. Em vez de tentar examinar as instituições da política como organizações, toda a abordagem envolve tentar examinar as interações entre os indivíduos na medida em que desempenhem determinadas funções atribuídas nessas instituições” (p. 13). Tradução livre.

D. Tollison, os agentes do governo não são vistos de forma idealizada, como atores comprometidos com uma noção vaga de interesse público. Ao contrário, acredita-se na fidelidade com que perseguem interesses próprios no contexto governamental.<sup>49</sup>

É com esse olhar realista que Gordon Tullock compara os agentes estatais a empresários privados, afirmando que:

Para o analista da escolha pública, o governo não está interessado em maximizar de forma sistemática o interesse público. Para o analista, os funcionários públicos estão sempre buscando maximizar seus próprios interesses. Agem, no exercício da função, como, por exemplo, os administradores da United States Steel.<sup>50</sup>

A *public choice theory*, portanto, rompeu com a visão dos economistas da teoria do bem-estar social confiante no governo como uma espécie de “déspota benevolente”. Tal como explica Gunning,<sup>51</sup> a estrutura governamental deixou de ser vista como uma “entidade” movida pelo interesse público e sempre disposta a desenhar políticas públicas voltadas à correção de falhas de mercado (a exemplo dos monopólios naturais e das externalidades negativas). Ao invés disso, partiu-se para uma visão realista dos processos políticos, em que a busca da eficiência na realização dos objetivos sociais é relegada a objetivos geralmente secundários.

O rol de temas estudados para destrinchar os processos de tomada de decisões coletivas é bastante extenso. Os autores se debruçam sobre a análise da Constituição, do Poder Legislativo, da burocracia estatal, dos partidos políticos, dos grupos de interesse, das campanhas eleitorais, das regras e das dinâmicas de votação.<sup>52</sup> É desses estudos que decorre, por exemplo, a ideia de

---

<sup>49</sup> TOLLISON, Robert D. *Politics as public choice*. Carmel, Indiana; Liberty Fund, Inc., 2000. (The collected works of James M. Buchanan, v. 13). Ou, como afirma Buchanan: “Na perspectiva da teoria da escolha pública, devidamente compreendida, simplesmente não existem elementos como ‘objetivos sociais’, ‘metas nacionais’ ou ‘funções de bem-estar social’”. James M. Buchanan, *The public choice perspective*, op. cit., p. 71. Tradução livre.

<sup>50</sup> TULLOCK, Gordon; SELDON, Arthur; BRADY, Gordon L. *Falhas de governo: uma introdução à teoria da escolha*. Tradução de Roberto Fendt. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2005. p. 28.

<sup>51</sup> J. Patrick Gunning, *Understanding democracy*, op. cit.

<sup>52</sup> Veja-se, portanto, que os estudos se direcionam a políticos, legisladores, burocratas, eleitores e lobistas, buscando analisar as interações entre esses atores nas arenas tipicamente políticas. Interações essas, vale frisar, movidas por uma lógica de oferta e demanda. Por conseguinte, sendo essas preocupações, os autores da *public choice* deixam de tomar por foco o funcionamento do Poder Judiciário.

*rent-seeking*, que traduz as várias maneiras pelas quais os indivíduos capturam o processo político para redistribuir riquezas de terceiros para si.<sup>53-54</sup> Seria o caso, *e.g.*, de uma fabricante de carros que, com vista a reduzir a competição, contribuisse para a campanha política de um candidato declaradamente favorável a restrições mais severas no mercado de importação de automóveis.

Fato é que, independentemente do foco adotado, os estudos revelam-se bastante pessimistas quanto à democracia. De um lado, agentes políticos em exercício de mandato e pretensos candidatos ambicionam a reeleição ou a eleição, respectivamente e, para isso, agem orientados em prol da captação de votos e de poder. De outro lado, os eleitores em geral, submetidos à regra da maioria, têm baixo incentivo para investir tempo, dinheiro e energia com vista ao exercício informado do voto. Por maior que seja o esforço, a percepção geral do eleitorado é de que o voto individual apresenta pouquíssima chance de ser decisivo. Daí porque, ao fim e ao cabo, não votar ou não se informar para votar acaba representando uma decisão racional.<sup>55</sup>

E os burocratas? Para eles, a maximização de utilidades giraria em torno de aumentos de salários, gratificações, reputação, ganho de poder e de influência. Isso aponta para uma disputa entre as agências e repartições públicas por orçamentos inflados, o que acaba por funcionar como um incentivo para a criação de custos artificiais. Afinal, custos maiores significam orçamentos maiores. Por conseguinte, é reduzido o incentivo que os burocratas têm para economizar.

Mas o ciclo vicioso vai além. Por que, afinal, o excesso de gastos da burocracia, ou sua baixa *performance*, não são reprimidos? Como explicam Mercurio e Medema, há uma cadeia de interesses perversos por trás da manutenção do quadro de ineficiência crônica. Com efeito, como políticos e legisladores almejam votos, eles buscam atender a grupos de interesse ávidos por maximizar os ganhos próprios que lhes prometam fidelidade política – ou mesmo apoio financeiro. Esses grupos, a seu turno, muitas vezes dependem para as suas atividades da regulação editada por determinado órgão ou

---

<sup>53</sup> Nicholas Mercurio e Steven G. Medema, *Economics and the law*, op. cit., p. 166.

<sup>54</sup> J. Patrick Gunning, *Understanding democracy*, op. cit., p. 9. Na definição do autor: “*Rent seeking consists of legitimate, non-voting actions that are intended to change laws or administration of laws such that one individual and/or group gains at the same or greater expense to another individual or group*” (p. 348). Ver, também, Gordon Tullock, Arthur Seldon e Gordon L. Brady, *Falhas de governo*, op. cit., p. 55: “[...] trata-se do uso de recursos reais com o fim de gerar renda econômica para as pessoas, sendo que as próprias rendas econômicas provêm de alguma atividade que tem um valor social negativo”.

<sup>55</sup> Nicholas Mercurio e Steven G. Medema, *Economics and the law*, op. cit., p. 184-185.

entidade, e, por isso, ou não querem mudar “as regras do jogo”, ou querem influenciar a sua eventual modificação. Logo, os políticos “apadrinhados” são levados a apoiar essas unidades burocráticas, mediante incremento de seus orçamentos ou enfraquecimento da fiscalização sobre elas. Ao mesmo tempo, perdem o incentivo e a capacidade para conceber estratégias que eliminem a ineficiência.<sup>56</sup>

Como se vê, a *public choice* aposta em uma descrição realista do funcionamento da máquina pública, com viés notadamente pessimista. Nisso a teoria pode ser alvo de críticas, pois desconsidera que a realidade, plural, também acomoda indivíduos bem intencionados. Isto é, cidadãos, políticos e burocratas que agem movidos por um compromisso cívico e senso de responsabilidade social genuínos.<sup>57</sup> De toda forma, essa dose de realidade tem a contribuir para o desafio de se pensar e atualizar o direito administrativo em geral, e, especificamente, a sua vertente sancionatória. No tópico a seguir, apresentam-se algumas reflexões que seguem nesse sentido.

#### 4.2 Public choice e o exercício do poder punitivo pela administração: algumas reflexões

O conjunto de ideias desenvolvido pelos autores da teoria da escolha pública leva a reflexões profundas sobre a política e a burocracia em geral, especialmente em países como o Brasil, marcado por níveis endêmicos de

---

<sup>56</sup> Nicholas Mercurio e Steven G. Medema, *Economics and the law*, op. cit., p. 189.

<sup>57</sup> O homem “de carne e osso” nem sempre atua movido apenas por cálculos de custos e benefícios, e é possível que sequer consiga realizar esses cálculos na maior parte das vezes, em virtude de diferentes vieses cognitivos a que está sujeito (a exemplo de percepções equivocadas da realidade). Questionamentos desse tipo foram bastante enfatizados pela *Behavioral Law and Economics*, uma corrente da análise econômica do direito que surgiu justamente para reagir às construções racionalistas das Escolas de Chicago e de Virgínia. São estudos sensíveis aos fatores psicológicos, sociológicos, culturais, emocionais, morais e éticos que orientam o comportamento humano. Em linhas gerais, os autores dessa Escola levaram para o campo jurídico as contribuições da chamada economia comportamental, a fim de trazer à tona o fato (empiricamente incontestável) de que a racionalidade humana é limitada. Na vida real, é esperado que o indivíduo se deixe levar por emoções e padrões culturais ao decidir. Além disso, ele não age de maneira egoísta sempre, mas também pode assumir comportamento deliberado e verdadeiramente altruísta. Esses estudiosos, portanto, recorrem a estudos empíricos para concluir e provar que o comportamento humano é sistematicamente irracional. É comum que decisões sejam tomadas não de forma consciente e voluntária, mas influenciadas por razões de outra ordem, como padrões culturais e aspectos psicológicos. Da mesma forma, é natural que decisões sejam tomadas com base em erros de diagnóstico provocados justamente por razões desse tipo. Afinal, são diversos os fatores com potencial para interferir na dimensão cognitiva e decisória dos indivíduos.



corrupção. Mas esse olhar crítico é especialmente pertinente no campo da competência sancionatória exercida pelo poder público.

Realmente, a *public choice theory* prega que a política e a burocracia sejam compreendidas sem romantismo,<sup>58</sup> a partir da premissa de que o agente público usa (ou é permanentemente tentado a usar) a máquina estatal em proveito próprio ou da repartição à qual está vinculado. Se é assim, o campo sancionatório é especialmente propício para a realização desse objetivo egoísta e condenável. Nele, pode-se cogitar de manobras como:

- (i) A *tipificação* de infrações despropositadas ou em desvio de finalidade, gestadas para atender a grupos de interesse ou para funcionar como meio de barganha do agente público, em troca de favorecimentos ilícitos;
- (ii) A *aplicação* de sanções despropositadas ou em desvio de finalidade, como forma de atender a grupos de interesse ou, ainda, como meio de barganha do agente público na negociação por favorecimentos ilícitos;
- (iii) A *aplicação* desproporcional e excessiva de penalidades, especialmente as de caráter pecuniário, que superdimensionem a importância da entidade fiscalizatória e inflem seus orçamentos. A propósito, esse tipo de desvio foi referido por Alexandre Santos de Aragão como “uma certa espetacularização” da atividade sancionatória das agências reguladoras, consistente na aplicação de sanções “[...] com critérios sempre tendentes a aparentar a maior rigidez possível, comprometendo potencialmente a saúde financeira das empresas e, no limite, no caso de reincidências, até mesmo sua permanência em atividade”.<sup>59</sup>

Por evidente, a ideia não é afirmar que toda atividade sancionatória esteja contaminada por interesses escusos a ponto de merecer reformulação. Na verdade, o ferramental desenvolvido pelos autores da *public choice* pode contribuir para (i) o diagnóstico dos problemas no funcionamento da máquina pública e suas causas, assim como para (ii) a prevenção de colapsos futuros, mediante a concepção de modelos institucionais efetivamente capazes de lidar com a realidade (pessimista) desvendada pela teoria da escolha pública.

---

<sup>58</sup> Ver James M. Buchanan, *The public choice perspective*, op. cit., p. 45-59.

<sup>59</sup> Prefácio escrito por Alexandre Santos de Aragão referente à seguinte obra: LELLIS, Mauro M.; BERNARDES, Gabriel F. *Da base de cálculo das penalidades aplicadas pela Aneel*. Rio de Janeiro: Synergia, 2006.

Por exemplo: nos setores regulados, há questionamentos frequentes acerca da racionalidade dos esquemas fiscalizatórios e sancionatórios adotados pelas agências reguladoras, que usualmente se baseiam na aplicação de multas severas aos agentes regulados. Além da crítica já mencionada anteriormente, relacionada com a “espetacularização” dessa atividade, Floriano de Azevedo Marques questiona a eficiência das multas como instrumento voltado a assegurar que os agentes regulados — especificamente as concessionárias — prestem serviços de qualidade. Segundo o autor, não bastasse o excesso de recursos, capaz de protelar o pagamento dessas sanções, não haveria qualquer garantia de destinação dos valores quitados para a melhora dos serviços. Por isso, penalidades mais eficientes seriam aquelas voltadas a atingir as fontes de receitas das empresas, como a proibição de contratação de novos clientes. E complementa: “Quando o regulador não age de forma preventiva e apenas reage às panes nos serviços, aplicando multas de forma intempestiva, geralmente erra na dosimetria e no embasamento da sanção. Isso faz com que essas decisões possam ser contestadas no futuro”.<sup>60</sup>

Poder-se-ia perguntar: por que o regulador insiste na atuação coercitiva (*a posteriori*), ao invés de agir de forma preventiva? 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?

É para responder a perguntas como essas e orientar a construção de soluções que a teoria da escolha pública pode contribuir. Pode ser que o motivo para a reiteração de uma prática ultrapassada e ineficiente esteja na má qualificação dos servidores à frente da instituição e sua consequente incapacidade técnica para endereçar mudanças. Mas pode ser, também, que existam, isolada ou adicionalmente, outros tipos de interesses. A aplicação de sanções rigorosas e reiteradas pode ser vista pelos agentes estatais como oportunidade para a obtenção de vantagens ilícitas, como moeda de troca em negociações com grupos de interesse, ou, ainda, como estratégia de supervalorização da importância — e do orçamento — da respectiva unidade burocrática.

Nesse sentido, o diagnóstico crítico e pessimista traçado pelos autores da *public choice* pode auxiliar a compreender as disfunções que acometem o exercício do poder sancionatório pela administração. De todo modo, esse

---

<sup>60</sup> MARQUES, Floriano Azevedo. Estatais não quitam 78% das multas aplicadas por agências reguladoras. *O Globo*. Disponível em: <<https://goo.gl/v8TEZE>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

potencial depende da efetiva realização de estudos empíricos, o que, por si só, já responderia em grande medida para um incremento de racionalidade em torno das discussões sobre o tema.

## 5. Considerações finais

A expansão acelerada por que passou o direito administrativo sancionador atrai a necessidade de reflexões urgentes em torno do papel, da função e do regime jurídico a que estão submetidos esse ramo do direito e suas ferramentas. Como se demonstrou ao longo do artigo, análises desse tipo são especialmente importantes diante das transformações do mundo, da forma de atuação do Estado na economia e da realidade jurídica brasileira, sobretudo a partir da Constituição de 1988. É preciso pensar em meios e modos para tornar as infrações e sanções administrativas mais racionais e eficientes. Uma tarefa que, sem dúvida, é complexa, mas que não invalida o esforço em torno de correções de rumo e da definição de tendências<sup>61</sup> capazes de iluminar, criticamente, tanto os raciocínios teóricos, quanto os desafios de ordem prática enfrentados por aqueles que militam nessa seara.

No presente artigo, defendeu-se que um olhar pragmático, sensível ao estudo das consequências e à observação empírica, pode contribuir nesse sentido. E, para tanto, as contribuições trazidas por autores da análise econômica do direito despontam como um importante ferramental. De um lado, a lógica de incentivos econômicos revelada pela Escola de Chicago permite compreender melhor o comportamento dos agentes privados e suas possíveis reações à legislação. Isso potencializa a construção de modelos sancionatórios mais conscientes e eficientes. De outro lado, os estudos que integram a chamada teoria da escolha pública, desenvolvida por pensadores da Escola de Virgínia, ajudam a entender as disfunções e perplexidades no funcionamento da máquina estatal. O olhar duro e sem romantismo a que se apegam esses autores busca desvendar a rede intrincada de interesses que movem os agentes

---

<sup>61</sup> Nessa lógica, Fernando Menezes define tendência como “[...] o elemento dinâmico a unificar passado, presente e futuro”. Ela se apresenta sob a forma: “[...] dos problemas, dos desafios mais relevantes a serem enfrentados pela teoria, em sua função de compreender a realidade jurídica do direito administrativo e, ao mesmo tempo, justamente por fornecer elementos de melhor compreensão, de influenciar a evolução dessa realidade”. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Formação da teoria do direito administrativo no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 411.

públicos, o que é da maior relevância. Esse pode ser um importante norte para se explicar, e.g., a persistência de práticas sancionatórias excessivas e pouco eficientes pelas agências reguladoras.

Enfim, explorar abordagens desse tipo é não apenas aconselhável, mas necessário e premente. Vale um exemplo final para provar o argumento. Em 2009, por intermédio da Tomada de Contas nº 022.631/2009-0, o Tribunal de Contas da União (TCU) pôs-se a fiscalizar a atividade sancionatória das agências reguladoras federais e de alguns outros órgãos e entidades administrativos.<sup>62</sup> Ao cotejar o valor das multas aplicadas e o das efetivamente arrecadadas no período de 2005 a 2009, o TCU verificou que, em média, apenas 3,7% do montante aplicado teriam ingressado nos cofres públicos (ver o Acórdão nº 1.817/2010), o que constitui um resultado alarmante por dois motivos: tanto pelo valor expressivo de receita potencial não realizada em favor do erário (estimado em cerca de R\$ 24,9 bilhões) quanto pelo comprometimento da eficácia da atividade sancionatória estatal.<sup>63</sup>

Diante desse quadro, os ministros determinaram que as unidades fiscalizadas prestassem um conjunto de informações relacionadas com as causas para a baixa *performance* na arrecadação, bem como com a previsão de mecanismos para mitigá-las. O material coletado foi analisado no bojo do Acórdão nº 482/2012. Entre as providências apontadas pelas unidades inspecionadas, mereceram destaque: a edição ou revisão de atos normativos internos;

---

<sup>62</sup> Refere-se ao processo TC 022.631/2009-0. Foram fiscalizadas: Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq); Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT); Agência Nacional de Aviação Civil (Anac); Agência Nacional do Cinema (Ancine); Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel); Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel); Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP); Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS); e Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). O TCU não avaliou os resultados relativos à Agência Nacional de Águas (ANA). Além dessas agências, apuraram-se dados: da Comissão de Valores Mobiliários, da Superintendência de Seguros Privados, do Banco Central do Brasil, do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis e do próprio Tribunal de Contas da União.

<sup>63</sup> “Em outras palavras, podem-se encontrar situações em que o volume original de multas aplicadas é muito elevado, mas tais multas são canceladas após os recursos administrativos impetrados pelos entes fiscalizados. Caso se verifique uma discrepância elevada entre os valores originalmente aplicados e os que permanecem válidos para cobrança após os recursos administrativos, restará evidenciada uma falha comprometedora da eficiência do ente regulador: ou estaria havendo aplicação inadequada de multas pela fiscalização, seja em termos de procedimentos adotados ou valores estipulados; ou as instâncias que julgam o contencioso administrativo não estariam aptas a manter as multas corretamente aplicadas pela fiscalização. Em qualquer dos casos, haveria desperdício de recursos em um processo ineficiente de autuação e cancelamento posterior das multas, ao mesmo tempo que a eficácia do órgão ou entidade de regulação e fiscalização é minimizada, por não conseguir penalizar de forma satisfatória os entes sob sua regulação” (Acórdão nº 1.817/2010, p. 13).

a implantação de novos sistemas informatizados para a gestão de dados, bem como para o estabelecimento de rotinas, de cobranças administrativas e para o acompanhamento de processos; além do aumento e qualificação de seus quadros de pessoal.<sup>64</sup>

Não há dúvida de que a iniciativa do Tribunal de Contas deve ser tida como valiosa. Coletar dados, mapear a *performance* e buscar medidas para a correção dos problemas é fundamental para o aperfeiçoamento dos modelos fiscalizatórios e sancionatórios. Mas o enfoque analítico adotado pelo TCU, se não chega a ser equivocado, revela-se insuficiente. A partir dos subsídios teóricos desenvolvidos pelas escolas de análise econômica do direito, outras indagações da maior relevância que poderiam ter sido formuladas pelo Tribunal, como a seguintes:

(1) Do ponto de vista da racionalidade econômica, o modelo punitivo baseado em sanções pecuniárias constitui um arranjo jurídico-institucional apto a criar, em relação a cada segmento regulado, os incentivos necessários à conformação da conduta dos agentes privados, considerando-se, para isso, os custos associados à infração (diretos e indiretos) e os benefícios almejados pelo potencial infrator com o ilícito? Afinal, como pontuaram os autores da Escola de Chicago, se for mais atrativo para o agente regulado violar a regulação a cumpri-la, ele terá incentivo para fazê-lo.<sup>65</sup> Isso implicará, potencialmente, mais multas. Mas o maior quantitativo de punições não será indício de que a atividade sancionatória estará cumprindo sua finalidade. Pelo contrário, constituirá evidência de que o arranjo é incapaz de conformar a conduta daqueles a quem se destina.<sup>66</sup>

<sup>64</sup> Acórdão nº 482/2012, p. 40-41. Saliente-se ainda que, em 2014, foi proferida nova decisão em continuidade ao monitoramento iniciado em 2010 e tendo em vista as determinações exaradas em 2012 (Acórdão nº 1.665/2014).

<sup>65</sup> Com efeito, “[u]m problema com a fixação de multas com referência ao custo do crime para a sociedade é que isso pode não ter um efeito dissuasivo se a multa for menor que o benefício obtido pelo criminoso. Se você estiver com muita pressa para chegar a uma reunião com um cliente no horário, e a multa por excesso de velocidade é de apenas trinta euros, você pode considerá-la como um custo que vale a pena suportar (especialmente se houver uma chance de você sequer ser pego). De forma diversa, se a multa for de trezentos euros, seu cálculo racional pode levá-lo a comportar-se de forma diferente (o que dependerá de muitos fatores, como quanto vale o cliente para você, qual a sua taxa horária ou quais são as chances de ser pego)”. “*Crime doesn’t (always) pay: what determines the level of fines?*”, artigo adaptado do cap. 9 de: NIELS, G.; JENKINS, H.; KAVANAGH, J. *Economics for competition lawyers*. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2011. Disponível em: <<https://goo.gl/tfEaaU>>. Acesso em: 10 jan. 2018. Tradução livre.

<sup>66</sup> Ainda sobre os problemas dos incentivos associados à utilização da sanção pecuniária, Daniel Silva Boson observa que a função de tornar a prática da infração não lucrativa *ex ante* pela corporação pode ser inviabilizada por força de restrições jurídicas ou patrimoniais. Isso

(2) De uma perspectiva pragmática, as soluções apresentadas pelos órgãos e entidades para aperfeiçoar sua atividade de *enforcement*, como o alegado aprimoramento de normas, a implantação de novos sistemas informatizados e o aumento e qualificação do quadro de pessoal, revelam-se suficientes? Aliás, elas são factíveis? Ou existem estratégias alternativas menos custosas e potencialmente mais efetivas?<sup>67</sup> Realmente, uma análise comprometida com a eficiência e economicidade não pode desconsiderar o cenário de escassez permanente. Soluções pautadas em dispêndios relevantes tendem a se revelar, por conseguinte, ineficazes ou de alcance limitado. É dizer: inapropriadas para lidar com a baixíssima *performance* detectada pelo TCU em matéria de arrecadação de valores.

(3) Ainda: quais outros fatores relevantes, que não a limitação de recursos humanos e financeiros, poderiam — e deveriam — ter sido considerados no exame da efetividade da atuação punitiva de cada unidade fiscalizada? Por exemplo, à luz das contribuições da Escola de Virgínia, o controlador poderia indagar de que forma (ou em que grau) o ambiente institucional revela-se mais ou menos capturado por interesses não prioritários da agência reguladora, e como esse tipo de influência pode ser combatido, ou ao menos mitigado, em prol da efetiva realização das finalidades públicas.

O que deve ficar claro, em suma, é que a adequação de modelos sancionatórios e sua efetividade perpassam uma análise mais complexa, dinâmica e institucionalmente comprometida, que vai além da verificação do maior ou menor êxito na arrecadação das multas. Até porque o sucesso de uma estratégia regulatória tende a ser inversamente proporcional aos índices de

---

porque, por exemplo, “o teto legal para a multa pode ser relativamente baixo ou o patrimônio atingível da organização pode ser insuficiente para tornar o ilícito não lucrativo”. BOSON, Daniel Silva. Sanções aplicadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) a empresas no cartel do cimento: uma visão da análise econômica das penas. *Revista de Direito Administrativo — RDA*, Rio de Janeiro, v. 272, p. 119-144, maio/ago. 2016. p. 125.

<sup>67</sup> Nessa linha — de se buscarem mecanismos e canais de incentivo para a maior conformação do agente regulado e sua cooperação —, Jonathan Wiener explica que, nos Estados Unidos, a partir da década de 1970, avaliações pautadas em lógicas de incentivos e na real efetividade de ferramentas coercitivas levaram à adoção de uma ótica mais pragmática (e menos moralista) a respeito da regulação. Isso implicou a valorização do uso de instrumentos baseados em incentivos em detrimento daqueles pautados na definição de padrões tecnológicos rígidos. Segundo o autor, após a experiência com os primeiros desenhos regulatórios, que estavam baseados no modelo de comando e controle, verificou-se que a definição de padrões rígidos e penalidades se revelava em muitos casos menos eficiente para estimular o desenvolvimento de novas tecnologias do que os modelos baseados na definição de padrões de *performance*, ou, ainda, naqueles concebidos a partir do “comércio” de *allowances* (a exemplo do mercado de créditos de carbono). Ver Jonathan B. Wiener, *The regulation of technology, and the technology of regulation*, op. cit., p. 485.

punição. Punir menos pode ser um indício da maior capacidade do modelo desenhado para promover a conformidade da conduta de seus destinatários. Em outras palavras, sancionar mais não é evidência *a priori* de efetividade; a rigor, é sinal do maior desrespeito às regras estabelecidas. Da mesma forma, não é necessariamente verdadeira a premissa da qual o TCU partiu de que as agências seriam ineficientes por arrecadarem valores inferiores aos das multas aplicadas. Na prática, isso pode estar relacionado com outras causas, como a eventual utilização de meios alternativos de correção dos desvios, a exemplo da substituição da sanção por compromissos de investimento. O ponto é que o dado numérico, por si só, diz pouco.

Daí a importância de se construírem raciocínios analíticos mais criativos e sensíveis a elementos de complexidade, os quais podem contar com a ajuda da economia. Devem-se buscar caminhos metodológicos que auxiliem na delimitação de premissas fáticas adequadas, na fixação de linhas de investigação corretas e no alcance de diagnósticos mais precisos em torno das reais (d)eficiências das práticas sancionatórias. Tudo isso é parte fundamental de um programa mais ambicioso — porém necessário e urgente — de melhora regulatória.

## Referências

- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.
- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Formação da teoria do direito administrativo no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- ARAÚJO, Thiago Cardoso. *Uma proposta modesta: uma visão da análise econômica do direito à luz da teoria dos sistemas e possibilidades de sua aplicação*. Tese (doutorado em direito) — Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.
- ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [meta] teoria normativa da decisão judicial: caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

BECKER, Gary S. *Crime and Punishment: an economic approach*. Disponível em: <<https://goo.gl/QJPRbG>>. Acesso em: 16 dez. 2016.

BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

BOSON, Daniel Silva. Sanções aplicadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) a empresas no cartel do cimento: uma visão da análise econômica das penas. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 272, p. 119-144, maio/ago. 2016.

BUCHANAN, James M. The public choice perspective. In: \_\_\_\_\_. *Politics as public choice*. Carmel, Indiana: Liberty Fund, Inc., 2000. (The collected works of James M. Buchanan, v. 13).

CALABRESI, Guido. Some thoughts on risk distribution and the law of torts. *Yale Law Journal*, v. 70, n. 4, p. 499-553, mar. 1961.

\_\_\_\_\_. *The future of law and economics: essays in reform and recollection*. New Haven; Londres: Yale University Press, 2016.

COASE, Ronald H. The problem of social cost. *Journal of Law and Economics*, v. 3, 1961.

CYRINO, André Rodrigues. *Direito constitucional regulatório: elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Rámon R. *Curso de derecho administrativo*. 9. ed. Madri: Civitas, 2004. v. 2.

GUNNING, J. Patrick. *Understanding democracy: an introduction to public choice*. Disponível em: <<https://goo.gl/xYPY7t>>. Acesso em: 29 maio 2017.

LELLIS, Mauro M.; BERNARDES, Gabriel F. *Da base de cálculo das penalidades aplicadas pela Aneel*. Rio de Janeiro: Synergia, 2006.



MARQUES, Floriano Azevedo. Estatais não quitam 78% das multas aplicadas por agências reguladoras. *O Globo*. Disponível em: <<https://goo.gl/v8TEZE>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

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.

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the law: from Posner to postmodernism and beyond*. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 2006.

MORENO, Natália de Almeida. Tecnologias regulatórias piramidais: responsive regulation e smart regulation. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, v. 13, n. 49, p. 125-158, jan./mar. 2015.

MOSES, Lyria Bennett. How to think about law, regulation and technology: problems with ‘technology’ as a regulatory target. *Law, Innovation and Technology*, v. 5, n. 1, p. 1-20, 2013. Disponível em: <<https://goo.gl/SGVxWN>>. Acesso em: 16 dez. 2016.

NIELS, G.; JENKINS, H.; KAVANAGH, J. *Economics for competition lawyers*. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2011. Disponível em: <<https://goo.gl/tfEaaU>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OTERO, Paulo. *Manual de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2013. v. 1.

PEREIRA, Paulo Trigo. A teoria da escolha pública (public choice): uma abordagem neoliberal? *Análise Social*, v. 32, n. 141, p. 419-442, 1997.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercado*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

POSNER, Richard. Values and consequences: an introduction to economic analysis of law. *Program in Law and Economics Working Paper*, n. 53, University of Chicago Law School. Disponível em: <<https://goo.gl/Zbf7sS>>. Acesso em: 29 maio 2017.

\_\_\_\_\_. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

ROMAN CORDERO, Cristián. El derecho administrativo sancionador en Chile. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, a. 8, n. 16, p. 89-101, 2009.

SALES, Carla Vanessa. *Entre instituições e racionalidade: o federalismo na ciência política contemporânea*. Dissertação (mestrado em ciência política) — Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2006.

SUNSTEIN, Cass R. *Laws of fear: beyond the precautionary principle*. Nova York: Cambridge University Press, 2005.

\_\_\_\_\_; THALER, Richard H. *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness*. New Haven, CT: Yale University Press, 2008.

TOLLISON, Robert D. *Politics as public choice*. Carmel, Indiana: Liberty Fund, Inc., 2000. (The collected works of James M. Buchanan, v. 13).

TORRES, Ricardo Lobo. A segurança jurídica e as limitações constitucionais ao poder de tributar. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (Rede)*, Salvador, n. 4, 2005. Disponível em: <<https://goo.gl/fdXsyD>>. Acesso em: 16 dez. 2016.

TULLOCK, Gordon; SELDON, Arthur; BRADY, Gordon L. *Falhas de governo: uma introdução à teoria da escolha*. Tradução de Roberto Fendt. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2005.

VERMEULE, Adrian. Our Schmittian administrative law. *Harvard Law Review*, v. 122, p. 1095-1149, 2009.

WIENER, Jonathan B. The regulation of technology, and the technology of regulation. *Technology in Society*, v. 26, 2004. Disponível em: <<https://goo.gl/DVHWfy>>. Acesso em: 16 dez. 2016.