PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC/SP

Victor Carvalho Pessoa de Barros e Silva

Acordos administrativos substitutivos de sanção

Mestrado em Direito Administrativo

São Paulo

2019

Victor Carvalho Pessoa de Barros e Silva

Acordos administrativos substitutivos de sanção

Dissertação apresentada no Mestrado em Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, na linha de pesquisa "Efetividade do Direito Público e Limitação da Intervenção Estatal", como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito e com a orientação do Professor Doutor Jacintho Silveira Dias de Arruda Câmara.

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP

Mestrado em Direito Administrativo

São Paulo

2019

Victor Carvalho Pessoa de Barros e Silva

Acordos administrativos substitutivos de sanção

Dissertação apresentada no Mestrado em Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, na linha de pesquisa "Efetividade do Direito Público e Limitação da Intervenção Estatal", como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito e com a orientação do Professor Doutor Jacintho Silveira Dias de Arruda Câmara.

Aprovada em: ___ de _____ de 2019.

BANCA EXAMINADORA

_____

Prof. Dr. Jacintho Silveira Dias de Arruda Câmara – Orientador

_____

Prof. Dr. Luis Manuel Fonseca Pires

_____

Prof. Dr. Rodrigo Pagani de Souza

AGRADECIMENTOS

Chegou a hora de registrar os meus profundos agradecimentos às pessoas que tanto ajudaram no meu caminhar por todo o período do mestrado. A presente dissertação pode ser tida como o último passo deste, mas não o seu ponto final. O mestrado é e continuará sendo o momento que tive contato com a profusão de ideias, experiências e conhecimentos que marcarão a minha vida. E isso não tem preço. Razão pela qual, fundamental registrar o meu respeito e o meu muito obrigado àqueles que estiveram ao meu lado.

Ao meu orientador, Professor Jacintho Silveira Dias Arruda Câmara, por ter me ensinado, desde a Pós-Graduação, não só lições sobre direito administrativo, mas também sobre o magistério e outros temas que contribuíram para a minha formação. Meus sinceros agradecimentos à orientação e às singulares contribuições.

À minha família, Mário, Ana Maria, Arnaldo e Raissa, por sempre terem acreditado em mim, e não medirem esforços para a concretização dos meus sonhos.

À minha esposa, Bianka, por toda inspiração, equilíbrio e consolo proporcionados durante toda a jornada. Sem você, nada disso teria sido possível.

Agradeço a todos os meus amigos que contribuíram direta ou indiretamente na construção deste trabalho, com contribuições à dissertação e apoio presentes em todos os momentos. Fatores que tornaram a caminhada do mestrado mais leve. Um agradecimento especial a Nara Carolina Merlotto, Maria Virginia Mesquita Nasser, Roberto Tadao Magami Junior, Genilson Rodrigues Carreiro e Pericles Ferreira de Almeida.

RESUMO

BARROS E SILVA, Victor Carvalho Pessoa de. *Acordos administrativos substitutivos de sanção*. 2019. 135 p. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019.

Esta dissertação tem como finalidade aprofundar os estudos relacionados ao tema da consensualidade, no tocante aos acordos administrativos substitutivos de sanção. A partir de uma constatação teórica e normativa, é possível inferir que a consensualidade cada vez mais se coloca à disposição para proporcionar meios mais eficientes para a Administração Pública lograr êxito em suas funções. No cenário sancionador não é diferente. A opção pelo consenso em detrimento à aplicação de sanção administrativa cada vez mais é normatizada e difundida, de modo a angariar maior segurança às partes acordantes e a criar uma cultura consensual. No entanto, apesar de a negociação poder ser vista como um mecanismo para se chegar a eficiência administrativa, ela apresenta algumas barreiras, tendo em vista que a sua implementação acarreta a derrogação de certas prerrogativas estatais. Propõe-se, assim, detalhar os instrumentos que materializam os acordos administrativos substitutivos de sanção e traçar os seus aspectos regulatórios em comum, como forma de padronizar e conferir maior previsibilidade à ação administrativa consensual. No primeiro capítulo, é retratada a evolução do direito administrativo com o correspondente enquadramento da consensualidade. No segundo, há uma confrontação de argumentos prós e contras à adoção dos acordos administrativos substitutivos de sanção. Na sequência, o estudo é dedicado à definição, positivação, natureza jurídica e instrumentalização dos acordos administrativos substitutivos de sanção. Ao final, as controvérsias, os problemas e os desafios identificados na prática dos acordos administrativos substitutivos de sanção são apresentados a partir da singularização dos aspectos regulatórios. Na conclusão, as questões e propostas esboçadas ao longo da dissertação são sumarizadas.

Palavras-chave: Consensualidade. Acordos administrativos substitutivos de sanção. Negociação. Medidas reparadoras de condutas. Termos de compromisso. Acordos de leniência. Aspectos regulatórios.

ABSTRACT

BARROS E SILVA, Victor Carvalho Pessoa de. *Substitutive agreements for administrative sanction*. 2019. 135 p. Dissertation (Master) – Pontifical Catholic University of São Paulo, São Paulo, 2019.

This essay intends to probe the subject of consensuality, related to the substitutive agreements for administrative sanction. From a theoretical and normative observation, it is possible to infer that consensuality is increasingly available to provide the use of means more efficient by the Public Administration to succeeded in its functions. In the sanctioning scenario it is no different. The choice of consensus over administrative sanctions is increasingly standardized and widespread in order to increase the security of agreed parties and create a consensual culture. However, although a negotiation can be seen as a mechanism for administrative management, it has some barriers, as its implementation entails a derogation from certain state prerogatives. Thus, it is proposed to detail the instruments that materialize the substitutive agreements for administrative sanction and to track their common regulatory aspects, as a way of standardizing and verifying greater predictability for consensual administrative action. The first chapter portrays the evolution of administrative law with the corresponding consensus adjustment. In the second, there is a confrontation of pros and cons arguments for the adoption of substitutive agreements for administrative sanction. Subsequently, the study is dedicated to the definition, positivization, legal nature and instrumentalization of substitute agreements for administrative sanction. Finally, the controversies, the problems and challenges identified in the practice of substitutive agreements for administrative sanction are presented from the singularization of the regulatory aspects. In conclusion, the questions and proposals outlined throughout the dissertation are summarized.

Keywords: Consensuality. Substitutive agreements for administrative sanction. Negotiation. Repair measures for coducts. Consent decree. Leniency agreements. Regulatory aspects.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 9

1. A EVOLUÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO: DA ATIVIDADE IMPERATIVA À ATUAÇÃO CONSENSUAL 14

1.1 A mutação do direito administrativo no Brasil 14

1.2 A consensualidade administrativa, sua incursão nas experiências estrangeiras e o modelo adotado no direito administrativo brasileiro 18

1.3 A consensualidade como gênero, o acordo administrativo como espécie e o acordo administrativo substitutivo de sanção como subespécie 24

1.4 Síntese do capítulo 26

2. A ADOÇÃO DOS ACORDOS ADMINISTRATIVOS SUBSTITUTIVOS DE SANÇÃO: RESISTÊNCIA *VERSUS* EFICIÊNCIA 28

2.1 Obstáculos ao emprego dos acordos administrativos substitutivos de sanção 28

2.1.1 Supremacia do interesse público sobre o interesse privado e indisponibilidade do interesse público 29

2.1.2 A legalidade como possível óbice à adoção dos acordos administrativos substitutivos de sanção 35

2.1.3 Há previsão normativa específica para celebração de acordos administrativos substitutivos de sanção? 39

2.2 Justificativas para a adoção dos acordos administrativos substitutivos de sanção 41

2.2.1 Lógica da adoção dos acordos administrativos substitutivos de sanção . 41

2.2.2 A busca pela eficiência administrativa 49

2.3 Síntese do capítulo 53

3. OS ACORDOS ADMINISTRATIVOS SUBSTITUTIVOS DE SANÇÃO NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO 55

3.1 Definição dos acordos administrativos substitutivos de sanção 55

3.2 A origem dos acordos administrativos substitutivos de sanção no direito positivo brasileiro 56

3.3 Natureza jurídica dos acordos administrativos substitutivos de sanção..... 62

3.4 Tipos de instrumentos que materializam os acordos administrativos substitutivos de sanção..... 66

3.4.1 Medidas reparadoras de condutas 67

3.4.2 Termos de compromisso..... 70

3.4.3 Acordos de leniência 75

3.5 Síntese do capítulo 83

4. OS INSTRUMENTOS REPRESENTATIVOS DOS ACORDOS ADMINISTRATIVOS SUBSTITUTIVOS DE SANÇÃO: CONTROVÉRSIAS, PROBLEMAS E DESAFIOS IDENTIFICADOS EM SUA PRÁTICA 86

4.1 Os aspectos regulatórios e a metodologia de pesquisa para sua identificação..... 86

4.2 Sobreposição de competência e efeitos decorrentes da celebração dos acordos administrativos substitutivos de sanção..... 88

4.3 Destinação dos valores arrecadados com a celebração dos acordos administrativos substitutivos de sanção..... 98

4.4 Benefícios “contratualizáveis” nos acordos administrativos substitutivos de sanção..... 104

4.5 Cláusulas obrigatórias a serem incorporadas aos acordos 105

4.6 A fiscalização dos acordos administrativos substitutivos de sanção..... 110

4.7 O controle externo dos acordos administrativos substitutivos de sanção 111

4.7.1 Controle exercido pelo Poder Judiciário em face dos acordos administrativos substitutivos de sanção 114

4.7.2 Controle exercido pelo Tribunal de Contas da União em face dos acordos administrativos substitutivos de sanção 116

4.8 Síntese do capítulo 120

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS 122

REFERÊNCIAS.....126

INTRODUÇÃO

Desde sua concepção até os dias atuais, o direito administrativo foi influenciado pelos aspectos sociais, econômicos e políticos, de modo que sofreu profunda modificação seja em seus alicerces estruturais ou até em suas particularidades.

Não é difícil perceber que o Estado tomou rumos completamente distintos de outrora, sendo atualmente mais integrativo, participativo e democrático. Tais feições igualmente foram transplantadas ao tratamento legislativo que, por sua vez, teve que se moldar para garantir a aderência jurídica necessária para amparar os atos estatais. Em outras palavras, a mutabilidade das normas legais tinha – e ainda tem, por vezes – como fulcro acorrer às pretensões do Estado.

Entretanto, não se pode ignorar que certas características sobrevivem desde seu nascituro até os dias atuais, operando efeitos no campo acadêmico e, eventualmente, no cenário legal. É o que se observa com relação, por exemplo, aos princípios da supremacia do interesse público sobre o interesse privado e ao da indisponibilidade do interesse público. Esses princípios são utilizados para fundamentar uma ação ordenadora da Administração Pública, que, por muitas vezes, deriva deles competências sancionatórias.[1]

Ficou incorporada a crença de uma dogmática, herdada de Otto MAYER,[2] que conferiu relevo à ação da Administração Pública por meio das prerrogativas do poder estatal. Tal visão, dita tradicional, parte de uma consciência de que a figura do ato administrativo é o instrumento singular para fazer valer a finalidade do exercício das atividades administrativas.

O desenvolvimento e a complexidade das relações administrativas sucedidas pelas constantes transformações econômicas acarretaram a percepção de que o Estado, como figura única na vida social, não é mais suficiente para a promoção e satisfação de todas as políticas necessárias.

A compreensão de que Administração Pública não consegue sequer prover, de forma unitária, os instrumentos capazes para satisfazer as necessidades básicas dos cidadãos

---

1 Embora algumas vozes defendam a obsolescência de tais princípios no ordenamento jurídico brasileiro, não se pode desprezar sua influência no quadro legislativo existente no País.

2 MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*. Buenos Aires: Depalma, 1949. t. 1, p. 50.

é notória, podendo ser constatada, por exemplo, por meio do fomento à atuação do particular para esse desiderato, bem como para sua presença nos aspectos decisórios, dada a propagação de novos e diferentes instrumentos jurídicos que estimulam tal relação. O Estado Contemporâneo é modesto,[3] e, por isso, necessita se relacionar com os atores privados.

Nesse sentido, é preciso reconhecer a perda da onipotência e autossuficiência estatal, de modo a amparar a necessidade de sinergia com os particulares, para ampliar o leque de recursos, conhecimentos e capacidades que visam maximizar as atividades e decisões administrativas.

O administrado deixou a posição de outrora, representativa de um aspecto de submissão, passando a ter voz na relação com a Administração Pública.[4]

Por mais que a relação público *versus* privado tenha ganhado novos ares, não se pode deixar de notar a preservação de um dogma que ilustra esse relacionamento de maneira adversarial, separando cada parte em polos opostos.

Assim, certas lições acadêmicas foram concebidas com base num viés de autoridade, com a noção de que o Estado está acima do particular, em posição de superioridade, dotado de poderes especiais – *puissance publique* –, relacionada ao regime administrativo pautado pela centralização administrativa.[5-6]

Todavia, o modo de ver o direito administrativo, fundamentado na soberania e autoridade de outros tempos, cada vez mais é substituído. Fernando Dias MENEZES DE

---

[3] Michel Crozier relata que o Estado moderno é um Estado modesto, que reconhece a complexidade e a interdependência presentes nos problemas sociais e que assume que a resolução destes somente se pode alcançar com a colaboração ativa da própria sociedade (CROZIER, Michel. *Estado modesto, Estado moderno*. Estrategia para el cambio. Fondo de Cultura Económica. 2. ed. 1987 *apud* MENDOZA, Xavier; VERNIS, Alfred. El Estado relacional y la transformación de las administraciones públicas. *In*: LONGO, Francisco; TAMYKO, Ysa (ed.). *Los escenarios de la gestión pública del siglo XXI*. Barcelona: Belsaterra, 2008. p. 51).

[4] Segundo Charles Debbasch, o administrado conservou seu comportamento do século XIX, em face de uma administração do século XXI (DEBBASCH, Charles. Le Droit Administratif face à l'Évolution de l'Administration Française. *Mélanges offerts à Marcel Waline*. Paris: LGDJ, 1974. t. 2, p. 350).

[5] O perfil da autoridade pode ser verificado a partir do exame dos chamados atributos do ato administrativo, que, além de traduzir a soberania estatal, autoriza a utilização da força e violência, caso seja necessário. Nesse sentido, observam-se as lições de Marçal Justen Filho e de Vitor Rhein Schirato (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo.* 11. ed. São Paulo: RT, 2015; e SCHIRATO, Vitor Rhein. Repensando a pertinência dos atributos dos atos administrativos. *In*: _____; MEDAUAR, Odete. *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: RT, 2011).

[6] Maurice Hauriou relaciona a origem da *puissance plubique* à centralidade das funções administrativas, da qual decorrem os direitos exorbitantes e a hierarquia dos agentes estatais (HAURIOU, Maurice. *Précis de Droit Administratif et de Droit Public Géneral*. 11. ed. Bordeaux: Imprimerie Cadout, 1927. p. 3).

ALMEIDA recorda que Sabino CASSESE, ao tecer sobre as mudanças ocorridas no direito administrativo do século XIX ao século XXI, sustenta a alternância da supremacia e unilateralidade, pelo consenso e bilateralidade.[7]

A noção de consensualidade passou, nesse compasso, a ser incorporada ao direito administrativo, estabelecendo parâmetros para formalização de relações mais horizontais e integrativas entre Administração Pública e administrados.

Para tanto, a quebra dos paradigmas ocorrera para possibilitar uma atuação da Administração Pública que encontra maior azo no cenário atual, diante do autorreconhecimento de suas próprias limitações. Dentre elas pode-se citar que o "progresso" atribuído à mutação do mencionado campo do direito ofertou a base necessária para a atuação consensual, entre outras.

Em específico, a mudança de certos enfoques da atividade administrativa, principalmente na seara sancionatória, provocou margem para uma aproximação da Administração Pública com o particular como "uma consequência lógica da redução centralidade do poder autoritário, a fim de obter um "consenso antecipado" do particular e eliminar os custos próprios de uma decisão potencialmente conflituosa".[8] O cenário consensual proporcionou um "enriquecimento do direito administrativo", passível de ser incorporado permanentemente.[9]

A negociação pautada pelo consenso converteu-se numa ferramenta intrínseca ao exercício da função administrativa. Ocorre que a propagação de tal cenário no Brasil está sendo construída de modo pouco ordenado, não podendo tal fato ser menosprezado, mas sim aprofundado.

O campo consensual passou a contar com uma miríade de instrumentos, cada um com um regime jurídico específico, atrelado a um correspondente contexto fático e institucional. Os processos normativos proliferaram com diferentes regras, mas sempre autorizando a celebração de acordos envolvendo a Administração Pública e particulares. Dentre tais instrumentos é possível citar os acordos de colaboração, os acordos integrativos,

---

7 MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato administrativo.* São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 340.

8 TIGANO, Fabrizio. *Recenti profili evolutivi dell'attività amministrativa.* Torino: Giappichelli, 2008. p. 48. *Apud* MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução* cit.

9 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo.* 2. ed. São Paulo: Renovar, 2007. p. 333.

os acordos resolutivos de conflitos, os acordos negociais e os acordos administrativos substitutivos de sanção.

O presente estudo dedica-se ao último modelo consensual mencionado, a saber: os acordos administrativos substitutivos de sanção, isto é, os acordos destinados à comutação da instauração de um processo sancionatório ou até mesmo da aplicação da própria sanção administrativa.[10]

Pretende-se perpassar o histórico da consensualidade, notadamente dos acordos administrativos substitutivos de sanção, bem como identificar sua natureza jurídica. Na sequência, serão apresentados os instrumentos passíveis de ser classificados como tal e as principais características de seu regime jurídico, de modo a identificar os aspectos regulatórios de sua formatação, dada a ampla variação de que é revestida – a depender de cada entidade ou órgão competente – que enseja diferenças na (i) adoção dos instrumentos; (ii) objetivos; (iii) obrigações; (iv) fiscalização; (v) controle, entre outros.

Em outras palavras, pretende-se investigar as eventuais complicações dos aspectos regulatórios dos acordos administrativos substitutivos de sanção, na medida em que a falta de uma diretriz comum pode ocasionar a deturpação da própria racionalidade empregada na utilização do instrumento: a eficiência. A inflação – ou a deflação – normativa pode ocasionar, em alguma medida, a ineficiência das ações administrativas consensuais, diante do fator de instabilidade oriundo de uma atuação sem o adequado cotejamento com a realidade social e jurisprudencial.

Além disso, intenta-se investigar se a multiplicidade dos aspectos regulatórios pode ser satisfatória para alcançar a potencialidade transformadora que os acordos administrativos substitutivos de sanção são capazes de promover, ou não, se serviria tão somente para gerar o nascimento de uma insegurança jurídica tão evitada num Estado Democrático de Direito.

Os acordos administrativos substitutivos de sanção são capazes de cessar situações ilícitas; resgatar verbas públicas; pactuar medidas paliativas, comportamentais e estruturais no âmbito empresarial e operacional; aprimorar determinados setores com

---

[10] Nesse sentido, Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara entendem que "a literatura denomina como acordos substitutivos na esfera administrativa os atos bilaterais, celebrados entre a Administração e particulares, com efeito impeditivo ou extintivo de processo administrativo sancionador e excludente da aplicação ou execução de sanção administrativa" (Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, p. 133, abr./jun. 2011).

obrigações de natureza de investimentos; e consolidar um ambiente que preze pela primazia do tratamento com a Administração Pública.

É de questionar, portanto, se o embaraço na aplicação das normas jurídicas que norteiam a via consensual poderia acarretar um desestímulo à celebração dos acordos administrativos substitutivos de sanção, oferecendo obstáculos à própria efetividade desses instrumentos.

Para cumprir tal propósito, a seguir, no Capítulo 1, será apresentado um breve histórico da Administração Pública consensual, com a demonstração da mutação que ocorrera no direito administrativo, de modo a registrar o desenvolvimento normativo que possibilitou o surgimento da consensualidade e, principalmente, que dará campo para que seja promovida sua consolidação. Ainda nesse capítulo, será realizado o recorte epistemológico do presente estudo, como também tratada sua oportuna classificação jurídica.

No Capítulo 2, a abordagem dedicará esforços, em primeiro lugar, à apresentação de obstáculos ao emprego dos acordos administrativos substitutivos de sanção. Aspectos principiológicos, como também normativos, serão delineados de maneira a registrar os possíveis óbices à utilização da via consensual. Além disso, em sentido contrário, serão anunciadas as razões positivas capazes de fundamentar a adoção do consenso, em substituição às prerrogativas estatais. Para tanto, serão destrinchadas as virtudes dos regimes concertados.

No Capítulo 3, o objetivo estará contido na definição, identificação da origem no direito positivo e acepção da natureza jurídica dos acordos administrativos substitutivos de sanção. Ademais, serão apresentados os instrumentos jurídicos capazes de materializá-lo, com especial atenção a suas diferenças, fins e contextos fático-normativos.

No Capítulo 4, o trabalho considerará os aspectos ainda incertos que circundam os acordos administrativos substitutivos de sanção, tais como a sobreposição de competências e a destinação dos recursos recebidos pelo Poder Público, bem como aclarará a atualização do direito positivo em tal questão, delineando os aspectos preponderantes de sua aplicação.

Em conclusão, serão sumarizadas as ideias e proposições abordadas ao longo do trabalho.

1 A EVOLUÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO: DA ATIVIDADE IMPERATIVA À ATUAÇÃO CONSENSUAL

1.1 A mutação do direito administrativo no Brasil

É possível afirmar que o direito administrativo consiste em um somatório de vieses desenvolvidos mundo afora, acomodados ao longo do tempo e demandados para formação de um regime jurídico adequado.

Especialmente no Brasil, torna-se razoável citar que o direito administrativo corresponde a uma esquematização global, com a conjunção de diversas heranças basilares advindas do direito continental europeu, especialmente o francês, como também de ideias oriundas do sistema norte-americano, pautadas pela melhoria da gestão pública, numa perspectiva mais econômica, tais como: governança, *accountability*, *guidelines* e desestatização.

A mistura brasileira é um tanto quanto *sui generis*, com a conotação de ter transformado o direito administrativo nacional numa grande interação de institutos e conceitos extraídos de outros sistemas jurídicos.[11]

Além da natural dificuldade de adaptar as diferenças existentes nos sistemas estrangeiros e implantá-las no cenário nacional, há, igualmente, o fato de que alguns pensadores não se desfizeram dos princípios clássicos, atrelados à dogmática de cada sistema jurídico, reinterpretando-os em certos casos e elevando-os ao valor de normas em outros.

Outra característica peculiar do direito administrativo brasileiro guarda relação com a aplicação em si das normas jurídicas.

Sobre o assunto, Carlos Ari SUNDFELD já alertava que "as Administrações Públicas que estão nas cabeças do prático e do pensador clássico podem não ser exatamente as mesmas".[12] Tal alerta pressupõe a preocupação de uma possível difusão na aplicação do

---

[11] Nas palavras de Carlos Ari Sundfeld, "não é totalmente sem razão que, ao menos para justificar a importação da doutrina estrangeira, o direito administrativo nacional seja às vezes visto como um simples lote do grande latifúndio jurídico universal" (*Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 124).

[12] Idem, p. 118.

direito seja por um pensador, que detalhará o sistema normativo, seja por um prático, que reproduzirá o comando jurídico por subsunção.

Em outros termos, a preocupação mencionada está associada ao fato de que poderá haver "tantos direitos administrativos quantas forem as visões sobre o conjunto das normas aplicadas à Administração".[13]

Por deter tais características, importante citar que o direito administrativo brasileiro foi construído, inicialmente, numa visão tradicional, com base numa premissa de assegurar os poderes e as prerrogativas da Administração Pública.[14] Com o passar dos anos, o regime administrativista passou a impor o resguardo da supremacia do interesse público, mas sem infringir o bem-estar coletivo.[15] Após, contudo, os avanços da participação social, o contexto econômico, a difusão das informações e a consolidação do Estado Democrático de Direito, as práticas relacionais passaram a exigir da Administração Pública uma postura que promovesse e fomentasse, com maximização, a eficiência, o que a elevou ao incremento da atuação consensual.

No campo acadêmico, e agora não mais se restringindo ao cenário nacional, as transformações ocorridas no direito administrativo foram definidas por maneiras distintas: crise no direito administrativo, [16] novo direito administrativo, [17] evolução do direito administrativo,[18] metamorfose do direito administrativo.[19]

Todavia, independentemente da nomenclatura a ser dada, e, adiantando, sem fazer qualquer juízo de valor sobre elas, é certo que ocorreu uma mutação do direito administrativo para acomodar os vetores que propuseram a evolução dessa ciência, como também para

---

13 SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativos para céticos* cit., p. 122.

14 Para ilustrar o que foi mencionado, v. Hely Lopes Meirelles, segundo o qual a interpretação do direito administrativo deveria levar em consideração o pressuposto da desigualdade existente entre a Administração e os administrados (*Direito administrativo brasileiro*. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 50); como também de José Casalta Nabais, que sustentara a ideia de que o direito administrativo se refere apenas à aplicação de atos de autoridade (*Contratos fiscais.* Coimbra: Editora Coimbra, 1994. p. 24).

15 Cf. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, "o princípio que hoje serve de fundamento para todo o direito público e que vincula a Administração em todas as suas decisões: o de que os interesses públicos têm supremacia sobre os individuais" (*Direito administrativo.* 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 66).

16 PAREJO ALFONSO, Luciano. *Estado Social y Administración Pública*. Madrid: Civitas, 1983. p. 18.

17 V. SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard. *Principes de base d'une reforme du droit administrative*. Revue Française de Droite Administratif. Partie 1, v. 24, n. 3, p. 427, 2008.

18 Cf. CASSESE, Sabino. *Derecho administrativo*: historia y futuro. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, Global Law Press – Editorial Derecho Global, 2014.

19 MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução.* 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 391.

ofertar o campo normativo adequado para o plexo de atividades a serem desenvolvidas pela Administração Pública.[20]

O direito administrativo modificou, para tanto, suas bases estruturais para conferir um campo sólido capaz de recepcionar a atuação de uma Administração Pública mais consentânea com os dias atuais. O uso de metáforas para retratar essa mutação é interessante na medida em que demonstra, por diferentes pontos de vista, o câmbio ocorrido ao longo do tempo, em virtude das mais variadas influências externas que acabaram conferindo tonalidades diversas à regência estatal.[21]

Em cada momento histórico, as vertentes do direito administrativo possuíam razões para existir. O suporte legal que condicionava a atuação administrativa estava, na maioria das vezes, em consonância com o plexo de atividades a ser desenvolvidas pela Administração Pública.

Os grandes escândalos que açoitaram o País ensejaram mudanças imediatas na legislação. É o que se verifica, por exemplo, com o processo de *impeachment* do ex-Presidente Fernando Collor de Melo, provocando a edição da Lei de Improbidade Administrativa, Lei Federal n. 8.429/1992, com as manifestações de rua de 2013, durante a Copa das Confederações, que deram ensejo à edição da Lei Anticorrupção, Lei Federal n. 12.846/2013,[22] no Governo da ex-Presidente Dilma Rousseff, e, mais recentemente, com a deflagração dos esquemas de corrupção no âmbito da operação "Lava Jato", que fomentaram a edição da Lei das Estatais, Lei Federal n. 13.303/2016.[23]

---

[20] CHITI, Mario Pilade. I "nuovi poteri" nel common law: la prospectiva del diritto amministrativo. *Diritto Pubblico*, v. 2, p. 338-409, 2009.

[21] Odete Medauar ensina que a concessão de maior espaço do setor privado não "implicou numa redução do Estado, nem do Direito administrativo; ocorreram, sim, transformações no modo com que o Estado atua; houve, sim, metamorfoses no Direito administrativo" (*O direito administrativo em evolução* cit., p. 391.); Para Leonardo Coelho Ribeiro, a aproximação do Direito e da Economia possibilitou novos contornos à relação entre as instituições, aproximando o operador das normas jurídicas dos conceitos de incentivos passíveis de ser implementados no Direito. Nesse aspecto, Ribeiro propõe uma releitura do direito administrativo como uma "caixa de ferramentas" (Cf. RIBEIRO, Leonardo Coelho. *O direito administrativo como "caixa de ferramentas":* uma nova abordagem da ação pública. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 24).

[22] Segundo a justificativa do próprio Projeto de Lei do Senado Federal n. 105/2015, a Lei Anticorrupção foi uma resposta objetiva à sociedade, indignada diante da escalada de desvios e irregularidades contra a Administração Pública. Foi uma resposta, também, à comunidade internacional, que cobrava medidas mais duras por parte do Brasil no combate à corrupção, até para garantir um ambiente jurídico mais seguro para investimentos no País.

[23] A operação consiste no maior caso de investigação de corrupção do País, que desencadeou, inclusive, em atos ilícitos praticados noutros países. No seu âmago estão envolvidas a Petróleo Brasileiro S.A., empresa

Além disso, a subjetividade no processo de interpretação de normas genéricas, cumulada com o fato de cada vez mais a Administração Pública se deparar com relações complexas, ofertou o indesejável cenário de plurissubjetividade de decisões. Inspirado a obstar os efeitos negativos de tal cenário, o Projeto de Lei n. 7.448, de 2017, fora apresentado, resultando na edição da Lei Federal n. 13.655/2018, que introduziu disposições no Decreto-lei n. 4.657/1942, relativas à segurança jurídica e à eficiência na criação e aplicação do direito público. Dentre tais disposições destaca-se o reforço à Administração Pública consensual, ou dialógica, oriunda de uma concepção moderna de Estado.

Não obstante o fato de a mutação do direito administrativo ter sido promotora de evidências no direito legislado, a promoção dessa Administração Pública consensual ainda hoje é motivo de dissidências no tocante a sua aplicação. Apesar de refutar as controvérsias existentes, é possível compreendê-las, tendo em vista o longo período de uma atuação imperativa, o que possivelmente ocasionou um comodismo a certos operadores do direito.

O que se deve preponderar, no entanto, é que o privilégio à adoção da consensualidade envolve "não uma abdicação do interesse público, mas a sua afirmação à vista das particularidades de um caso concreto que recomendam essa conduta".[24]

Compreender a mutação do direito administrativo brasileiro é valorizar a difusão das técnicas consensuais no campo da ação administrativa. A afirmação dos módulos negociais em lugar dos instrumentos impositivos e unilaterais pode significar o enriquecimento de externalidades positivas, tendo em vista a busca pelo desenvolvimento da participação popular, como pressuposto de democracia,[25] bem como pela eficiência do procedimento administrativo.

---

de capital aberto, cujo acionista majoritário é o Governo do Brasil, e diversas empresas nacionais e estrangeiras com grande atuação no mercado de infraestrutura.

[24] VALLE, Vanice Lírio do. Transigibilidade na Administração Pública: uma faceta da consensualidade ao direito. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 7, n. 27, p. 69-70, out./dez. 2009.

[25] Para José Carlos Vasconcellos dos Reis, o amadurecimento da prática democrática tem levado a um incremento da atuação consensual estatal (As modulações no direito administrativo. *In*: FREITAS, Daniela Bandeira de; VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). *Direito administrativo e democracia econômica.* Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 278).

1.2 A consensualidade administrativa, sua incursão nas experiências estrangeiras e o modelo adotado no direito administrativo brasileiro

Não se pode negar a mutação perpassada pelo direito administrativo. As complexidades culturais, sociais, econômicas e políticas convergiram para uma relação jurídico-administrativa, pautada pela valorização da democracia.

No século corrente, o direito administrativo transformou-se a ponto de modificar tanto as estruturas do Estado quanto a própria governabilidade, acarretando, entre outras coisas, paridade na relação com os administrados. Isso pode ser evidenciado seja no diálogo para a conclusão de decisões, seja na negociação para a formalização de vontades. A passagem de uma relação de imperatividade dá lugar, cada vez mais, a uma relação consensual, marca de uma sociedade pluralista.

A desmistificação na adoção da consensualidade administrativa é notada, igualmente, a partir das lições de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA e Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, considerando-se o reconhecimento da negociação como ferramenta imprescindível na tarefa de administrar,[26] como também do ensino de Massimo Severo Gianinni, ao elencar a administração por acordos como o modo de administração do futuro.[27]

A ideia de que a Administração Pública apenas age de forma unilateral vem se tornando ultrapassada. Os métodos da consensualidade vêm ganhando acolhida tanto no campo acadêmico quanto no direito legislado, o que denota a nova feição do Estado Contemporâneo, atrelada à necessidade de instrumentos flexíveis e plurais para atingir suas finalidades, conforme prescreve Gaspar ARIÑO ORTIZ.[28]

O direito administrativo caminha para o alcance da consensualidade, de modo a valorizar uma postura mais dialógica, negociada e paritária perante o contexto plural que o Estado necessita assumir em face da complexidade dos problemas atuais.

O terreno para consolidação da consensualidade possui amparo na concepção do Estado relacional, que, na visão de Xavier MENDONZA e Alfred VERNIS, é fruto da aceitação

---

[26] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 14. ed. Madrid: Thomson-Civitas, 2008. v. I, p. 685 *apud* MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato administrativo* cit.

[27] GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto administrativo*. 2. ed. Milano: Giuffré, 1988. v. 2, p. 779.

[28] ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *El retorno a lo privado: ante una nueva encrucijada histórica*. *In*: Privatización y liberalización de servicios. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 1999. p. 25.

de que o Estado deixou de ser, se alguma vez já o foi, onipotente e autossuficiente. Para MENDONZA e VERNIS, "en el Estado relacional, los principios de eficiencia y eficacia sociales redefinen el concepto de gestión".[29]

O caminho comentado possui consonância, igualmente, com o previsto em outros regimes jurídicos estrangeiros, como é o caso dos modelos alemão, norte-americano, português, espanhol e italiano, que serão expostos na sequência.[30] Antes, porém, importante apresentar a visão de BREWER-CARÍAS a respeito do tratamento da substituição da decisão unilateral por atos convencionais previstos pelos ordenamentos estrangeiros, haja vista sua consideração de que esse comportamento refere-se a um acordo para fixar a medida de uma sujeição estabelecida legalmente.[31]

Na Alemanha, a Lei de Processo Administrativo, a *Verwaltungsverfahrensgesetz*, conhecida pela sigla *VwVfG*, de 25 de maio de 1976, foi a primeira codificação de procedimentos dos órgãos públicos federais. A *VwVfG* foi o ponto de partida para uma mudança no modo de agir da Administração Pública, uma vez que ela revelou o *iter* procedimental como um espaço conferido à concertação de interesses e à participação dos interessados, com a Administração Pública, para a tomada de suas decisões. Consenso, contrato e ato administrativo, nesse sentido, passaram a constituir as formas de atuação nos procedimentos administrativos alemães.[32]

No § 54 da *VwVfG*, verifica-se a previsão expressa que admite a figura do contrato de direito público. A autoridade administrativa passa a se valer desse instrumento em detrimento da mera edição de um ato administrativo. O vocábulo "contrato" tornou-se demasiadamente aberto. No entanto, Fernando dias MENEZES DE ALMEIDA anuncia que o conceito de contrato público é extraído da doutrina por duas maneiras, sendo, de um lado, o

---

29 MENDOZA, Xavier; VERNIS, Alfred. El Estado relacional y la transformación de las administraciones públicas cit., p. 56.

30 Na opinião de Onofre Alves Batista Júnior, o direito italiano, o direito espanhol e o direito alemão estabeleceram "cláusula geral fundamentadora" das transações administrativas (*Transações administrativas*: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 461).

31 BREWER-CARÍAS, Allan R. *Contratos administrativos*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1992. p. 24 *apud* MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato administrativo* cit.

32 Onofre Alves Batista Júnior lembra que a Lei alemã de Processo Administrativo consagrou a possibilidade geral do contrato administrativo como forma de atuação da Administração, marcando uma alternatividade entre o ato e contrato administrativo (*Transações administrativas* cit., p. 296).

"contrato criador de obrigações" e, de outro, o "contrato decisório", este passível de ser considerado o instrumento substitutivo da decisão unilateral.[33]

Nesse sentido, para especificar alguns casos de consenso atrelado à ideia substitutiva, o § 55 da *VwVfG* dispõe sobre o contrato de transação e o § 56, por sua vez, sobre o contrato de intercâmbio. O primeiro surge para resolver eventual incerteza sobre fato ou situação jurídica por meio de concessões recíprocas, tão somente a critério do juízo discricionário da autoridade administrativa, ou seja, o recurso à transação pode soar conveniente para pôr termo ao estado de incerteza jurídica. O contrato de intercâmbio serve para estabelecer obrigações relativas à contraprestação do contratante da autoridade administrativa, adaptada às circunstâncias e ao contexto fático.[34]

A Lei de Processo Administrativo norte-americana, a *Administrative Procedure Act* (APA), de 1946, parte integrante do *United States Code of Administration*, surgiu no contexto posterior ao *New Deal*.[35] Como resultado do advento de governança pública pautada pela consensualidade foi editada a *Negotiated Rulemaking Act* de 1990, que definiu as bases da negociação administrativa.[36-37]

Portugal foi um dos últimos países a ajustar seu procedimento às práticas consensuais. Seu novo Código de Procedimento Administrativo (NCPA), Decreto-lei n. 4/2015, veio justamente para adequar o procedimento português aos ditames internacionais,

---

33 MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato administrativo* cit., p. 299.

34 É possível extrair do § 54 da Lei de Processo Administrativo alemão, a *Verwaltungsverfahrensgesetz*, conhecida pela sigla *VwVfG*, de 25 de maio de 1976, tendo em vista sua autorização expressa para celebração de pactos, sem o prejuízo de normas especiais. Cf. § 54. "Admissibilidade do contrato de direito público (contrato administrativo). Uma relação jurídica no âmbito do Direito público pode ser criada, modificada ou suprimida por contrato, salvo disposição legal em contrato. Em particular, a autoridade administrativa pode, em lugar de editar um ato administrativo, celebrar um contrato de Direito público com aquele a quem o ato administrativo seria dirigido" (CORREIA, Jorge A.; ISENBERG, Andreas A. *Lei alemã do procedimento administrativo* verwaltungsverfahrensgestz (VwVfG): guia de leitura e anotações. Coimbra: Almedina, 2016).

35 Logo no início do texto, percebe-se a preocupação com a garantia da autoridade administrativa: Sec. 2, *a*: "[...] Nothing in this Act shall be construed to repeal delegations of authority as provided by law [...]".

36 Cf. a *Negotiated Rulemaking Act* de 1990, que define as bases da negociação administrativa. Nesse caso, em específico, apesar de existir um permissivo legal geral, de maneira geral, o direito administrativo norte-americano é menos legislativo e mais teórico e pragmático, preocupando-se com as implicações práticas de suas condutas.

37 No campo doutrinário, Lars Noah aborda uma postura norte-americana de firmar acordos a partir de uma imposição de uma sanção ou retenção de um benefício, com o fito de encorajar o cumprimento "voluntário" de um pedido, por meio de ameaças ou do uso da força (Administrative arm-twisting in the shadow of Congressional delegations of authority. *Wisconsin Law Review*, p. 873-941, 1997).

tornando-o mais consentâneo com as novas relações entre Estado e sociedade, bem como estimulando a participação social e o consenso.

O NCPA introduziu a previsão dos acordos endoprocedimentais, conforme seu artigo 57.[38] Nos limites da discricionariedade administrativa, tais acordos regulam o conteúdo do procedimento, de modo que o agente público e os demais envolvidos possam acordar os termos deste. Mais do que isso, o NCPA estabeleceu a possibilidade de verdadeiros acordos substitutivos, pois o n. 3 do mesmo artigo facultou às partes o consenso acerca do ato administrativo final, sendo viável a utilização do acordo quanto ao seu conteúdo.[39]

Respeitando os limites legais, portanto, será possível a celebração de acordo ao longo dos procedimentos administrativos no âmbito da discricionariedade dos agentes públicos. À Administração faculta-se o acordo com particulares em ambientes antes unilaterais, estreitando-se a relação entre Poder Público e cidadãos, que aderem mais facilmente à deliberação.

A Lei Espanhola n. 39, de 1º de outubro de 2015, versa sobre o procedimento administrativo comum, que regula de forma sistemática as relações entre a Administração e os administrados.

O artigo 85 – *Terminación en los procedimentos sancionadores* – assevera que o procedimento sancionador pode ser encerrado com o mero reconhecimento da responsabilidade do infrator, ou seja, Administração e administrado podem celebrar pacto por adesão que importará no pagamento da sanção pecuniária.

Além disso, o artigo 86 – *Terminación convencional* – acolhe, em caráter geral, a possibilidade que tem a Administração para "acordar, pactuar, conveniar ou contratar" tanto na fase de tomada de decisão quanto para solucionar eventual impugnação da decisão, salvo em matérias não suscetíveis de transação. Veja-se:

---

[38] Cf. a previsão dos acordos endoprocedimentais do artigo 57 do Código de Procedimento Administrativo (NCPA), Decreto-lei n. 4/2015, bem como a disposição dos acordos endocontratuais do Código de Contratos Públicos (CCP), Decreto-lei n. 18/2008, modificado pelo Decreto-lei n. 149/2012.

[39] Conforme é possível verificar na redação do dispositivo: "3 – Durante o procedimento, o órgão competente para a decisão final e os interessados também podem celebrar contrato para determinar, no todo ou em parte, o conteúdo discricionário do ato administrativo a praticar no termo do procedimento".

> Artigo 86. Terminação convencional.
>
> 1. As Administrações Públicas poderão celebrar acordos, pactos, convênios ou contratos com pessoas tanto de direito público como privado, sempre que não sejam contrários ao ordenamento jurídico nem versem sobre matérias não suscetíveis de transação e tenham por objeto satisfazer o interesse público, com o alcance, efeitos e regime jurídico específico que em cada caso preveja a disposição que o regule, podendo tais atos ter a consideração de finalizadores dos procedimentos administrativos ou inserir-se nos mesmos com caráter prévio, vinculante ou não, à resolução que lhes ponha fim.
>
> 2. Os citados instrumentos deverão estabelecer como conteúdo mínimo a identificação das partes intervenientes, o âmbito pessoal, funcional e territorial, e o prazo de vigência, devendo publicar-se ou não segundo sua natureza e as pessoas a quem estejam destinados.
>
> 3. Requererão em todo caso a aprovação expressa do Conselho de Ministros ou órgão equivalente das Comunidades Autônomas, os acordos que versem sobre materiais da competência direta desse órgão.
>
> 4. Os acordos que se subscrevam não implicarão alteração das competências atribuídas aos órgãos administrativos nem das responsabilidades que correspondam às autoridades e funcionários relativos ao funcionamento dos serviços públicos.
>
> 5. Nos casos de procedimento de responsabilidade patrimonial, o acordo firmado pelas partes deverá fixar a quantia e o modo de indenização, de acordo com os critérios de cálculo e pagamento estabelecidos no artigo 34, da Lei de Regime Jurídico do Setor Público.[40]

Os acordos, pactos, convênios e contratos, quando têm por objeto a substituição de decisão administrativa, põem fim ao procedimento na via administrativa, conforme o artigo 114, 1, *d*, da Lei espanhola.

Observa-se, portanto, que a legislação de procedimento administrativo espanhol elucidou o modelo de acordo administrativo substitutivo de sanção por previsão normativa por permissivo legal, valorizando o consenso, assim como a participação do interessado na tomada de decisão.

Por fim, a Lei de Processo Administrativo da Itália, Lei n. 241/1990, com a redação dada pela Lei n. 15/2005, dispôs que a Administração pode concluir, sem prejuízo dos direitos de terceiros e sempre visando ao interesse público, acordos com os interessados a fim de determinar o conteúdo discricionário da decisão final ou em substituição desta, nos termos do seu artigo 11, n. 1.

---

[40] Tradução nossa.

A Lei italiana prevê, ainda, que poderá ser acordada a forma pela qual a prerrogativa pública será exercida no processo administrativo, o que caracteriza um acordo integrativo (*accordi integrativi*). Por sua vez, poderá haver a substituição consensual da prática de determinado ato em prol de outro, característica dos acordos substitutivos (*accordi sostitutivi*).[41]

Após a incursão nas experiências estrangeiras, é possível visualizar que a consensualidade administrativa encontra-se em voga no mundo lá fora. No Brasil, a situação não é reversa.

A concepção que visa trazer o administrado para o campo da negociação também foi vista com bons olhos, por muitos, no terreno nacional, tanto no campo doutrinário quanto no normativo. Deveras, razões para fundamentar a troca das decisões, anteriormente pautadas de forma unilateral, para a formação de consensos, oriundos de transações bilaterais de diversos interesses, cada vez mais, foram intensificadas.

Não obstante, o modelo de consensualidade administrativa no Brasil pode ser entendido de duas formas: a primeira, anterior à edição da Lei Federal n. 13.655/2018, e a segunda, posterior a tal marco.[42]

Como adiantando, a Lei Federal n. 13.655/2018 introduziu disposições no Decreto-lei n. 4.657/1942, relativas à segurança jurídica e à eficiência na criação e aplicação do direito público. O tema da consensualidade administrativa retratado em tal plano legal será aprofundado no próximo capítulo. Todavia, ressalte-se que, até o momento da edição do Diploma mencionado, a consensualidade era tratada de forma dispersa no ordenamento jurídico brasileiro, de modo a consolidar "o modelo de previsão difusa da consensualidade, dada a ausência de permissivo genérico na lei federal de processo administrativo (Lei 9.784/1999) que faculte a adoção de esquemas concertados pela Administração Pública Federal".[43]

Por outras palavras, era possível visualizar o entendimento de que não havia previsão, em termos similares aos exemplos estrangeiros, para possibilitar a Administração

---

41 Tais modalidades consensuais são reconhecidas pela doutrina italiana, conforme se denota das lições de CASETTA, Elio Manuale di. *Diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 2015. p. 564-565.

42 A edição da Lei Federal nº 13.140/2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, demonstra, igualmente, a influência da consensualidade no âmbito da Administração Pública. No entanto, é a Lei Federal n. 13.655/2018 que apresenta a sua feição generalista, passível de ser considerada o marco para a atuação administrativa neste campo.

43 PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na administração pública.* São Paulo: Malheiros, 2015. p. 236.

Pública celebrar acordos administrativos.[44] O panorama da movimentação difusa de positivação da consensualidade será abordado no Capítulo 3 deste estudo.

No entanto, o cenário pós-edição da Lei Federal n. 13.655/2018, apesar de recente, parece caminhar para sedimentar o permissivo genérico da consensualidade administrativa no Brasil.[45]

Há o reconhecimento da abertura da Administração Pública, a partir da noção da consensualidade, como forma de angariar a satisfação das exigências de eficiência e legitimidade, tendo em vista, exatamente, a participação dos administrados no campo da negociação.

Ocorre que a prática da consensualidade revela diferentes modelos e demonstra sua multifuncionalidade, sendo todos com um ponto em comum: a busca pelo estabelecimento do consenso como vetor preponderante para o alcance da finalidade pública,[46] isto é, "os acordos administrativos congregam múltiplas funcionalidades nos sistemas estudados, que não apenas a substituição do provimento final, unilateral e imperativo, por outro de índole consensual".[47] Nesse sentido, pretende-se demonstrar no tópico seguinte como a consensualidade pode ser materializada, como também realizar o recorte epistemológico do presente trabalho.

1.3 A consensualidade como gênero, o acordo administrativo como espécie e o acordo administrativo substitutivo de sanção como subespécie

A mutação do direito administrativo carreou novos conceitos que precisam ser explanados de maneira prévia à realização do recorte epistemológico estrutural do tema que será abordado neste estudo.

---

44 Nesse caminho, MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato administrativo* cit., p. 301; e PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na administração pública* cit., p. 235-236.

45 Adota-se, nesse quesito, a classificação elaborada por Juliana Bonacorsi Palma, no tocante à divisão dos modelos de consensualidade: previsão normativa por permissivo genérico para que a Administração Pública possa celebrar acordos, sem que outras normas regulamentem com especificidade a dinâmica consensual; e o de previsão normativa difusa, que representa a ausência de permissivo que faculte a adoção concertada (*Sanção e acordo na administração pública* cit., p. 235-236).

46 Nesse sentido, Juliana Bonacorsi de Palma assevera que "a consensualidade visa [...] propiciar segurança jurídica, com a definição das normas de disciplina jurídica de dada relação jurídico-administrativa" (*Sanção e acordo na administração pública* cit., p. 237)

47 PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na administração pública* cit., p. 236.

Isto por que a consensualidade é heterogênea. É possível classificá-la a partir de institutos jurídicos de diferentes finalidades, regência e natureza, abarcando desde os instrumentos participativos – audiência e consulta públicas, por exemplo –, a categoria dos contratos e das parcerias e dos acordos administrativos. Estes últimos, como mencionado, serão o objeto do estudo apresentado no presente trabalho.

Quanto a seu conceito, a consensualidade pode ser classificada nos sentidos amplo, amplíssimo e estrito.[48]

Enquanto no sentido amplo a consensualidade engloba todo e qualquer instrumento capaz de denotar um acordo de vontades formatado no âmbito da Administração Pública, no sentido amplíssimo chega a abarcar, inclusive, os casos em que o administrado é partícipe das decisões administrativas – instrumentos participativos. Por sua vez, no sentido estrito, há uma maior concentração do escopo, pois estaria presente neste tão somente o compromisso de pôr fim ao processo administrativo pelo consenso.[49]

Para os fins do presente trabalho, os acordos administrativos estão mais bem classificados na terceira categoria detalhada *supra*, ou seja, no sentido estrito da consensualidade.

Adiciona-se, porém, apenas uma peculiaridade ao sentido estrito, pois entende-se que a conjunção de vontades da Administração Pública e do administrado, nesse caso, não só põe fim ao processo administrativo sancionador, como também é capaz de impedir ou de evitar sua própria instauração.

Além da classificação apresentada relativa à consensualidade, o termo "acordos administrativos" também pode ser identificado a partir da amplitude dos conceitos *lato* e *stricto.* O primeiro seria capaz de retratar todo pacto consensual celebrado pela Administração Pública. O conceito *stricto,* por seu turno, estaria relacionado, exatamente, à

---

48 V. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Juridicidade e controle dos acordos regulatórios: o caso TAC ANATEL. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4296871/mod_resource/content/1/Juridicidade%20e%20Controle%20dos%20Acordos%20Regulat%C3%B3rios%20-%20O%20Caso%20TAC%20ANATEL.pdf. Acesso em: 5 set. 2019; e PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na administração pública* cit., p. 241-247.

49 Juliana Palma assevera que o sentido estrito da consensualidade é bastante próximo dos sistemas de direito administrativo adotados na Itália e na Espanha (*Sanção e acordo na administração pública* cit., p. 112).

substituição da sanção administrativa, à semelhança do sentido estrito mencionado anteriormente, que será adotado doravante.[50]

Recorta-se que os acordos administrativos abordados neste estudo são aqueles cuja lógica está atrelada ao fortalecimento da negociação para modificar uma sanção administrativa e, na mesma oportunidade, ofertar um método eficaz de realização das finalidades públicas. Essa é a perspectiva que será delineada neste trabalho.[51]

Apesar de acompanhar as lições de Genaro Rubén CARRIÓ, no tocante às classificações jurídicas, quando não se defende a ausência de certo e errado, mas sim a presença do caráter utilitário,[52] apresenta-se que o tema que será desenvolvido parte da classificação da consensualidade como gênero; do acordo administrativo como espécie; e do acordo administrativo substitutivo de sanção como subespécie, como forma de apresentá-lo de modo mais compreensível.

1.4 Síntese do capítulo

O cenário de mutabilidade ocorrida no direito administrativo é capaz de representar as mudanças sociopolíticas que perpassaram a sociedade diante de um determinado contexto histórico.

O direito administrativo modificou, para tanto, suas bases estruturais para conferir um campo sólido capaz de recepcionar a atuação de uma Administração Pública mais consentânea com os dias atuais. Dentre tais mudanças observa-se a difusão das técnicas consensuais no campo da ação administrativa, por largas normativas estrangeiras, como também razões doutrinárias.

No Brasil, o tema da consensualidade passa por naturais dificuldades, haja vista o necessário trabalho em adaptar as diferenças existentes nos sistemas estrangeiros e implantá-las no cenário nacional. Não obstante, pouco a pouco, há o reconhecimento de sua magnitude, como também a crença da necessidade de normatizá-la. Ocorre que a

---

50 OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *Contrato de gestão.* São Paulo: RT, 2008. p. 248.

51 Anote-se, complementarmente, a existência de acordos administrativos para substituir outros atos administrativos unilaterais editados com base no poder de polícia estatal, mas que não inseridos no contexto da sanção administrativa. É o caso, por exemplo, de processos administrativos instaurados visando uma autorização ou uma licença. Todavia, esclarece-se que não serão objeto deste estudo.

52 CARRIÓ, Genaro Rubén. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990. p. 98.

consensualidade revela diferentes modelos e demonstra sua multifuncionalidade, de modo que se tornou fundamental realizar o recorte epistemológico da temática a ser abordada no presente estudo.

Nesse sentido, propõe-se tratar a consensualidade como empregada para substituir as sanções administrativas, sob a lógica atrelada aos resultados capazes de ser atingidos pela Administração Pública, que representam o alcance dos fins almejados de maneira mais eficaz, mais célere e, consequentemente, mais barata.

Portanto, o cerne deste estudo abordará a consensualidade, por meio da celebração de acordos administrativos, notadamente os voltados a alterar a via impositiva sancionatória.

2 A ADOÇÃO DOS ACORDOS ADMINISTRATIVOS SUBSTITUTIVOS DE SANÇÃO: RESISTÊNCIA *VERSUS* EFICIÊNCIA

2.1 Obstáculos ao emprego dos acordos administrativos substitutivos de sanção

As resistências à adoção da consensualidade estão, *a priori*, amparadas sob uma ótica tradicional dos princípios da supremacia do interesse público sobre o interesse privado e da indisponibilidade do interesse público.[53]

Além dos aspectos principiológicos, seria possível vislumbrar barreiras à utilização dos administrativos substitutivos de sanção no plano normativo. Partindo-se do postulado de que "administrar é aplicar a lei de ofício", os acordos administrativos substitutivos de sanção poderiam ser questionados, ante o argumento da ausência de comando legal específico capaz de ancorá-los.[54]

Contudo, diante do cenário normativo atual, as conjecturas acerca da impossibilidade da adoção dos acordos administrativos substitutivos de sanção encontram barreiras impostas não só pelo legislador, tendo em vista a normatização do consenso, como também pela própria prática administrativa, que, cada vez mais, socorre-se desses instrumentos.

Por conseguinte, a argumentação que dá suporte à resistência ao acordo fica fragilizada, mas ainda não eliminada, sendo imperioso seu estudo e aprofundamento. Assim, serão abordados no presente capítulo os seguintes temas: (i) os princípios da supremacia do interesse público sobre o interesse privado e da indisponibilidade do interesse público; (ii) a legalidade; e (iii) a previsão normativa específica para celebração de acordos administrativos substitutivos de sanção.

---

53 A menção ao termo "tradicional" repousa no fato de que, por anos, a conduta natural da Administração Pública seria a de instaurar o processo sancionatório e punir o infrator. Nesse sentido, Thiago Marrara ensina que "há certas décadas seria impensável imaginar que uma autoridade pública dialogaria com um infrator confesso [...] Perante o suspeito, à Administração tradicional se abria um único caminho: inaugurar os devidos processos acusatórios e esforçar-se para levantar provas a fim de punir os reais infratores" (Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 2, n. 2, p. 511, 2015).

54 FAGUNDES, Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 4-5.

2.1.1 Supremacia do interesse público sobre o interesse privado e indisponibilidade do interesse público

A aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado pode ser tida como um obstáculo à utilização dos acordos administrativos substitutivos de sanção, pois é possível interpretá-lo de forma a desconsiderar eventual prevalência do interesse privado sobre o interesse público. Por tal caminho, seriam naturais a adoção e o privilégio à postura unilateral e imperativa da Administração Pública, em toda e qualquer hipótese concreta.

Por outras palavras, o princípio sustenta o dogma, aprioristicamente, de que o interesse público jamais poderia ser minimizado, não estando sujeito a transações suscetíveis a considerar algum interesse privado.[55]

A indisponibilidade do interesse público, outro princípio considerado "pedra de toque" do direito administrativo,[56] é, igualmente, reconhecido como óbice à adoção dos acordos administrativos substitutivos de sanção, pois ele remete ao ideário de que haveria vedação à transação por parte da Administração Pública.

Segundo esse ideário, o interesse público não possui livre disposição, não cabendo ao administrador público converter suas funções administrativas, e sim de seguir a finalidade legal. Logo, possível interpretar, conforme o princípio da indisponibilidade do interesse público, que seria defeso à Administração Pública se valer da negociação, transação, para alcançar seus fins.

É necessário reconhecer que tais princípios, além de serem construções meramente teóricas, sem qualquer respaldo legal, precisam ser enxergados dentro de seus próprios limites. Isso é fundamental, pois sua mera reprodução é insuficiente para corresponder, concretamente, à própria satisfação do interesse público, em razão da abstração desse mesmo conceito, ante os diversos fins retóricos capazes de ser considerados

---

55 PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na administração pública* cit., p. 166-169.

56 Expressão de autoria de Celso Antônio Bandeira de Mello (O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 89, p. 2, jul. 1967. ISSN 2238-5177. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/30088/28934. Acesso em: 30 out. 2019).

para sua definição. Entre seu sentido gramatical e a lógica das normas há um espaço cinzento difícil de ser preenchido.

É possível reconhecê-los como valores metodológicos, que devem ser sopesados na condução da atuação administrativa, inclusive, consensual, em razão da representação de diversos interesses, apesar de essa consideração encontrar divergências, haja vista o contexto da fragmentação social e da consequente pluralidade de interesses.[57]

Tal percepção é acompanhada por Odete MEDAUAR, que, notadamente, examina e classifica a indisponibilidade do interesse público como uma "fórmula vaga, com ausência de sentido preciso, sendo tautológico afirmar que na atividade administrativa os bens e os interesses não estão à livre disposição dos agentes públicos".[58] Interessante perceber que MEDAUAR acrescenta que

> [...] hoje reinam várias práticas consensuais na atividade administrativa (acordos, negociação, conciliação, mediação, arbitragem etc.) até mesmo na esfera sancionadora (termo de ajustamento de conduta, compromisso de cessação etc.) [...]; como se aventar uma "indisponibilidade" quanto a bens públicos?.[59]

Deveras, é possível reconhecer que os princípios mencionados cada vez mais vêm sendo contestados e considerados como dogmas que merecem ser superados.[60] Tal percepção, inclusive, fora evidenciada pelo Supremo Tribunal Federal, quando do exame do Recurso Extraordinário nº 253-885-0/MG.[61] Não obstante, a menção a eles se deve ao fato

---

57 PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na administração pública.* São Paulo: Malheiros, 2015. p. 172.

58 MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução* cit., p. 378.

59 Idem, ibidem.

60 Nesse sentido, PAREJO ALFONSO, Luciano. Transformación y reforma del derecho administrativo en España. *In*: BARNES, Javier (org.). *Innovación y reforma en el derecho administrativo.* Sevilha: Global Law Press, 2012. p. 570; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno*: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 96; ARAGÃO, Alexandre Santos de. A supremacia do interesse público no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo. *In*: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos* versus *interesses privados.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 85-86; e JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo de espetáculo. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (org.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas.* Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 140-141.

61 No caso apreciado, a Ministra Relatora Ellen Gracie reconheceu a validade da transação envolvendo o Poder Público, ressaltando a possibilidade de atenuação do princípio da indisponibilidade do interesse público, quando verificada outra solução que melhor atenderá à ultimação deste interesse. Interessante anotar que a súplica do Recorrente repousava além da indisponibilidade do interesse público, na ofensa ao princípio da legalidade, outro obstáculo ao emprego dos acordos como será apresentado na sequência, em

de eles serem, por vezes, citados como óbices para a realização de uma administração consensual.[62]

Além da ausência de previsão normativa de ambos, a característica possível de ser atribuída ao princípio, como valores metodológicos, acaba por fragilizar o argumento de resistência, isto é, sua mera reprodução diante de um campo abstrato não é capaz de ser impeditivo à consensualidade, pois, caso assim fosse, estaríamos perante um argumento de autoridade, sem base normativa e com questionável racional.

Nesse compasso, Marçal JUSTEN FILHO alude que:

> O núcleo do direito administrativo reside não no interesse público, mas na promoção dos direitos fundamentais disponíveis. O critério da supremacia e indisponibilidade do interesse público não permite resolver de modo satisfatório os conflitos, nem fornece um fundamento consistente para as decisões administrativas. Mais ainda, a determinação do interesse a prevalecer e a extensão dessa prevalência dependem sempre da avaliação do caso concreto. Trata-se de uma questão de ponderação entre princípios.[63]

Marçal JUSTEN FILHO reforça que a indeterminação do conceito de interesse público acarreta efeitos que dão margem ao risco de sua aplicação desnaturada, tendo em vista a possibilidade de ele ser utilizado para mascarar atos de império ou de polícia, ou até mesmo atos cuja natureza é política.[64] É preciso ter em mente que o "interesse público não é o interesse da Administração Pública".[65]

No juízo de ponderação prévio à atuação administrativa é que se devem levar em consideração, inclusive, os demais valores fundamentais voltados ao atendimento das

---

razão da "inexistência" de lei que autorizasse a transação (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 253.885-0/MG. Município de Santa Rita do Sapucaí e Lázara Rodrigues Leite e Outras. Relatora Ministra Ellen Gracie. 04 de junho de 2002. Brasília-DF).

62 Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. Arbitragem e administração pública: contribuição para o sepultamento do tema. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 64, p. 85-104, nov./dez. 2010; SOUZA, Carlos Alberto Sobral de. *Da transação e da indisponibilidade do interesse público.* Belo Horizonte: Fórum, 2011. Em análise acerca da possibilidade de a Administração Pública adotar a arbitragem – aqui entenda-se a arbitragem como instrumento integrante da consensualidade – para dirimir seus conflitos, Ricardo Marcondes Martins defende que "todas as leis que autorizam a realização de arbitragem pela Administração Pública são, em decorrência da supremacia do interesse público sobre o privado, inconstitucionais".

63 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo* cit., p. 140-141.

64 JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a "personalização do direito administrativo". *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 24, p. 116, 1998.

65 GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo.* 4. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1997. p. XIII-17.

necessidades da coletividade. Essa concepção é capaz de acarretar a adequada harmonização para a satisfação do interesse da coletividade.

Os acordos administrativos substitutivos de sanção podem servir de ferramentas para satisfação do interesse da coletividade, na medida em que, em certas ocasiões, se mostram mais efetivos e eficientes quando comparados com a adoção de atos imperativos e unilaterais, conforme será destrinchado na sequência. Sobre esse assunto, Onofre Alves BATISTA JÚNIOR ensina que:

> Na moderna sociedade pluralista, a satisfação de interesses públicos não exclui, necessariamente, o atendimento de interesses privados, portanto, sob essa ótica mais moderna, enfraquece-se a ideia de que o Estado, para garantir o interesse público, precise, necessariamente, se valer de meios unilaterais impositivos. Ao contrário, o atendimento do bem comum reclama justa ponderação entre interesses públicos (muitas vezes desalinhados) e interesses privados. Nesse sentido, na moderna sociedade pluralista, assumem posição privilegiada os instrumentos consensuais.[66]

Assim, curiosamente, "o conceito de interesse público passa de obstáculo a aspecto essencial da administração pública por consenso",[67] ou, ainda, "la introdución misma de la figura de la terminación convencional supone la admisión de la negociación sobre el objeto de las potestades administrativas: la definición en el caso del interés público concreto".[68]

Sob esse ângulo e com vistas ao tema tratado, suponha-se que o guarda de trânsito se depare com um veículo estacionado de maneira irregular, sem o devido pagamento da tarifa.

À primeira vista, não parece crível que ele aguarde o motorista do veículo para lavrar o auto de infração, como também não parece razoável que o órgão responsável pela cobrança da multa possa ofertar a substituição dessa sanção, pois a multa de trânsito, além de se apresentar como um mecanismo destinado à modificação do comportamento do particular, não possui tanta margem de negociação. A ação estatal, nesse caso, acaba sendo automática, ou melhor, pragmática, esvaziando a necessidade de ponderação dos interesses

---

66 BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas* cit., p. 509.

67 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 231, p. 138, jan./mar. 2003.

68 PAREJO ALFONSO, Luciano. Los actos administrativos consensuales en el derecho español. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, v. 13, p. 31-32, jul./set. 2003.

públicos e privados, pois é premente que o Estado adote meios eficazes para adequar o uso e a disposição do viário público.

Por outro lado, imagine-se que certa empresa privada tenha cometido uma infração ambiental, em razão de vazamentos de óleos capazes de danificar os recursos naturais, como o lençol freático, o solo e a água de uma determinada região. Nessa hipótese, o exercício a ser realizado consiste na comparação de duas medidas capazes de ser adotadas, examinando-as com amparo nas categorias jurídicas com contornos vagos e imprecisos, como o do interesse público. São elas: aplicação pura e simples da correspondente sanção administrativa e a celebração de acordo administrativo substitutivo de sanção.

Na primeira medida, não se pode deixar de anotar que seria válida a consecução pela materialização da sanção administrativa, a ser lavrada pelo agente público competente, de forma a punir a determinada conduta praticada pela empresa privada, tendo em vista o reconhecimento do *jus puniendi* da Administração Pública. Tal constatação é irrefutável, pois serve de amparo para que o Estado garanta a tutela dos bens jurídicos a serem protegidos com o lastro de suas atividades sancionadoras.

É preciso, pois, sopesar se a aplicação da sanção prevaleceria, no caso em comento, sobre a celebração de acordos substitutivos, ou seja, por mais que o conceito de interesse público seja fluido, sua relação com os demais valores fundamentais deve ser explorada, para possibilitar exatamente sua determinação.

As circunstâncias fáticas do caso devem ser contrapostas à luz de todos os interesses albergados pelo sistema normativo.

Sob essa perspectiva, e com a faceta da eventual supremacia do interesse público, poder-se-ia cogitar que o interesse da empresa privada não deveria ser considerado, uma vez que aquele seria considerado uma regra, o que resultaria numa demonstração da autoridade estatal, ante a manutenção de suas prerrogativas. Ultrapassado o plano teórico e partindo-se para o prático, o viés do interesse público estaria representado nessa medida com o robustecimento de certa representatividade monetária aos cofres públicos.[69]

No entanto, não se deveria esquecer que tal consecução apenas lograria efeito, possivelmente, após um longo e custoso processo administrativo, sem contar o fato de que a

---

[69] Considerando apenas a infração administrativa que viole as regras jurídicas do meio ambiente, o valor da multa passível de ser aplicada ao infrator pode chegar a R$50.000.000,00, conforme previsão do artigo 75 da Lei Federal n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.

decisão em tal âmbito poderia ser questionada no campo judicial, como também ocasionar resquícios materiais, por exemplo, a inércia na reparação do dano causado ao meio ambiente pelo particular até a ulterior decisão (administrativa ou judicial).

Salvo o plano procedimental, igualmente não se poderia descartar o fato de que a empresa privada poderia continuar atuando na prática das atividades pela qual fora sancionada, e, por conseguinte, o delito poderia voltar a acontecer, ressalvada a hipótese de suspensão total de atividades.

Com a adoção da via consensual substitutiva, a existência de uma lacuna negocial capaz de ser preenchida pelas próprias partes – Administração Pública e empresa particular – por disposições que, além de possibilitarem o saneamento do dano ambiental com maior celeridade, seriam capazes de ajustar o comportamento doravante do particular. Ilustra-se tal desiderato com a celebração de um Termo de Ajustamento de Conduta, com o compromisso de precaução e prevenção de incidentes, além das respectivas compensações em decorrência do vazamento de óleo comentado.

A possibilidade de ponderar a adoção desse instrumento consensual, visando ao pacto de medidas capazes de maximizar a eficiência administrativa, é premente, devendo ser realizada pelos agentes públicos de maneira prévia à decisão a ser tomada. Nessa oportunidade, deve ser materializada a determinação do interesse público à luz da necessidade de reparação do meio ambiente, que constitui um típico direito difuso e, por isso, merece as garantias e defesas a este reservadas, ante o fato de ele caracterizar o direito subjetivo coletivo.

No caso em específico, a proteção do meio ambiente é prevista no artigo 225 da Constituição brasileira de 1988, como um direito de todos, visto que se caracteriza como um "bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações".

Atendo-se, ainda, ao caso hipotético, o interesse público residiria justamente na celebração do Termo de Ajustamento de Conduta, quer porque o dano ao meio ambiente seria compensado de modo mais célere e efetivo, quer porque possibilitaria o ajustamento de condutas futuras.

A via da consensualidade administrativa não deve ser descartada pelo fato de representar uma negociação administrativa capaz de, eventualmente, possibilitar uma

sobreposição do interesse particular sobre o interesse público e, consequentemente, representar uma afronta ao princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

Os acordos administrativos substitutivos de sanção também não podem ser ignorados pelo fato de eles serem oriundos de transações administrativas, o que representaria, eventualmente, um enfrentamento ao princípio da indisponibilidade do interesse público.

Há casos, como na hipótese demonstrada *supra*, em que a consensualidade satisfaz com maior amplitude o interesse público, quando comparada com a via impositiva, autoritária. O sopesamento de interesses deve ocorrer de forma a privilegiar as particularidades de cada caso. É preciso reconhecer que interesses individuais e coletivos são juridicamente protegidos todas as vezes que eventual choque acontecer. As circunstâncias do caso concreto servirão de norte para a tomada da decisão administrativa.

O emprego dos instrumentos consensuais alternativos da sanção administrativa não pode mais encontrar resistências pautadas por critérios vagos, imprecisos e fluidos, como também sua adoção não pode significar o aniquilamento do interesse público, ou a prevalência do interesse privado.

Além de inexistir qualquer previsão normativa que proíba a consensualidade, ou que vincule a atuação da Administração Pública por meio da via sancionadora, os entraves para adoção da concertação não podem ser prejudicados por meras construções teóricas, fundadas numa interpretação rígida dos princípios da supremacia do interesse público sobre o interesse privado e da indisponibilidade do interesse público.[70]

2.1.2 A legalidade como possível óbice à adoção dos acordos administrativos substitutivos de sanção

Há quem classifique a legalidade como barreira à adoção dos acordos administrativos substitutivos de sanção, tendo em vista que o direito administrativo

[70] Nesse sentido, Daniel Sarmento disserta que o bom civismo, cujo cultivo interessa ao Estado Democrático de Direito, importa na compreensão de que não se é súdito do Estado, mas cidadão; partícipe da formação da vontade coletiva (Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017); BARROSO, Luís Roberto. Prefácio. *In*: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos* versus *interesses privados:* desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

brasileiro não disciplinara genericamente as transações administrativas substitutivas de sanção.

Sob esse viés estrito, a legalidade poderia ser contestada à utilização dos acordos administrativos substitutivos de sanção pelos seguintes fundamentos: (i) os acordos substitutivos poderiam ser tidos como instrumentos que vão além do texto legislativo; e (ii) por vezes, o fundamento de sua adoção encontrava-se registrado não em lei, mas sim em regulamentações administrativas, o que corresponderia a uma violação à reserva legal.

O entendimento de ambos resultaria na interpretação de que, na existência de comando legal que preveja a adoção de conduta sancionatória, esta não poderia ser afastada para utilização do acordo administrativo. Apesar de não concordarmos, observa-se que, assim, haveria o reconhecimento do dever geral de executar as prescrições legais.

Com relação ao primeiro fundamento, a ausência de uma tipificação clara o suficiente para que a Administração Pública convencionasse a sanção administrativa seria capaz de obstaculizar a utilização dos acordos administrativos substitutivos de sanção, diante da inexistência de legitimidade geral para a condução da via consensual. Consequentemente, o argumento da legalidade como princípio corresponderia barreira ao acordo administrativo substitutivo de sanção.

Tal situação ocasionou o cenário consensual de pura fragmentação,[71] que seria capaz de representar uma dificuldade extra na celebração dos acordos administrativos substitutivos de sanção, "na medida em que deverá ser observada uma pluralidade de regras espalhadas por diversas ordenações setoriais".[72]

Por sua vez, em referência ao segundo fundamento, apesar de as regulamentações terem sido concretizadas por meio de resoluções normativas, isso em nada equivaleria à violação ao princípio da legalidade, haja vista que não haveria uma inovação no ordenamento jurídico.

---

71 Juliana Bonacorsi de Palma descreve ter identificado a existência de duas medidas provisórias, duas leis complementares, trinta e nove leis federais, vinte e quatro decretos e sessenta e dois atos normativos que disciplinam a atuação administrativa por acordos (PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atuação administrativa consensual*: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. 2010. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 21-22).

72 Cf. MIRAGAYA, Rodrigo Bracet. *Os meios de conformação das relações jurídicas no direito administrativo:* entre atos unilaterais e contratos. 2016. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 149.

Tal entendimento precisa ser ressaltado, pois o pensamento relacionado ao fato da "eficácia de toda a atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei" poderia ser adotado por subsunção, podendo acarretar incompreensões automáticas.[73] É preciso ressaltar que não se pode atrelar à lei o caráter de unicidade de fonte normativa.

É reconhecido que o poder regulamentar é limitado, não podendo, pois, criar normas ou inovar na ordem jurídica, devendo seus contornos estar justamente delineados pela brochura da lei.[74]

Ocorre que, não obstante tal limitação, a autorização presente na Lei de Ação Civil Pública serviu de base para a edição de previsões em atos regulamentares, específicos de cada entidade, alinhadas com sua margem de atuação e destinadas à substituição da execução ou aplicação de sanções, visto que o preceito legal não limitou seu conteúdo, possibilitando, assim, a viabilização da negociação da maneira mais adequada possível. Por isso, as normas substantivas das entidades reguladoras estão presentes em seus regulamentos, como também nos atos dele decorrentes.

Entidades setoriais podem editar resoluções para dispor, com maior concretude, das hipóteses específicas dos acordos administrativos substitutivos de sanção, com a mesma competência que detêm para regrar a constituição de deveres e proibições específicos, sem que isso resulte num ato de ilegalidade, mas tão somente uma providência secundária e material, capaz de produzir seus amplos efeitos. Logo, não há que falar em violação à legalidade, e sim em concretude à disposição legal.[75]

Feitas tais anotações, as hipóteses elencadas tornaram-se fragilizadas após a edição da Lei Federal n. 13.655, de 25 de abril de 2018.[76]

---

73 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro* cit., p. 82.

74 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 41. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 428-429.

75 Nesse caso, poderia citar o artigo 22, IV, da Lei Federal n. 9.472/1997, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, tendo em vista o permissivo legal para a edição de normas sobre matérias de competência da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel).

76 Mesmo antes da edição da Lei Federal n. 13.655/2018, a adoção pela utilização dos acordos administrativos substitutivos de sanção era aceita. Segundo Fernando Dias Menezes de Almeida, "está implícita no poder de decidir unilateralmente e de ofício a opção por se decidir de modo consensual com o destinatário da decisão. Numa situação assim, sempre restará, em potência, o poder unilateral, que, circunstancialmente, não é exercido. Por outras palavras, está implícita no poder de decidir unilateralmente e de ofício a opção da Administração por impor a si própria certos condicionantes de sua ação, importando obrigação para com o destinatário da decisão. É lícito que se chegue a essa opção por uma via consensual de formação da convicção" (*Contrato administrativo* cit., p. 302).

Portanto, o referido Diploma incluiu na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, as quais servem de base normativa para a adoção dos acordos administrativos substitutivos de sanção.

Dentre as inserções é fundamental registrar o artigo 26, tendo em vista que este consolidou o modelo substitutivo, justamente por meio da celebração de compromissos, destinados a eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação conflituosa na aplicação do direito público.[77]

Na visão de Juliana Bonacorsi de PALMA e Sérgio GUERRA, o artigo 26 da Lei Federal n. 13.655/2018 disciplinou a competência a ser observada no campo consensual nacional, não se fazendo necessária qualquer outra regulamentação:

> Alinhando-se a outros sistemas jurídicos que dispõe de leis autorizativas genéricas à celebração de acordos pela Administração Pública, a Lei n. 13.655/18 expressamente confere competência consensual de ordem geral ao Poder Público brasileiro. Isso significa que qualquer órgão ou ente administrativo encontra-se imediatamente autorizado a celebrar compromisso, nos termos do art. 26 da Lei, não se fazendo necessária a edição de qualquer outra lei específica, decreto ou regulamentação interna.[78]

Deveras, é possível reconhecer que a inovação legislativa angariou o modelo de previsão normativa por permissivo genérico para a celebração de compromissos com interessados, porquanto doravante há fundamento jurídico para que a Administração firme acordos com os administrados, patenteando a disciplina consensual.

A edição da Lei Federal n. 13.655, de 25 de abril de 2018, é capaz de proporcionar a superação dos dogmas de outrora, atrelados à legalidade estrita, que fundamentavam a impossibilidade da transação administrativa.

---

[77] Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942: "Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial".

[78] GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB – Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 146, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77653/74316. Acesso em: 27 out. 2019.

No entanto, ela é suficiente para garantir segurança aos gestores públicos para sua aplicação? Há falta de previsão normativa específica? Se sim, ela é capaz de dificultar a adoção de acordos administrativos substitutivos de sanção?

Para além de tais perguntas, o emprego dos instrumentos consensuais precisa, doravante, ser incorporado à cultura jurídico-administrativa brasileira, uma vez que eles podem servir de meios ao cumprimento da finalidade administrativa, de maneira mais eficiente, ágil e concertada.

2.1.3 Há previsão normativa específica para celebração de acordos administrativos substitutivos de sanção?

Outro possível óbice à adoção da via consensual substitutiva de sanção consiste na suposta ausência de previsão normativa específica que autorize a Administração Pública a se valer de acordos para transigir infrações administrativas.

Assim, o amparo legal apresentado no tópico anterior, qual seja, o artigo 26 do Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, não menciona, expressamente, a possibilidade de celebrar compromissos que tenham como objeto uma sanção, conforme é possível extrair dos seguintes termos:

> Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.
>
> § 1º O compromisso referido no *caput* deste artigo:
>
> I – buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;
>
> II – (*Vetado*.);
>
> III – não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;
>
> IV – deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.
>
> § 2º (*Vetado*.)

Tal cenário é agravado quando se denota a existência de veto ao inciso II do § 1º do artigo transcrito, uma vez que sua redação original dispunha sobre a celebração de

compromissos capazes de envolver sanções relativas ao passado e, ainda, o estabelecimento de um regime de transição, da seguinte maneira: "[...] II – poderá envolver transação quanto a sanções e créditos relativos ao passado e, ainda, o estabelecimento de regime de transição; [...]".

O Ministério da Fazenda, o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União e a Advocacia-Geral da União justificaram o veto, sustentando respeito ao princípio da reserva legal, dado que não se poderia transacionar acerca de sanções relativas ao tempo pretérito e imputadas em decorrência de lei. Além disso, argumentou-se que eventual transação poderia representar um estímulo indevido ao não cumprimento das sanções, uma vez que seria possível seu posterior acordo.

No entanto, por mais que a redação sancionada do artigo 26 não mencione, expressamente, o vocábulo "sanção", seria possível interpretar o dispositivo referido em seu sentido amplo, e, por conseguinte, estaria pacificado o supedâneo específico para a utilização de qualquer compromisso que vise os fins normatizados, a saber: eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público.

Note-se que o legislador não limitou o objeto do compromisso passível de ser celebrado pela Administração Pública, como também não vedou sua utilização para a resolução de sanções administrativas. Em outras palavras, qualquer prerrogativa estatal pode ser transacionada, como a sancionatória, fiscalizatória, adjudicatória, tributária etc.[79] Não se pode, portanto, obstaculizar a adoção dos acordos administrativos substitutivos de sanção com base na ausência de previsão normativa específica.

No tocante ao veto aludido, sua intenção fora apenas a de impedir o efeito retroativo da aplicação do compromisso no tempo, mas não a de proibir a celebração de futuros acordos administrativos substitutivos de sanção, o que fica claro na medida em que o inciso tratava tão somente da aplicação para sanções relativas ao passado. A possibilidade de firmar acordos que objetivem a substituição de sanções já aplicadas poderia ocasionar implicações indeterminadas, até porque existem infrações levadas à tutela do Poder Judiciário. Logo, poder-se-ia gerar cenário de insegurança das demandas em seus ritos procedimentais.

---

[79] Cf. GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB – Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública cit., p. 150.

Não obstante a percepção, as razões de veto anunciadas vão além, abrangendo: violação ao princípio da reserva legal e estímulos ao inadimplemento da sanção administrativa.

A violação do princípio da reserva legal cairia por terra a partir do momento que o assunto em voga estaria sedimentado no plano legal. Assim, tal alegação possui conotação contraditória, uma vez que o uso dos acordos administrativos para substituir sanção estaria, igualmente, albergado em lei.

Outro argumento adotado pelas autoridades consiste no fato de que a previsão para celebrar compromisso capaz de substituir sanção poderia ser considerada incentivo ao não cumprimento desta. Ocorre que tal afirmação não passa de mera suposição, fundada na presunção de má-fé do administrado.

Nesse sentido, apesar das razões de veto comentadas, a previsão do artigo 26 do Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, serviu para superar a dúvida que pairava sobre a norma que se presta como fundamento para a Administração Pública transacionar, servindo de permissivo genérico para tanto.[80]

2.2 Justificativas para a adoção dos acordos administrativos substitutivos de sanção

Ultrapassado o que se denominou de obstáculos para a adoção dos acordos administrativos substitutivos de sanção, válido sopesar o fato de que tais instrumentos podem também ser vistos com outros olhos. Em outras palavras, a via da consensualidade apresenta vantagens capazes de justificar sua adoção.

As benesses dos acordos administrativos substitutivos de sanção podem ser extraídas a partir da lógica que está por trás de sua adoção, ou seja, o uso da negociação para alcançar a eficiência administrativa. É isso que será apresentado nos próximos tópicos.

2.2.1 Lógica da adoção dos acordos administrativos substitutivos de sanção

Em primeiro lugar, importa compreender adequadamente a noção de sanção administrativa como uma medida de proteção de um determinado bem jurídico, para assim prosseguir com a lógica que os acordos administrativos utilizados para sua substituição

80 V. Idem, p. 140.

pretendem imprimir. Com essa construção, será possível entender os percalços existentes na experiência jurídica punitiva, compreendendo, entre eles, o *jus puniendi* da Administração Pública e as ações administrativas passíveis de ser executadas.

Na visão de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA e de Tomás-Ramón FERNÁNDEZ a sanção administrativa consistira num "mal infligido pela Administração a um administrado como consequência de uma conduta ilegal", mal este que seria representado na "privação de um bem ou de um direito, imposição da obrigação de pagamento de uma multa".[81]

Observa-se, por tal conceito, que é possível definir a sanção administrativa como a consequência jurídica que incidirá em decorrência do descumprimento de um dever jurídico, aplicada pela própria Administração Pública. Todavia, tal característica poderia denotar o aspecto formal passível de ser atrelado ao conceito de sanção. Apesar de essa discussão não ser objeto deste estudo, a sanção administrativa pode, igualmente, ser apresentada por meio de seu conceito material, importando, para essa definição, a prévia tipificação em normativos próprios do direito administrativo, independentemente de quem ditará sua aplicação.

Para o foco em questão, importante pontuar que a sanção administrativa corresponde à consequência jurídica diante de um ilícito praticado capaz de resultar em vulnerações, tais como ao direito de propriedade, da liberdade do exercício profissional, da livre-iniciativa, entre outros, ao administrado.

A distinção no caso em questão em face da pena oriunda do direito penal é que o ilícito é administrativo, o que, na visão de Nélson HUNGRIA, corresponderia a um direito penal subjetivo do Estado, isto é, a desobediência às ordens emanadas pelo Estado corresponderia ao "*substratum* de todo e qualquer ilícito, e não uma peculiaridade do ilícito administrativo", porquanto para HUNGRIA nada existe de substancialmente diverso entre o ilícito administrativo e o ilícito penal.[82]

José Roberto Pimenta OLIVEIRA acompanha o raciocínio da unicidade do regime jurídico punitivo estatal, diante da moldura singular de princípios e regras constitucionais caracterizados por limitar o poder punitivo passíveis de ser aplicados tanto ao plano penal

---

81 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDÉZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo, 2*. Revisão técnica Carlos Ari Sundfeld. Tradução José Alberto Froes Cal. São Paulo: RT, 2014. p. 187.

82 Cf. HUNGRIA, Nélson. Ilícito penal e ilícito administrativo. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 26-27, 1945.

quanto ao direito administrativo sancionador – "recentemente rotulado". Sob tal ponto de vista, Pimenta OLIVEIRA assevera a sujeição de princípios basilares estruturantes à imposição estatal de sanções administrativas.[83-84]

Fábio Medina OSÓRIO, por sua vez, critica a ideia de um *jus puniendi* único, pois ressalta a diversidade formal e substancial das técnicas utilizadas pelo Estado para proteção dos bens jurídicos. OSÓRIO defende a separação de regimes entre o direito penal e o direito administrativo sancionador e, consequentemente, das penas e sanções administrativas preservadas por ambos, respectivamente.[85]

Contudo, apesar das divergências concernentes ao sistema normativo sancionador, não há como desconsiderar que o direito penal pode apresentar importantes lições aproveitáveis ao direito administrativo, que revelam a compreensão das razões e do modo pelo qual o Estado reconhece a necessidade de deter uma ação punitiva.

Tanto é que ficou formulada, inclusive, a teoria do Direito Penal Administrativo, atribuída a James GOLDSHMIDT.[86] A teoria do Direito Penal Administrativo influenciou a aproximação das sanções administrativas às penas oriundas do direito penal, com o reconhecimento das influências dogmáticas utilizadas para fundamentar aquelas, como também das práticas e técnicas jurídicas implementadas nas suas execuções.[87]

Nesse contexto, Luiz Regis PRADO ensina que as lições oriundas do direito penal sobre a necessidade de o Estado deter uma ação punitiva têm como funções: (i) garantir e limitar o direito de punir do Estado; (ii) conferir teleologia ao tipos; (iii) individualizar o que se pretende proteger; (iv) sistematizar os bens jurídicos.[88]

---

83 Tal como a tipicidade, para compreensão de seus limites, visto que, na visão de Pimenta Oliveira, "o tipo de modelo de conduta ilícita deve trazer densidade necessária e suficiente para que permita o controle adequado do processo". Nada mais do que razoável, caso contrário, estaríamos reconhecendo tipos intoleravelmente imprecisos os vagos (*Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional.* Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 199-205).

84 Essa ideia também é defendida por Miguel Reale Jr. (Ilícito administrativo e o *ius puniendi* geral. *In*: PRADO, Luiz Regis (coord.) *Direito penal contemporâneo*: estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir. São Paulo: RT, 2007. p. 93-100); e por Rafael Munhoz de Mello (*Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador*: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 45).

85 OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 101-147.

86 Cf. anuncia Alejandro Nieto García (*Derecho administrativo sancionador*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 2018. p. 142).

87 GARCÍA, Alejandro Nieto. *Derecho administrativo sancionador* cit., p. 143.

88 PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: RT, 2003. p. 60-61.

No âmbito de um Estado Democrático de Direito não existe liberdade para atuar de forma repressiva. Pelo contrário. A atividade estatal na seara punitiva não só deve ter respaldo na categorização normativa, na tipicidade, diante da observância à legalidade formal, como também está sujeita ao princípio da intervenção mínima.[89]

Apesar da sujeição à intervenção mínima, não se defende a abolição do uso da sanção para coibir ou reprimir a conduta antijurídica. O sistema punitivo deve continuar fornecendo a materialização da regra sancionadora, de modo a consolidar sua dimensão, abrangência e a tutelar o bem que deve ser protegido.

Não obstante, conforme repisado, a mutação do direito administrativo importou em evoluções no cenário legislativo, com a respectiva incorporação, no ordenamento jurídico nacional, de instrumentos consensuais, de forma que estes não podem ser desprezados.

Assim, neste tempo em que se clama por segurança jurídica, o sistema punitivo estatal deve ser repensado, visando a padronização de certa coerência, que confira suporte para efetivar transações administrativas. Caso contrário, corre-se o risco de desperdiçar a razão para utilização dos citados instrumentos, como também a finalidade de lograr êxito na execução da própria competência pública.

Compreender a sanção administrativa como uma opção, e não como um dever, é um salto importante para a identificação da lógica incorporada aos acordos administrativos capazes de substituí-la, eis que pressupõe a evolução aludida no primeiro capítulo, que ficou associada à ruptura das vias imperativas de outrora.

A sanção administrativa não é um fim em si mesma, mas um instrumento destinado a assegurar a repressão da infração e a restabelecer a ordem jurídica, compelindo o infrator a voltar a praticar o ato corretivo, ou desconvencendo-o a manter-se com a transgressão administrativa. Logo, possível cogitar que não haveria um dever vinculado de

---

[89] Em certos casos de ilícito administrativo, como na hipótese de improbidade administrativa, observa-se a defesa da intervenção máxima. Cf. OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional* cit., p. 238. Ocorre que não se pode deixar de notar que desde a edição da Lei de Improbidade Administrativa (LIA) a evolução legislativa ocasionou efeitos ao agir da Administração. Ilustra-se com o fato de que, por mais que haja vedação na LIA para a celebração de acordos, o surgimento de instrumentos consensuais que tutelam o mesmo bem jurídico, a probidade administrativa, passou a fazer parte do cotidiano administrativo.

a Administração Pública sancionar todas as vezes que detectar um ato ilegal, sem, todavia, realizar a devida ponderação no competente processo administrativo.[90]

A recíproca é igualmente verdadeira. O acordo administrativo substitutivo de sanção deve ser adotado na medida necessária, e não sempre buscado, como uma medicina para curar toda e qualquer fragilidade da Administração Pública. O caráter instrumental dos instrumentos consensuais necessita ser identificado.[91]

Nesse sentido, é o ensino de Floriano de Azevedo MARQUES NETO e Tatiana Matiello CYMBALISTA:

> Vista sob uma perspectiva mais instrumental, a atividade sancionatória vem se despindo do seu caráter simbólico (a resposta necessária a um descumprimento da norma jurídica que representaria uma ameaça à própria autoridade regulatória) e adquirindo cada vez mais o papel único de meio para alcançar as metas e finalidades de interesse coletivo. Cresce então a possibilidade e a prática de se atingir a mesma finalidade por meio do abandono do processo sancionador e da aplicação de uma sanção em prol de compromissos de reparação dos danos, de alteração de comportamentos faltosos ou ainda de medidas compensatórias que tragam benefícios à coletividade.[92]

É preciso, portanto, reforçar e clarificar que a consensualidade e a unilateralidade são teorias distintas.[93] Enquanto a unilateralidade representa um juízo imperativo, o consenso é fruto de referências diversas, pois abarca métodos negociais, participativos e técnicas sistematizadas, calcadas em preceitos que buscam, primordialmente, a eficiência e a celeridade processual. Tais preceitos já foram identificados e incorporados a determinadas normativas.

---

90 WILLEMAN, Flávio de Araújo. Termo de ajustamento nas concessões: conversibilidade das sanções administrativas pecuniárias em investimentos. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral*, Rio de Janeiro, v. 68, p. 163, 2014.

91 MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato administrativo* cit., p. 347.

92 CYMBALISTA, Tatiana Matiello; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e de sanção. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 8, n. 31, p. 55, out./dez. 2010.

93 Interessante anotar a perspectiva em que Thiago Marrara aborda a questão. Para ele, o acordo não afasta a unilateralidade da ação administrativa, pois as decisões exaradas por um órgão colegiado é composta pela consensualização, bem como há casos em que a ação singular do Poder Público configura estímulo para a busca do consenso (*Direito administrativo*: transformações e tendências. São Paulo: Almedina, 2014. p. 41-42).

Ocorre que a perspectiva da atuação consensual necessita ser entendida, de fato, como a reconfiguração do agir administrativo. O fomento da cultura consensual para tanto é imperioso, uma vez que tal passagem não é trivial. Pelo contrário. A mudança de perspectiva carrega consigo uma nova gama de desafios e responsabilidades aos agentes públicos, o que pode levar a Administração Pública dita do medo, capaz de gerar, inclusive, uma crise de ineficiência.[94]

A previsão em lei da possibilidade de acordo trouxe maior segurança jurídica à solução de conflitos no campo sancionatório. Por mais que a utilização da consensualidade prescindisse de normativa própria, porquanto a Administração Pública, valendo-se do princípio da eficiência, poderia atuar via concertada,[95] as ulteriores alterações legislativas vieram para somar e apresentar um campo próprio àquela, criando, assim, uma finalidade legal positivada e angariando maior segurança jurídica aos negócios jurídicos passíveis de ser celebrados.

Resta-se, contudo, esmiuçar a lógica da consensualidade focada nos resultados advindos da busca pela alternatividade sancionatória, para identificar as razões de sua utilização, seu cabimento, suas virtudes e seus defeitos.

É preciso progredir e reconhecer que, com a formatação do consenso substitutivo de sanção, as perspectivas pedagógicas de um ato infrator são cambiáveis por compromissos de comportamento, buscando-se, além do mais, satisfazer o interesse público.

Nessa linha, Winfried HASSEMER observa que a postura de um processo sancionatório deve encontrar azo no atingimento dos fins que pretendem ser alcançados, pois as decisões punitivas devem não apenas refletir o caráter de justiça, mas também justificar que são adequadas ao objeto.[96]

---

94 Cf. assevera Fernando Vernalha Guimarães, o administrador público estaria, pouco a pouco, desistindo de decidir, diante do medo de, ao produzir decisões controversas, sofrer posterior responsabilização (O direito administrativo do medo: a crise da ineficiência pelo controle. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle. Acesso em: 23 jun. 2019).

95 Nesse sentido é a visão de Alexandre Santos de Aragão, que ensina que o fato de inexistir previsão legal relativa à preferência pela adoção consensual em detrimento da punitiva não impediria o agir daquele modo, pois o que deveria ser matizado nos casos em concreto seria a efetivação dos princípios da eficiência e da proporcionalidade. (*Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico.* Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 111).

96 HASSEMER, Winfried. Die Basis des Wirlschaftsstrafrechts. *Wistra: Zeitschrift für Wirtschafls-und Sleuerstrafrecht*, Balve, ano 28, p. 170, 15 maio 2009 apud COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal*

A adoção consensual não importaria na desconsideração dos resultados fiscalizatórios da Administração, mas sim na condução de um procedimento sancionatório que, além de preservar as garantias e os princípios aplicáveis à matéria, enseja um caminho que possa ser mais condizente com a finalidade pública.[97]

Em outras palavras, importante procurar o efeito perverso da conduta estritamente punitiva; identificar qual é o racional da atividade administrativa; perfilar o fim adequado possível de ser perquirido pela Administração Pública para satisfazer com maior intensidade o interesse público, previamente, para ratificar a posição pela condução do consenso. Assim, democratizam-se os fins, bem como impede-se a edição de atos administrativos unilaterais impositivos.

A lógica dos acordos administrativos substitutivos de sanção está consolidada em suas próprias características, que traduzem a aferição de um resultado por meio de uma chamada regulação consensual,[98] isto é, uma regulação responsiva, pautada por regras mais brandas, que visam a valorizar a tanto a desburocratização como a eficiência.

O consenso intercede por outras peculiaridades, podendo ser classificadas como positivas e negativas. No rol de características positivas, podem-se elencar o privilégio à eficiência e celeridade processual e a negociação administrativa.

O risco atrelado de assinar um acordo em detrimento da maneira mais tradicional de agir diante de um ilícito – via impositiva ou autoritária, que é quase encarada como um poder/dever – é alto, tendo como consequência natural uma refração sobre esse tipo de atitude.

O risco mencionado nesse caso não decorre de um juízo de legalidade, mas se relaciona com (i) o emprego tradicional de autoridade; (ii) os efeitos colaterais de uma

---

econômico e direito administrativo sancionador: *ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

97 Sobre o tema, apesar de ser por uma perspectiva penalista, interessante anotar as lições de Terradilhos Basoco: "También pueden convivir Estado del bienestar con Dereceho penal mínimo. La afirmación contraria de que parece razonable pensar que un Derecho mínimo sólo puede generarse en el marco de un Estado mínimo, condena a los partidarios de la progresiva reducción del *ius punendi*, a abrazar credos liberales" (Globalización, administrativización y expansión del derecho penal económico. *In*: TERRADILLOS BASOCO, Juan María; ACALE SÁNCHEZ, María (coord.). *Temas de derecho penal económico*. Madrid: Trotta, 2004. p. 240).

98 Cf. SADDY, André; GRECO, Rodrigo Azevedo. Termo de ajustamento de conduta em procedimentos sancionatórios. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 52, n. 206, p. 165-203, abr./jun. 2015.

cultura administrativa; e (iii) a própria estrutura de controle, seja ele realizado pelas Cortes de Contas, seja pelo Poder Judiciário.

Em outros termos, o peso para a efetivação de uma atuação consensual é fruto de um juízo de ponderação advindo de uma dualidade severa, o que, por si só, eleva o ônus motivacional do agente público – aplicação de uma sanção, com a promulgação dos corolários basilares do direito administrativo, ou a celebração de um acordo. Atuar por meio de um processo administrativo sancionador pode se mostrar menos arriscado do que sugerir o caminho da consensualidade, haja vista o campo negocial nesta existente.

No entanto, a negociação corresponde à forma mais efetiva de democratização da Administração Pública, pois ela traz para o campo decisório o próprio administrado, maximizando os possíveis recebíveis, materializando as expectativas de ambas as partes, pondo fim a procedimentos duradouros – e custosos –, impendido a transposição do litígio para seara judicial e solidificando interesses que influenciam a elaboração e utilização de outros mecanismos como política e economia. Até por que, em juízo, a possibilidade de alegação de diferentes razões é premente.

Por tais motivos, a negociação não pode encontrar potenciais restrições, sob pena de desnaturar a lógica consensual. Refutam-se, assim, as conclusões apresentadas por Simone TORRICELI ao limitar os efeitos dos acordos substitutivos: primeiro, ao conteúdo que o ato administrativo poderia ter; segundo, a mesma conexão funcional com o interesse público que o ato administrativo teria.[99]

A negociação consagra a lógica perpassada e legitima a celebração dos acordos administrativos substitutivos de sanção, que, como será detalhado abaixo, consiste numa medida legítima, válida e eficaz, e não uma "válvula de escape" para impedir a via sancionatória. Uma de suas maiores potencialidades é renunciar as prerrogativas típicas da Administração Pública – associadas, por vezes, à figura do ato administrativo, para viabilizar uma concertação ajustada de alguma obrigação outra.

Observa-se, portanto, que a lógica enraizada para a adoção da via concertada, em detrimento da imperativa, marcada pelo caráter vertical, hierárquico, da decisão, atrela-se à ideia

---

[99] TORRICELI, Simone. Les limites à l'utilisation des instruments contractuels dans l'activité administrative. *In* : NOGUELLOU, Rozen; STELKENS, Urich. *Droit compare des contrats publics*. Bruxelas: Bruylant, 2010. p. 125-143 apud MIRAGAYA, Rodrigo Bracet. *Os meios de conformação das relações jurídicas no direito administrativo:* entre atos unilaterais e contratos cit.

de uma Administração de resultados, posto ser essa o elemento caracterizador do Estado atual, isto é, uma Administração que está interligada ao ideário de uma boa gestão, pautada pela eficiência, singularidade técnica e pluralidade decisória. Em outras palavras, o que se pretende conjugar nesse modelo é uma articulação da legalidade com a eficiência, a qual fora denominada pelo administrativista português Pedro GONÇALVES como a "legalidade do resultado".[100]

2.2.2 A busca pela eficiência administrativa

Com o respaldo do princípio constitucional da eficiência, normativo central para a substituição da sanção, diante das circunstâncias concretas, deve ser esta ponderada e substituída, quando for o caso, na busca do consenso.[101]

Parametrizar tal substituição é medida premente, de maneira a assegurar não só a validade de todo e qualquer ato a ser produzido pela Administração Pública, mas a mencionada eficiência. A parametrização será objeto de análise no Capítulo 4 do presente estudo, porém, de toda forma, antecipa-se a necessidade de se criar um ambiente com maior segurança e previsibilidade, a fim de angariar maior estabilidade aos pactos a serem celebrados.

Sobre a eficiência, Luciano PAREJO ALFONSO ensina que o princípio da eficiência implica a promoção de um julgamento sobre a aplicação dos meios e consecução dos objetivos previstos no ordenamento, e os critérios e medidas para realizar tal julgamento não têm um sentido unívoco e concreto.[102]

Na visão de Daniel HACHEM e Emerson GABARDO, o princípio da eficiência consistiria no dever imposto constitucionalmente à Administração Pública de:

> (a) exercitar a competência administrativa que lhe é juridicamente conferida com a máxima celeridade, presteza, economicidade e

[100] Pedro Gonçalves relata que, após o advento do Estado Democrático e Social, passaram a ser valorizadas a ação concertada e atitude cooperativa para realização de interesses coletivos. Tal reordenação de papéis entre Estado e sociedade provocou uma reconfiguração das responsabilidades públicas com o enfoque do resultado, consubstanciado pelo modelo da regulação (Estado de garantia e mercado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Porto, v. VII (especial: Comunicações do I Triênio dos Encontros de Professores de Direito Público), 2010, p. 97-128).

[101] Maria Paula Dallari Bucci assevera que a eficiência começa a ser reconhecida pelo ordenamento infraconstitucional, apesar de a cultura jurídica dominante ainda estar por acolhê-la no cotidiano de suas atividades (*Direito administrativo e políticas públicas.* São Paulo: Saraiva, 2002. p. 181).

[102] PAREJO ALFONSO, Luciano. *Eficacia y administración*. Tres Estudios. Madrid: INAP, 1995. p. 90.

> produtividade, (b) atuando de modo a concretizar fielmente a finalidade pública subjacente às normas jurídicas às quais está submetida, (c) utilizando os meios mais adequados ao alcance ótimo dos objetivos estatuídos pelo direito positivo (interesse público), (d) conferindo a máxima efetividade aos comandos que lhe são dirigidos pelo ordenamento jurídico, (e) sempre em consonância com os direitos fundamentais e com os demais princípios e regras que orientam a atividade administrativa. Impende analisar separadamente cada um dos desdobramentos ora enunciados.[103]

Assim, o punir por punir não deve prevalecer em toda e qualquer circunstância, tendo em vista que a adoção do ato sancionatório deve ser tida como a *ultima ratio* para o deslinde de uma situação contenciosa.

Em outras palavras, a partir de uma análise do juízo de necessidade, cabe ao Estado buscar a medida menos gravosa e a solução consensual e pacífica para o atingimento de determinada finalidade, isto é, tal medida precisa representar o menor sacrifício a ser acarretado ao interesse privado, inclusive, em respeito à Constituição, a partir da interpretação de que esta possui o espírito social em seu desiderato.

A atuação unilateral não é mais o único caminho passível de ser adotado diante de um fato antijurídico, ou até mesmo perante um processo administrativo sancionatório, tendo em vista o surgimento dos acordos administrativos substitutivos de sanção, como instrumentos negociais, bilaterais, para possibilitar maior flexibilidade ao agir administrativo.[104]

O agir unilateral e o excesso de zelo no rigor sancionatório são duas faces da mesma moeda, de modo que sua imposição pode ocasionar efeitos negativos, tais como a incapacidade de assegurar o entusiasmo e o desejo de colaboração.[105]

A Administração Pública, para exercer as funções administrativas, agora em consonância com o princípio da eficiência, deverá, pois, agir por ponderação, visto que a ordem jurídica lhe empresta um feixe de atribuições mais plural que outrora. Tal ponderação

---

[103] HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson. Responsabilidade civil do Estado, *Faute du Service* e o princípio constitucional da eficiência administrativa. *In*: GUERRA, Alexandre D. de Mello *et al*. (org.). *Responsabilidade civil do Estado*: desafios contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 4.

[104] PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na administração pública* cit., p. 256.

[105] Nessa direção, BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas* cit., p. 463.

ressalta a instrumentalidade e funcionalidade do direito administrativo e de seus instrumentos jurídicos, conforme anota Juliana Bonacorsi de PALMA:

> Instrumentalização e funcionalização do direito administrativo ensejam a abertura à consensualidade, na medida em que, conforme o critério racional que se adote para delimitar o conteúdo de "decisão eficiente", os acordos celebrados entre Administração Pública e administrado podem ser uma possível opção de escolha, admitindo ponderações de eficiência no caso concreto juntamente com o ato administrativo imperativo e unilateral.[106]

Em igual caminho, Onofre Alves BATISTA JÚNIOR sustenta que, anterior à adoção da via consensual, a Administração Pública necessita proceder à ponderação dos vários interesses envolvidos, sejam eles públicos ou privados, e, no exercício da função administrativa, fundamentar sua atuação calcada no princípio constitucional da eficiência.[107]

No entanto, a eficiência não deve ser examinada somente pelo viés econômico. Errado seria refutar a aplicação da eficiência, numa substituição de uma multa elevada por obrigações passíveis de ser enquadradas como mais leves sob o aspecto econômico, por exemplo. A eficiência não é apenas arrecadar mais, gastar pouco, ou gastar bem, é gerir com equilíbrio e ponderação a coisa pública.[108]

Na visão de Odete MEDAUAR, a eficiência seria:

> Princípio que norteia toda a atuação da Administração Pública. O vocábulo liga-se à ideia de ação, para produzir resultado de modo rápido e preciso. Associado à Administração Pública, o princípio da eficiência determina que a Administração deve agir, de modo rápido e preciso, para produzir resultados que satisfaçam as necessidades da população. Eficiência contrapõe-se a lentidão, a descaso, a negligência, a omissão – características habituais da Administração Pública brasileira, com raras exceções.[109]

Sob o aspecto dos acordos administrativos substitutivos de sanção, a eficiência pode ser adotada pelo juízo da proporcionalidade entre os fins e os meios,[110] ou seja, diante da

---

106 PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na administração pública* cit., p. 124-126.

107 BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas* cit., p. 468.

108 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas* cit.

109 MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno.* 19. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2015. p. 161.

110 Interessante anotar a visão de Mateus Piva Adami acerca da intepretação da eficiência como vetor interpretativo para eleger o meio mais adequado, visto que o resultado ideal, para ele, é extraído a partir de um exame comparativo (*A discricionariedade administrativa em face do princípio da eficiência.* 2007.

possibilidade de alterar o ato imperativo e unilateral pelo meio consensual e bilateral, a escolha do administrador público deve ser emanada a partir do mandamento da eficiência administrativa.[111]

A despeito da conotação econômica, a substituição de uma sanção administrativa pode ser benéfica para a Administração Pública obter informações, quando os cenários práticos demonstrarem a existência de óbices às ações investigativas estatais; efetivar medidas comportamentais num menor espaço temporal e frear demandas judiciais, tendo em vista a antecipação da solução mediante o consenso e o encurtamento do tempo e do custo do processo administrativo; propiciar decisões proporcionais ao dano em concreto; e minimizar a instabilidade das relações contratuais da Administração.[112]

A eficiência pode ser mensurada, ainda, pelos custos sociais que a medida administrativa substitutiva pode propiciar. O Estado brasileiro é movido e orientado por uma constituição dirigente, de modo que as imposições constitucionais, como a eficiência, necessitam promover a satisfação dos interesses sociais. A celebração de compromissos é capaz repercutir ganhos relacionados a uma consciência coletiva aos cidadãos, ou seja, de interesse público.[113]

Além disso, certas infrações administrativas, de acentuada complexidade, passaram a ser praticadas no âmbito administrativo. Some-se a isso a fragilidade das atividades instrutórias, persecutórias e fiscalizatórias clássicas, que esbarra nas garantias processuais conferidas ao administrado.[114]

Por certo, o instrumento do acordo administrativo substitutivo de sanção passou a ser tido como uma ferramenta para viabilizar a execução da função administrativa com maior eficiência.

Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 24, apud PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na administração pública* cit.).

111 BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas* cit., p. 480.

112 Diogo de Figueiredo Moreira Neto anuncia que o fenômeno da multiplicação dos conflitos ocasiona uma avalanche de processos judiciais envolvendo a Administração Pública. Tal fator "atulha as prateleiras dos órgãos burocráticos com milhares de processos, muitos deles semelhantes quando não repetitivos, conceberam-se institutos em que o consenso pode atuar vantajosamente na prevenção administrativa de conflitos" (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa cit., p. 152).

113 Sobre a eficiência social, v. Onorato Sepe, ao abordar o valor desta na necessidade de o Estado utilizar todos os meios para alcançar os melhores resultados em prol da coletividade (Nuevas tendencias hacia la eficiencia en el Estado Social. *Documentación Administrativa*, Madrid, n. 151, p. 16, 1973).

114 Cf. Fábio Medina Osório expõe que as atividades instrutórias da Administração Pública encontram empecilhos relacionados aos princípios de inocência e à vedação de se obrigar alguém a produzir provas contra si mesmo (*Direito administrativo sancionador* cit., p. 502-503).

2.3 Síntese do capítulo

O cenário atual denota que cada vez mais as demandas administrativas são mais complexas. O plexo de interesses legítimos merecedores da tutela estatal só faz aumentar a cada dia que passa. Os acordos administrativos substitutivos de sanção despontam como ferramentas capazes de atuar, vantajosamente, para a satisfação do interesse da coletividade.

Todavia, apontam-se obstáculos à utilização dos acordos administrativos substitutivos de sanção, pautados, notadamente, por uma interpretação rígida de princípios fluidos e meramente teóricos, tais como o da supremacia do interesse público sobre o interesse privado e o da indisponibilidade do interesse público. Além disso, barreiras são impostas com fundamentos na defesa da legalidade estrita, bem como na necessidade de previsão específica para substituir a sanção administrativa.

Apesar de tais imposições, faz-se necessário ponderá-las em consonância com as inovações legislativas então surgidas, pois é possível visualizar que o legislador entendeu adequado possibilitar a utilização dos acordos administrativos substitutivos de sanção, quando estes, de fato, apresentarem-se como a melhor solução concreta para as finalidades legalmente programadas.

As justificativas para a adoção dos acordos administrativos substitutivos de sanção encontram-se na vantajosidade da negociação administrativa e na busca pela eficiência. Estas devem ser examinadas casuisticamente, como uma forma de singularizar a ação administrativa. Em outras palavras, a Administração Pública deve ponderar, diante do caso concreto, sobre a via mais adequada para alcançar a solução mais eficiente.

Na equação final, destinada à materialização da atuação administrativa, as vantagens elencadas para a Administração Pública se valer do acordo administrativo substitutivo de sanção precisam sobressair, a fim de justificar tal conduta. Caso contrário, ainda que o ato consensual seja válido, este pode não ser a melhor opção para a hipótese em exame.

O ponto é considerar não apenas o ato administrativo unilateral, imperativo, sancionador, como único passível de ser editado diante da possibilidade da aplicação, ou execução, de uma sanção administrativa.

Estrategicamente, a Administração Pública pode se deparar com situações fáticas nas quais restam evidenciadas que a celebração do acordo administrativo substitutivo de

sanção pode resultar efeitos positivos, tais como: a efetividade do seu objeto, a economia de tempo e de custos administrativos, a obtenção de documentos e informações, entre outros. Em síntese, pode-se dizer que o interesse público, em certas ocasiões, se cumpre de modo mais eficiente, mediante a obtenção de consenso e a celebração de acordo.

Para tanto, importante reconhecer a eficiência que está por trás da lógica de negociar certas prerrogativas, de maneira a concretizar a consensualidade como expressão própria do interesse público, capaz, inclusive, de gerar sensações de confiabilidade, credibilidade e boa-fé administrativa, a medida do cumprimento das adesões pactuadas, como também da valorização da confiança recíproca das partes.[115]

[115] Cf. MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução* cit., p. 355; e MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato administrativo* cit., p. 371.

3 OS ACORDOS ADMINISTRATIVOS SUBSTITUTIVOS DE SANÇÃO NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

3.1 Definição dos acordos administrativos substitutivos de sanção

A adoção dos acordos administrativos substitutivos tem como finalidade basilar a mudança da sanção administrativa por um compromisso de conduta do administrado, para a satisfação de diferentes finalidades. Há uma troca na postura comportamental da Administração Pública que deixa de editar um ato administrativo imperativo, unilateral e sancionador, em virtude da celebração de um instrumento bilateral, o qual é construído com a participação do próprio administrado.

O pacto proporciona, além da substituição mencionada, outras consequências, tais como a interrupção da prescrição de uma pretensão punitiva;[116] a suspensão de um processo administrativo – até o cumprimento integral de certa condição, com sua ulterior extinção –; e até mesmo o impedimento da instauração de um trâmite investigativo, que seria capaz de culminar na comprovação da prática de algum ilícito e, consequentemente, na aplicação de sanção.

A finalidade dos acordos é acompanhada por outras mitigações múltiplas, que variam (i) de acordo com o instrumento consensual; (ii) diante das circunstâncias do caso; (iii) em razão do momento de sua celebração – antes ou durante o processo sancionatório;[117] (iv) em virtude dos compromissos e encargos assumidos pelo particular, entre outras.

---

[116] É o caso, por exemplo, do Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta celebrado no âmbito da Agência Nacional de Telecomunicações, nos termos do artigo 5º da Resolução n. 629/2013: "Art. 5º O requerimento da celebração de TAC deverá ser apresentado em petição específica, dirigida à Superintendência competente para propor ou aplicar sanções sobre a respectiva matéria, receberá autuação própria e importará em manifestação expressa de tentativa de solução conciliatória, interrompendo o prazo de prescrição da pretensão punitiva, nos termos do art. 2º, IV, da Lei n. 9.873, de 23 de novembro de 1999".

[117] Sobre as variações decorrentes do momento da celebração do acordo administrativo substitutivo de sanção, saliente-se a mudança de benefícios passíveis de ser ofertados ao administrado que opta pelo acordo de leniência. Tal alternância é proveniente de uma sinalização para importar em estímulos às leniências prévias à instauração do processo administrativo, uma vez que em tal circunstância a Administração Pública sequer tem conhecimento da conduta delituosa. Além disso, ainda no espectro do acordo de leniência, cite-se a limitação "first come, first serve" abarcada para a pessoa jurídica que pretende transacionar.

Além de tais variações, os acordos administrativos substitutivos de sanção podem ser materializados pela celebração de diferentes instrumentos.

O instrumento do Termo de Compromisso de Conduta permite tal constatação, pois é possível celebrá-lo no cenário antitruste, ambiental, bem como no panorama do mercado de capitais. Natural, portanto, que existam variações, haja vista as diferenças regulatórias que incidem sobre cada cenário; a complexidade que cada modalidade delitiva pode apresentar diante das circunstâncias do caso em concreto; como também a ausência de padrões em determinadas searas.[118]

O objetivo do presente capítulo envolve, no primeiro momento, pormenorizar a origem dos acordos administrativos substitutivos de sanção no direito positivo brasileiro. Na sequência, serão detalhados alguns conceitos capazes de compreender a natureza jurídica dos acordos administrativos substitutivos de sanção, com a posterior identificação dos instrumentos passíveis de ser classificados dessa forma, com especial atenção (i) às suas particularidades; (ii) aos seus fins; (iii) bem como ao contexto fático-normativo em que estão inseridos.

3.2 A origem dos acordos administrativos substitutivos de sanção no direito positivo brasileiro

Apesar de o salto do número de normas jurídicas que disciplinam os acordos administrativos substitutivos de sanção ter ocorrido tão somente na última década, é pertinente observar que o tema estava presente no direito positivo brasileiro há algum tempo.[119]

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) já tinha competência, por exemplo, para celebrar termos para conter abusos do poder econômico de administrados

---

[118] A ausência de padrões se deve ao fato de que, no Brasil, inúmeros órgãos e entidades da Administração Pública, com algumas ressalvas, como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, apenas atuam com a interpretação ou simplesmente aplicação da norma jurídica, ou seja, há uma lacuna no fornecimento de regras e padrões que possibilitem e consolidem um cenário de melhor governança e de comportamento. Tal fornecimento, no direito estrangeiro, comumente é associado à ideia de exposição de *guidelines* e de *standards*.

[119] Fernando Dias Menezes de Almeida assevera que, de rigor, a noção de consensualidade já existira tempos antes. Não obstante, acrescenta que essa noção "deve ser entendida no contexto histórico do tempo presente. Como se acaba de dizer, o estabelecimento de mecanismos de consenso entre Administração e indivíduos não é fato exclusivo do tempo presente; porém, por certo, a intensidade do fenômeno contratual é crescente atualmente" (*Contrato administrativo* cit., p. 339).

desde 1962, diante da previsão do artigo 46 da Lei n. 4.137/1962, que regulava a repressão a tal abuso. A redação de tal dispositivo dispunha a competência do Cade em assinar termo com o responsável pelo abuso econômico, com o compromisso da não reincidência.[120]

Ainda no âmbito do Cade, interessante anotar que, posteriormente, a Lei n. 4.137/1962 tornou-se revogada por meio da Lei Federal n. 8.884/1994, que, por sua vez, fora revogada pela Lei Federal n. 12.529/2011, que, igualmente, inovou o campo consensual no cenário concorrencial, inclusive para ampliá-lo, tendo em vista a disciplina pormenorizada do Compromisso de Cessação e do Acordo de Leniência.

Apesar de reconhecer o pioneirismo do Cade na legitimação da racionalidade de eficiência que subjaz os acordos administrativos substitutivos de sanção, apenas com a alteração da Lei de Ação Civil Pública, promovida pela Lei Federal n. 8.078/1990, foi possível verificar, sob o aspecto da legalidade, o permissivo capaz de ser utilizado para fundamentar a adoção da via consensual, no âmbito de toda a Administração Pública.

Em outras palavras, foi com a inclusão do § 6º do artigo 5º na Lei de Ação Civil Pública que o processo da consensualidade passou a ganhar maior espaço, porquanto ela trouxe consigo a possibilidade da celebração do Termo de Ajustamento de Condutas, cuja aplicação pôde expandir-se para diferentes entes e órgãos administrativos, isto é, os órgãos públicos legitimados para propor a ação civil pública ganharam a competência de tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações.

A ação civil pública busca proteger o patrimônio público e social, o meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos. Logo, a legitimidade para o manejo desse remédio constitucional foi concedida ao Ministério Público, à Defensoria Pública, à Administração Pública Direta, às entidades da Administração Pública Indireta e a certas associações. De pronto, percebe-se que o rol dos órgãos públicos legitimados é deveras extenso, o que faz com também seja dilatada a competência para celebração dos compromissos de ajustamento de conduta, como também comprova a amplitude do processo de consensualidade.

---

[120] O artigo 46 da Lei 4.137/1962 apresentava a seguinte redação: "Art. 46. Apurada pelo CADE a cessação do abuso do poder econômico, os responsáveis assinarão um têrmo comprometendo-se a não reincidir, sob pena de nova multa, cujo limite é fixado no dôbro da incidência máxima prevista no art. 43. Parágrafo único. No caso dessa reincidência ser específica, além do agravamento da multa, dar-se-á de imediato a intervenção".

A composição por meio desse instrumento possui força de título executivo extrajudicial, conjuga a experiência da prática concertada, oferta um campo para proteção de direitos difusos e coletivos e confere força para a condução da tutela desses direitos no cerne dos inquéritos civis.[121]

Além disso, a Lei Complementar n. 73/1993, que instituiu a legislação orgânica da Advocacia-Geral da União, previu que uma das atribuições do Advogado-Geral consistiria em desistir, transigir, acordar e firmar compromisso nas ações de interesse da União, nos termos do artigo 4º, VI. Tal dispositivo foi regulamentado, por sua vez, pela Lei Federal n. 9.469/1997, que, além de tratar da autorização para a realização de acordos ou transações para prevenir ou terminar litígios, inclusive os judiciais, elencou o procedimento a ser observado, contendo, por exemplo, as cláusulas necessárias na elaboração do Termo de Ajustamento de Conduta, que, nesse caso, previne ou termina litígios.[122] A Lei regulamentadora dispôs, ainda, sobre a transação público-privada, afirmando-se o modelo consensual no âmbito da Advocacia-Geral da União.

Além do setor concorrencial mencionado, outro bastante caracterizado pela difusão dos preceitos negociais é o ambiental. A Lei Federal n. 9.605/1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, prevê que os órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnam) podem celebrar "termo de compromisso com pessoas físicas ou jurídicas responsáveis pela construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores", nos termos do artigo 79-A.

Incluído pela Medida Provisória n. 2.163-41 de 2001, o artigo 79-A citado também estabelece as disposições gerais que o instrumento precisa conter, como a qualificação das partes, o prazo de vigência do compromisso, a descrição do objeto, o valor dos investimentos previstos e o cronograma físico de execução, multas a serem aplicadas no caso de descumprimento e o foro para resolução de litígios. Interessante anotar que, nesse

---

[121] RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e Termo de Ajustamento de Conduta*: teoria e prática. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 89.

[122] Conforme é possível extrair do artigo 4º-A da Lei Federal n. 9.469/1997, o Termo de Ajustamento de Conduta nas hipóteses que envolver interesse público da União, suas autarquias e fundações, deve conter: (i) a descrição das obrigações assumidas; (ii) o prazo e o modo para o cumprimento das obrigações; (iii) a forma de fiscalização da sua observância; (iv) os fundamentos de fato e de direito; e (v) a previsão de multa ou de sanção administrativa, no caso de seu descumprimento.

caso, a aplicação de sanções administrativas fica suspensa enquanto perdurar a vigência do correspondente termo de compromisso.[123]

O termo de compromisso na seara ambiental, além de conter a alternatividade, possui uma dupla vertente, a saber: preservar a continuidade da atividade empresarial e, ao mesmo tempo, cessar, ou amenizar os efeitos colaterais no meio ambiente ocasionados por uma conduta passível de ser sancionada.

Outro setor passível de ser anotado consiste no da anticorrupção. A Lei Federal n. 12.846/2013, conhecida como Lei Anticorrupção, prevê a possibilidade da celebração dos Acordos de Leniência para colocar fim ao processo, com a suavização de sanções que poderiam ser impostas ao sujeito leniente.

O legislador nacional reconheceu a existência de certas limitações investigativas por parte do Estado, ofertando para corrigir tal lacuna o instrumento consensual para a persecução da própria ação punitiva.

Sem querer antecipar a problematização que será desenvolvida no item 3.4.3 deste capítulo, a ponto de questionar a possibilidade de o Acordo de Leniência ser classificado ou não como uma modalidade dos acordos administrativos substitutivos de sanção,[124] válido o registro de ser indubitável que parte da lógica atrelada a estes estão presentes naquele.

A Lei Anticorrupção teve como parâmetro para adoção do Acordo de Leniência o modelo existente na legislação concorrencial, com parcial incorporação de requisitos e procedimentos, com a distinção de que nesta é possível que as vantagens oferecidas pela leniência sejam estendidas às pessoas físicas, o que não acontece naquela. Discussões sobre sua natureza e competência serão retomadas no tópico específico. Quer-se chamar atenção ao fato de que o Acordo de Leniência não deve ser visto unicamente sob a ótica da Lei Anticorrupção, mas também com foco noutras legislações setoriais que legitimaram sua utilização.

---

123 Conforme a redação do artigo 10, § 8º, do Decreto n. 6.514/2008, que regulamenta o processo sancionatório relacionado às infrações ambientais, a celebração do compromisso encerrará a contagem da multa diária.

124 O questionamento é possível de ser realizado, diante do fato de que do compromissário não poderá ser exigida a confissão da prática do ato violador do ordenamento jurídico, mas tão somente sua adequação, em respeito à presunção de inocência fixada no artigo 5º, LVII, da Constituição brasileira de 1988, e à interdição da autoincriminação prevista, igualmente, no artigo 5º, LXIII, da Constituição brasileira de 1988 e na Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU, do qual o Brasil é signatário, conforme asseverado por Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Véras de Freitas (*Comentários à Lei n. 13.655/2018* (Lei da Segurança para a Inovação Pública). Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 108).

Na esfera de atuação do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários, a Lei Federal n. 13.506/2017, que dispõe sobre o processo sancionador, apresentou inovações, passando a admitir, com intuito atender ao interesse público e em juízo de conveniência e oportunidade, a celebração de termo de compromisso, que se constitui título executivo extrajudicial, conforme estabelece o seu artigo 11, razão pela qual o instrumento é capaz de ser inserido no rol dos acordos administrativos substitutivos de sanção.

A celebração de tal termo de compromisso importa ao interessado a obrigação, cumulativa, de três requisitos: (i) cessação da prática sob investigação; (ii) correção das irregularidades e indenização dos prejuízos, e (iii) cumprimento das demais disposições com o recolhimento da contribuição pecuniária.

Além da previsão do termo de compromisso, a legislação atrelada ao mercado financeiro dispôs sobre o "Acordo Administrativo em Processo de Supervisão", que nada mais é que o próprio acordo de leniência, com outra nomenclatura. Isso, porque tal instrumento é materializado no decurso dos trâmites de processos de investigação, com as pessoas físicas ou jurídicas que confessarem a prática de infrações, passíveis de firmar com o Banco Central do Brasil o aludido acordo e se beneficiar da extinção de sua ação punitiva ou redução da penalidade aplicável, "mediante a efetiva, plena e permanente cooperação para a apuração dos fatos", conforme a previsão do artigo 30 da Lei Federal n. 13.506/2017.

Recentemente, foi editada a mais importante inovação legislativa no contexto consensual alternativo: a Lei Federal n. 13.655/2018, conhecida como a Lei da Segurança para a Inovação Pública, que incluiu novas disposições à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Decreto-lei n. 4.657/1942.

Conforme comentado, a previsão normativa por permissivo genérico foi sedimentada para a celebração de compromissos com interessados, de modo a "eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público", de acordo com o artigo 26.[125-126] Em outras palavras, o dispositivo pôs "termo à controvérsia

[125] O veto à possibilidade de a transação envolver sanções e créditos relativos ao passado (inciso II) e à requisição da autorização judicial para celebração do compromisso, em procedimento de jurisdição voluntária (§ 2º) não descaracteriza o comando do normativo.

[126] O Instituto Brasileiro de Direito Administrativo atribuiu o seguinte enunciado ao dispositivo em questão: "Os artigos 26 e 27 da LINDB constituem cláusulas gerais autorizadoras de termos de ajustamento, acordos substitutivos, compromissos processuais e instrumentos afins, que permitem a solução consensual de

a propósito da imprescindibilidade de sua previsão em normas de primeiro grau", bem como superou o "entendimento de acordo com o qual a chamada "supremacia do interesse público" interditaria a disponibilidade do procedimento administrativo sancionador e do valor da multa dele decorrente".[127]

O dispositivo ressaltado foi regulamentado pelo artigo 10 do Decreto n. 9.830/2019. Em síntese, com a regulamentação, o instrumento do compromisso passou a ter uma disciplina própria, que deverá respeitar, por exemplo, a oitiva do órgão jurídico, a realização de consulta pública, quando for o caso,[128] e a presença de razões de relevante interesse geral. O regulamento também apresentou objetivos, previsões e procedimentos específicos para a celebração do compromisso, que serão detalhados no próximo capítulo.

Além do cenário macro delineado, não se pode olvidar que na guarida da Lei de Ação Civil Pública, diversas entidades reguladoras regulamentaram o Termo de Compromisso de Ajuste de Condutas em suas respectivas estruturas, com diferentes perspectivas de obrigações e procedimentos, que, na visão de Carlos Ari SUNDFELD e Jacintho ARRUDA CÂMARA, consistiram na autorização da negociação "para superar as infrações definidas no plano infralegal, evitando com isso a aplicação ou execução das sanções".[129-130-131]

---

controvérsias". Disponível em: http://ibda.com.br/noticia/seminario-promovido-pelo-ibda-aprova-enunciados-sobre-a-lindb. Acesso em: 21 jun. 2019.

127 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Véras de. A Lei 13.655/2018 e os novos paradigmas para os acordos substitutivos. *Conjur*, 11 maio 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-mai-11/opiniao-lindb-paradigmas-acordos-substitutivos. Acesso em: 21 jun. 2019.

128 A consulta pública é recomendada em cenários complexos, quando há dúvidas quanto aos interesses que estão por trás (GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Op. cit. p. 156).

129 SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias cit., p. 142.

130 Em posição contrária, segundo o estudo, de Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, Guilherme de Jesus France e Mariana Tavares de Carvalho Vianna, as regulamentações são deveras rigorosas (RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; FRANCE, Guilherme de Jesus; VIANNA, Mariana Tavares de Carvalho. Regulação consensual: a experiência das agências reguladoras de infraestrutura com termos de ajustamento de conduta. Revista de Estudos Institucionais – REI, v. 3, n. 1, p. 89-122, 2017).

131 V. as resoluções normativas que disciplinam a celebração de Termos de Compromisso de Ajustamento de Condutas no âmbito de diversas Agências Reguladoras, tais como: as Resoluções n. 199/2011 da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac); n. 629/2013 da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel); n. 372/2015 da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS); n. 3.259/2014 da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), entre outras. A resolução normativa nº 63/2004 da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL vigorou até junho de 2019, prevendo a possibilidade de Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta, como alternativa à imposição de penalidade, nos termos do seu artigo 21, no âmbito da referida Agência Reguladora. Após a edição da Resolução Normativa nº 846/2019, esta previsão foi afastada. Tal posicionamento já havia sido sinalizado pela Entidade Reguladora quando da 2ª Fase da

O assunto será tratado no item 3.4.2 deste capítulo.

3.3 Natureza jurídica dos acordos administrativos substitutivos de sanção

A negociação, por mais variada que ela possa ser, encontra-se presente nos diversos instrumentos que concretizam a alternatividade da via impositiva pelo caminho concertado. Isso significa que não se pode negar o fato de que a formatação de um acordo pressupõe a concessão de medidas recíprocas para a concretização de uma finalidade específica, seja para pôr fim a um processo sancionador, seja para encerrar as atividades ilícitas.

Alguns poderiam supor que o fato de o consenso alternativo ser fruto de acordo de vontades implicaria classificá-lo como contrato administrativo.[132]

No entanto, entende-se de maneira diversa. As bases estruturais do consenso estabelecidas no acordo substitutivo não se coadunam com a hierarquização típica dos contratos administrativos, que, por natureza, são pautados, por vezes, por um regime passível de ser classificado como de exorbitância.[133] O acordo administrativo substitutivo de sanção é moldado pelo emprego de técnicas e métodos próprios, cuja construção possui um viés que preza pela igualdade.[134]

Audiência Pública nº 07/2011 destinada à obtenção de subsídios para aprimorar a Resolução nº 333/2008, que disciplinava os critérios para celebração desse tipo de acordo. À época, a ANEEL justificara que os acordos não tinham alcançados os objetivos pretendidos, visto que não conseguiram "*superar os ônus, as incertezas e a morosidade dos processos de fiscalização e de sanção, de modo a alcançar o interesse público"*, como também a evolução do processo de fiscalização caminhava para redução dos espaços passíveis de serem preenchidos pela transação, conforme Processos 48500.006161/2010-82 e 48500.006368/2010-57.

132 Como é a defesa de Andréa Lúcia Nazário Villares (*Instrumentos jurídicos consensuais para a proteção à concorrência.* 2009. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 145); de Lucas Mendes de Freitas Teixeira que entende o Termo de Compromisso de Cessação, no âmbito do Cade, um acordo com natureza jurídica de contrato administrativo *sui generis* (Os Termos de Compromisso de Cessação e responsabilidade civil por infrações à ordem econômica. *Revista do Ibrac*, São Paulo, ano 19, v. 21, jan./jun. 2012, p. 102; e de Rodrigo Bracet Miragaya que defende a aplicação "dos poderes unilaterais previstos na Lei 8.666/93" no silêncio do acordo substitutivo (MIRAGAYA, Rodrigo Bracet. *Os meios de conformação das relações jurídicas no direito administrativo:* entre atos unilaterais e contratos cit., p. 175).

133 Reconhece-se que a ideia da exorbitância no contrato administrativo é controvertida, não devendo ser tida como regra para qualquer hipótese. Não obstante, apesar de não ser tema da presente dissertação, a regência federal oferta um campo passível para a Administração Pública agir de modo pouco desigual, razão pela qual o regime de exorbitância fora elencado como uma das distinções entre os instrumentos comentados, pelo menos no campo teórico.

134 Cumpre lembrar, além disso, que a regência dos contratos no âmbito da Administração Pública está sedimentada na Lei Federal n. 8.666/1993, que, por sua vez, presta para normatizar os instrumentos

Cabe, nesse compasso, refutar a figura do ato administrativo negocial, na tentativa de caracterizar a natureza jurídica do acordo administrativo substitutivo de sanção, pois nessa hipótese há uma consubstanciação de uma manifestação unilateral da Administração Pública.[135-136]

Para outro entendimento, também seria possível classificar os acordos administrativos substitutivos de sanção como uma transação administrativa, pois, partindo-se do conceito civilista, corresponderia justamente a "um negócio jurídico bilateral, pelo qual as partes interessadas, fazendo-se concessões mútuas, previnem ou extinguem obrigações litigiosas ou duvidosas".[137-138]

Prime facie, seria até possível subsumir a figura do acordo à da transação, em razão de que a "transação administrativa representa uma estratégia de negociação por meio da qual as partes envolvidas na relação jurídica administrativa controvertida, mediante concessões recíprocas, previnem ou terminam litígios".[139]

Ocorre que, por mais que haja definição específica para o instituto da transação no âmbito do direito administrativo, decerto que sua utilização, por transplante, necessitaria de um exame mais acurado, para identificação de sua real adequação ao recorte em questão.

No âmbito civilista, é sabido que a transação serve para concessões mútuas de direitos patrimoniais de caráter privado, consoante a previsão do artigo 841 do Código Civil. Todavia, como mencionado, os acordos administrativos substitutivos de sanção se prestam

---

jurídicos adequados para aquisição de bens e serviços. Logo, caso se aplicasse o critério formal, seria possível afastar a possível analogia relativa aos acordos-contratos.

135 Cf. Hely Lopes Meirelles, o ato negocial contém uma declaração de vontade da própria Administração Pública apta a concretizar determinado negócio jurídico, ou a deferir certa faculdade ao particular.

136 Para André Saddy e Rodrigo Azevedo Greco, os Termos de Ajustamento de Conduta em procedimentos sancionatórios possuem natureza jurídica de um ato administrativo negocial, constitutivo e emanado com discricionariedade, pois, para eles, é por meio da liberdade que se configurarão os efeitos do TAC, ou seja, se ele será substitutivo com relação ao procedimento punitivo, ou meramente suspensivo (Termo de ajustamento de conduta em procedimentos sancionatórios cit., p. 181-185).

137 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2, p. 361.

138 Tal classificação é realizada por Ana Luiza de Andrade Nery, na forma de um "negócio jurídico bilateral do direito privado na forma *sui generis* da transação" (*Compromisso de ajustamento de conduta.* 2. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 56).

139 OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 104, p. 318, 2009.

ao cumprimento de compromissos outros, envolvendo, quase sempre, obrigações de fazer e de não fazer.

Portanto, a classificação da natureza jurídica dos acordos administrativos substitutivos de sanção na forma de transação administrativa poderia não ser capaz de ilustrar com fidedignidade o campo apropriado de atuação daquele instrumento.

Outra forma passível de ser cogitada, oriunda do direito comparado, diz respeito à classificação de acordos informais. Consolidada na doutrina do direito administrativo alemão, a partir do *Der informale Recjtsstaat*, na década de 1980, a atuação de acordos informais ganhou progressiva importância. A similaridade de tal figura com a do tema em exposição repousa no fato de que o acordo informal é vantajoso para ambos os lados, pois ele substitui um ato jurídico que a Administração deveria impor juridicamente.[140]

Os acordos informais também foram idealizados no direito administrativo português para regulamentar práticas não tipificadas da Administração Pública.[141]

Todavia, em ambos os casos, esse tipo de acordo não possui qualquer vinculação jurídica entre as partes, razão pela qual torna difícil a idealização de sua natureza para os acordos administrativos substitutivos de sanção, porquanto gera a impossibilidade de exigir o cumprimento do acordo.

Além das formas delineadas, outra corrente, impulsionada pela veia concertada angariada pela nova lei processual brasileira,[142] entende por adequado posicionar os acordos administrativos substitutivos de sanção na qualidade de negócio jurídico processual, com a qual se comunga.[143]

---

[140] MAURER, Hartmut. *Elementos de direito administrativo alemão.* Tradução Dr. Luís Afonso Heck. Porto alegre: Fabris, 2001. p. 120-121.

[141] Segundo Suzana Tavares da Silva, ainda que houvesse possibilidade da juridicidade dos acordos informais, esta não deveria ser confundida "com a respectiva vinculatividade, pois são características diferentes e apenas a primeira pode ser associada e esta realidade (acordos informais)" (A nova dogmática do direito administrativo: o caso da administração por compromissos. *In*: GONÇALVES, Pedro (org.). *Estudos de contratação pública – I.* Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 893-942).

[142] O novo Código de Processo Civil, Lei Federal n. 13.105/2015, trouxe como novidade o instituto do negócio jurídico processual, possibilitando as partes processuais convencionarem por procedimentos até então atípicos.

[143] Podendo ser classificado na qualidade de "negócio jurídico bilateral denominado acordo", conforme entendimento de Mariana Fereira Carnaes, quando examinada a questão sob a lupa dos compromissos de ajustamento de conduta (FERREIRA, Mariana CARNAES. *Compromisso de Ajustamento de Conduta e eficiência administrativa.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016, p. 110).

Guardadas as devidas proporções, na qualidade de negócio jurídico processual, os acordos administrativos substitutivos de sanção seriam capazes de: marginalizar qualquer critério de unilateralidade, ou imperatividade, dada a preservação da relação bilateral – com as concessões de ambas as partes, que ilustra uma equidade fictícia;[144] conduzir o instrumento com a finalidade do consenso, "praticado com base em juízos pragmáticos e prospectivos";[145] e contratualizar as vontades das partes, estabelecendo um procedimento inovador de premente diálogo entre elas.[146]

Como negócio jurídico, a classificação proposta também resultaria na necessária observância de suas premissas básicas como validade, existência e eficácia.

Tais premissas elucidam, por exemplo, o respeito à plena capacidade do administrado – signatário do acordo, ao objeto lícito, possível, determinado ou determinável e a forma prescrita ou não defesa em lei. A formatação do acordo necessitaria respeitar a integralidade de tais preceitos, sob pena de ferir a boa-fé objetiva que se espera da Administração Pública, bem como acarretaria um ambiente de maior segurança jurídica.

Em síntese, há diversas maneiras possíveis de classificar a natureza jurídica dos acordos administrativos substitutivos de sanção: contrato administrativo, ato administrativo negocial, transação administrativa e negócio jurídico processual.

Não obstante, no particular relacionado ao recorte epistemológico realizado para a proposição do presente estudo, a figura consensual encontra-se mais bem classificada como negócio jurídico processual, eis que se encaixa no esquadro jurídico esquematizado deste, inclusive, com a manutenção de todas as condições fáticas e estruturais para boa condução do instrumento concertado.

---

144 Conforme exposto, o administrado, por vezes, é submetido a uma posição mais hipossuficiente, tendo em vista os riscos que ele está disposto a enfrentar em decorrência de uma decisão sancionatória. Além do mais, apesar do campo negocial, à Administração cabe o respeito ao regime legal que se encontra submetida.

145 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Véras de. *A Lei 13.655/2018 e os novos paradigmas para os acordos substitutivos* cit., p. 3.

146 Nesse mesmo caminho segue a lição de Vitor Rhein Schirato e Juliana Bonacorsi de Palma: "De fato, se o processo consiste no local de desenvolvimento dos diálogos e conflitos que servem de transferência das demandas sociais ao corpo político, os instrumentos consensuais de tomada de decisões e de composição de conflitos constituem efetivos atos de natureza processual, razão explicativa da preferência do estudo dos mesmos pela óptica processual" (Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao direito. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 7, n. 27, out./dez. 2009).

Em outras palavras, a processualização do acordo administrativo substitutivo de sanção formalizará o consenso, sob a moldura que reunirá a coordenação de vontades e unificará a negociação dos interesses.

3.4 Tipos de instrumentos que materializam os acordos administrativos substitutivos de sanção

Os acordos administrativos substitutivos de sanção, conforme definidos, são instrumentos bilaterais que formalizam a renúncia à aplicação da penalização administrativa, ou mesmo a instauração do processo administrativo destinado à investigação da conduta infracional, em favor de compromissos que buscam o atendimento de alguma finalidade pública. Há, portanto, um nítido caráter alternativo da postura unilateral e impositiva por outra bilateral e participativa.

O acordo administrativo substitutivo de sanção serve para "modular o cumprimento de deveres constituídos diretamente por lei",[147] podendo ser acrescido de deveres patrimoniais ou de compromissos comportamentais de fazer alguma conduta ou de deixar de fazer, desde que atendido o interesse público.

Todavia, por mais que nessa modulação possa existir certa discricionariedade, seja pela eleição do instrumento, seja pelos termos a serem formalizados, não é demais recordar que a adoção de ambos encontra limites normativos. Sem contar, adicionalmente, que o exercício de competência discricionária não significa liberdade. A desconfiança generalizada quanto à probidade dos agentes públicos não pode se sobressair no campo concreto.

Sobre esse assunto, Sérvulo CORREIA ensina que:

> Ao contrário da autonomia privada, que consiste num "vazio" de norma injuntiva que os sujeitos preenchem sem qualquer referência necessária a situações e a conteúdos típicos, a autonomia pública é sempre fruto da abertura de uma norma específica. A abertura ou indeterminação da lei significa normalmente a vontade do legislador de deixar à administração poderes de decisão adaptativa. É um modo de o legislador distribuir tarefas entre ele próprio e o aplicador ou executor das leis. [...] No âmbito da margem de autoderminação que lhe é deixada, o titular do poder tem de

[147] Cf. SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias cit., p. 137.

> comparar e valorar todos os interesses públicos e privados que possam ser satisfeitos pela decisão e hierarquizá-los à luz do interesse público específico em termos de escolher um ou alguns em detrimento dos restantes.[148]

A Administração Pública não se encontra livre para fundar interesses públicos. A finalidade e o conteúdo a serem transacionados precisam se moldar dentro da estrutura da esfera normativa ofertada, de modo a compreender o espectro de extensão do instrumento, como também impor as molduras do instrumento consensual. Além disso, ainda que existam lacunas normativas, que indiquem os requisitos do agir administrativo, este permanecerá com o dever de ser fundamentado.

O reconhecimento e a catalogação de tais balizas são fundamentais, até porque os benefícios concedidos aos administrados não poderiam ficar ao alvedrio das autoridades administrativas, eis que dessa maneira haveria um elevado risco de captura para a sua condução, fragilizando o ideário consolidado para o acordo.[149]

Os instrumentos abarcados no presente exame consistem nas (i) medidas reparadoras de condutas; (ii) no termo de compromisso; (iii) e no acordo de leniência. Os dois últimos instrumentos serão esboçados em seu sentido *lato sensu*, pois, como será mais bem detalhado na sequência, a depender do contexto regulatório de cada órgão e entidade, podem apresentar premissas próprias e variações procedimentais.

3.4.1 Medidas reparadoras de condutas

As medidas reparadoras de condutas são instrumentos de formalização de acordo substitutivo de sanção que consiste numa alternativa à instauração do próprio processo sancionador.[150]

---

148 CORREIA, Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Lisboa: Almedina, 2003. p. 473-480.

149 Importante asseverar que isso não significa a inexistência de um campo para a negociação na formação de um acordo administrativo, ou seja, o acordo não consiste num campo quadrado, ou fechado. O que se quer afirmar é que a definição dos efeitos de cada acordo, apesar de ser casuística, possui um respaldo legal, visando à própria solidificação da segurança jurídica do instrumento negocial.

150 SADDY, André; GRECO, Rodrigo Azevedo. Termo de ajustamento de conduta em procedimentos sancionatórios cit., p. 172.

O conceito da alternatividade está presente, mas em momento diverso da aplicação da penalização, fator que se entende como adequado para ensejar uma classificação própria desse instituto.

Por meio da Resolução n. 53/2011, a Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustível (ANP) introduziu o conceito das medidas reparadoras no seu sentido literal – como será demonstrado a seguir, as medidas já estavam presentes no âmbito de outras agências, mas com distinta denominação.[151]

O ato normativo citado possibilitou ao agente econômico a reparação da conduta irregular de menor gravidade, evitando a instauração do processo administrativo sancionatório. Recentemente, ainda no âmbito setorial mencionado, a Resolução n. 688/2017 ampliou o escopo do instituto das medidas reparadoras de condutas, tendo em vista que expandiu o rol de eventuais falhas a serem sanadas.

De maneira exemplificativa, diante de alguma irregularidade ou pendência administrativa, o particular pode firmar, com determinadas agências, as chamadas medidas reparadoras de condutas, com o compromisso de atender à legislação aplicável, em um determinado prazo preestabelecido e, assim, impedir a instauração de procedimento sancionatório. Decorrido o prazo de vigência do pacto, dois são os possíveis caminhos a serem adotados: (i) o arquivamento, no caso de atendimento do estabelecido, sem qualquer sanção; ou (ii) a instauração do processo administrativo competente, na hipótese adversa.

A lógica das medidas reparadoras de condutas está atrelada à racionalização do processo de penalização. Isso é evidenciado por meio do direcionamento dos esforços nas atividades fiscalizatórias de maior vulto, os quais demandam a presença ativa da entidade para a consecução de suas prioridades. No entanto, *pari passu*, a entidade permanece no contexto regulatório para assuntos não tão complexos, o que implica melhores resultados para o mercado setorial e, consequentemente, para o consumidor final.

Assim, no contexto da ANP, por exemplo, foi estabelecida uma gradação nos procedimentos fiscalizatórios, com a consequente ordenação das infrações de menor a maior potencial de gravidade.

---

[151] O artigo 2º, I, da Resolução n. 53/2011 da ANP definiu a medida reparadora da seguinte maneira: "Art. 2º [...] I – Medida reparadora de conduta: ação em que o agente econômico repara o não atendimento a dispositivo da legislação aplicável, em prazo preestabelecido, e passa a cumpri-lo em sua integralidade evitando a aplicação de penalidades".

Esse fator serviu para que a própria Agência sinalizasse, de maneira prévia, quais as infrações de menor grau de lesividade passíveis de ser saneadas por meio da celebração de medidas reparadoras de condutas, bem como seu procedimento, composto: (i) pela ação de fiscalização; (ii) pelo compromisso do agente econômico em reparar sua conduta infracional; e (iii) pelo transcurso da ação fiscalizatória.

Ainda nos procedimentos sancionatórios regulatórios, a Resolução n. 987/2008 da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) instituíra, inicialmente, o procedimento de medidas reparadoras de condutas, mas com a denominação de Termo de Ajustamento de Conduta, conforme é possível extrair do artigo 15 da Resolução,[152] pois a lavratura do auto de infração apenas seria efetuada na hipótese de o citado Termo não ter sido celebrado, o que denota a alternativa do acordo.

A instituição do procedimento presente na Resolução da Antaq consistiu no fundamento normativo para celebração de um pacto antes mesmo da instauração do processo administrativo contencioso, com a finalidade de corrigir pendências, irregularidades ou infrações. *In casu*, diante do momento de sua celebração, seria mais pertinente que o *nomen juris* fosse o de medidas reparadoras de condutas, e não Termo de Ajustamento de Conduta.

Tal circunstância também remanesceu presente no contexto de outras Agências Reguladoras no âmbito federal, com a ideia semelhante de firmar compromissos prévios à instauração do processo administrativo sancionatório, quando sequer há cogitação da imputação, mas somente uma advertência capaz de proporcionar o trâmite investigativo.[153]

---

[152] Posteriormente, a Resolução Antaq n. 987/2008 fora revogada pela Resolução Normativa Antaq n. 3.259/2014, modificando o cenário da medida reparadora de conduta no âmbito da Agência Reguladora, visto que apenas assinalou a possibilidade de o administrado celebrar o instituto até o momento da emissão do Parecer Técnico Instrutório da Agência, que ocorre após o encerramento do período de defesa prévia.

[153] Para ilustrar, outras agências que regulamentaram a possibilidade de firmar medidas reparadoras de conduta são a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS (artigo 29-A da Lei n. 9.656/1998); Agência Nacional de Transportes Terrestre – ANTT (artigo 5º da Resolução n. 152/2003); e Agência Nacional de Aviação Civil – Anac (artigo 1º, § 2º, da Resolução n. 199/2011). Interessante registrar a observação realizada por André Saddy e Rodrigo Azevedo Greco que, em alguns casos, a regulamentação setorial acabou por denominar as medidas reparadoras de conduta como termos de ajustamento de conduta, ou termo de compromisso. Ratifica-se tal entendimento, tendo em vista a natureza diversa dos dois instrumentos (Termo de ajustamento de conduta em procedimentos sancionatórios cit., p. 172-179).

3.4.2 Termos de compromisso

O termo de compromisso é, sem dúvida, o instrumento que melhor representa a figura do acordo administrativo substitutivo de sanção não só pelo fato de sua utilização ser largamente difundida – o que importa, naturalmente, em sua aceitação –, mas também pelo o que seus fins representam.

A denominação "termo de compromisso" abrange diversos outros instrumentos cujo nome aparenta semelhança,[154] mas todos com uma identidade finalística: a concertação para a mudança comportamental do agente administrado em troca de benefícios a serem concedidos a este no curso de um procedimento administrativo sancionatório.

Além disso, os termos de compromisso são marcados por outras características que consistem (i) no seu reconhecimento como um título executivo extrajudicial, comportando, assim, os requisitos de certeza, liquidez e exigibilidade;[155] e (ii) na ausência do reconhecimento de ilícitos de qualquer natureza, por parte do administrado.

Proporcionado pela legislação ambiental, porquanto desde a vigência da Lei n. 6.938/1981, que dispõe sobre a política nacional de meio ambiente, havia possibilidade de substituir as penalidades pecuniárias na obrigação de "executar medidas de interesse para a proteção ambiental", conforme o que estabelece o artigo 8º, IV, os termos de compromisso ganharam solidez com a edição da Lei Federal n. 8.078/1990, que alterou a Lei de Ação Civil Pública, uma vez que conferiu base normativa para fundamentar a adoção da via consensual por diferentes órgãos e entidades.

No âmbito das Agências Reguladoras, dado o amplo rol de legitimados para promoção da ação civil pública e, consequentemente, para celebração dos termos de compromissos, inúmeras passaram a dispor, de maneira específica, não apenas acerca da autorização para a condução da via consensual, como também sobre o *iter* procedimental próprio, regulamentando sua tramitação.

---

[154] Como exemplo, no âmbito da Agência Nacional de Telecomunicações, o instrumento é definido como "Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta", na Agência Nacional de Transportes Aquaviários, como "Termo de Ajuste de Condutas", no Conselho Administrativo de Defesa Econômica, como "Termo de Compromisso de Cessação".

[155] Pode-se citar que tal fator contribui para a própria efetividade do compromisso, e, por isso, na sua adoção, tendo em vista que em nada adiantaria a escolha da via consensual dita como mais célere e econômica, caso o objetivo não fosse atingido. Para isso, fundamental que o administrado esteja impelido a adimplir por completo o pactuado no ajuste.

Deveras, em texto anterior à edição da Lei Federal n. 13.655/2018, no tocante à fundamentação da alternatividade das sanções regulatórias, Carlos Ari SUNDFELD e Jacintho ARRUDA CÂMARA observaram a existência de três tipos possíveis de alicerce:

> a) um de caráter geral, na Lei da Ação Civil Pública; b) outro de caráter setorial, nos casos em que o legislador, tenha editado ele próprio uma legislação substantiva, houve por bem autorizar de modo expresso sua modulação pela autoridade administrativa; e c) por fim, os regulamentos administrativos editados pelos reguladores setoriais, que autorizem a negociação caso a caso para superar as infrações definidas no plano infralegal, evitando com isso a aplicação ou execução das sanções.[156]

Nesse sentido, inúmeras disposições específicas passaram a coexistir, pois o retrato normativo das Agências Regulatórias de maneira alguma era uniformizado, porquanto existem entidades, inclusive, que não possuem nenhuma regulamentação específica para instruir o termo de compromisso, que é o caso, por exemplo, da ANP e da Agência Nacional de Águas (ANA).

Todavia, a inexistência normativa específica não implica automaticamente um demérito, ou algum prejuízo, *prime facie*, à determinada Agência, pois, caso assim fosse, todo o contexto setorial seria desprezado.[157]

Há, ainda, casos em que a própria legislação setorial se encarregou de estabelecer expressamente a possibilidade de firmar termos de compromisso. Nesse contexto, possível citar a regulação setorial da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), em virtude da previsão do artigo 29 na Lei n. 9.656/1998, introduzido pela Medida Provisória n. 1.976-33/2000, que trata da celebração do "termo de compromisso de ajuste de conduta" capaz de suspender o processo administrativo sancionatório. Ademais, existem os variados casos em

---

156 SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias cit., p. 141-142.

157 Para ilustrar o mencionado, tome-se o exemplo da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP). A ANP não regulamentou nenhum normativo acerca do Termo de Ajustamento de Conduta. Ainda nesse setor, observa-se a regência da Lei Federal n. 9.847/1997 que dispõe sobre a fiscalização das atividades relativas ao abastecimento nacional de combustíveis, de que trata a Lei n. 9.478/1999, bem como estabelece diversas sanções administrativas, não dispõe sobre qualquer possibilidade de acordo. Contudo, a ANP criou as chamadas medidas reparadoras de condutas. A questão que se elenca é se tal instrumento, num setor monopolizado, já não seria o suficiente para consecução dos fins públicos promovidos pelo agente regulador. Assim, a lacuna de regulamentação no tocante aos Termos de Compromisso não pode significar, automaticamente, o demérito da Entidade Reguladora.

que as agências reguladoras passaram a autorizar a negociação consensual por meio de resoluções normativas.[158]

Deve-se ressaltar que, independentemente do supedâneo para embasar a atuação consensual, o que marca o termo de compromisso é justamente o caráter alternativo aos atos administrativos sancionadores.

Nas circunstâncias que antecedem a celebração de um termo de compromisso, há uma pluralidade de caminhos passíveis de ser eleita, mas, em decorrência das situações do caso em concreto, a via consensual pode se mostrar como a medida mais vantajosa para a satisfação do interesse público. Outros casos, eventualmente, ilustrarão que a via concertada poderá ser a única capaz de satisfazer os anseios sociais, em face da prestação positiva de condutas.[159]

Exposto o racional relacionado ao termo de compromisso, no contexto dos acordos administrativos substitutivos de sanção, ainda no espectro regulatório, deve-se afastar a figura das chamadas medidas reparadoras de condutas, pois este último instrumento é utilizado para a correção de condutas, dentro de um prazo preestabelecido, com intuito de impedir algum procedimento investigativo de irregularidades.

O uso dos termos de compromisso no contexto regulatório ainda pode ser considerado incipiente.[160] Pode-se atribuir a timidez na adoção de tal procedimento a

---

158 A respeito da utilização do Termo de Compromisso de Ajuste no âmbito da ANS, Paulo César Melo da Cunha anuncia o reconhecimento por parte da Agência Reguladora de eventual benefício de suspender a aplicação de penalidade em face de uma infração, nos casos em que a operadora se comprometer a cessar a prática de atividade objeto da infração, como também corrigir as irregularidades, em prol de assegurar a qualidade e o atendimento aos usuários de planos de saúde, permitindo-se, assim, a harmonização dos interesses (*A regulação jurídica da saúde suplementar no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 213-215).

159 Cf. Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Véras de Freitas, "em determinadas hipóteses, a celebração dessa espécie de acordos [substitutivos] pode ser a única escolha regulatória possível. Cogite-se, por exemplo, da hipótese em que: (i) o serviço concedido necessite de investimentos não previstos, originalmente, no contrato; e (ii) para fazer frente a tais investimentos, não seja mais possível se utilizar da variável prazo (por intermédio do expediente da prorrogação), da redução de obrigações de desempenho dos concessionários (sem prejuízo da adequada prestação do serviço público), nem aumentar a tarifa do serviço concedido (sem prejuízo da modicidade tarifária). Nessa hipótese, a celebração do acordo substitutivo de que trata dispositivo em comento tratar-se-ia de um poder-dever" (*Comentários à Lei n. 13.655/2018* (Lei da Segurança para a Inovação Pública) cit., p. 2).

160 Nos últimos cinco anos, das cinco principais e mais conhecidas agências reguladoras em âmbito federal, apenas a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) apresentou número acima da média dos termos de ajustamento de conduta celebrados (90). Enquanto a Agência Nacional de Transportes Terrestre (ANTT) e a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) celebraram dez e oito instrumentos, respectivamente, a Agência Nacional de Petróleo, Gás e Biocombustível (ANP) e a Agência Nacional de

inúmeras razões, tais como a insegurança jurídica, que até então existia com relação à legalidade das previsões regulamentares, ao controle excessivo realizado por meio dos órgãos externos e, em alguns casos, à própria vagueza de seu conteúdo. Tais razões serão aprofundadas no próximo capítulo.

No âmbito antitruste, o instituto ora comentado fora denominado termo de compromisso de cessação. Medida consensual usualmente adotada que importa na pactuação entre Administração Pública e administrado da suspensão do processo administrativo sancionatório, incluindo entre as obrigações a cessação da conduta investigada, o compromisso de não voltar a praticá-la e a reparação pecuniária dos prejuízos causados ao erário. Após o cumprimento das obrigações na sua totalidade, o processo é arquivado.[161]

Por deter tais características, o termo de compromisso de cessação celebrado no âmbito do Cade é um típico acordo substitutivo, ressaltando-se que "sua celebração e o devido cumprimento tornam despicienda a conclusão do processo administrativo no qual ele se formou".[162]

Associado ao contexto sancionatório relativo à ordem econômica, o termo de compromisso de cessação tornou-se uma importante medida para se lograr o êxito dos princípios da celeridade processual e da eficiência administrativa, tendo em vista a conclusão dos processos sancionatórios no curto lapso temporal e com redução dos custos.

Além disso, pelo fato de ele conter maior guarida procedimental, o que representa maior segurança em sua celebração, o uso do instituto no âmbito do Cade foi intensificado nos últimos anos, importando em ganhos de escala no encerramento de processos

Telecomunicações (Anatel) não firmaram nenhum acordo (informações disponíveis a partir dos sítios eletrônicos das próprias agências).

161 A definição do Termo de Compromisso de Cessação dada pelo próprio Conselho Administrativo de Defesa Econômica é a seguinte: "modalidade de acordo celebrado entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) e as empresas e/ou pessoas físicas investigadas por infrações à ordem econômica a partir qual a autoridade antitruste anui em suspender o prosseguimento das investigações em relação ao(s) Compromissário(s) de TCC enquanto estiverem sendo cumpridos os termos do compromisso, ao passo que o(s) Compromissário(s) se compromete(m) às obrigações por ele expressamente previstas" (disponível no Guia de Termo de Compromisso de Cessação para os casos de cartel presente no sítio eletrônico do Cade, p. 6: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-tcc-versao-final-1.pdf. Acesso em: 22 jun. 2019).

162 MARRARA, Thiago. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência*: organização, processos e acordos administrativos. São Paulo: Atlas, 2015. p. 377.

sancionatórios e na arrecadação de contribuições pecuniárias, que, no termo de compromisso de cessação, são destinadas ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos.[163]

Independentemente da denominação a ser dada ao termo de compromisso, a lógica atrelada ao acordo administrativo substitutivo de sanção encontra-se presente. A negociação presente no termo de compromisso tem como fito a satisfação do princípio da eficiência, com a consequente prevenção ou reparação de danos a um direito.

A absorção de tal lógica acarreta um aprimoramento do modelo burocrático para outro com a capacidade de ser mais gerencial, em busca da maximização da eficiência, com a flexibilização de regras e premissas rígidas, pela adoção de mecanismos mais céleres, tidos como *soft-regulation.*[164]

Os diversos fundamentos normativos para sua adoção deixaram clara a intenção de extrair a finalidade do termo de compromisso, ante a vedação, por vezes, de realizar ajuste de outros ajustes, em face da impossibilidade de celebração de um novo pacto para correção do inicial. Ademais, para garantir a efetividade do adimplemento do acordo, a previsão de cláusula penal é obrigatória nos ajustes, com a devida cominação em multa, em caso de descumprimento das obrigações celebradas.[165]

O termo de compromisso representa os acordos administrativos substitutivos de sanção com bastante adequação. Todavia, apesar de a teoria importar um ganho na sua adoção, a prática demonstra certa aversão, em virtude da possibilidade de entenderem que a interação com o particular, pela formatação consensual, possa representar uma via aberta à corrupção. Essa visão é equivocada em sua premissa, mas pode ser superada, em sua integralidade, com a promoção de um ambiente que carreie consigo maior segurança

---

163 Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, Guilherme de Jesus France e Mariana Tavares de Carvalho Vianna elucidam com dados e informações que os regulamentos editados no âmbito do CADE trouxeram maior clareza e benefícios aos instrumentos consensuais. Tal fator propiciou um aumento no número de Termos de Compromisso de Cessação, que foi acompanhado de significativo incremento das contribuições destinadas ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos (RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; FRANCE, Guilherme de Jesus; VIANNA, Mariana Tavares de Carvalho. Regulação consensual: a experiência das agências reguladoras de infraestrutura com termos de ajustamento de conduta. *cit*, p. 96 a 99).

164 Cf. Mariana Carnaes Ferreira esclarece, o modelo burocrático também é eficiente, com a devida observância às regras que culminam o agir estatal. Ocorre que, no mais das vezes, a burocracia weberiana se torna incapaz de garantir a satisfação do interesse público, seja em razão da ausência de flexibilidade, seja com as fragilidades identificadas nos profissionais dos quadros públicos. (*Compromisso de Ajustamento de Conduta e eficiência administrativa.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016. p. 161)

165 Na qualidade de título executivo extrajudicial, a ausência de cláusula penal cominatória poderia torná-lo nulo, conforme ensina Fernando Akaoui (*Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental.* 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 125-127.

jurídica, previsibilidade e estabilidade. O tema em questão será retomado no próximo capítulo.

3.4.3 Acordos de leniência

O pioneirismo na atuação consensual do Cade também pode ser associado à previsão inicial no ordenamento brasileiro do instituto dos acordos de leniência, por meio da Lei n. 10.149/2000, consoante o disposto no artigo 35-B do referido diploma.[166] No entanto, é possível assinalar, mais uma vez, que a consagração do acordo de leniência ocorreu com a edição da Lei Federal n. 12.846/2013, que será abordada na sequência.[167]

Os acordos de leniência nasceram no contexto antitruste norte-americano, "com o objetivo de aumentar os incentivos para que particulares buscassem a colaboração com o Estado, delatando seus próprios comportamentos ilícitos praticados em situação de colusão",[168] inspirado numa lógica econômica denominada "dilema do prisioneiro".[169]

Pela perspectiva da Administração Pública, a oferta desse instrumento ao administrado infrator resulta das dificuldades, na maioria das vezes, em operacionalizar algum procedimento fiscalizatório específico, ou nas próprias complexidades das práticas ilícitas, o que eleva a necessidade de incrementar o aparato estatal na tentativa de combatê-las, desvendá-las e impedi-las.

No contexto de latente assimetria de informações, por parte da Administração Pública, valer-se de um delator disposto a desmascarar situações ilícitas em troca de benefícios particulares pode ser uma boa opção, em face dos riscos regulatórios existentes.

Em outros termos, ponderando-se, por um lado, o dispêndio de uma ação fiscalizatória autônoma estatal sem a garantia de tornar-se frutífera, e, de outro, a

---

166 Diploma normativo complementar à Lei Federal n. 8.884/1994, que transformou a estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência para criar uma estrutura pautada no compromisso de construir um modelo de desenvolvimento inclusivo e para melhorar as condições para a defesa dos direitos econômicos, o que possibilitou uma impulsão à utilização dos métodos consensuais.

167 Nesse mesmo sentido, MARRARA, Thiago. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência*: organização, processos e acordos administrativos cit., p. 520.

168 CANETTI, Rafaela Coutinho. *Acordo de leniência*: fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 25.

169 Exemplo disseminado da teoria dos jogos, de John Nash, o "dilema do prisioneiro", proposto por Albert Tucker, visa possibilitar subsídios para tomada de decisão com base numa lógica estratégica com a presença de um elemento desestabilizador, a leniência. Assim, os potenciais participantes entram num dilema sobre seu próprio o agir, pois esse considera as incertezas do agir de outro.

possibilidade de contar com o auxílio informacional de um delator capaz de gerar resultados na persecução de matérias de alta complexidade, foram identificadas as vantagens que a Administração Pública poderia angariar, seguindo o segundo caminho.

Assim, diante do próprio reconhecimento das limitações da Administração Pública inerentes às atividades de fiscalização e controle, surgiu esse mecanismo consensual para possibilitar o atingimento das mesmas finalidades públicas, porém por um caminho mais eficiente e célere.[170]

No cenário antitruste, os acordos de leniência não representam apenas um modelo consensual, como também significam um programa, cujas iniciativas visam

> detectar, investigar e punir infrações contra a ordem econômica; informar e orientar permanentemente as empresas e os cidadãos a respeito dos direitos e garantias [...]; e incentivar, orientar e assistir os proponentes à celebração de Acordo de Leniência Antitruste do Cade.[171]

Natural, portanto, que a opção pela ferramenta consensual promova vantagens para ambas as partes figurantes no acordo, até porque os benefícios da leniência nesse setor – antitruste – ficam restritos ao primeiro delator.[172] Além disso, os efeitos da leniência se limitam ao âmbito do poder sancionatório da entidade leniente.

Materialmente, o signatário poderá se beneficiar da extinção da ação punitiva da Administração Pública, ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável. O signatário poderá ser tanto pessoa física ou jurídica, bastando que seja o primeiro a se qualificar a respeito da infração noticiada – *first come, first serve* –, com a colaboração efetiva das investigações, capaz de resultar na identificação dos demais envolvidos e na

---

170 Na visão de Gesner Oliveira e João Grandino Rodas, os acordos de leniência podem ser conceituados como a "transação entre o Estado e o delator, que em troca de informações viabilizadoras da instauração, da celeridade e da melhor fundamentação do processo, possibilita um abrandamento ou extinção da sanção que este incorreria, em virtude de haver também participado na conduta legal denunciada" (*Direito e economia da concorrência.* São Paulo: Renovar, 2004. p. 253).

171 V. Guia do Programa de Leniência do Cade. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf. Acesso em: 22 jun. 2019.

172 Ainda no âmbito do Cade foi estruturada a leniência *plus* para ampliar os benefícios do acordo não só para o primeiro delator, mas também para os demais, quando há uma revelação de outra conduta anticoncorrencial não abarcada no objeto do processo administrativo no qual se apresentou.

obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

Ainda no setor antitruste, assinala-se que o cabimento dos acordos de leniência está relacionado às hipóteses que envolvam infrações coletivas contra a ordem econômica, no caso, principalmente, os cartéis,[173] em razão da necessidade da existência de outro partícipe na conduta infratora passível de ser delatado. Ao contrário, diante de conduta unilateral, o administrado poderia buscar outro instrumento alternativo de sanção, que, no caso antitruste, seria o termo de compromisso de cessação.

O acordo de vontades ainda pode ser celebrado antes da existência de qualquer investigação, ou no transcurso de processo administrativo sancionatório, oportunidade em que se aferirá a boa-fé do infrator de se valer do instrumento consensual.

Tirando a lupa dos acordos de leniência do âmbito do Cade, passa-se a examiná-lo a partir da ótica positivada expressamente pela Lei Federal n. 12.846/2013, conhecida como "Lei Anticorrupção".

A primeira observação passível de ser realizada nesse campo consiste justamente numa ampliação do seu campo de abrangência, uma vez que se pode afirmar que o conceito de corrupção, além de não ter sido estabelecido pela legislação, não é unívoco, podendo ser atribuído desde o ponto de vista sociológico, perpassando pela visão jurídica e até a econômica.

Para Rafaela Coutinho CANETTI, "trata-se de uma noção polissêmica e multifacetada, que envolve uma gama de possíveis comportamentos que variam entre culturas e contextos políticos e jurídicos".[174] Além do mais, a própria Lei Anticorrupção disciplinou os atos lesivos à Administração Pública sem referenciar a corrupção, o que promoveu maior imprecisão.[175]

---

[173] A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) elenca os cartéis como as violações mais nocivas às normas do direito da concorrência, em razão dos seus efeitos colaterais que impactam a disponibilidade de bens e serviços e a estruturação de um mercado. Todavia, importante registrar que os cartéis não são as únicas infrações coletivas, tendo a legislação antitruste se certificado de dispor nesse mesmo rol as condutas abusivas de posição dominante, a imposição de barreiras para entrada de novos agente econômicos, entre outros.

[174] CANETTI, Rafaela Coutinho. *Acordo de leniência*: fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico brasileiro cit., p. 115.

[175] Como exemplo é possível citar o artigo 17 da Lei Federal n. 12.846/2013, que permite a Administração Pública celebrar acordos de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos

Todavia, sem querer adentrar nesse mérito, merece ser ressaltado que o combate à corrupção – mesmo diante do citado cenário de "indefinição" – foi visto como vulnerabilidade pela Administração Pública, e, por isso, carecia de maior atenção da tutela estatal.

Assim, além de fortalecer o teor sancionatório para inibir a prática da corrupção, a novel legislação destacou o acordo de leniência para conter o fenômeno multifacetado, nas ocasiões em que ela demonstrar certa invisibilidade e indeterminação. Em outros termos, pretendeu-se expandir a lógica do benefício premial do programa de leniência já sedimentado no contexto concorrencial, igualmente para o cenário sancionatório da corrupção.

Ocorre que qualquer replicação de normas jurídicas precisa ser bem examinada, visando sua plena adequação, haja vista que um determinado instituto, idealizado em cenário específico, pode ser composto por princípios e premissas capazes de ser inapropriados para a implantação noutro ambiente. Exemplificativamente, isso significa que o instrumento idealizado para conter a prática de cartel pode ter natureza diversa quando utilizado como ferramenta para frear a corrupção.

As diferenças nesses casos podem ser constatadas por muitas perspectivas.

A estrutura dos ilícitos aludidos demarca certas distinções, a saber: (i) a presença da Administração Pública em polos distintos da relação – partícipe, no ato corruptor, e vítima, na hipótese de cartel; (ii) o número de agentes infratores envolvidos; (iii) o cabimento dos institutos; e (iv) os possíveis beneficiários. Não por outra razão que a "transposição, *ipsis litteris*, das disposições do programa de leniência do direito antitruste para a seara do combate à corrupção pode não se mostrar efetiva [*sic*]".[176]

Apesar de os institutos homônimos conterem certas diferenças em suas premissas e contextos, para o recorte estabelecido no presente trabalho é necessário mencionar que, assim como ocorre na conjuntura concorrencial, o acordo de leniência previsto na Lei Anticorrupção é marca igualmente dessa nova tendência consensual. Por isso, passa-se ao

---

na legislação nacional de licitações e contratos, Lei Federal n. 8.666/1993, "com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas em seus artigos 86 a 88" (advertência, multa, suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração e declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública).

176 CANETTI, Rafaela Coutinho. *Acordo de leniência*: fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico brasileiro cit., p. 129.

exame detalhado para inferir acerca da possibilidade de ser igualmente tratado como um instrumento para a formação do acordo administrativo substitutivo de sanção.

De forma procedimental, no contexto da Lei Anticorrupção, a primeira pessoa jurídica a se manifestar sobre seu interesse em cooperar com as investigações do ato ilícito pode ser beneficiada com a imediata cessação do seu envolvimento neste, caso identifique os demais envolvidos e forneça dados e informações. Em troca, os benefícios vão desde a (i) isenção da sanção de "publicação extraordinária da decisão condenatória" e de "proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público"; até a (ii) redução em até dois terços do valor da multa pecuniária aplicável.

Por mais que o agente infrator possa ser penalizado, há uma atenuação na aplicação ou execução das sanções administrativas que poderiam ser a ele aplicadas. Nesse sentido, reforça-se que não existe uma sanção específica a ser afastada, em sinal da alternatividade do ato administrativo imperativo, para que o instituto em comento possa ser classificado como acordo administrativo substitutivo de sanção. Tampouco a manutenção de uma sanção – multa – com a exclusão de outras é motivo para afastar a classificação ora apresentada.

Outrossim, a própria Lei Anticorrupção prevê a isenção ou atenuação de outras sanções quando a celebração dos acordos de leniência visarem obstar ilícitos tipificados na Lei Federal n. 8.666/1993, conforme o disposto no artigo 17 do ordenamento. A legislação federal que estabelecem sobre as normas gerais de licitações e contratos administrativos – Lei Federal n. 8.666/1993 – apresenta outro rol sancionatório, abarcando as seguintes penalidades: advertência, multa, suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração e a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública.

Note-se que nesses casos não há sequer uma graduação de atenuação a ser aplicada, ou alguma regra específica que indique que a sanção merece ou não ser isentada, assim como foi consignado na Lei Anticorrupção, deixando para o administrador preencher tais lacunas, da forma que melhor possa satisfazer o interesse público.

Além dos acordos de leniência retratados no contexto concorrencial e da anticorrupção, recentemente, com a edição da Lei Federal n. 13.506/2017, que dispõe sobre o processo administrativo sancionador na esfera de atuação do Banco Central do Brasil e da

Comissão de Valores Mobiliários, o legislador infraconstitucional permitiu a celebração desse instrumento com pessoas físicas e jurídicas que confessassem a prática de infrações às normas legais ou regulamentares cujo cumprimento lhe caiba fiscalizar.

Afora as ressalvas explanadas para os casos identificados como "transplantes" de institutos, bem como apesar de o *nomen juris* disciplinado na regência do mercado financeiro ter diferenciado as demais e adotado a denominação "Acordo Administrativo em Processo de Supervisão", é possível visualizar que o legislador, na verdade, tratou de sistematizar o permissivo para a prática do acordo de leniência, ante a similaridade de sua finalidade, compreendendo, inclusive, idênticas disposições procedimentais e acompanhando a lógica construída noutros campos.

Ilustra-se o mencionado com a exemplificação do rito procedimental, pois tal modelo consensual é proposto somente para a primeira pessoa jurídica qualificada para responder sobre a infração noticiada ou sob investigação, que colabore na identificação dos demais envolvidos na prática da infração, assim como obtenha informações e documentos que comprovem a infração. Com sua celebração, a pessoa jurídica signatária passa a se beneficiar com a extinção da ação punitiva ou a redução de um terço a dois terços da penalidade passível de ser aplicada.

Em todos os casos examinados de acordos de leniência no presente tópico é possível constatar, ainda, certas características comuns, tais como: (i) não importa em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta a proposta rejeitada, da qual não se fará qualquer divulgação; (ii) a vedação do acordo simultâneo; (iii) a promoção da publicidade dos acordos celebrados.

Além das características em comum aventadas, não se pode esquecer que a finalidade de todas é a mesma: servir de instrumento jurídico para a condução da proposta alternativa à via impositiva-sancionatória, a partir de uma qualificação promovida pelo próprio beneficiário do acordo, servindo de modelo para a promoção da consensualidade.

É possível chegar à conclusão de que o acordo de leniência, *lato sensu*, pode ser classificado como um acordo administrativo substitutivo de sanção, eis que o cenário de alternatividade da via impositiva para a consensual é marcante.

Portanto, rechaça-se o cotejamento tanto da presunção de inocência quanto do impedimento à autoincriminação, utilizados com a finalidade de afastar a classificação

realizada, uma vez que, se assim fosse, contrariaria a própria lógica do programa de leniência.[177]

Ademais, a proposta deliberada é de iniciativa do próprio administrado, visto que ele se beneficiará a partir de sua celebração, no caso de êxito, ou que não modificará o cenário fático, uma vez que não haveria qualquer reconhecimento ou confissão do ilícito, quando a proposta for recusada.

As regras aventadas e garantidas constitucionalmente são bastante familiares ao direito brasileiro. No entanto, apresenta-se de forma contrária à sua aplicação no sentido de afastar o reconhecimento e classificação dos acordos de leniência como instrumentos materializadores dos acordos administrativos substitutivos de sanção, porquanto se entende que a presunção de inocência e a vedação de autoincriminação são próprias do direito penal, cujas sanções são revestidas de um rigor autoritário, e que, por isso, pressupõe uma melhor apreciação das condutas puníveis.

Por derradeiro sobre o tema da leniência, comente-se, ainda, sua utilização no âmbito das sanções decorrentes de atos de improbidade administrativa, considerando a existência de controvérsia – debate passível, inclusive, de ser ampliado para o Termo de Ajustamento de Conduta, como instrumento de acordo administrativo substitutivo de sanção, haja vista que a polêmica gira em torno da vedação à "transação, acordo ou conciliação".[178]

É notório que o grau de informações obtidas por tal instrumento consensual convida os agentes legitimados a viabilizar o acordo de leniência de maneira generalizada, tanto que levou à repulsa da improbidade administrativa. Todavia, apesar do fidedigno sentimento de combate ao que é ilícito, o formalismo da legalidade não pode ser menosprezado, considerando que a Lei Federal n. 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe

---

[177] Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Véras de. *Comentários à Lei n. 13.655/2018* (Lei da Segurança para a Inovação Pública) cit., p. 108.

[178] Na visão de Fernando Dias Menezes de Almeida, a previsão de vedação à transação não significa, expressamente, a proibição para utilização do Termo de Ajuste de Conduta, como acordo administrativo substitutivo de sanção, anteriormente ao ajuizamento da ação de improbidade, mas sim transação, acordo ou conciliação no curso do processo judicial (*Contrato administrativo* cit., p. 305); Por sua vez, Clovis Beznos entende possível a transação como uma obtenção antecipada do objeto da ação (BEZNOS, Clovis. Considerações em torno da Lei de Improbidade Administrativa. *Revista do Advogado*, Coordenação de Sebastião Botto de Barros Tojal, São Paulo, ano XXIX, n. 107, p. 54, 2009, *apud* MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato administrativo* cit.); De modo diverso, José Roberto Pimenta Oliveira não aceita que uma transação possa pôr fim ao processo judicial que verse sobre improbidade administrativa (*Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional* cit., p. 380).

sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de improbidade administrativa, veda a transação, acordo ou conciliação, conforme previsão do seu artigo 17, § 1º. Veja-se:

> Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.
>
> § 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o *caput*.

Apesar de tal preceito, tanto membros do Ministério Público, competentes na proposição dos acordos de leniência, quanto os próprios magistrados, outorgados para a realização de suas respectivas homologações, procedem a uma ponderação daquele com os presentes na Lei Anticorrupção. O sentido é reafirmar que esta trata meramente da responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídicas, excepcionando as condenações provenientes de atos de improbidade administrativa, nos termos do seu artigo 30.

Não se pode deixar de notar que a ação de improbidade administrativa possui o viés eminentemente repressivo, com escopo não apenas de reparação de danos, mas precipuamente na aplicação de sanções de natureza punitiva. Pelo seu componente aflitivo com relação ao infrator, as sanções administrativas têm força pedagógica e intimidadora para inibir a reiteração da conduta, similar à pena oriunda do direito penal.

Dessarte, de forma sistêmica e considerando o ordenamento jurídico vigente, acordos de leniência vêm sendo firmados e homologados em matéria de repreensão à improbidade, repercutindo efeitos diretamente nas ações judiciais, ante a colaboração de informações.

Fundamentação jurídica passível de ser utilizada para comportar o uso do acordo de leniência no bojo da ação de improbidade administrativa é o artigo 36, § 4º, da Lei Federal n. 13.140, de 26 de junho de 2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública, tendo em vista que permite, expressamente, a transação. Portanto, a máxima *lex posteriori derogat legi priori* poderia ser invocada para sustentar a incompatibilidade do artigo 17, § 1º, da Lei Federal n. 8.249, de 2 de junho de 1992.

A controvérsia delineada havia sido superada com o transplante para o plano normativo, da revogação da disposição transcrita *supra* do artigo 17, § 1º, da Lei Federal n.

8.249, de 2 de junho de 1992. Isso se deu quando da vigência da Medida Provisória n. 703 de 2015, tendo em vista a previsão do seu artigo 2º. Ocorre que a medida provisória perdera sua validade.[179]

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a controvérsia mencionada, atinente à possibilidade de realização de acordo de leniência em ação de improbidade administrativa, sendo conferida à questão de repercussão geral, nos autos do processo de Agravo em Recurso Extraordinário n. 1.175.650-RG/PR, atribuído à Relatoria do Ministro Alexandre de Moraes (Tema n. 1.043), até o momento sem julgamento de mérito.

Deveras, o cenário normativo é capaz de gerar insegurança jurídica, na medida em que se verifica espaço para interpretações capazes de ser conflitantes. E isso não é difícil de ser constatado. Imagine-se, por exemplo, que uma mesma empresa, parte em ações de improbidade administrativa e de anticorrupção, celebre acordo de leniência para solucionar o litígio.

É possível verificar a ausência de razoabilidade, na hipótese exemplificativa, de que um colaborador seja contemplado pelo perdão numa ação e permaneça exposto a outra. Esse contexto pode fragilizar, inclusive, a própria celebração do instrumento consensual, até porque as Leis de Improbidade Administrativa e de Anticorrupção apresentam competências diferenciadas, coexistindo de maneira apartada. Fatores que apenas evidenciam a necessidade de estabelecer, no mínimo, diálogos interinstitucionais, conforme será abordado no próximo capítulo.

3.5 Síntese do capítulo

Os acordos administrativos substitutivos de sanção possuem como grande viés servir de instrumentos para a Administração Pública trocar a via unilateral, impositiva e sancionadora, que se mostra, por vezes, ineficaz e ineficiente,[180] pela via consensual, uma

[179] A medida provisória teve seu prazo de tramitação encerrado na Comissão Mista instaurada no Congresso Nacional em 29.05.2016.

[180] O histórico de multas aplicadas pelos órgãos e entidades federais demonstra que o volume arrecadado é insignificativo perante o montante dos valores originários, como também são baixos os percentuais de inscrição de inadimplentes no Cadim e de ajuizamento de cobranças judiciais, o que importa efeitos graves diante do risco de prescrição. Tais fatores levaram, inclusive, o Tribunal de Contas da União a instaurar Levantamento de Auditoria específico, que culminaram em determinações às diversas entidades para proceder à inscrição nos cadastros de inadimplentes, a adoção das medidas legais cabíveis nas instâncias administrativas e judiciais e esclarecimentos sobre as possíveis falhas e deficiências. Na oportunidade, os

vez que é igualmente válida, e cuja aplicação concreta pode demonstrar mais adequação, necessidade e proporcionalidade.

Os instrumentos que materializam e que dão vida aos acordos administrativos substitutivos de sanção apresentados neste capítulo mostram que a via consensual possibilita a troca de interesses, por meio da negociação, de modo a perseguir as finalidades circunscritas no pacto, com maior eficiência e resultado, tendo em vista que os destinatários, naturalmente, tendem a conduzi-las com maior deferência – uma vez que a situação em comento é fruto de uma alternatividade sancionatória.

Assim, a punição deixa de ser encarada como um dever administrativo, diante do cotejamento dos instrumentos consensuais, tais como as medidas reparadoras de condutas, os termos de compromisso e os acordos de leniência que são capazes de atingir os fins públicos com maior celeridade e eficácia, conforme anotavam Carlos Ari SUNDFELD e Jacintho ARRUDA CÂMARA:

> No Direito contemporâneo, com o aumento da complexidade regulatória, cada vez mais se ampliam os meios postos à disposição dos reguladores para conduzir os comportamentos dos regulados na direção do interesse público. Castigar é só um desses meios – aliás, um velho meio. Mas a punição não é um fim em si mesmo: é simples instrumento de regulação, para obter os fins desejados. Como os mesmos fins muitas vezes são atingíveis de modo mais rápido, mais barato, mais certo – e mesmo de modo mais justo – com a utilização de meios alternativos, cada vez mais o Direito os vem valorizando. Os acordos substitutivos são um instrumento para a adoção desses meios alternativos.[181]

A alternatividade visa a própria satisfação do interesse público e, por isso, o surgimento e a profunda difusão desses instrumentos consensuais no cenário nacional servem de referência para configurar e consolidar esse negócio jurídico processual.

Ao se optar pela adoção do acordo administrativo substitutivo de sanção não se está trocando o cumprimento de uma lei por uma figura atípica, inexistente ou ilegal. Ao

---

dados produzidos pelas Unidades Técnicas do Tribunal de Contas da União, que datam de 2010 a 2014, apresentavam que os 14 órgãos e entidades examinados aplicaram 1.448.352 multas, representativas do importe de R$26.197.488.607,07. Ocorre que apenas R$1.579.351.816,59 entrou nos cofres públicos, ou seja, somente 6,03% da quantia total, conforme registrado no Acórdão n. 1.970/2017 (BRASIL. Tribunal de Contas da União, Processo TC n. 029.688/2016-7, Acórdão n. 1.970/2017 – Plenário. Relator Ministro Aroldo Cedraz. Brasília, 6 de setembro de 2017).

[181] SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias cit., p. 133-151.

escolher o acordo, está-se dando cumprimento aos normativos jurídicos que lhes dão azo, como também privilegiando o disposto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, pois a celebração do acordo administrativo substitutivo de sanção se mostrou a opção mais eficiente para alcançar, concretamente, a vantajosidade para o interesse da coletividade.

4 OS INSTRUMENTOS REPRESENTATIVOS DOS ACORDOS ADMINISTRATIVOS SUBSTITUTIVOS DE SANÇÃO: CONTROVÉRSIAS, PROBLEMAS E DESAFIOS IDENTIFICADOS EM SUA PRÁTICA

4.1 Os aspectos regulatórios e a metodologia de pesquisa para sua identificação

Após discorrer sobre a lógica incorporada aos acordos administrativos substitutivos de sanção, importante adentrar em seus aspectos regulatórios, ou seja, em suas peculiaridades, visto que, assim, será possível formar um regime-padrão aos instrumentos consensuais, a partir do entendimento das eventuais dificuldades enfrentadas quando de sua utilização.

Assim, os chamados aspectos regulatórios nada mais são do que os quesitos práticos reconhecidos a partir da dinâmica adotada nos procedimentos de formação e instrumentalização dos acordos administrativos substitutivos de sanção. O resultado de tal detalhamento pretende contribuir para a formação de um regime administrativo passível de ser construído para amparar as soluções consensuais.

Fundamental, portanto, sair do plano teórico e imergir em casos práticos, nos quais a Administração Pública já adotara os acordos administrativos para substituir o ato administrativo imperativo e unilateral, de modo a identificar as possíveis celeumas capazes de esvaziar, ou fragilizar, sua lógica.

Diante de uma falta de cultura de negociação que repercuta na formalização dos acordos administrativos substitutivos de sanção, tendo em vista o campo prático recente da consensualidade, eventuais despreparos dos agentes públicos na condução e coordenação dos instrumentos podem ser naturais.[182] Não se pode negar que a cultura do consenso servirá para angariar uma bagagem técnica dos próprios agentes públicos.

---

[182] Sobre o assunto, Juliana Bonacorsi de Palma sustenta que uma das barreiras culturais apresentadas que traduzem a baixa utilização dos acordos administrativos consiste na consideração da sanção administrativa como um “dever poder” (PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na Administração Pública* cit. p. 296).

Além disso, o fato é que os acordos administrativos substitutivos de sanção são formalizados numa arena marcada pelo (i) intercâmbio de interesses; (ii) compartilhamentos de documentos, dados e informações; (iii) alinhamento de consensos. Nesse sentido, a identificação de questões similares a qualquer instrumento destinado à substituição da sanção administrativa é fundamental para o estabelecimento das condições mínimas a pautar a política consensual da Administração Pública. Pretende-se, assim, criar uniformidade e previsibilidade à atuação consensual.

Os aspectos regulatórios necessitam ser destrinchados tanto pela ótica do instrumento consensual quanto pela matéria respaldada de pano de fundo, visando à elucidação das questões passíveis de ameaçar o conteúdo dos acordos e, consequentemente, de retirar deles sua razão existencial. Pretende-se, por conseguinte, minimizar possíveis efeitos negativos existentes na cultura administrativa que ainda privilegia o isolamento do poder decisório e a fragmentação.

Nesse sentido, os temas a serem abordados no presente capítulo são: (i) competência, (ii) destinação dos valores a serem arrecadados com a celebração dos acordos; (iii) benefícios passíveis de ser concedidos; (iv) cláusulas obrigatórias a serem incorporadas ao instrumento consensual; e (v) fiscalização e controle externo.

Portanto, inicia-se com o ponto suscetível de ser considerado o mais nevrálgico: a competência, tendo em vista que qualquer divergência nesse campo pode ser passível de suscitar *bis in idem*.

Antes, porém, realiza-se o recorte jurisprudencial adotado no presente estudo, que levou em consideração a composição de decisões cujos teores guardam consonância com o ponto a ser abordado. Além do recorte temático, esclarece-se que se adotou o recorte institucional correspondente ao exame de questões relacionadas aos acordos administrativos substitutivos de sanção pelo Poder Judiciário e pelo Tribunal de Contas da União.

As decisões utilizadas para compor as amostras das análises jurisprudenciais no presente capítulo foram extraídas das plataformas disponibilizadas pelos Tribunais para consulta de processos.

Os critérios de busca foram delimitados pelo uso de palavras-chave como “medidas reparadoras de conduta”, “termo de compromisso”, “acordo de leniência”, “acordos administrativos”, “acordos administrativos substitutivos de sanção” e *bis in idem*.

Como o escopo do presente capítulo dedica-se à análise dos aspectos regulatórios, entendeu-se adequado apenas selecionar os julgados relacionados aos temas já elencados que serão objeto de análise.

4.2 Sobreposição de competência e efeitos decorrentes da celebração dos acordos administrativos substitutivos de sanção

Em primeiro lugar, importante definir que o *ne bis in idem*, por mais que não tenha fundamentação legal expressa, consiste na primazia de respaldar o corolário do ideal de justiça, pois a tradução literal do excerto, advindo do direito romano, significa que ninguém pode ser punido duas vezes pelo mesmo fato. A primazia de assegurar o *ne bis in idem* serve para operar efeitos na seara sancionatória, ante a possibilidade de violação à própria racionalidade atribuída ao Estado Democrático de Direito.

A importância a tal preceito é tamanha que sua incorporação ao ordenamento jurídico pátrio adveio de uma interpretação sistemática oriunda do rol dos direitos e garantias individuais previsto na Constituição brasileira de 1988. O artigo 5º, XXXVI, da Constituição brasileira de 1988 demonstra o mencionado, eis que, ao estatuir a garantia da coisa julgada, o legislador constituinte procurou assegurar economia e segurança das decisões judiciais.

Além disso, relevante assinalar que o Pacto de San José da Costa Rica, ou a Convenção Americana de Direitos Humanos, prevê que "o acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos", conforme redação do artigo 8º, 4, do Diploma.[183] O Estado brasileiro tornou-se signatário de tal Pacto, incorporado ao direito brasileiro pelo Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992, razão pela qual é possível constatar a recepção da vedação à dupla punição pelo direito nacional.

Ultrapassada tal questão conceitual e atrelada ao recorte deste trabalho, a incidência do *bis in idem* pode resultar efeitos potenciais e negativos tanto para a celebração quanto para a eficiência dos acordos administrativos substitutivos de sanção já formatados, notadamente referentes aos acordos de leniência.

Os efeitos podem decorrer de três fatores tidos como primordiais: (i) a existência de mais de uma autoridade administrativa com a competência para examinar o fato, aplicar

[183] Artigo 8º, 4, da Convenção Americana de Direito Humanos.

sanção e celebrar acordo substitutivo; (ii) a possibilidade de cumulação de sanções de diferentes natureza (administrativa e penal, por exemplo) relacionadas ao mesmo fato antijurídico; e (iii) a possibilidade de cumulação de duas ou mais sanções da mesma natureza (administrativa, por exemplo) ao mesmo fato.[184-185]

O exame inicial passará a investigar a possível incidência do *ne bis in idem* relacionada ao que se configurou como primeiro fator, isto é, quando existir mais de uma autoridade administrativa competente para (i) examinar o mesmo fato antijurídico; (ii) aplicar a sanção correspondente ao possível ilícito; e (iii) celebrar acordo administrativo para substituí-la.

A primeira observação passível de ser realizada diz respeito ao que caracteriza o excerto "mesmo fato", sendo certo que, para configurar o *bis in idem*, deve-se identificar a simultaneidade de sujeito, de objeto e de fundamento jurídico a respaldar eventual punição ao fato concreto. Por sua vez, no que concerne à estrutura de fato, ou de objeto, não se pode perder de vista a correlação que precisa existir entre a ação, ou omissão, que ocasionou o ilícito, e a respectiva tipificação, o nexo de causalidade.[186]

Sobre o assunto, é possível tomar por empréstimo o ensino de Juarez Cirino dos SANTOS, no tocante à unicidade de fatos passíveis de ser punidos sob a ótica do direito penal:

> A fórmula adequada estaria na fusão dos conceitos de ação e de tipo legal, integrados na unidade do conceito de ação típica: a divisão ou delimitação daquele continuam em unidades significativas de ações ou de omissões de ação, não pode ser realizada, isoladamente, nem pelo conceito de ação, nem pelo conceito de tipo legal, mas pelo conceito de ação típica, em que a ação aparece como portadora e contida no tipo legal – ou seja, a ação como

---

184 Posição defendida por José Alexandre Tavares Guerreiro – Sobre o poder disciplinar da CVM. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, ano 20, n. 43, p. 64-78, jul./set. 1981 –, que defende que a cumulação das penas é específico do direito penal. Discorda-se de tal entendimento, uma vez que ultrapassaria a proporcionalidade identificada pelo legislador.

185 Opta-se por não discorrer acerca da possibilidade de uma mesma autoridade administrativa aplicar sanções a um mesmo particular em decorrência de fatos diferentes, em processos distintos, tendo em vista que o tema não encontra dissidência. Pelo contrário. Não há óbice à aplicação de mais de uma sanção a um mesmo particular, se os fatos que determinaram a aplicação da penalidade apresentam contextos fáticos distintos. Sobre o assunto, o Tribunal de Contas da União já se posicionou noutras oportunidades (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Embargos de Declaração. Processo TC n. 005.313/2011-2, Acórdão n. 1.946/2015 – Plenário. Relator Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costas. Brasília, 5 de agosto de 2015).

186 CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; GALLEGO SOLER, José-Ignácio. Infracción administrativa e infracción penal en ámbito del delito medioambiental: ne bis in idem material y procesal. *Actualidad Penal*, Buenos Aires, n. 8, p. 159-178, 2000. p. 165.

> conteúdo e o tipo legal como forma do conteúdo para existência como ação típica em pluralidade material, formal ou continuada no Direito Penal.[187]

A dificuldade decorre da identificação, na concretude das circunstâncias fáticas, de práticas consideradas complexas, por exemplo, a cartelização para celebração de contratos administrativos com o Poder Público. É difícil, em tal hipótese, reconhecer a conduta utilizada para a prática da infração, devendo o agente público se valer, eventualmente, das regras de concurso de normas desenvolvidas no campo do direito penal.

A questão se torna ainda mais complicada diante da celebração de acordo administrativo substitutivo de sanção, sem o envolvimento de todas as autoridades administrativas passíveis de examinar o fato considerado como antijurídico. Fator extremamente possível de acontecer, tendo vista que o ordenamento jurídico pátrio confere competência para uma multiplicidade de órgãos celebrarem tais acordos.

Para ilustrar o mencionado, no âmbito da Lei Anticorrupção e apenas voltado à legislação federal, por exemplo, há uma situação multicêntrica. Controladoria-Geral da União, Advocacia-Geral da União, Tribunal de Contas da União e Ministério Público Federal possuem a competência não só para atuar em suas prerrogativas basilares, mas também para pactuar acordos para efetivação dos fins legais.

Tal circunstância poderia ser justificada em razão do tema em questão – corrupção, eis que além de ser tido como complexo, é sistêmico, estrutural, o que configura na prática dificuldades técnicas para sua solução.

Todavia, por mais que possa existir justificação plausível para tal amplitude, a fragmentação da competência gera insegurança, como também ocasiona o efeito negativo relacionado ao desincentivo à formatação dos acordos administrativos substitutivos de sanção, uma vez que inexiste qualquer tipo de coordenação diante das negociações que possam existir para sua celebração, ou até mesmo para sua execução. Essas circunstâncias, por óbvio, aumentam os custos de transação e fragilizam a eficiência que os acordos podem imprimir.

E, no caso específico da corrupção, ao produzir efeitos indesejáveis, não se estará tentando coibi-la, e sim concorrer com a impunidade.

---

[187] SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: Parte Geral. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Editora ICPC; Lumen Juris, 2007. p. 407.

Fica evidenciado, por exemplo, que a negociação para a celebração de acordo de leniência no âmbito da Controladoria-Geral da União não é motivo para sobrestamento de processo no Tribunal de Contas da União em que se analisa a possibilidade de aplicação de sanção relacionada ao fato gerador para a formatação do eventual consenso.[188-189] Ora, ao fim e ao cabo, possível resultar na variação de entendimentos e decisões atrelados ao mesmo caso examinado. O sobrestamento evidenciaria, no mínimo, uma cautela da Corte de Contas, destinado à verificação do cumprimento ou não das obrigações pactuadas no instrumento consensual.[190]

Além disso, tome-se como exemplo hipotético a seguinte situação: em face de uma determinada pessoa jurídica, possivelmente envolvida em esquemas de corrupção na celebração de contratos públicos, é instaurado processo administrativo sancionatório, no âmbito de determinado órgão legitimado, visando à elucidação dos fatos.

Diante da iminência de ser duramente sancionada por aquela autoridade administrativa, a empresa, de maneira voluntária, dispõe-se a cooperar para desmascarar o ilícito investigado. Para tanto, presta-se a (i) cessar o seu envolvimento no fato; (ii) comunicar a identificação dos demais envolvidos; e (iii) fornecer dados e informações passíveis de comprovar todo o partilhado. Para formalização de tal cooperação, as partes celebram o instrumento consensual do acordo de leniência e, como resultado, a empresa se beneficia da isenção de certas sanções e da redução de dois terços do valor da multa pecuniária.

---

188 Apesar de a Lei Anticorrupção, no tocante à matéria dos acordos de leniência, ter disciplinado a competência da Controladoria-Geral da União para a celebração de tais instrumentos (art. 16, § 10, da Lei Federal n. 12.846/2013), o Tribunal de Contas da União se envolve na materialização do feito.

189 Nesse sentido, o Ministro Bruno Dantas, do Tribunal de Contas da União, consignou em seu voto – Acórdão n. 2.453/2019 –, submetido à deliberação da Corte, acompanhando posição adotada pela Corte no Acórdão n. 1.744/2018-Plenário, de Relatoria do Ministro Benjamin Zymler. No caso em questão, o próprio Ministério Público no Tribunal de Contas vislumbrou razões para haver razoabilidade e conveniência no sobrestamento do feito, de forma a privilegiar a persecução da Lei Anticorrupção, razões estas não verificadas pelo Ministro (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo TC n. 013.382/2017-9, Acórdão n. 2.453/2019 – Plenário. Relator Ministro Bruno Dantas. Brasília, 9 de outubro de 2019).

190 Sobrestamento este adotado pelo próprio Tribunal de Contas de União quando da deliberação do Acórdão n. 954/2019, prolatado nos autos do Processo TC n. 013.395/2017-3, o que fragiliza qualquer padronização desejada. No caso em questão, o sobrestamento foi adotado, uma vez que ausentes as provas obtidas de forma autônoma pelo Tribunal de Contas de União. Assim, o feito restou paralisado até a manifestação dos órgãos signatários quanto ao cumprimento ou não das obrigações pactuadas. Com efeito, ocorreu a suspensão do prazo de prescrição da pretensão punitiva do Tribunal enquanto perdurarem os motivos do sobrestamento (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo TC n. 013.395/2017-3, Acórdão n. 954/2019 – Plenário. Relator Ministro Benjamin Zylmer. Brasília, 30 de abril de 2019).

Tempos depois, e com base nas revelações realizadas no âmbito daquela determinada autoridade administrativa, a mesma empresa que havia pactuado o acordo de leniência passa a ser investigada perante outra autoridade sobre o mesmo fato corruptivo. A autoridade, na esfera de sua competência, instaura o devido processo administrativo sancionatório, que termina por culminar na aplicação justamente das sanções isentadas àquela empresa, como também cumula com uma multa acentuada.

Apesar de hipotético, o exemplo transcrito é um típico caso de configuração de *bis in idem* que deve ser evitado não só em razão do enfraquecimento da ação consensual, mas também como medida imperativa para se garantir a justiça. Há, portanto, uma possibilidade jurídica de ocorrerem na prática os efeitos nocivos da dupla punição que a Constituição brasileira de 1988 veda.

A solução de tal possibilidade não é simples, apesar de entender que não haveria imperativo de alguma alteração legislativa. Ela se mostra profunda na medida em que se constata a necessidade de alterar o plano cultural das ações administrativas, sem contar com o fato de que seria preciso dosar a abrangência que do acordo administrativo substitutivo de sanção pode, na prática, resultar.

A situação fica mais premente quando se relata que o caso hipotético retratado já ocorreu de modo análogo na prática, tendo sido, inclusive, apreciado, em sede de liminar, pelo Supremo Tribunal Federal.[191]

Trata-se da medida cautelar em mandado de segurança impetrada por empresa que celebrou acordo de leniência com o Ministério Público Federal, como também termo de compromisso de cessação com Cade sobre os fatos relacionados à determinada celebração de um contrato público, em que se evidenciou um esquema de corrupção. Não obstante a celebração dos citados instrumentos consensuais, à empresa fora aplicada sanção administrativa por outra autoridade administrativa, o Tribunal de Contas da União.

In casu, o Ministro Relator do Supremo Tribunal Federal, apesar de reconhecer a competência da Corte de Contas, asseverou a relevância dos acordos de leniência na identificação dos demais envolvidos e na obtenção de dados, informações e documentos de

[191] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança n. 35.435/DF. A.G.E.S. e Tribunal de Contas da União (TCU). Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. 13 de abril de 2018. Brasília-DF. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4309497/mod_resource/content/0/MANDADO%20DE%20SEGURAN%C3%87A%20N%C2%BA%2035.435.%20DF.pdf. Acesso em: 6 jul. 2019.

forma célere. E, por tal importância, ressaltou a necessidade de observar os princípios da segurança jurídica e da confiança legítima, com a finalidade de incentivar o uso e a consolidação desse instrumento de acordo administrativo substitutivo de sanção.

O Ministro Relator entendeu que a atuação do Tribunal de Contas deveria se voltar ao "escopo de buscar integralmente a reparação do dano causado, sem inviabilizar o cumprimento dos citados acordos", e, para tanto, prossegue o Relator: "o TCU [possui] outros mecanismos aptos a atingir tais finalidades, não [sendo] razoável que aplique penalidade que inviabilize o cumprimento dos acordos firmados por outros entes [*sic*]".

Interessante anotar, ainda sobre o assunto em comento, que o próprio Tribunal de Contas da União já asseverou, em outra oportunidade, que:

> O acordo de leniência e a colaboração premiada são como um contrato. Qualquer pacto, contrato ou ajuste envolve cálculo, previsão e racionalidade estratégica. Como em qualquer avença, os agentes estimam riscos, barganham benefícios e assumem obrigações. Como em qualquer acordo, eles confiam na estabilidade das regras pactuadas, no funcionamento adequado das instituições para assegurá-las e esperam, sobretudo, segurança jurídica. Qualquer elemento que desestabilize desnecessariamente essa equação será percebido como motivo de insegurança para futuros interessados em negociar. Seus efeitos serão precificados e fatalmente elevarão os custos de transação de novos contratos. Consequentemente, nos próximos acordos, se houver, o Estado precisará ofertar benefícios ainda maiores em troca do mesmo grau de informações. Nada disso é desejável. É por essa razão que, ao possibilitar os acordos de leniência, o ordenamento jurídico pressupõe certa interação entre os órgãos. Essas instituições são braços operacionais de um mesmo Estado, de forma que a divisão de papéis entre elas representa mera organização administrativa decorrente das escolhas feitas na composição do ordenamento jurídico. Mas a redução nos índices de crimes dessa natureza, a cessação de condutas reprováveis, a punição aos infratores e a recomposição dos danos, ao fim e ao cabo, interessam ao Estado e à sociedade como um todo.[192]

Apesar de ser capaz de concluir eventual contradição do Tribunal de Contas da União, é notório que se precisa construir um ambiente que confira maior segurança jurídica aos signatários de qualquer acordo administrativo substitutivo de sanção. A questão se mostra fundamental na medida em que o cenário de segurança respalda a efetivação do acordo, até porque ninguém pressupõe celebrar qualquer tipo de instrumento para que ele

---

[192] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acompanhamento da montagem eletromecânica da Usina Termonuclear de Angra III. Acórdão n. 483/2017 – Plenário. Processo TC n. 016.991/2015-0. Ministro Relator Bruno Dantas. 22 de março de 2017. Brasília-DF.

não seja cumprido, ainda mais quando ele diz respeito à substituição de uma sanção. A premissa é justamente contrária, correspondendo ao adimplemento de seus termos, o que é decorrente da boa-fé e do princípio da confiança recíproca.

Seguindo o exame dos fatores primordiais, diante da diversidade e abrangência que recai no segundo fator na verificação da incidência do *ne bis in idem*, opta-se por aprofundar o estudo a partir de posições doutrinárias, inicialmente, para, na sequência, discorrer sobre o assunto.

José Roberto Pimenta OLIVEIRA assevera que, "se a ordem constitucional instituir, relativamente às mesmas condutas ilícitas, diversidade de sistemas sancionatórios, não é possível sustentar ofensa ao *ne bis in idem*".[193] O autor prossegue, ainda, com a defesa de que a multiplicidade de regimes jurídicos não traduz a garantia constitucional que consiste no impedimento de que a mesma competência venha a reprimir e prevenir certo ilícito.

Tal entendimento, relacionado à independência entre as instâncias, é aceito de forma majoritária pela doutrina brasileira.[194] Na jurisprudência pátria, o panorama é análogo.[195]

Isso significa, por exemplo, que uma determinada conduta ilícita poderia ser punida na esfera administrativa, civil ou penal. Assim, não deveria haver confusão com relação à independência de cada regime jurídico.[196]

---

193 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional* cit., p. 230.

194 Nesse sentido, NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sanções administrativas e princípios de direito penal. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, n. 219, 2000. p. 147; FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas.* São Paulo: Malheiros, 2001. p. 133. Oliveira, Régis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 62; OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador* cit., p. 283.

195 Cf. apresentado por Nobre Júnior, o STF já se manifestou, por exemplo, nos autos do MS n. 22.728 – PRM, salientando a não ocorrência de *bis in idem* na hipótese de, pelo mesmo fato, terem sido aplicadas multa pelo TCU e pena de cassação de aposentadoria pela Administração, a que se encontrava vinculada o servidor, à época dos acontecimentos (Sanções administrativas e princípios de direito penal cit., p. 147).

196 Além de a independência das instâncias ter bastante aceitação por parte da doutrina pátria, outra fundamentação passível de justificá-la, dessa vez normativa, consiste na previsão do artigo 225, § 3º, da Constituição brasileira de 1988. Apesar de o seu conteúdo ser referente à infração em face de condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente, o constituinte expressou de maneira apartada sanções administrativas das penais, o que justificaria tal independência.

Rafael Munhoz de MELLO, por exemplo, reforça que, "como pode atribuir múltiplas sanções administrativas a uma mesma conduta, pode também o legislador atribuir uma sanção administrativa e outra penal".[197]

De maneira diversa, a posição de Helena Regina Lobo da COSTA é contrária a tal independência de instâncias, porquanto, na sua visão, a justificativa para tanto seria bastante frágil. Para a referida autora, "a ideia de independência entre as instâncias apresenta diversas inconsistências, não podendo ser abraçada como dogma inquestionável, bem ao contrário".[198]

Para fundamentar sua posição, Helena Regina Lobo da COSTA elenca as seguintes questões: (i) a possibilidade de a decisão penal reconhecer a inexistência de fato ou a ausência de autoria que não poderia ser desconsiderada pelo órgão administrativo; (ii) a impossibilidade de esclarecer a previsão de detração penal do tempo de prisão administrativa, que consiste em que o tempo dessa prisão deve ser computado para fins de fixação do regime inicial da pena; e (iii) a ausência de compatibilização dos conceitos de ilicitude ou antijuridicidade penal, que "obrigatoriamente determina vinculação entre as instâncias".[199]

Somado a tais entendimentos, Helena Regina Lobo da COSTA realiza um exame de ponderação, pautado pela proporcionalidade e seus respectivos subprincípios, adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*, de modo a evitar o duplo sancionamento. Diante de tal ponderação, Helena Regina Lobo da COSTA defende que, na hipótese de aplicação da sanção administrativa e da pena decorrente do direito penal, a escolha deve recair sobre aquela que o legislador houver indicado como o "meio mais eficiente para atingir o fim de retribuição e prevenção".[200]

> Caso o direito administrativo se revele mais efetivo, deverá ele ser adotado, de forma isolada, pois, criminalizando-se condutas cuja prevenção e retribuição possam ser eficientemente atingidas pela via administrativa, viola-se a vertente de necessidade do princípio da proporcionalidade. Estar-se-ia a estabelecer medida, em seu conjunto, mais gravosa, sem ter um

---

197 MELLO, Rafael Munhoz de. Sanção administrativa e princípio da legalidade. *In:* FIGUEIREDO, Lucia Valle (Coord.). *Devido processo legal na Administração Pública*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 213.

198 COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador*: *ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada cit., p. 220-223.

199 Idem, ibidem.

200 Idem, p. 223.

> necessário ganho de eficiência, já que a via administrativa revelava-se suficientemente necessária.[201]

O exercício de ponderação efetuado por Helena Regina Lobo da COSTA possui o intuito, portanto, de evitar condutas arbitrárias, e até mesmo o *bis in idem*. No entanto, não se pode negar que o repouso dessa realização está amparado por um eventual exame de proporcionalidade a ser executado nas vias penal e administrativa.

Seguir o caminho apresentado por Helena Regina Lobo da COSTA acarreta a necessidade de maturação de certa dose de racionalidade para equacionar a melhor via a ser adotada, o que ainda não possuímos.

Além do imperativo de se criar um intercâmbio necessário de dados, informações e manifestações técnicas dos órgãos, ao papel do legislador haveria uma oneração, mediante o fato de que ele deveria instar pela opção entre a via penal e a via administrativa como a medida mais eficiente. O juízo de reflexão a examinar as especificidades e possibilidades para garantir as finalidades de prevenção tanto perquiridas seria antecipado de modo premente. Não por outra razão, seria possível cogitar que o próprio legislador acabaria por entender a independência das instâncias como uma "medida adequada e proporcional ao cumprimento da finalidade preventiva".[202]

Não se podem ignorar as dificuldades de tais diligências, pois assim estaríamos influenciando modificações drásticas em nosso sistema punitivo nacional, que ainda precisariam de mudanças legislativas. Além disso, o exame prévio destinado à escolha da via sancionatória importaria, igualmente, na necessidade de identificação dos meios a serem utilizados para apontar a medida como a mais efetiva, o que, *per se*, já significa algo distante da realidade brasileira, tendo em vista que as peculiaridades concretas das condutas praticadas, e caracterizadas como ilícitas, correriam o risco de ser desprezadas.

Como exemplo, suponha-se que, para coibir a prática de um ato antijurídico, o legislador tenha creditado a prevalência da via penal em detrimento da administrativa. Nesse caso, a opção legislativa correria o risco de desconsiderar quaisquer circunstâncias

---

[201] COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada cit., p. 224.

[202] MELLO, Rafael Munhoz de. Sanção administrativa e princípio da legalidade cit., p. 213.

agravantes, atenuantes e até mesmo de exclusão de ilicitude, que deveriam passar, por sua vez, pelo crivo do Judiciário.

Além disso, seria possível reconhecer que o poder disciplinar estatal poderia ser materializado independentemente do poder repressivo penal, razão pela qual descabida qualquer afirmação relativa à ocorrência do *ne bis in idem* comentada.[203] Situações como essas não estariam contempladas no âmbito prévio de tal análise.

No entanto, há de convir que a imposição de uma racionalidade do procedimento sancionatório seria salutar para se objetivar o exame da antijuridicidade de modo mais adequado e preciso.

Nesse sentido, a aplicação de sanção ou de acordo, após o exame de ponderação, de forma subsidiária poderia ser interessante, visto que poderia lograr êxito com o fim de buscar a maior eficiência à via sancionatória, como também promover o desenvolvimento de formas de prevenção e de autorregulação estatal. A aplicação subsidiária também poderia afastar os paradoxos oriundos das sanções que são substituídas pela via consensual, uma vez que a solução será endereçada de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

Por fim, o último fator tido como primordial diz respeito à cumulação de duas ou mais sanções da mesma natureza relacionadas ao mesmo fato ilícito. Para essa cumulação, recorte-se a possibilidade de aplicação de sanções de natureza administrativa, ante a finalidade deste trabalho.

Hipótese com previsão legal é aceita sem qualquer desavença,[204] o que decorre do fato de que a cumulação, nessa ótica, é considerada uma medida relacionada à tutela cautelar administrativa.

Tal perspectiva pode ser observada com a lupa de que há possibilidade de ocorrer cumulação de duas ou mais sanções administrativas relacionadas ao mesmo fato; existe,

---

[203] CAVALCANTI, Themístocles. *Instituições do direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938. t. II.

[204] Cf. é possível extrair do art. 72, § 1º, da Lei Federal n. 9.605/1998; do art. 87, § 2º, da Lei Federal n. 8.666/1993; do art. 19, § 3º, da Lei Federal n. 12.846/2013; do art. 147 da Lei Federal n. 8.112/1990, entre outros.

igualmente, a oportunidade de as autoridades administrativas celebrarem acordos para substituírem tais sanções, no âmbito de suas respectivas competências.[205]

Numa situação como essa, quando se verificar que mais de uma autoridade detém a competência para implementar e decidir sobre a edição do ato, entende-se que a negociação pode ocorrer em conjunto, entre elas e o terceiro, afastando, assim, a cultura calcada em decisões herméticas.

A despeito dessa última oportunidade, a competência da celebração de determinado acordo é unificada, o que, por um lado, facilita o funcionamento da cooperação, e, por outro, pode importar na busca acirrada e simultânea pela cooperação com outros entes e órgãos da Administração Pública envolvidos na situação fática.

Exemplo dessa hipótese é que a celebração de um acordo de leniência, no âmbito do Cade, não afasta a possibilidade de incidência de sanções administrativas constantes da Lei de Licitações (Lei Federal n. 8.666/1993), da Lei Anticorrupção (Lei Federal n. 12.846/2013), ou outro diploma normativo passível de ser aplicado.

4.3 Destinação dos valores arrecadados com a celebração dos acordos administrativos substitutivos de sanção

Por vezes, a celebração dos acordos administrativos substitutivos de sanção vai além de concertos de obrigações e compromissos de condutas, apresentando consigo a imposição de contrapartidas pecuniárias, assumidas pelo compromissário para a alternatividade da via sancionatória.

As contrapartidas não traduzem a aplicação de multas em decorrência da constatação de algum inadimplemento obrigacional assumido pelo compromissário por meio do acordo substitutivo, mas sim o valor a ser pago já acertado pelas partes, com finalidade programada. É necessário distinguir as origens como forma de reconhecer e saudar a

[205] É o caso, por exemplo, da previsão do art. 34 da Resolução n. 629, de 16 de dezembro de 2013, que aprova o Regulamento de celebração e acompanhamento de Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC) no âmbito da Anatel, que assim prevê: “Art. 34. A celebração de TAC perante a Anatel não prejudica a realização de acordos entre a Compromissária e outros órgãos ou Poderes”.

existência de normas cujo conteúdo vincula o valor recebido das multas provenientes do inadimplemento das obrigações para outras destinações.[206]

O destino dos recursos oriundos das contribuições pecuniárias pode ser tanto previsto em lei quanto acordado na celebração do instrumento consensual. Sendo certo, no entanto, que o compromisso celebrado deve buscar a solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais, em função da disposição do artigo 26, § 1º, I, do Decreto-lei n. 4.657/1942.

Para exemplificar as origens, quanto à primeira hipótese, é possível citar a previsão do artigo 85, III, da Lei Federal n. 12.529/2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, e que estabelece que o produto da arrecadação da contribuição pecuniária derivada da celebração do termo de compromisso de cessação será destinado ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD).[207] Outra disposição legal que permite citação consiste no artigo 73 da Lei Federal n. 9.605/1998, pelo fato do seu conteúdo dispor que os valores arrecadados serão revertidos ao Fundo Nacionais do Meio Ambiente.[208]

Além das destinações legais, é possível que a formatação do acordo administrativo substitutivo de sanção também apresente a solução para o equacionamento da direção e vinculação dos valores a serem auferidos do pacto. Como exemplo, cite-se o Termo de Ajustamento de Conduta celebrado entre a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) e a Telefônica Brasil S.A., que se tornou infrutífero após auditoria realizada pelo Tribunal de Contas da União.[209]

---

[206] É o caso, por exemplo, da Resolução n. 629, de 16 de dezembro de 2013, que dispõe que tal importância deverá ser destinada ao Fundo de Fiscalização das Telecomunicações (Fistel), criado pela Lei n. 5.070, de 7 de julho de 1966, conforme art. 36, parágrafo único, da citada Resolução.

[207] Geridos por um Conselho Federal, os recursos do Fundo de Defesa de Direitos Difusos são aplicáveis na promoção da recuperação, conservação e preservação do meio ambiente, proteção e defesa do consumidor, promoção e defesa da concorrência, patrimônio cultural brasileiro e outros direitos difusos e coletivos, nos termos do sítio eletrônico: https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1553025283.16. Acesso em: 30 ago. 2019. As contribuições pecuniárias oriundas do Termo de Compromisso de Cessação celebrado pelo Cade apenas em 2019 alcançaram a importância de R$134.032.887,36, conforme é possível extrair do *site*: http://cadenumeros.cade.gov.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=Painel%2FCADE%20em%20N%C3%BAmeros.qvw&host=QVS%40srv004q6774&anonymous=true. Acesso em: 30 ago. 2019.

[208] Fundo criado "com o objetivo de desenvolver os projetos que visem ao uso racional e sustentável de recursos naturais, incluindo a manutenção, melhoria ou recuperação da qualidade ambiental no sentido de elevar a qualidade de vida da população brasileira", nos termos do art. 1º da Lei Federal n. 7.797/1989.

[209] A atuação do Tribunal de Contas da União se deu em virtude da instauração de processos de Tomada de Contas n. 004.507/2015-0 e n. 023.133/2015-5, com o objetivo de avaliar a atuação da Anatel na celebração de Termos de Ajustamento de Condutas. Os processos de Tomada de Conta quanto aos TACs da Anatel

O referido Termo estabelecia que os valores arrecadados, a título de multa, seriam destinados à realização de novos investimentos, não previstos nos contratos de concessão celebrados pelas partes – nos quais se consolidou a possibilidade da aplicação das sanções administrativas. Isso, porque se idealizou que o interesse geral da solução jurídica, a ser arquitetada para a questão, estaria mais bem salvaguardado na hipótese de o montante pecuniário ser aplicado em obrigações de investimentos não estipuladas nos contratos de concessão, com relação à manutenção do cenário de incerteza de sua arrecadação pelas vias administrativas "tradicionais". Mais especificamente, a Agência Reguladora visualizou uma oportunidade para angariar um mecanismo de investimento com o foco de difundir a universalidade do serviço concedido.

Apesar de o caso concreto não ter logrado êxito, a experiência prática não pode ser desprezada, ante os aprendizados capazes de ser adquiridos. Nessa linha, interessante notar a parametrização que a Anatel adotou para definir as regras para efetuação do adimplemento. Primeiro, os investimentos deveriam ser destinados aos bens vinculados à concessão, tendo em vista a relevância na prestação do serviço e a mudança de titularidade ao final da vigência contratual. Segundo, a métrica de investimentos não impactaria (i) a relação econômico-financeira do contrato de concessão; (ii) o prazo para a devida amortização; e (iii) a tarifa do serviço concedido.

Aliás, seria desarrazoado supor que o órgão regulador imporia, unilateralmente, as obrigações que impactassem as cláusulas econômico-financeiras do contrato em questão, porquanto tal conduta violaria o preceito constante no artigo 58, § 1º, da Lei Federal n. 8.666/1993, em face da necessidade da prévia concordância do contratado.[210]

Logo, a concertação, nesse caso, além de respeitar o quadro legislativo, apresenta um racional capaz de comportar a plena adequação ao contrato de concessão vigente. Ademais, a cobrança, seja pela via administrativa, seja pela judicial, poderia se mostrar ineficaz, levando-se em consideração não só a alta importância pecuniária, a manutenção da

desdobraram novos processos, sendo os principais TC n. 033.413/2015-0, relacionado ao Termo firmado com a OI Telefônica, e o de n. 022.280/2016-2, relativo ao TAC celebrado com a Telefônica Brasil S.A. Neste último caso, o Tribunal de Contas da União exarou o Acórdão n. 2.121/2017 – Plenário, que é tido como paradigmático para o assunto em questão e que será aprofundado na sequência (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo TC n. 022.280/2016-2, Acórdão n. 2.121/2017 – Plenário. Relator Ministro Bruno Dantas. Brasília, 27 de setembro de 2017).

[210] É a previsão do art. 58, § 1º, da Lei Federal n. 8.666/1993, que se aplica de maneira supletiva às concessões, conforme anotam, com propriedade, Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Véras de Freitas (*Comentários à Lei n. 13.655/2018* (Lei da Segurança para a Inovação Pública) cit. p. 112).

necessidade de cumprir com outras obrigações decorrentes do instrumento concessório, bem como ocasionar até a falência da empresa em questão, o que importaria efeito dominó à roda da economia nacional.

Por mais que o acordo não tenha sido concluído, o que se quer chamar a atenção é o fato de que sua adoção não seria incompatível, ou até mesmo que o interesse público não deixaria de ser alcançado em tal medida consensual. Pelo contrário.

Portanto, em linhas gerais, a conversão não pode ser entendida como perdão ou renúncia de receita pública. Os valores convertidos possuíam uma finalidade, qual seja: melhoria na prestação do serviço público. O compromissário estaria obrigado a investir valores na modernização do serviço, sem que isso fosse alvo de reequilíbrio econômico-financeiro. A conversão da multa por investimentos poderia, ainda, ser traduzida na prevalência do interesse público primário sobre o interesse público secundário, numa administração privada associada de interesses públicos.[211]

Além disso, os apontamentos elaborados pela Corte de Contas concluíram que a celebração do Termo de Ajustamento de Conduta, com a consequente conversão dos valores sancionatórios a título de multa em investimentos, não deveria ser tida como regra, mas sim como medida excepcional, que prescindia de maiores estudos técnicos para sua consecução. Em outras palavras, por mais que não tenha sido frutífera a formalização do acordo substitutivo, a intenção da Corte ficou restrita à obrigatoriedade de estudos que comprovassem os benefícios da conversão no caso examinado.

Ocorre que, para além do caso, a função própria do acordo administrativo substitutivo de sanção consiste justamente naquela de buscar a solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais. Para tanto, o compromitente deve prezar pela finalidade da conversão, uma vez que o nítido desvio poderia desnaturar a própria razão pela qual o acordo foi formalizado. E isso decorre de um exame de proporcionalidade entre as obrigações pactuadas e os benefícios que serão produzidos concretamente, por meio do instrumento consensual, para ilustrar a satisfação do interesse da coletividade. Ou seja,

---

[211] Sobre o assunto, interessante notar o pensamento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, quando anuncia: "a partir da premissa de que o interesse público é próprio do Estado, que deve persegui-lo e realizá-lo na forma da lei e do Direito, mas não é dele exclusivo, pois a sociedade organizada pode e em certos casos deve ter ação concorrente, abra-se um vasto campo, que a doutrina tem denominado de administração privada associada de interesses públicos" (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa cit., p. 150).

deve-se considerar o contexto, o comportamento do compromissário, o estágio do processo e os impasses burocráticos, entre outras variáveis para a formatação do pacto.

Daí por que se entende que a destinação dos recursos pecuniários advindos da celebração dos acordos administrativos substitutivos de sanção deve, inclusive, motivar a atuação da Administração Pública na seara consensual, principalmente nos casos em que inexistir disposição legal que trate sobre o tema, visto que nesses há um nítido aumento do ônus argumentativo. Para tanto, fundamental que a motivação seja realizada por meio do competente processo administrativo instaurado para consecução do instrumento consensual.

Apesar de reconhecer que o dever motivacional não se trata de prescrição nova do ordenamento jurídico, haja vista a previsão do artigo 50 da Lei Federal n. 9.794/1999, o racional idealizado para o caso em questão tende a reforçar a processualização para efetivação da via consensual e, por conseguinte, para criação de um ambiente de maior segurança jurídica, e, assim, ratificar a natureza jurídica definida para os acordos administrativos substitutivos de sanção, a de negócio jurídico processual.[212-213]

A importância é tamanha que o Decreto n. 9.830/2019, que regulamentou o disposto nos artigos 20 ao 30 do Decreto-lei n. 4.657/1942, passou a dispor, expressamente, que a decisão de celebrar o compromisso necessita ser motivada,[214] como também enunciou os documentos pertinentes na instrução do processo instaurado para subsidiar a decisão de celebrar o acordo.[215]

O rigor da motivação permite a realização do controle dos atos administrativos.

---

[212] O dever de motivação está associado ao devido processo legal, que, na visão de Carlos Ari Sundfeld e de Jacintho Arruda Câmara, também se aplica às decisões administrativas tanto estar-se diante de atos de caráter normativo quanto de atos individuais e concretos (O dever de motivação na edição de atos normativos pela Administração Pública. A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 55-73, jul./set. 2011).

[213] A ideia da processualização também é adequada para impedir práticas autoritárias e atrasadas, tendo em vista, justamente, que as suas finalidades precípuas são a proteção dos direitos dos administrados e o melhor cumprimento dos fins da Administração. Logo, a concatenação dos atos ali presentes serve para preservação das garantias dos administrados antes da decisão estatal. Nesse sentido, NOHARA, Irene; MARRARA, Thiago. *Processo administrativo*: Lei 9.784/1999 comentada. São Paulo: Atlas, 2009. p. 5; e SUNDFELD, Carlos Ari. A importância do procedimento administrativo. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 84, p. 65, out./dez. 1987.

[214] A motivação, nesse caso, realizada mediante a contextualização dos fatos, quando cabível, e com a indicação dos fundamentos de mérito e jurídicos, de modo a apresentar a congruência entre as normas e os fatos que a embasaram, de forma argumentativa. Além disso, a motivação pode ser aliunde, conforme a previsão do art. 2º do Decreto n. 9.830/2019.

[215] Conforme é possível denotar do art. 10, § 4º, do Decreto n. 9.830/2019, o processo deve ser instruído com pareceres técnicos e jurídicos, a minuta do compromisso, bem como com outros documentos que auxiliem na decisão pela celebração do compromisso com os interessados.

Por isso, a motivação deve ser clara, objetiva, bem como amparada em aspectos técnicos para equacionar a congruência entre as razões que levaram à adoção da via concertada em substituição à cominação da sanção administrativa. Além disso, a justificativa do interesse público e os efeitos esperados do consenso, como, por exemplo, a destinação dos recursos arrecadados devem repousar as ações da Administração, que necessitará, ainda, motivar o elenco de obrigações, o prazo para cumprimento; sanções para coibir o descumprimento, e os demais aspectos regulatórios.

Por outra parte, é pertinente reconhecer que, por vezes, a motivação apresentada pela Administração Pública pode não ser tida como suficiente, porquanto a presunção de seus atos pode ser questionada.

Pois bem. O tema do controle será abordado na sequência, no entanto é pertinente antecipar que a exigência da motivação deve ser interpretada como a necessidade de impor que a argumentação utilizada para a substituição da sanção seja coerente com a medida estatal, sem esquecer que a mencionada conversão repousa no espectro da discricionariedade.

Sobre a discricionariedade, interessante anotar que a Resolução Normativa n. 372/2015 – ANS, que dispõe acerca da celebração do Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta, expressa os seguintes termos no artigo 4º:

> Art. 4º Na avaliação discricionária de conveniência e oportunidade a que se refere o artigo 1º desta Resolução deverá ser verificado se a celebração de TCAC é meio adequado e próprio à realização eficaz e eficiente do interesso público no caso concreto, ponderando-se, entre outros, os seguintes fatores:
>
> I – o tempo decorrido desde a conduta objeto da apuração;
>
> II – a eventual reiteração da infração pela operadora;
>
> III – o alcance do dano e a quantidade das condutas objeto de apuração; e
>
> IV – razoabilidade da proposta em relação à natureza e à gravidade das condutas praticada.

Assim, a discricionariedade, *in casu*, é visualizada no campo de espaço da decisão da atuação administrativa, que será concretizada por meio de uma regulação negocial, que possibilite o controle e a transparência.

4.4 Benefícios "contratualizáveis" nos acordos administrativos substitutivos de sanção

A variação das regras a serem celebradas decorre das circunstâncias de cada caso concreto. Todavia, não se devem enxergar os acordos administrativos substitutivos de sanção como um mecanismo em que não existam balizas. Pelo contrário. É preciso constatar a existência de limites objetivos para franquear um escopo passível do que se pode ser ofertado a título de benefícios para atrair o interessado.

Tal limitação pode ser extraída do Decreto-lei n. 4.657/1942, uma vez que os acordos não podem "conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral", nos termos do artigo 26, § 1º, III. Tal disposição aparece, igualmente, no artigo 10, § 2º, II, do Decreto n. 9.830/2019.

Para Floriano de Azevedo MARQUES NETO e Rafael Véras de FREITAS, a previsão legal seria similar a um *check and balances.*[216] Para representação da teoria dos freios e contrapesos, os autores aludem a possíveis acordos celebrados por Agências Reguladoras que, em troca, garantiam às compromissárias a desoneração do dever de modicidades tarifárias, ou de observar alguma disposição legislativa. Nesses exemplos, prosseguem, os acordos estariam eivados de nulidade.

É preciso rememorar, ainda, que os acordos administrativos substitutivos de sanção apresentam diferentes instrumentos passíveis de ser representativos de tal subespécie – conforme definido no item 3.4 do presente estudo. E, conforme demonstrado, cada instrumento possui benefícios específicos capazes de ser transacionados para formalização do vínculo consensual, podendo ser desde a redução de uma sanção pecuniária até a exclusão da punibilidade, a depender do dispositivo normativo que lhe confira amparo. A diferenciação de benefícios é proposital para estimular o ímpeto do administrado em seguir pela via consensual.

Não obstante, é possível definir uma coisa em comum a todos eles: o caráter utilitarista.[217]

---

[216] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Véras de. *Comentários à Lei n. 13.655/2018* (Lei da Segurança para a Inovação Pública) cit. p. 112.

[217] MARRARA, Thiago. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência*: organização, processos e acordos administrativos cit., p. 511.

Quando o Estado assume a via consensual em detrimento da via impositiva-sancionatória, não há qualquer disposição do interesse público que lhe cabe zelar, pois não existe uma omissão na execução de suas funções públicas. O que ocorre é um reconhecimento de que a negociação angariará maior benefício, em comparação com o mero castigo a ser aplicado ao particular.

Recorda-se que a sanção necessita ser oriunda de processo administrativo, que, por vezes, é instruído com (i) o rígido procedimento persecutório e fiscalizatório; (ii) a assimetria de informações; (iii) as incertezas de êxito; e (iv) o risco de a demanda ser levada ao conhecimento do Poder Judiciário.

A instrução do processo acusatório pode ser declinada pela própria Administração Pública sem qualquer prejuízo, diante da percepção de que as técnicas de administração consensual podem ser benéficas a ela.

Essa observação é interessante para afastar o possível entendimento de que os benefícios dos acordos administrativos substitutivos de sanção ficam restritos tão somente aos administrados-compromissários. Qualquer impressão nesse caminho é falsa. Como exemplo, é possível citar a obrigação do infrator em suspender a prática delitiva de imediato, ou a cooperação por meio de informações e provas que facilitem a instrução e a punição de outros infratores, entre outros. Em todas essas condutas há um nítido contentamento de demandas da própria Administração Pública.

Consolida-se, assim, que a consensualização, "movimento de transformação da Administração Pública em favor da edificação de consensos",[218] solidifica a troca de interesses, de maneira recíproca, ou seja, os acordos administrativos substitutivos de sanção são, por via de regra, observados pelas partes, porque eles são vantajosos para ambos os lados ou, pelo menos, mostram-se vantajosos.

4.5 Cláusulas obrigatórias a serem incorporadas aos acordos

Em primeiro lugar, na qualidade de negócio jurídico, e diante do fato de que qualquer instrumento da subespécie aprofundada seja proveniente de um consenso, os

[218] MARRARA, Thiago. *Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes*. Revista Digital de Direito Administrativo, v. 2, n. 2, p. 509-527, 2015, p. 510.

acordos necessitam da declaração expressa de vontade dos concordantes. Se não existe isso, não se tem acordo. A declaração de vontades deve ser realizada, fundamentalmente, mediante a adoção da forma escrita, para o devido preenchimento dos pressupostos de validade, eficácia e existência, em consonância com o previsto no artigo 104 do Código Civil.

Diante do exposto, o Decreto n. 9.830/2019 apresentou alguns temas que os compromissos necessitam abordar, em seus respectivos conteúdos, e que serão destrinchados na sequência. São eles: (i) as obrigações das partes; (ii) o prazo, modo e lugar para seu cumprimento; (iii) a forma de fiscalização quanto a sua observância; (iv) os fundamentos de fato e de direito; (v) a previsão de que o instrumento possui eficácia de título executivo extrajudicial; e (vi) as sanções passíveis de ser aplicáveis em caso de inadimplemento.

Com referência às obrigações das partes, é preciso recordar que a substituição da sanção decorre do compromisso mútuo de prática de condutas a serem executadas, para satisfazer o interesse público.

O ajustamento de um comportamento doravante necessita ser pactuado para possibilitar não somente o atendimento de certa providência, mas também para assegurar a cessação de alguma conduta antijurídica e o ajuste de não repeti-la. Além disso, viável seria impor como uma obrigação a correção das irregularidades cometidas, ou até mesmo pagamento de indenização em decorrência dos prejuízos causados. O instigante desafio que se apresenta é saber qual obrigação precisa ser pactuada e, para isso, fundamental conhecer as circunstâncias concretas.

Pontua-se, no entanto, que todo acordo administrativo substitutivo de sanção precisa contratualizar obrigações. O conteúdo dessas obrigações será preenchido pelas autoridades administrativas competentes, à luz do caso concreto. No entanto, em todos os casos o compromisso deverá contemplar com clareza as obrigações a serem assumidas por ambas as partes. Isto evitará que o particular possa ficar sujeito a variações políticas, capazes, inclusive, de acarretarem a possibilidade de revisão ou anulação dos acordos.

O prazo, modo e lugar dizem respeito aos meios, às condições e à área da abrangência do instrumento consensual a ser considerado pelo administrado para a execução dos compromissos celebrados. Infere-se de tal disposição um incentivo para que o ínterim seja estritamente observado, como também o imperativo de se construir um cronograma de

metas a serem alcançadas pelo compromissário. Deixa-se claro que as obrigações serão parametrizadas dentro do respectivo cronograma.

A forma de fiscalização, por sua vez, impõe a necessidade de previsão da autoridade administrativa que passará a acompanhar o instrumento e, por conseguinte, analisará o cumprimento dos compromissos, devendo manifestar-se sobre tal ou acerca do descumprimento das obrigações pactuadas.

Os fundamentos de fato e de direito precisam ser esboçados nas razões utilizadas para justificar a adoção da via consensual, pois, conforme abordado, a escolha pela consensualidade requer um juízo de discricionariedade, que examinará os critérios de conveniência e oportunidade das circunstâncias em concreto. A previsão dessas razões no instrumento formalizado satisfaz, para todos os efeitos, a transparência da ação administrativa, permitindo, igualmente, um melhor controle dos atos da Administração Pública por todos os cidadãos.

A previsão de que o instrumento possui eficácia de título executivo extrajudicial importa no reconhecimento de que as cláusulas firmadas são revestidas de obrigações certas, líquidas e exigíveis. Isso ocorre em razão da previsão do artigo 783 do Código de Processo Civil, Lei Federal n. 13.105/2015. Reforça-se, no entanto, que, ainda que haja disposição legal que enuncia a qualidade de título executivo extrajudicial ao acordo administrativo substitutivo de sanção – é o caso, por exemplo, do artigo 5º, § 6º, da Lei n. 7.347/1985 –, para que possa ter tal eficácia, é fundamental que nele se insira obrigação certa, quanto a sua existência, e determinada, quanto ao seu objeto.

Por fim, os acordos necessitam prever sanções que serão passíveis de ser aplicáveis em caso de qualquer descumprimento das obrigações que foram pactuadas no instrumento. Como qualquer outro tipo de inadimplemento, o descumprimento de alguma cláusula negocial precisa ser evitado e, para tanto, nada mais razoável do que se prever a cláusula penal.

É necessário recordar que, apesar de a celebração do acordo ocorrer em virtude de uma substituição de sanção, a inserção de cláusulas destinadas a intimidar o

compromissário a incorrer em mora, inadimplemento ou qualquer irregularidade serve de incentivo para que ele "ande na linha" e respeite o acordo em sua integralidade.[219][220]

Em complemento aos temas tratados no Decreto n. 9.830/2019, acrescenta-se que os acordos administrativos substitutivos de sanção necessitam prever, ainda, critérios mais formais, como (i) a vigência temporal; (ii) as metas na execução de algum serviço, caso o instrumento decorra da substituição de sanção a uma contratada pública; e (iii) o foro competente para dirimir eventuais controvérsias entre as partes.

A vigência determinada de um instrumento contratual impõe a observância de que as obrigações pactuadas naquele termo deverão ser executadas no ínterim demarcado, de maneira que se consegue imprimir a previsibilidade indissociável ao exercício das funções administrativas.

Com relação às metas impostas, cabe um ponto preliminar.

Dado o cenário de fragmentação de instrumentos passíveis de representar o acordo administrativo substitutivo de sanção, observa-se, em alguma medida, a impossibilidade, *a priori*, de um modelo único e geral. Tal fator não pode ser considerado ruim, pois permite a modelação específica do instrumento mais aderente à realidade de cada autoridade administrativa.

Nesse sentido, é possível que a celebração do instrumento consensual pode ocorrer para substituir sanção passível de ser aplicada a uma concessionária de serviço público, responsável por outras obrigações assumidas por meio do contrato de concessão. A imposição de metas tem como finalidade assegurar que os compromissos celebrados serão observados mediante um grau de adequação, que satisfaça as condições de regularidade, continuidade e eficiência do instrumento contratual.[221]

---

[219] Para se ter como exemplo, o valor de referência a ser dado ao Termo de Ajustamento de Conduta formalizado no âmbito da Anatel, para fins de execução em caso de eventual descumprimento, corresponde à soma dos valores das multas aplicadas e estimadas dos processos administrativos a que o instrumento se refere ou à estimativa da sanção que seria cabível pelo descumprimento do objeto do ajustamento.

[220] É preciso ter mente que a sanção, nesse caso, deve ser superior ao processo sancionador comum, haja vista ser possível que o administrado internalize o preço do descumprimento da cláusula presente no acordo administrativo substitutivo de sanção. Nesse sentido, POPPER, Andrew. *An Administrative Law Perspective on Consensual Decisionmaking.* Administrative Law Review, v. 35, n. 3, 1983, p. 255. JSTOR. Disponível em: www.jstor.org/stable/40709241. Acesso em: 10 nov. 2019.

[221] O exemplo passível de ser apresentado para ilustrar a questão era presente na Resolução Normativa n. 63, de 12 de maio de 2004, da ANEEL, que aprovava procedimentos para regular a imposição de penalidades aos concessionários, permissionários, autorizados e demais agentes de instalações e serviços de energia

Detalhe que merece registro diz respeito à distinção entre tais metas e o estímulo à regulação por incentivos. O pacto de metas não pode ser traduzido como uma regulação por incentivos, eis que esta é pautada e caracterizada pelo fomento estatal. Apesar de tal distinção, há em comum o fato de que a instituição de metas tende a justificar a substituição da via impositiva-sancionatória, ante a contratualização de um determinado nível de serviço, por exemplo.[222]

O foro, por fim, estabelece a competência judicial para dirimir possíveis conflitos entre as partes, em observância à garantia constitucional prevista no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal. Não se trata de uma rediscussão, em juízo, dos termos da transação administrativa, porquanto, caso assim o seja, o acordo administrativo seria tido como inócuo. O administrado, ao celebrar o acordo administrativo substitutivo de sanção, aceita os seus termos e assume as obrigações contratualizadas.

No entanto, é possível que haja divergências quanto à execução das obrigações ali inseridas. O papel do magistrado, nesses casos e teoricamente, não está inserido na análise da eficiência da substituição da medida sancionatória pela via consensual, mas sim na postura de deferência à tomada da decisão administrativa.[223]

As cláusulas comentadas têm a finalidade de criar um cenário básico-instrumental para que a Administração possa se valer com maior regulamentação de sua atividade consensual. Trata-se, portanto, de reconhecer os limites e a arquitetura que os acordos administrativos substitutivos de sanção possam preencher.

Nessa medida, estabelece-se uma dinâmica passível de reduzir a disposição regulamentar para a negociação pública e, por conseguinte, de minimizar os possíveis efeitos do controle.

---

elétrica, pois o Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta necessitava dispor sobre as metas que o instrumento passara a prever, devendo esta ser compatíveis com as obrigações previstas nos regulamentos e contratos de prestação de serviços de energia elétrica. Além disso, é possível citar a Resolução n. 629, de 16 de dezembro de 2013, que aprova o Regulamento de celebração e acompanhamento de Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta no âmbito da Anatel. A previsão do art. 13 da referida resolução apresenta o cronograma de metas como cláusula obrigatória, uma vez que tal parâmetro serve de baliza para verificação dos compromissos e possíveis aplicações de penalidades.

222 Cf. PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na administração pública* cit., p. 301.

223 V. PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na administração pública* cit., p. 293-294. Na opinião dessa autora, a consensualidade constitui *standard* ao controle judicial, razão pela qual os acordos celebrados não podem ser substituídos por decisão que o juiz entenda como mais adequada.

No entanto, a materialidade de cada cláusula comentada necessita ser especificada para cada circunstância concreta, de modo a aproximar as negociações com as particularidades da situação e a preservar o espaço destinado à gestão pública. Preza-se, dessa maneira, que a margem de liberalidade tutele os interesses públicos, implemente os direitos difusos e resguarde os direitos fundamentais da situação em questão, criando incentivos positivos à consensualidade.

4.6 A fiscalização dos acordos administrativos substitutivos de sanção

A vigilância dos acordos administrativos substitutivos de sanção é algo imprescindível para sua própria eficiência. Para tanto, a necessidade de prévia definição das regras de competência para a execução da fiscalização é matéria obrigatória para todos os instrumentos consensuais.

Em outros termos, as características institucionais da autoridade administrativa compromitente do acordo deverão ser legitimadas no instrumento, de modo a permitir a adoção das medidas fiscalizatórias cabíveis. Ressalva-se, contudo, que, diante da pluralidade dos instrumentos que materializam os acordos administrativos substitutivos de sanção, a fiscalização pode ser mais acentuada, a depender dos compromissos assumidos, como também da própria estrutura administrativa.

Cabe pontuar, no entanto, que a fiscalização não pode ser traduzida como uma mera verificação unilateral dos relatórios ou produtos encaminhados *a posteriori* pela compromissária, ou apenas a atestação do pagamento de determinada quantia pecuniária.[224] Chama-se atenção a esse fato, pois se poderiam, erroneamente, minimizar os efeitos da fiscalização a uma mera conferência burocrática de números, planilhas, documentos, carimbos e assinaturas.

[224] Entende-se que tal formato pode ser prejudicial, ante a posição passiva que a autoridade administrativa compromissária passa a assumir, tendo em vista que prejudica a identificação e a determinação célere e pontual de eventual descumprimento. Registra-se, ainda, que esse modelo é o adotado pela ANS, tendo em vista que cabe exclusivamente ao administrado comprovar o cumprimento de cada uma das obrigações assumidas, competindo ao órgão fiscalizador a elaboração de Notas Técnicas. Ademais, observa-se que, no âmbito da Antaq, a autoridade julgadora competente para decidir sobre a celebração do Termo de Ajuste de Conduta apenas atestará seu respectivo cumprimento após o decurso do prazo estipulado, conforme a previsão do artigo 87 da Resolução n. 3259, de 30 de janeiro de 2014.

É cediço que, por vezes, os instrumentos consensuais pactuam compromissos de grande magnitude, razão pela qual o arranjo da fiscalização precisa ser bem arquitetado e, se possível, por equipes especializadas justamente para que possa aferir o cumprimento das obrigações. Nesse sentido, esclarece-se a necessidade de, quando for o caso, pactuar critérios objetivos para a realização do acompanhamento e da fiscalização relacionados à execução dos compromissos, sendo certo que eventual indício de descumprimento acarreta o início de um processo sancionatório.[225]

Sobre o último ponto, a fiscalização assim posta não se trata de um vigiar e punir administrativo, ou seja, a fiscalização não implica – necessariamente – numa atividade sancionatória. Sem prejuízo, essa atividade pode existir e, caso impere, será consequência da fiscalização, exteriorizando-se de forma correlata.[226]

Entretanto, o objetivo principal da fiscalização consiste em supervisionar as informações de qualquer natureza, sejam elas técnica, operacional, econômica, financeira ou contábil, bem como realizar as devidas medições e prestações de contas, quando for o caso, conferindo prazo razoável para que o administrado preste os devidos esclarecimentos que lhes forem formalmente solicitados.

4.7 O controle externo dos acordos administrativos substitutivos de sanção

No tocante ao controle externo, não se tem como negar a centralidade do tema em referência à eficiência dos próprios acordos administrativos substitutivos de sanção. Essa temática pode ser observada tanto da perspectiva dos órgãos de controle pertencentes à estrutura da própria Administração Pública quanto da visão judicial, tendo em conta a inafastabilidade do controle existente sobre os atos administrativos.[227]

---

[225] Tal formatação de fiscalização é utilizada no âmbito da Anatel, conforme Resolução n. 629, de 16 de dezembro de 2013.

[226] A sanção em decorrência do descumprimento de algum compromisso assumido no bojo de um acordo administrativo substitutivo de sanção pode ser representada pela própria inviabilidade de celebrá-lo outro, em determinado prazo específico. É o caso, por exemplo, do regime da Agência Nacional de Aviação Civil, nos termos da Resolução n. 199, de 13 de setembro de 2011.

[227] O tema da renúncia ao direito ao acesso ao Judiciário chegou a ser debatido em razão da formalização dos acordos administrativos. No entanto, essa tese não prosperou em respeito ao direito fundamental de acesso ao Judiciário. Nesse sentido, Onofre Alves Batista Júnior assevera que "a assunção contratual de obrigação ou limitação a direito, embora seja limitação à liberdade, é, antes de mais nada, forma de exercício da dita liberdade" (*Transações administrativas* cit., p. 521-526).

Importante registrar que o presente trabalho não tem como finalidade pormenorizar a análise de todos os aspectos sobre o tema do controle, e sim pontuar e reconhecer seus limites, pelo fato de ser esse um dos aspectos regulatórios capaz de acarretar o indesejado efeito da criação do cenário de insegurança jurídica.

A margem de liberalidade, ao mesmo tempo que benéfica para a formatação do acordo, uma vez que permite a adoção de termos adequados às necessidades concretas da Administração Pública, pode se apresentar como uma possível barreira para a consolidação e difusão da consensualidade.

Exatamente por conter "espaços a serem preenchidos", a possibilidade de o "vínculo em branco" ser interpretado como pretexto para a formatação de negócios que "privilegiem apenas interesses privados" é real, e, por isso, a tendência de ampliação do controle pode ser constatada.[228]

A evolução da normatividade para viabilizar a execução das práticas consensuais administrativas prezou por tentar limitar os riscos do controle externo, uma vez que a adoção dos atos administrativos, editados para amparar a consensualidade, estaria baseada na legalidade. A produção legislativa conferiu amparo para que a Administração Pública contemporânea pudesse reformar sua atuação nesse espectro.

Ocorre que, por vezes, as normas apresentam um conteúdo vazio, razão pela qual o tal "vínculo em branco" é suscitado. O argumento pode ser reforçado tanto pelos positivistas de estrita observância, que defendem a completude do direito a todos os custos, quanto por aqueles que mantêm o dilema da cultura repressiva do direito administrativo brasileiro.[229]

---

[228] ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*: contributo para o estudo da atividade de direito privado da Administração Pública. Lisboa: Almedina, 2009. p. 204.

[229] A cultura repressiva do direito administrativo brasileiro, conforme Juliana Bonacorsi de Palma, é evidenciada em quatro principais fatores, a saber: (i) histórico da Administração Pública no exercício da autoridade; (ii) prerrogativa da sanção como dever-poder; (iii) valorização dos efeitos da sanção administrativa; e (iv) demanda repressiva (*Sanção e acordo na administração pública* cit., p. 295-302). Por outro lado, é possível consignar a posição contrária que defende a posição de que o "Estado tem o poder-dever de punir e a punição deve ser exemplar, de modo que não reste dúvida alguma, seja para a sociedade empresária e para seus dirigentes, seja para os operadores do Direito e para a comunidade em geral, altíssimo grau de reprovabilidade das condutas lesivas [...]" (cf. OLIVEIRA, Júlio Marcelo de. TCU volta a discutir acumulação de sanções de inidoneidade. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-nov-20/tcu-volta-discutir-acumulacao-sancoes-inidoneidade. Acesso em: 1.º set. 2019).

É preciso fortalecer, no entanto, a margem de liberalidade, pois ela é necessária à formatação dos acordos administrativos substitutivos de sanção, sendo resultante de uma discricionariedade que atuará no plano da consequência ou dos efeitos jurídicos, conferindo "margens à atipicidade para melhor conformação do mecanismo consensual".[230] Por esse motivo, as balizas para adoção da consensualidade substitutiva de sanção necessitam possuir amparo na capacidade e legitimidade, calcadas na decisão para tal condução.

Para tanto, o aceite da via consensual não se limita apenas a seu reconhecimento, mas abrange outro patamar, importando sua consideração como uma das medidas passíveis de garantir a eficiência da gestão pública. Tal aceite é fundamental para superar a pungência autoritária passível de ser atrelada ao agir administrativo.[231]

A importância que o controle externo exerce na atividade administrativa é latente, haja vista que, além de representar o comando constitucional e legal, seu exercício deve contribuir para conferir maior credibilidade à consensualidade, na medida em que uma atuação ímpar reduz os riscos de captura.

Todavia, as premissas de (i) discricionariedade, (ii) existência de mérito administrativo e (iii) controle da legalidade da atuação administrativa necessitam ser reiteradas, de modo a afastar o exercício do controle, por meio de uma roupagem pedagógica, imprimida como disfarce para uma atuação usurpadora de funções administrativas.

O exercício regular do controle deve atuar para sanar possíveis irregularidades, diante do cenário normativo, e não se imiscuir em competências que não lhe são próprias.

Por tais razões, em face da sensibilidade do tema em comento, opta-se por apresentar detalhes relativos ao controle exercido pelo Poder Judiciário e pelo Tribunal de Contas da União, de forma apartada. Sem prejuízo, as anotações a serem delineadas, com as devidas ressalvas, podem ser estendidas a todos os órgãos que exercem o controle sobre os atos da Administração Pública.

---

230 PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador* cit., p. 301.

231 A normatividade da consensualidade confere legalidade para a substituição da via sancionatória, razão pela qual a cultura impositiva tende a ser ponderada doravante para os casos em que se constatar a possibilidade de aplicação de uma sanção. Cf. Floriano de Azevedo Marques Neto ensina, "a formulação teórica do direito administrativo (quer nos seus primórdios do Estado de Polícia, quer ao longo de sua evolução, quer, ainda, posteriormente, no período assim chamado de Estado de Direito) é erguida em torno e com vistas ao tratamento das relações que envolvem a autoridade pública [...]" (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos.* São Paulo: Malheiros, 2002. p. 66-71).

4.7.1 Controle exercido pelo Poder Judiciário em face dos acordos administrativos substitutivos de sanção

Em primeiro lugar, retome-se que o cerne do exame em questão é o dos acordos administrativos substitutivos de sanção. Recorda-se, ainda, que tais instrumentos, teoricamente, são marcados pelo câmbio de uma sanção administrativa para a celebração de um consenso bilateral, negociado entre as partes, após a ponderação de todos os interesses passíveis de ser albergados e à luz das circunstâncias fáticas do caso concreto.

Em face do exposto, ilógico que, ao permitir que a Administração se dispa de suas prerrogativas autoritárias, seria razoável aceitar que o controlador judicial – e, nessa ótica, até mesmo outros controladores externos, logo em seguida – possa atuar com autoridade para desequilibrar o resultado fruto da negociação. Tal cenário é ainda agravado em países, como o Brasil, em que não há deferência às decisões administrativas.

Deveras, os novos tempos exigem um esforço no aprimoramento do controle jurisdicional dos poderes discricionários da Administração Pública. É preciso reconhecer que a discricionariedade não pode ser confundida por arbitrariedade.

Nesse sentido, deve existir um espaço próprio de autonomia para que a Administração Pública exerça sua "boa administração", como elemento da "boa governança", conceituada como aquela na qual se alcança o bem comum da forma mais eficiente possível.[232]

Intuitivamente, o surgimento de novas ferramentas passíveis de ser adotadas pela Administração Pública poderia acarretar o aumento das demandas a serem examinadas pelo Poder Judiciário, inclusive pelo fato de os instrumentos consensuais serem marcados pela existência da discricionariedade administrativa.[233]

---

[232] Conforme anota Mario Aroso de Almeida, a boa administração deve abarcar tanto o conceito de juridicidade (conformidade ao direito) como os de eficácia e eficiência da Administração (Princípio da legalidade e boa administração: dificuldades e desafios. *Teoria geral do direito administrativo*: temas nucleares. Coimbra: Almedina, 2012. p. 48-75).

[233] Quando do exame do aumento do controle judicial perante os atos administrativos editados e calcados na discricionariedade administrativa, Floriano de Azevedo Marques Neto propôs que o controle recaísse sobre a motivação da decisão tomada pela Administração Pública (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Discricionariedade administrativa e controle judicial da Administração Pública. *Fórum Administrativo: Direito Público 2*, Belo Horizonte, n. 14, p. 472, abr. 2002. Disponível em: http://bdjur.stj.br/dspace/handle/2011/44942. Acesso em: 15 out. 2019).

Todavia, é necessário identificar o cenário de surgimento da consensualidade, especificamente, dos acordos administrativos substitutivos, como aquele em que é reconhecida a complexidade das demandas estatais, de modo a afastar o impacto que a revisão judicial pode ocasionar na efetividade dos acordos.

Na visão de Juliana Bonarcosi de PALMA, válidas de serem transcritas:

> Na atuação administrativa consensual, a revisão judicial dos acordos substitutivos pode levar à nefasta consequência de inviabilizar a prática da consensualidade na Administração Pública. Primeiramente, reiteradas invalidações de cláusulas ou da integralidade dos acordos pode ocasionar perda de eficiência da decisão construída no caso concreto. [...] Além da perda de eficiência pela substituição do ato consensual pela decisão judicial, também os efeitos diretamente relacionados ao acordo substitutivo são comprometidos, como a redução do tempo e de custos, a imediata resposta à sociedade e o custo reputacional, que se mantém diante de uma possível condenação administrativa ou mesmo judicial. Na ponta, a revisão judicial dos acordos administrativos gera um incentivo negativo à consensualidade na Administração Pública, fomentando o comportamento repressivo nos processos administrativos sancionadores.[234]

Imperioso chamar atenção para os efeitos negativos decorrentes de uma possível interferência desmedida do Poder Judiciário, sendo válido, portanto, retomar a postura de deferência judicial às decisões administrativas. Portanto, entende-se que a adaptação da intensidade dos controles judiciais pode ocorrer de maneira *pari passu* à consolidação dos próprios acordos administrativos substitutivos de sanção, de modo a consolidar não só a chamada deferência, mas também a segurança jurídica dos vínculos consensuais.[235]

---

[234] PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador.* cit., p. 298-299.

[235] Sobre a deferência das decisões administrativas, Eduardo Jordão investiga tal dinâmica por meio do direito comparado. É possível citar o caso Cupe proveniente do direito canadense, a doutrina Chevron norte-americana, o controle fraco italiano e o modelo contra intuitivo francês. No primeiro caso, a Suprema Corte canadense elucidou o "direito de errar", cabendo ao Judiciário atuar somente no caso de uma "irrazoabilidade manifesta". Por sua vez, a doutrina Chevron redefiniu a relação entre os tribunais e as autoridades administrativas. O controle fraco italiano deveria ser aplicado diante de "avaliações técnicas complexas". A hipótese contraintuitiva foi ilustrada pelo modelo francês. A criação do modelo na França não traduz um movimento de retração, mas de intensificação do controle exercido pelo Judiciário sobre a Administração. Após tais hipóteses, Jordão perpassa a evolução histórica do modelo de controle deferente. Enquanto no Canadá e nos EUA ocorreram uma disseminação e um domínio dos modelos deferentes de controle judicial; na Itália e na França o controle perdeu espaço. Diante de tal cenário, Jordão alude alguns elementos para entender as diferenças da deferência, como: (i) a natureza monista ou dualista dos aparatos jurisdicionais e (ii) a disseminação do realismo jurídico no interior de cada jurisdição. No primeiro elemento, o argumento da violação da separação dos Poderes por meio de um controle judicial não deferente é frágil; haveria persistência do problema da complexidade das decisões controladas mesmo diante de uma formação multidisciplinar dos juízes – nesse sentido há a defesa da capacitação institucional

Se, por um lado, permitiu-se a flexibilidade para que a Administração Pública pudesse se valer dos instrumentos consensuais, deve-se conferir a deferência, por outro lado, para garantir segurança jurídica ao conjunto de interesses pactuados por meio do consenso substitutivo.

É possível que a deferência às decisões administrativas comece a ganhar projeção, em razão da edição da citada Lei Federal n. 13.655/2018, que inseriu disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público ao Decreto-lei n. 4.657/1942. Entre elas, há novos parâmetros na adoção do controle judicial, bem como de outros controladores externos.

Como exemplo, cite-se que a decisão judicial deve ser pautada após as considerações das consequências práticas, indicando de modo expresso as consequências jurídicas e administrativas, nos termos dos artigos 20 e 21 do Decreto-lei n. 4.657/1942, respectivamente, em respeito à segurança jurídica e à eficiência fundamentada para a formação do consenso substitutivo.

Além disso, as considerações dos obstáculos e das dificuldades reais do administrador público, como também as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados, necessitam ser examinadas perante o caso concreto, conforme a disposição presente no artigo 22 do Decreto-lei n. 4.657/1942.

Por outras palavras, a parametrização aludida *supra*, além de contemplar o devido respeito ao controle dos atos estatais passível de ser exercido pelo Poder Judiciário, serve de fundamento para a imposição de limites a este.

4.7.2 Controle exercido pelo Tribunal de Contas da União em face dos acordos administrativos substitutivos de sanção

Sobre o tema específico do controle externo exercido pelo Tribunal de Contas da União, em primeiro lugar, pontua-se a existência de divergência com relação à possibilidade

(p. 627). Os realistas buscavam demonstrar a insustentabilidade da separação entre direito, moral e política, a análise do risco que o controlador pudesse impor sobre o controlado, sob o argumento de que se tratava da solução juridicamente imposta – pensamento embasou teorias do EUA e do Canadá. Já na França e na Itália prevaleceu o enfoque dogmático, com pouco espaço para reflexões fora do "cientificamente" jurídico, resultando num Judiciário mais autocentrado e menos propenso a reconhecer suas limitações ou desvantagens comparativas (p. 648) (JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa*: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. São Paulo: Malheiros; SBDP, 2016).

de este realizar interferências na formatação dos acordos administrativos substitutivos de sanção.

Sobre o tema, interessante apresentar a lição de André ROSILHO, pois ele descreve que o Tribunal de Contas da União se evadiu de qualquer especificação acerca dos limites das possibilidades do controle que poderia exercer, como também expediu a Instrução Normativa n. 74/2015, com intuito de disciplinar o processo de celebração do Acordo de Leniência no âmbito da Lei Anticorrupção – Lei Federal n. 12.846/2013.[236] Em adição, ROSILHO relata que o TCU:

> [...] acabou editando diploma que, na prática, "deu" ao TCU poder que não lhe fora conferido pela Constituição, pela LOTCU [Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União] ou pela Lei Anticorrupção (aprovar ou rejeitar minutas de acordos de leniência, participar da elaboração dos seus termos etc.) Tudo indica, assim, que o Tribunal tenha se valido da zona de incerteza criada pela legislação para "interpretá-la de modo a fortalecê-lo".[237]

Apesar das controvérsias acerca da atuação do Tribunal de Contas da União nessa temática, é possível destacar dois aspectos específicos. Enquanto o primeiro retoma questão teórica já esboçada, o segundo tem como fim esmiuçar, no detalhe, decisão paradigmática exarada pela Corte de Contas, que ilustra a forma de atuação do citado órgão.

Conforme pontuado no item 4.2 deste trabalho, há possibilidade de distintas autoridades administrativas examinarem uma situação específica, podendo tanto aplicar as devidas sanções quanto optar pela celebração do acordo administrativo substitutivo. Na oportunidade, foi anunciado o cenário multicêntrico relacionado ao contexto da Lei Anticorrupção. Nesse sentido, para manutenção do mesmo âmbito, o instrumento do acordo de leniência será utilizado para elucidar a fragmentação da competência, o que carreia consigo o poder (ainda que se autoproclamado) de realizar, por conseguinte, o controle sobre este.

O acordo de leniência, conforme explanado, é o instrumento pelo qual a autoridade administrativa se utiliza para obter elementos para a descoberta de uma situação ilícita. Tal obtenção é oriunda de um procedimento longo de negociação, que, por intermédio

---

[236] V. nota de rodapé n. 188.

[237] ROSILHO, André. *Tribunal de Contas da União*: competência, jurisdição e instrumentos de controle. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 206.

da troca de fatos, dados e informações revelados, o compromissário é agraciado por um benefício legítimo.

Ocorre que os fatos, dados e informações, eventualmente, podem ter sua validade expirada a depender dos trâmites negociais. Há a possibilidade, ainda, de o delator, que celebrou o acordo de leniência com uma determinada autoridade administrativa, ser questionado por outro ente competente, ou seja, a fragmentação na condução para a celebração do acordo pode gerar inúmeras situações de pura insegurança. Esse cenário de fragmentação acaba revelando que uma eventual divergência operacional, por exemplo, seria capaz de colocar em risco a efetividade do instrumento consensual.

Solução para a fragmentariedade, que independe de qualquer alteração legislativa, repousaria na convergência de vontades e de procedimento, que poderia ser permeado tão somente pelo diálogo entre os órgãos e entidades competentes. A atuação coordenada de todos os órgãos e entidades competentes privilegiaria a construção de ambiente muito mais propício e fértil ao desenvolvimento da Administração Pública consensual.[238]

O remédio para essa questão poderia ser identificado apenas com a convocação de todos os competentes, por meio de alguma autoridade administrativa instada a pactuar o acordo. Além dessa solução, outra medida administrativa passível de ser implementada para minimizar os riscos estaria próxima do que hoje é praticado: a chancela realizada pelo Judiciário para a celebração do instrumento consensual, similarmente ao que ocorre nas delações premiadas.

Independentemente da ferramenta a ser implementada para a Administração Pública para sanar a celeuma narrada, fica evidente que o cenário da fragmentação também pode ocasionar efeitos indesejáveis sobre o tema do controle, razão pela qual se defende a convivência pacífica entre os órgãos e entidades administrativas competentes para a própria efetividade dos acordos administrativos substitutivos de sanção.

---

[238] É possível observar que entidades administrativas federais vêm realizando tal atuação coordenada, com o reconhecimento do papel de que cada instituição pública possui, para harmonizar todas as competências e garantir a máxima efetividade da medida consensual. Nesse sentido, pode-se citar como exemplo o acordo de leniência firmado pela Controladoria-Geral da União, Advocacia-Geral da União e Ministério Público Federal, com o Departamento de Justiça norte-americana (*DoJ*), com as empresas Technip Brasil e Flexibras, ambas pertencentes ao grupo Technip.

Sobre o assunto, importante citar que o Acórdão n. 2.121/2017, exarado pelo Plenário do Tribunal de Contas da União, é tido como paradigmático, seja por conta dos montantes ali envolvidos, como também da atuação da Corte neste âmbito.

Em específico, a citada Corte de Contas se debruçou no exame do Termo de Ajustamento de Conduta celebrado pela Anatel, cujo objeto denotava uma conversão de multas administrativas por investimentos no mencionado setor, retratado no item 4.3 deste trabalho.[239]

Na decisão paradigmática, o Tribunal reconheceu a viabilidade da celebração do Termo de Ajustamento de Conduta pela Agência Reguladora, nos seguintes termos:

> [...] 9.3.1. este Tribunal não vislumbra óbice à celebração do TAC objeto desta representação, a ser possivelmente firmado com a empresa Telefônica Brasil S.A., desde que atendidas todas as determinações e sanadas as questões suscitadas nas oitivas contidas neste acordão e que serão objeto de nova apreciação pelo TCU;
>
> 9.3.2. não existe, de modo geral, impedimento à pactuação de TAC pela Anatel, visto que os atos da agência independem de pronunciamento do Tribunal de Contas da União, salvo no caso de ajustes acompanhados por esta Corte e que sejam objetos de deliberação expressa e específica em sentido contrário;
>
> 9.3.3. tendo em vista a baixa efetividade na arrecadação de multas aplicadas pela Anatel, tanto no âmbito administrativo quanto na fase de execução fiscal, a celebração de TAC pela agência com previsão de conversão de multas em apuração por obrigações de investimentos atende ao interesse público, desde que precedida de estudos técnicos sólidos, da definição fundamentada do ajuste de conduta pretendido e do rol de obrigações assumidas, e de análise de custo-benefício do instrumento; [...]

A despeito de tal reconhecimento, a atuação do Órgão de Contas foi bastante intrínseca nos termos do acordo, o que acabou por resultar na desistência, por parte da compromissária, de celebrá-lo. É possível citar, para ilustrar, (i) a inserção de novas determinações relativas à atividade-fim do Órgão Regulador; (ii) a previsão para posterior remessa do acordo para verificação das determinações; e (iii) a crítica às metas e aos compromissos assumidos. Além disso, outra série de medidas foi imposta à Agência

[239] Apenas para ilustrar a conversão, cite-se que as multas em negociação somavam cerca de R$ 2,8 bilhões de reais que seriam revertidos no montante de, aproximadamente, R$4,8 bilhões em investimentos no setor de telecomunicações, o que poderia viabilizar serviços de maior qualidade e mais acessíveis aos usuários potenciais e efetivos.

Reguladora como condições precedentes a serem observadas quando da celebração de outros acordos administrativos substitutivos de sanção.

A atuação do Tribunal de Contas da União adentrou no âmbito da discricionariedade da Anatel, sobre temas extremamente específicos ao campo de atuação desta, sem contar que fora tomada por presunções equivocadas, uma vez que reconheceu a incapacidade da Agência de acompanhar adequadamente o instrumento celebrado, como também se pautou pela discordância da área técnica da Anatel e pelo entendimento dos acordos aflitivos.[240]

Fica evidente, portanto, que o Acórdão n. 2.121/2017 demonstra imperfeições da Corte de Contas da União que merecem especial atenção, para que não possa ocasionar impactos sobre as atividades-fim de cada autoridade administrativa.[241]

A consolidação dos limites do controle na temática consensual é algo a ser avançado para sua perfeita solidificação. É preciso, todavia, evitar que outras oportunidades não sejam colocadas a par por meras presunções, ou pautadas tão somente por valores abstratos. Os limites precisam ser respeitados, o diálogo, reforçado e a deferência necessita sobressair.

4.8 Síntese do capítulo

Para que os acordos administrativos substitutivos de sanção sejam instrumentos efetivos da atuação administrativa, torna-se indispensável a criação de um ambiente que consagre a segurança jurídica, de modo a estabelecer a consolidação de termos que satisfaçam a finalidade pública, com melhor adequação, em detrimento da cultura repressiva.

O ambiente prático dos acordos administrativos substitutivos de sanção pode ser considerado embrionário. Em virtude disso, a sedimentação dessa via consensual ainda pode encontrar óbices, uma vez que, no cenário atual, os acordos vêm sendo adotados de maneira desordenada.

---

[240] O acordo aflitivo apresenta uma falsa impressão de que o Termo de Ajustamento de Conduta não possa ser considerado um perdão concedido à infratora, pois, pelo entendimento do acordo aflitivo, o Termo se aproximaria de uma sanção, já que deveria existir o dever do particular corrigir suas irregularidades. No entanto, reforça-se que o termo consensual consiste como um instrumento regulatório para arquitetar as melhores soluções, considerando as circunstâncias concretas.

[241] Sobre o tema, V. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Juridicidade e controle dos acordos regulatórios: o caso TAC ANATEL cit.

Além disso, outro fator passível de ser anotado nessa concepção consiste na falta de procedimentalização para que tais acordos sejam celebrados, ou de *standards* para guiar a formatação do compromisso.

Neste capítulo, buscou-se identificar os pontos comuns aos acordos administrativos substitutivos de sanção como forma de construir um padrão sua adoção, os quais foram denominados de aspectos regulatórios, como a competência, o conteúdo, a fiscalização e o controle dos pactos consensuais.

A definição de conceitos a partir do detalhamento dos aspectos regulatórios pode servir para a construção de uma padronização capaz de contribuir para a melhor satisfação das finalidades públicas a serem transacionadas, ainda que seu conteúdo material necessite de um preenchimento casuístico. O conteúdo dos acordos administrativos substitutivos de sanção parte da premissa de que cada instrumento é adaptável, podendo ser modelado a depender das circunstâncias específicas congregadas no caso em concreto.

A padronização dos aspectos regulatórios repercute na consolidação de um contexto de governança pública, tornando-se inquestionável sua relevância para garantir a atuação consensual mais eficiente, adequada e alheia a capturas, em profunda afirmação da legitimidade dos acordos administrativos substitutivos de sanção.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito administrativo contemporâneo não é o mesmo de outrora. O Estado passou por adaptações impostas pelas complexidades de suas relações econômicas, políticas e sociais.

As passagens de diferentes feições do exercício estatal, por sua vez, contribuíram para o surgimento de normas jurídicas capazes de servir de alicerce, a cada fase, para a atuação administrativa. É possível verificar as citadas passagens não só no Brasil, como também em outros ordenamentos jurídicos, quando confrontamos a mutação do regime jurídico-administrativo perpassado ao longo do tempo.

As prerrogativas inerentes ao exercício da função administrativa, até meados do século XX, eram tidas como irrenunciáveis. Tal cenário, no entanto, foi modificado em virtude da edição de normas legais que passaram a legitimar o exercício de competência consensual pela Administração Pública.[242]

Nesse sentido, observa-se que as mudanças legislativas caminharam para a solidificação da consensualidade administrativa, de modo a valorizar postura mais dialógica, negociada e paritária perante o contexto plural que o Estado necessita assumir diante da complexidade dos problemas atuais.

Este contexto legislativo pôde ser vislumbrado perante outros ordenamentos jurídicos, além do nacional. Experiências estrangeiras demonstraram o reconhecimento dos legisladores próprios acerca da necessidade de balizar normas capazes fundamentar a atuação estatal consensual, nos seus respetivos países.

A consensualidade, porém, apresenta-se de maneira multifacetada, tendo em vista que ela pode ser classificada por diferentes conceitos, a depender do grau, modelo e finalidade de seu instrumento. Por tal razão, neste trabalho, a consensualidade fora retratada como um gênero, da qual os acordos administrativos são considerados meras espécies, e os acordos administrativos substitutivos de sanção subespécies.

---

[242] Já no Decreto-lei n. 3.365/1941, considerado o estatuto das desapropriações, há previsão da consensualidade para colocar fim ao processo expropriatório, conforme a redação do artigo 10, com a lavratura do termo de acordo.

Os acordos administrativos substitutivos de sanção estão no cerne da Administração Pública contemporânea. A evolução legislativa, como também as lições doutrinárias, representam que essa nova feição de agir consensual dialoga com as necessidades estatais, seja por alguma debilidade estrutural, seja para alcançar a eficiência administrativa de modo compartilhado, e não mais unilateral.

Portanto, os acordos administrativos substitutivos de sanção são instrumentos passíveis de ser adotados pela Administração Pública em renúncia à edição do ato administrativo unilateral, imperativo e sancionador, como forma de privilegiar a solução mais eficiente, construída a partir da negociação administrativa norteada pelas circunstâncias fáticas.

Apesar da citada mutação ocorrida no direito administrativo e das finalidades positivas da adoção dos acordos administrativos substitutivos de sanção, estes ainda encontram resistências doutrinárias.

Interpretações rígidas de princípios administrativos, como também aspectos inerentes à legalidade estrita e à menção à eventual ausência de norma específica, são utilizadas como fundamentos para a rejeição da via consensual substitutiva.

Todavia, os obstáculos tornam-se fragilizados na medida em que os princípios utilizados para tal fundamento, notadamente, o da supremacia do interesse público sobre o interesse privado e o da indisponibilidade do interesse público, são meras construções teóricas, sem qualquer carga legal.

Além desse fato, insurgências quanto à legalidade ficaram prejudicadas diante das inovações legislativas, que conferiram previsão normativa genérica para que a Administração Pública pudesse firmar compromissos para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, o que contempla também a transação acerca da sanção administrativa.

A autorização para a celebração de acordos administrativos substitutivos de sanção não importa na abolição da aplicação desta. Por outro lado, o termo “substitutivo” incorporado à denominação dessa subespécie de consensualidade não quer significar que a atuação unilateral seja tida como regra e sua adoção como exceção. A semântica integrada apenas visa conferir maior lucidez ao ideário de sua aplicação.

Ambas as possibilidades – consenso e sanção – passam a coexistir no ordenamento jurídico para preservar a veia da consensualidade administrativa e o *jus puniendi* estatal, respectivamente.

A adoção da via consensual ou da via sancionadora dependerá das circunstâncias fáticas e das justificativas apresentadas no competente processo administrativo. Esse é o campo ideal para a consecução de um juízo de ponderação, que definirá a solução a ser adotada pela Administração Pública, com intuito de alcançar o melhor custo-benefício e assegurar o cumprimento ao princípio constitucional da eficiência administrativa. Na hipótese de identificação do acordo como meio para lograr as finalidades públicas, fundamental assinalar a importância de que a negociação é capaz de fornecer base para tal desiderato.

Seja por uma forma ou outra, o ponto é reconhecer que a alternatividade da via sancionadora visa, igualmente, a própria satisfação do interesse público, e, por isso, o surgimento e profunda difusão dos instrumentos consensuais, no cenário nacional, servem de referência para configurar e consolidar os acordos administrativos substitutivos de sanção.

Pelo fato de esses instrumentos serem frutos de consensos extraídos a partir de uma processualização administrativa, na qual marginaliza-se qualquer critério de unilateralidade, ou imperatividade, preservando o caráter bilateral da relação, os acordos substitutivos possuem características típicas da classificação de negócio jurídico processual.

Os instrumentos passíveis de materializar o exercício substitutivo da sanção consistem nas (i) medidas reparadoras de conduta; (ii) no termo de compromisso; (iii) e no acordo de leniência. As particularidades de cada um são decorrentes de suas respectivas finalidades e molduras legais.

A despeito de tais particularidades, é possível observar que todos esses instrumentos reproduzem a lógica dos acordos administrativos, como também demonstram as vertentes do direito administrativo contemporâneo, com a premente busca da estabilidade, previsibilidade e proporcionalidade.

Com o intuito de buscar a consolidação desse ambiente de estabilidade e previsibilidade – vetores da segurança jurídica –, foram identificadas questões passíveis de representar dificuldades ou fragilidades para a efetividade da adoção dos acordos

administrativos substitutivos de sanção, as quais foram denominadas de aspectos regulatórios.

Práticas consensuais substitutivas de sanção já adotadas no cenário nacional, ainda que embrionárias, serviu de parâmetro para a identificação de divergências e controvérsias a respeito do tema. A partir da celebração dos instrumentos consensuais, ou de suas meras tentativas, identificaram-se pontos sensíveis a serem parametrizados, de maneira a contribuir para sua própria efetividade. Logo, o exame procedimental dos instrumentos consensuais substitutivos de sanção permitiu moldar um regime jurídico, com a necessária robustez, capaz de ser posto à disposição da Administração Pública para satisfação de suas próprias finalidades. A segurança de tais instrumentos deve ser calcada na confiança recíproca, diante do compromisso consensual em que o administrado reconhece suas falhas e responde de maneira responsável por elas.

Importa reforçar que o fim estatal não corresponde à mera imposição de sanções e medidas severas ao particular faltoso. Ultrapassado o afã punitivo estatal, os acordos administrativos substitutivos de sanção precisam angariar campo próprio para que sua aplicação seja sedimentada como vetor da mutação no direito administrativo.

É possível observar que o legislador, definitivamente, adotou essa postura consensual que permite a adoção dos acordos administrativos substitutivos de sanção. Por meio da nova redação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Decreto-lei n. 4.657/1942, após a inclusão de dispositivos normativos pela Lei Federal n. 13.655/2018, que versam sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, observa-se o permissivo genérico para atuar com intuito de substituir a sanção administrativa, nos termos do artigo 26.

Eficiência e segurança jurídica, preceitos tão próprios, que são fundamentos para o desempenho da Administração Pública que preze pelo resultado, que abnega as filigranas burocráticas, com o devido respeito à ordem jurídica. É nessa linha que deve caminhar a utilização dos acordos administrativos substitutivos de sanção.

Não obstante, reconhece-se que o cenário consensual, atualmente, encontra-se em profunda difusão e, ainda, em estágio de consolidação. A cultura dos acordos merece maior atenção, na tentativa de padronizar a veia administrativa capaz de angariar a satisfação do interesse público, a partir da lógica negocial.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico.* Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. A supremacia do interesse público no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo. *In*: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos* versus *interesses privados.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. El retorno a lo privado: ante una nueva encrucijada histórica. *In*: *Privatización y liberalización de servicios*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 1999.

AROSO DE ALMEIDA, Mario. Princípio da legalidade e boa administração: dificuldades e desafios. *Teoria geral do direito administrativo*: temas nucleares. Coimbra: Almedina, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 89, p. 8-33, jul. 1967. ISSN 2238-5177. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/30088/28934. Acesso em: 30 out. 2019.

BARCELLAR FILHO, Romeu Felipe. Breves reflexões sobre a jurisdição administrativa: uma perspectiva de direito comparado. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 211, jan./mar. 1998.

BARROSO, Luís Roberto. Prefácio. *In*: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos* versus *interesses privados:* desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas*: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Guia de Leniência.* Brasília: Cade, 2017. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf. Acesso em: 22 jun. 2019.

_____. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Guia Termo de Compromisso de Cessação para os casos de cartel*. Brasília: Cade, 2017. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoesinstitucionais/guias_do_Cade/guia-tcc-versao-final-1.pdf. Acesso em: 22 jun. 2019.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas.* São Paulo: Saraiva, 2002.

CANETTI, Rafaela Coutinho. *Acordo de leniência*: fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

CARRIÓ, Genaro Rubén. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.

CARVALHO, André Castro. *Vinculação de receitas públicas.* São Paulo: Quartier Latin, 2010.

CASETTA, Elio Manuale di. *Diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 2015.

CASSESE, Sabino. *Derecho administrativo*: historia y futuro. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, Global Law Press – Editorial Derecho Global, 2014.

CAVALCANTI, Themístocles. *Instituições do direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938. t. II.

CHITI, Mario Pilade. I "nuovi poteri" nel common law: la prospectiva del diritto amministrativo. *Diritto Pubblico*, v. 2, 2009.

CODATO, Adriano; Costa, Luiz Domingos. O que é o presidencialismo de coalizão? *Folha de Londrina*, Londrina, p. 2, 27 dez. 2006.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; GALLEGO SOLER, José-Ignácio. Infracción administrativa e infracción penal en ámbito del delito medioambiental: ne bis in idem material y procesal. *Actualidad Penal*, Buenos Aires, n. 8, p. 159-178, 2000.

CORREIA, Jorge A.; ISENBERG, Andreas A. *Lei alemã do procedimento administrativo* verwaltungsverfahrensgestz (VwVfG): guia de leitura e anotações. Coimbra: Almedina, 2016.

CORREIA, Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Lisboa: Almedina, 2003.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador*: *ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

CUNHA, Paulo César Melo da. *A regulação jurídica da saúde suplementar no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CYMBALISTA, Tatiana Matiello; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e de sanção. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 8, n. 31, out./dez. 2010.

DEBBASCH, Charles. Le Droit Administratif face à l'Évolution de l'Administration Française. *Mélanges offerts à Marcel Waline*. Paris: LGDJ, 1974. t. 2.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2.

DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo.* 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*: contributo para o estudo da atividade de direito privado da Administração Pública. Lisboa: Almedina, 2009.

FAGUNDES, Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas.* São Paulo: Malheiros, 2001.

FERREIRA, Mariana Carnaes. *Compromisso de Ajustamento de Conduta e eficiência administrativa.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

GARCÍA, Alejandro Nieto. *Derecho administrativo sancionador.* 5. ed. Madrid: Tecnos, 2018.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDÉZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo, 2*. Revisão técnica Carlos Ari SUNDFELD. Tradução José Alberto Froes Cal. São Paulo: RT, 2014.

GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto administrativo*. 2. ed. Milano: Giuffré, 1988. v. 2.

GONÇALVES, Pedro. Estado de garantia e mercado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Porto, v. VII (especial: Comunicações do I Triênio dos Encontros de Professores de Direito Público), 2010.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo.* 4. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1997.

GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB – Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 135-169, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77653/74316. Acesso em: 27 out. 2019.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Sobre o poder disciplinar da CVM. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, ano 20, n. 43, p. 64-78, jul./set. 1981.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O direito administrativo do medo: a crise da ineficiência pelo controle. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle. Acesso em: 23 jun. 2019.

HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson. Responsabilidade civil do Estado, *Faute du Service* e o princípio constitucional da eficiência administrativa. *In*: GUERRA, Alexandre D. de Mello *et al*. (org.). *Responsabilidade civil do Estado*: desafios contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

HAURIOU, Maurice. *Précis de Droit Administratif et de Droit Public Géneral*. 11. ed. Bordeaux: Imprimerie Cadout, 1927.

HUNGRIA, Nélson. Ilícito penal e ilícito administrativo. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, 1945.

JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa*: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. São Paulo: Malheiros; SBDP, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a "personalização do direito administrativo". *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 24, p. 159-180, 1998.

_____. *Curso de direito administrativo.* 11. ed. São Paulo: RT, 2015.

_____. O direito administrativo de espetáculo. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (org.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas.* Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Discricionariedade administrativa e controle judicial da Administração Pública. *Fórum Administrativo: Direito Público 2*, Belo Horizonte, n. 14, abr. 2002. Disponível em: http://bdjur.stj.br/dspace/handle/2011/44942. Acesso em: 15 out. 2019.

_____. *Regulação estatal e interesses públicos.* São Paulo: Malheiros, 2002.

_____; FREITAS, Rafael Véras de. A Lei 13.655/2018 e os novos paradigmas para os acordos substitutivos. *Conjur*, 11 maio 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-mai-11/opiniao-lindb-paradigmas-acordos-substitutivos. Acesso em: 21 jun. 2019.

_____; _____. *Comentários à Lei n. 13.655/2018* (Lei da Segurança para a Inovação Pública). Belo Horizonte: Fórum, 2019.

_____; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Juridicidade e controle dos acordos regulatórios: o caso TAC ANATEL. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4296871/mod_resource/content/1/Juridicidade%20e%20Controle%20dos%20Acordos%20Regulat%C3%B3rios%20-%20O%20Caso%20TAC%20ANATEL.pdf. Acesso em: 5 set. 2019.

MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 2, n. 2, 2015.

_____. *Direito administrativo:* transformações e tendências. São Paulo: Almedina, 2014.

_____. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência*: organização, processos e acordos administrativos. São Paulo: Atlas, 2015.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Arbitragem e administração pública: contribuição para o sepultamento do tema. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 64, nov./dez. 2010.

MAURER, Hartmut. *Elementos de direito administrativo alemão.* Tradução Dr. Luís Afonso Heck. Porto alegre: Fabris, 2001.

MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán.* Buenos Aires: Depalma, 1949. t. I.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno.* 19. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2015.

_____. *O direito administrativo em evolução.* 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador*: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. Sanção administrativa e princípio da legalidade. *In:* FIGUEIREDO, Lucia VALLE (Coord.). *Devido processo legal na Administração Pública*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MENDOZA, Xavier; VERNIS, Alfred. El Estado relacional y la transformación de las administraciones públicas. *In*: LONGO, Francisco; TAMYKO, Ysa (ed.). *Los escenarios de la gestión pública del siglo XXI*. Barcelona: Belsaterra, 2008.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato administrativo.* São Paulo: Quartier Latin, 2012.

_____. Mecanismos de consenso no direito administrativo. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santo de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (org.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MIRAGAYA, Rodrigo Bracet. *Os meios de conformação das relações jurídicas no direito administrativo:* entre atos unilaterais e contratos. 2016. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo.* 2. ed. São Paulo: Renovar, 2007.

_____. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 231, jan./mar. 2003.

_____. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno*: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

NABAIS, José Casalta. *Contratos fiscais.* Coimbra: Editora Coimbra, 1994.

NERY, Ana Luiza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta.* 2. ed. São Paulo: RT, 2012.

NOAH, Lars. Administrative arm-twisting in the shadow of Congressional delegations of authority. *Wisconsin Law Review*, 1997.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sanções administrativas e princípios de direito penal. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, n. 219, 2000.

NOHARA, Irene; MARRARA, Thiago. *Processo administrativo*: Lei 9.784/1999 comentada. São Paulo: Atlas, 2009.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência.* São Paulo: Renovar, 2004.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *Contrato de gestão.* São Paulo: RT, 2008.

_____; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 104, jan./dez. 2009.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional.* Belo Horizonte: Fórum, 2009.

OLIVEIRA, Júlio Marcelo de. TCU volta a discutir acumulação de sanções de inidoneidade. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-nov-20/tcu-volta-discutir-acumulacao-sancoes-inidoneidade. Acesso em: 1.º set. 2019.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas.* São Paulo: RT, 1985.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador.* 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atuação administrativa consensual*: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. 2010. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

_____. *Sanção e acordo na administração pública.* São Paulo: Malheiros, 2015.

PAREJO ALFONSO, Luciano. *Eficacia y administración*. Tres Estudios. Madrid: INAP, 1995.

_____. *Estado Social y Administración Pública*. Madrid: Civitas, 1983.

_____. Los actos administrativos consensuales en el derecho español. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, v. 13, p. 31-32, jul./set. 2003.

_____. Transformación y reforma del derecho administrativo en España. *In*: BARNES, Javier (org.). *Innovación y reforma en el derecho administrativo.* Sevilha: Global Law Press, 2012.

POPPER, Andrew. An Administrative Law Perspective on Consensual Decisionmaking. *Administrative Law Review*, v. 35, n. 3, 1983, p. 255. JSTOR. Disponível em: www.jstor.org/stable/40709241. Acesso em: 10 nov. 2019.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: RT, 2003.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; FRANCE, Guilherme de Jesus; VIANNA, Mariana Tavares de Carvalho. Regulação consensual: a experiência das agências reguladoras de infraestrutura com termos de ajustamento de conduta. *Revista de Estudos Institucionais – REI*, v. 3, n. 1, p. 89-122, 2017.

REALE JUNIOR, Miguel. Ilícito administrativo e o *ius puniendi* geral. *In*: PRADO, Luiz Regis (coord.) *Direito penal contemporâneo*: estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir. São Paulo: RT, 2007.

REIS, José Carlos Vasconcellos. As modulações no direito administrativo. *In*: FREITAS, Daniela Bandeira de; VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). *Direito administrativo e democracia econômica.* Belo Horizonte: Fórum, 2012.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. *O direito administrativo como "caixa de ferramentas":* uma nova abordagem da ação pública. São Paulo: Malheiros, 2016.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e Termo de Ajustamento de Conduta*: teoria e prática. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ROSILHO, André. *Tribunal de Contas da União*: competência, jurisdição e instrumentos de controle. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

SADDY, André; GRECO, Rodrigo Azevedo. Termo de ajustamento de conduta em procedimentos sancionatórios. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 52, n. 206, abr./jun. 2015.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: Parte Geral. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Editora ICPC; Lumen Juris, 2007.

SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Repensando a pertinência dos atributos dos atos administrativos. *In*: _____; MEDAUAR, Odete. *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: RT, 2011.

_____; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao direito. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 7, n. 27, out./dez. 2009.

SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard. Principes de base d'une reforme du droit administrative. *Revue Française de Droite Administratif*, Partie 1, v. 24, n. 3, p2008.

SEPE, Onorato. Nuevas tendencias hacia la eficiencia en el Estado Social. *Documentación Administrativa*, Madrid, n. 151, 1973.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 41. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

SILVA, Suzana Tavares da. A nova dogmática do direito administrativo: o caso da administração por compromissos. *In*: GONÇALVES, Pedro (org.). *Estudos de contratação pública – I.* Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, 2002.

SOUZA, Carlos Alberto Sobral de. *Da transação e da indisponibilidade do interesse público.* Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. A importância do procedimento administrativo. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 84, out./dez. 1987.

_____. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2017.

_____; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, abr./jun. 2011.

_____; _____. O dever de motivação na edição de atos normativos pela Administração Pública. A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 55-73, jul./set. 2011.

TEIXEIRA, Lucas Mendes de FREITAS. Os Termos de Compromisso de Cessação e responsabilidade civil por infrações à ordem econômica. *Revista do Ibrac*, São Paulo, ano 19, v. 21, jan./jun. 2012.

TERRADILLOS BASOCO, Juan María. Globalización, administrativización y expansión del derecho penal económico. *In*: _____; ACALE SÁNCHEZ, María (coord.). *Temas de derecho penal económico*. Madrid: Trotta, 2004.

TIGANO, Fabrizio. *Recenti profili evolutivi dell'attività amministrativa.* Torino: Giappichelli, 2008.

VALLE, Vanice Lírio do. Transigibilidade na Administração Pública: uma faceta da consensualidade ao direito. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 7, n. 27, out./dez. 2009.

VILLARES, Andréa Lúcia Nazário. *Instrumentos jurídicos consensuais para a proteção à concorrência.* 2009. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

WILLEMAN, Flávio de Araújo. Termo de ajustamento nas concessões: conversibilidade das sanções administrativas pecuniárias em investimentos. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral*, Rio de Janeiro, v. 68, 2014.