
TRANSAÇÕES EM PROCESSOS SANCIONATÓRIOS: ITINERÁRIOS E DESAFIOS

*TRANSACTIONS IN SANCTIONARY PROCESSES:
ITINERARIES AND CHALLENGES*

*Floriano de Azevedo Marques Neto
Doutor em Direito pela USP.*

Professor Titular de Direito Administrativo da USP. Diretor da FDUSP.

Rafael Vêras de Freitas

*Doutorando e Mestre em Direito da Regulação pela FGV. Professor do LLM em
Infraestrutura e Regulação da FGV.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Explorando a premissa: pressupostos para a corrupção na Administração pública; 2 Acordos substitutivos regulatórios e o seu regime jurídico; 2.1 Natureza jurídica dos acordos substitutivos 2.2 Requisitos jurídicos para a celebração de acordos substitutivos; 3 A regulação responsiva e os efeitos dos acordos substitutivos no combate à corrupção; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O objetivo do presente ensaio é o de investigar a contribuição da arquitetura dos acordos substitutivos no combate à corrupção. Cuida-se de objeto de pesquisa que se justifica, considerando que o tema voltou à agenda de pesquisa do direito brasileiro, por ocasião da consagração legislativa de instrumentos de consenso, no âmbito do exercício do poder extroverso, notadamente com o advento do art. 26 da LINDB.

PALAVRAS-CHAVE: Combate à Corrupção. Consenso. Acordos Substitutivos. Regulação Responsiva.

ABSTRACT: The purpose of this essay is to investigate the contribution of the architecture of the replacement agreements to the fight against corruption. It is an object of research that is justified, considering that the subject has returned to the research agenda of Brazilian law, on the occasion of the legislative consecration of instruments of consensus in the scope of the exercise of extroverse power, notably with the advent of art. 26 of LINDB.

KEYWORDS: Fight Corruption. Consensus. Substitute Agreements. Responsive Regulation.

INTRODUÇÃO

A corrupção não é um tema novo Brasil. Nada mais consentâneo com a arquitetura histórica de uma nação que se desenvolveu a partir do Estado (como um legado da colonização portuguesa), e não pelo desenvolvimento de um espaço privado. Nesse contexto, a saliência do aparato burocrático colonizador importou no entendimento sobranceiro de acordo com o qual a relação com a realeza pressupunha uma relação visceral de adulação, de beneplácito para os mais aquinhoados.

Assim é que, como dá conta Raymundo Faoro¹, no âmbito da organização administrativa do Brasil colônia, já se vislumbrava condutas corruptivas, de apaniguamento das classes mais abastadas, da concessão de prebendas². Assim se passou, por exemplo, na relação da coroa com os capitães donatários. É que, como ela, sozinha, não tinha condições de ocupar o solo brasileiro, se valia de tais agentes para tal mister, que, em contrapartida, tinham, dentre outros, os poderes exorbitantes de fundar cidades e de influenciar o resultado de eleições. Não foi por outra razão que, desde a Constituição do Império de 1824, já se previa (em seus arts. 133, 134 e 135) a possibilidade da responsabilização dos Ministros de Estado, por dissipação de bens públicos, peita, suborno ou concussão. De tão arraigada na estrutura burocrática brasileira, chegou-se a cogitar que tal vicissitude tenha se alastrado e se incorporado ao cabedal cultural da sociedade brasileira, por intermédio do que se convencionou chamar de “jeitinho brasileiro”³. Cuida-se de uma mazela que se propaga, de forma exponencial, para todo aparato burocrático.

Nesse quadrante, como da conta profícua pesquisa de Rogério Gesta Leal⁴, desde o final do regime militar brasileiro, tem aumentado, em muito, os casos de corrupção vindo a público, dentre os quais, destaca: o Caso Capemi, chamado escândalo da Mandioca (1979 e 1981); o Caso Coroa Brastel (1985), escândalo do Ministério das Comunicações, envolvendo um grande número de concessões de rádios e TVs para políticos aliados, ou não, a José Sarney, concedidas em troca de cargos, votos ou apoio ao presidente; a CPI da Corrupção (1988); na década de 1990, com o escândalo do INSS, o caso Collor de Melo e PC Farias; o escândalo da VASP, que resultou na criação do Centro Federal de Inteligência (CFI), na qualidade da primeira Medida Provisória do governo Itamar Franco para

1 FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. Rio de Janeiro: Globo, 1987.6

2 SAMPAIO, Aluysio. *Brasil, síntese da evolução social*. São Paulo: Hucitec, 1974.

3 BARBOSA, Livia. *O jeitinho brasileiro – a arte de ser mais igual que os outros*. 10. ed. São Paulo: Campus, 1992.

4 LEAL, Rogério Gesta. Os descaminhos da corrupção e seus impactos sociais e institucionais: causas, consequências e tratamentos. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 14, n. 74, p. 3157, jul./ago. 2012.

combater corrupção em todas as esferas do governo federal (1992). E, mais recentemente, destaco o que se convencionou designar como mensalão (2005), assim considerado como um esquema de corrupção que serviu à compra de manifestações parlamentares e os achados da operação lava jato (que teve início nos idos de 2014), a qual foi capitaneada, pela Polícia, pelo Ministério Público e pela Justiça Federal, tendo como epicentro as principais empreiteiras do país.

De lá para cá, o fenômeno da corrupção se alastrou proporcionalmente aos normativos que foram editados para lhe combater. Nos últimos anos, vimos assistindo o desenvolvimento de um “sistema legal de defesa da moralidade administrativa”⁵. Ele é composto, dentre outros, pela parte penal da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (artigos 90 et seq. da Lei nº 8.666/1993); pela Lei nº 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência); pela Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa); pelos artigos 312 et seq. do Código Penal, que disciplinam os crimes praticados contra a Administração Pública, pela Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) e, mais recentemente, pela Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção). Tais diplomas, na sua maioria, resultaram de manifestações legislativas expeditas, provocadas pela pressão popular (uma espécie de “voluntarismo normativo”, por assim dizer)⁶.

Nada obstante essa profusão normativa, a corrupção continuou a produzir resultados alarmantes. Como dá conta estudo da Federação das Indústrias de São Paulo – FIESP, estima-se que o custo médio da corrupção, no Brasil, varia de 1,38% a 2,3% do Produto Interno Bruto (PIB), o que importa num dispêndio de R\$ 50,8 bilhões a R\$ 84,5 bilhões, por ano. Cuida-se de um fenômeno que, para além de propiciar a apropriação privada de recursos públicos, produz impactos na realização de inúmeras políticas funcionalizadoras de direito fundamentais de que o País tanto carece – como, fundamentalmente, na prestação dos serviços de saúde, educação, segurança, transporte, alimentação, moradia, dentre tantos outros.

Nesse contexto, o presente ensaio parte de uma premissa um pouco radical, mas que não pode deixar de ser considerada. É dizer, o presente artigo tem como uma de suas premissas o fato de que o Direito Administrativo, tal como praticamos hoje no Brasil, longe de ser um instrumento para coibir a corrupção, tem servido como um facilitador

5 V. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. A juridicidade da Lei Anticorrupção: reflexões e interpretações prospectivas. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 14, n. 156, p. 9-20, fev. 2014.

6 Cuida-se de preocupação transnacional, como se extrai dos seguintes normativos: Foreign Corrupt Practices Act (FCPA); o UK Bribery Act; a Convenção Interamericana contra a Corrupção da Organização dos Estados Americanos (OEA) e a Convenção sobre Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)

da improbidade, criando, na gestão pública, um ambiente favorável às práticas corruptas.

É, justamente, na contramão desse racional, que se inserem os acordos substitutivos. Cuida-se um instrumento que, por ser pautado pelo consenso, reduz os incentivos para a prática corruptivas. Para tanto, o texto seguirá o seguinte itinerário. Num primeiro momento, pretende-se explorar quais são os pressupostos para o fomento da corrupção provocado pela arquitetura institucional do Direito Administrativo. Num segundo momento, o texto irá perpassar pelas principais características dos acordos substitutivos sancionatórios. E, num terceiro momento, pretende-se apontar os efeitos prospectivos dessa espécie de acordo no combate à corrupção.

1 EXPLORANDO A PREMISSA: PRESSUPOSTOS PARA A CORRUPÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A prática da corrupção pressupõe, ao menos, a existência: de um lado, de um agente público dotado de competência para produzir atos e decisões administrativas. E, de outro, de agentes privados que tem seus interesses, diretamente, afetados pela manifestação da vontade administrativa. Atos de consentimento de polícia são produzidos (como, por intermédio da expedição de licenças e de autorizações); autos de infração são expedidos, materializando o exercício do poder extroverso; objetos contratuais são adjudicados a particulares, que se sagram vencedores em procedimentos licitatórios. De fato, diuturnamente, é praticada uma miríade de atos da Administração Pública que criam relações de interdependência público-privada.

Acontece que, como é de conhecimento convencional, nem todos os atos da Administração Pública guardam uma tipologia cerrada. E é bom que assim seja. Porém, a sua extrema fluidez, por vezes, poderá importar no arbítrio. De fato, com lastro nos vetustos conceitos jurídicos indeterminados da “conveniência” e da “oportunidade” (que integram o mérito administrativo⁷), abriu-se uma margem relevante para o agente público decidir, ou não, definir o quando, o quanto e arbitrar, unilateralmente, beneficiários e onerados.

Assim é que, como já asseverava José Cretella Junior⁸, “são os administradores Juízes absolutos da oportunidade e da conveniência, servos incondicionais da legalidade, contra a qual não têm a possibilidade

7 FAGUNDES, M. Seabra. Conceito de mérito no direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Seleção Histórica, p. 189.

8 CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. revisada e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 220-221.

de rebelar-se, orientam-se na direção do interesse público, que procuram efetivar”. Mais que isso, não se construiu uma racionalidade decisória – salvo algumas exceções dignas de nota⁹ – que permeasse as decisões administrativas.

Cuida-se de um contexto de ampliação da discricionariedade administrativa que só se salientou com o exercício da função regulatória. Isto por que, malgrado os inegáveis benefícios trazidos por uma função neutra e equidistante dos interesses enredados em determinado subsistema jurídico, fato é que decisões apoiadas em tecnicismos burocráticos (quando impermeáveis à participação popular) podem enveredar para provimentos administrativos irrazoáveis¹⁰, fomentadores de práticas corruptivas. E, por certo, quando maior for o impacto econômico das intervenções, maior a probabilidade do devir de atos de corrupção.

Assim é que, blindada por aspectos reservados à Administração¹¹, se criou um cenário no qual os atos administrativos se viram imunes ao controle, seja ele interno, externo ou social. Nesse quadrante, se alastrou o entendimento segundo o qual, em respeito à separação de Poderes (consagrada no art. 2º da CRFB), o controle a propósito das decisões da Administração Pública deveria se circunscrever aos aspectos formais e de legalidade¹² de seus atos. Seguiu daí a baixa incidência de mecanismo de *enforcement* sobre o agir do agente público. De modo que uma opção de agir ou de não agir fosse imune ao controle. Daí que, na prática, essa imunidade deixa os particulares que se relacionam com o Poder Público sem opções para exigir a prática de condutas pelos agentes públicos. Mais que isso, fomenta o comportamento venal pelos particulares para contornar a inércia estatal.

Cuida-se de uma situação que só restou agravada, com uma certa distorção da ideia de reserva legal. O princípio da legalidade, base do Estado de Direito, prediz que a coação da liberdade do indivíduo só é admitida quando vertida por lei (*ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo se não em virtude de lei*). Como no Estado Moderno só o poder público é legitimado para coatar liberdades (em termos weberianos, exercer o monopólio da violência legítima), a legalidade impede que o Estado coate liberdades sem que a lei o autorize.

9 FREITAS, Rafael Vêras de. A Análise de Impacto Regulatório (AIR) no setor de energia elétrica. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p. 177-200, jul./set. 2014

10 MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da Regulação Estatal. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 6992, jan./mar. 2003.

11 CORREIA, Arícia Fernandes. Reserva da administração e separação de poderes. In BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 596.)

12 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial da Administração. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 2, n. 14, abr. 2002.

Ocorre, porém, como expliquei em outra oportunidade¹³, ao longo do tempo foi havendo uma apropriação da legalidade estrita pelo administrador, transformando-o de princípio-garantia ao administrado em princípio-reforço ao detentor do poder: só faço aquilo que a lei expressamente me mandar fazer, fora isso, eu, detentor do poder, sou livre pra fazer ou deixar de fazer o que bem me apetece. Uma distorção brutal, docemente incorporada pela doutrina, É que, dentro do contexto de um Estado liberal, tornou-se quase um mantra a afirmação de acordo com a qual, enquanto para os particulares é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, para a Administração, só é facultado fazer aquilo que a lei expressamente autoriza – nos quadrantes da legalidade administrativa (como se extrai da interpretação dos art. 5, II e 37, *caput*, da CRFB). Nada obstante, se, de um lado, no que toca aos atos constritivos (que imponham obrigações de fazer e de não fazer), o adágio da legalidade administrativa serve como uma proteção aos administrados, de outro, ele pode servir para que a Administração Pública se esquive de prestar os seus cometimentos (uma espécie de “inação legalizada”, por assim dizer).

E isso, uma vez mais, coloca os particulares em uma relação de impotência face à inércia estatal. Nesse cenário, o *modus operandi* estatal – não sem contar com o beneplácito do ordenamento jurídico – serve, uma vez mais, como um dos principais móveis para a práticas corruptas. Afinal, não é preciso de grandes inferências para se concluir que os particulares, sem conseguir impulsionar a burocracia, ou, pior, tendo os seus interesses deixados ao alvedrio do agente público, terão incentivos para pautar essa relação público-privada, por intermédio de atos pouco ortodoxos, à margem da legalidade.

Assim é que, como o Direito Administrativo é o ramo do direito que disciplina a ação estatal, e, por conseguinte a relação entre o público privado, ele será central para coibir ou incentivar a corrupção. No caso brasileiro, tal como ele é posto e aplicado, vem servindo de instrumental para esse fenômeno. É que, como é sabido, no contexto oitocentista, a Administração Pública exercia o seu mister, por intermédio de atos administrativos unilaterais, imperativos, sob a observância cega aos princípios da legalidade administrativa e da supremacia do interesse público. Nesse contexto, o exercício do poder extroverso estatal era dotado pelas características da discricionariedade (podendo ser exercida sob critérios de conveniência e oportunidade), da autoexecutoriedade (prescindindo, pois, a Administração Pública da interveniência do Poder Judiciário para o seu exercício) e da coercitividade (pelo que poderia ser imposta aos particulares, independentemente de sua anuência).

13 Ver meu A Bipolaridade do direito administrativo e sua superação, p. 399 e ss.

De fato, desde a consagração da *puissance publique*, Maurice Hauriou¹⁴ à frente, que as prerrogativas públicas (da qual o poder extroverso é um exemplo) são poderes instrumentais conferidos à Administração Pública para viabilizar a realização de atividades veiculadoras de interesses públicos. Em resumo, como bem diagnosticado por Juliana Bonarcosi de Palma,¹⁵ de acordo com tal vertente (do regime jurídico-administrativo), as prerrogativas públicas teriam a finalidade de: (i) satisfazer o dever de tutela do interesse público; (ii) reafirmar a posição de supremacia do interesse público sobre o privado; (iii) viabilizar a consecução de seus fins, de forma eficiente.

Nada obstante, no Brasil, o direito administrativo caminhou na firme trilha para uma inflexão autoritária, notadamente, por intermédio do deslocamento do eixo da sua *função instrumental (funcional)* para a sua *função estrutural*. É dizer, o eixo do direito administrativo, ao longo dos anos, pendeu de um viés *ex parte populi* para uma vertente *ex parte príncipe*.

Explico. Como é de conhecimento convencional, há duas maneiras de conceber o direito administrativo. A primeira delas tem por desiderato investigar a estrutura da administração, na qual se investiga os instrumentos de que dispõe o Estado para dar concretude às suas funções, seus poderes e prerrogativas exorbitantes (órgãos e funções intestinas do aparelho burocrático). De outro lado, o direito administrativo tem uma segunda vertente de investigar o funcionamento do estado, diante da qual são enredadas as suas obrigações, responsabilidades e seus cometimentos em prol do cidadão. Em termos objetivos: sob a vertente *ex parte príncipe* o poder estatal é exercido com lastro em um poder soberano estatal, figurando o particular na condição de “súdito” do poder; de outra banda, na vertente *ex parte populi*, num contexto de consagração de um Estado Social, o estado desce de seu pedestal, pois que lhe é cometido um plexo de obrigações em face não de um “súdito”, mas de um “administrado”, de um cidadão, prenhe de direitos fundamentais, a ser garantidos pelo Poder Público¹⁶.

Acontece que o direito administrativo se transformou no “direito da administração”, e não “no direito do administrado”. De instrumento, as exorbitâncias decorrentes do regime jurídico-administrativo se transformaram em prerrogativas, pela produção de atos administrativos formados ao interno da burocracia. Nesse quadrante, como já tive a oportunidade de asseverar, a construção do conceito de ato administrativo teve apoio na ideia de autoridade, momento no qual se conferia pouca

14 Cf. HAURIOU, Maurice. *Précis Élémentaire de Droit Administratif*. 4ème éd. Paris: Recueil Sirey, 1938, p. VII.

15 PALMA, Juliana Bonarcosi de. *Sanção e acordo na administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 56.

16 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Bipolaridade do direito administrativo e sua superação. In: *Contratos Públicos e Direito Administrativo*, 399.

importância ao administrado, posto que a sua relação com a Administração Pública era pautada por um viés de subordinação, verticalizada¹⁷.

Assim é que, diante desse direito administrativo *ex parte príncipe*, centrado na figura do ato administrativo, no qual vigora uma baixa processualidade administrativa, forjou-se um ambiente propício aos encontros furtivos entre agentes públicos e privados. De fato, à medida que, segundo esse viés, todo ato estatal parte da premissa de uma emulação da autoridade, que apresenta a vontade do Estado (e não a representa à luz da Teoria do Órgão), por intermédio de atos que, a despeito de modificarem relações exógenas ao aparato estatal, tem a sua processualização intestina, tenho que, por mais essa razão, o regime jurídico-administrativo, tal como apregoado pela doutrina juspublicista de outrora, é fomentador de práticas corruptivas.

Cuida-se de um cenário que se propaga a passos largos, pois que, para além da vicissitude da baixa processualidade decorrente da emulação da autoridade, a formação do ato administrativo é caudatária de uma premissa que, até os dias de hoje, parece ser, para os agentes públicos, inarredável: a de que existiria um “sagrado” princípio da supremacia do interesse público. De acordo com tal premissa, a supremacia do interesse público¹⁸ – decorrente do regime jurídico-administrativo – imporá sempre uma preeminência, uma sobressalência, dos interesses do poder público sobre o privado, independentemente de qualquer verificação contextual. Nesse cenário, a falsa supremacia do interesse público sobre o privado acaba servindo como um salvo conduto da autoridade. E, mais que isso, serve de móvel para o arbítrio, para o qual a corrupção funciona como um amargo, porém eficaz remédio.

Explico. A corrupção pode ser reduzida a uma operação de mercado. De um lado há o fornecedor do “produto” provimento de atos comissivos ou omissivos do poder extroverso. De outro o “consumidor” privado, que demanda destes atos ou não-atos para poder exercer sua liberdade (na seara econômica, mas não só, como demonstra a corrupção do meliante pego em ilícito para não ser arrestado pela autoridade policial). Quanto maior e mais discricionário, quando mais extroverso for o exercício da autoridade, quanto

17 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A superação do ato administrativo autista. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. *Os Caminhos do Ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 90-113.

18 Nesse sentido, MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 21. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 62. No mesmo sentido, OSÓRIO, Fabio Medina. “Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo brasileiro?”. In: RDA, 220: 69-107; BORGES, Alice Gonzalez Borges. “Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução?”. In: Revista Interesse Público nº 37, p. 29-48; BARROSO, Luís Roberto. “O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público”. In: *prefácio ao livro Interesses públicos versus interesses privados*: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

mais inoponível for este agir ou não agir, quanto maior for a liberdade para dizer o que é a tal (e por definição inoponível) supremacia do interesse escolhido, maior valor terá esta “mercadoria” provimento estatal, pois a oferta é monopólio do agente público e maior será a demanda. Note-se que o Judiciário, grandemente aderente à supremacia, ideologicamente vinculado à ideia de supremacia do interesse público e de que o Estado é o locus da virtude em si, não só reforça o “preço” da obtenção “direta” do provimento estatal, sem possibilidade de coibição do comportamento irrazoavelmente contrário às necessidades do particular.

De outro lado, quanto mais dependente do provimento estatal estiver o particular, maior será a disposição a “pagar” o preço (vantagem) com o qual se obtém o ato ou a omissão. Se houver impeditivos morais de parte a parte, a relação de troca será obstada. Mas se estes controles morais (ou o temor da consequência jurídica repressiva) for túbio, quanto mais extroverso, mais inoponível e menos vinculado for o agir do poder público mais o privado estará impelido a descambar para a corrupção. Neste sentido o Direito Administrativo que construímos no último século constitui um tipo de *nudge* perverso e efetivo para a corrupção estrutural do nosso Estado patrimonialista raiz.

Com a melhor das boas intenções e propósitos, o Direito Administrativo baseado na emulação da autoridade acabou por reforçar o ágar do Estado Patrimonial e arar o terreno já fértil em que se semeia a corrupção.

2 ACORDOS SUBSTITUTIVOS REGULATÓRIOS E O SEU REGIME JURÍDICO

O crescimento dos espaços conferidos no Direito administrativo podem servir de vetor para alterar este estado de coisas. Como já se teve a oportunidade de asseverar com Juliana Bonacorsi de Palma¹⁹, o poder público dispõe de uma miríade de modelos de acordos dos quais se pode valer no seu atuar. Para o que aqui importa, é de se destacar os acordos integrativos, os acordos substitutivos e os acordos complementação. Os *acordos integrativos* têm por desiderato viabilizar a edição de um ato administrativo unilateral, de modo mais harmônico, com as necessidades do caso concreto ou com as características de seu destinatário. Assim é que, nessa modalidade, há a negociação do conteúdo do ato unilateral com

19 Floriano de Azevedo e 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.

os particulares. Os *acordos complementação*, por sua vez, têm por desiderato complementar, por meio do consenso, o ato administrativo final que será produzido. Os acordos substitutivos, por sua vez, são vocacionados à substituição do processo administrativo sancionador, ou da própria sanção, a depender do regime jurídico previsto em lei.

É disso que se está aqui a tratar. Muito já se questionou a juridicidade da celebração de tais acordos, quando inexistente autorização normativa prévia específica. Tenho que sempre se tratou de controvérsia descabida, considerando o disposto no art. 5º, §6º, da Lei nº 7.345/1985, que autoriza que autarquias (que é gênero, do qual são espécies as agências reguladoras) celebrem tal modalidade de acordo, desde que tenha suas finalidades vocacionadas a tutelar os valores protegidos pela Lei da Ação Civil Pública. Mas não só, para além de tal permissivo genérico previsto na LAC, no âmbito da regulação setorial, as leis-quadro, em razão da sua baixa densidade normativa, deslegalizam o que é ou não punível para a normatização de segundo grau.

A segunda ordem de questionamentos que se esvaem com a celebração de acordos substitutivos é o (e em vias de superação) 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. Tal entendimento não nos parece o melhor. Para além de o chamado princípio da supremacia do interesse público (na qualidade um valor metodológico) não ter previsão normativa, como já se teve a oportunidade de asseverar²⁰, o princípio da supremacia do interesse público deve ser aprofundado, de modo a adquirir a feição da prevalência dos interesses públicos e desdobrando-se em três subprincípios balizadores da função administrativa: (i) a interdição do atendimento de interesses particularísticos (v.g., aqueles desprovidos de amplitude coletiva, transindividual); (ii) a obrigatoriedade de ponderação de todos os interesses públicos enredados no caso específico; e (iii) a imprescindibilidade de explicitação das razões de atendimento de um interesse público em detrimento dos demais.

Some-se a isso o fato de que, no âmbito de um Estado Democrático de Direito, a sanção deve ser a última *ratio*. É que, como já se teve a oportunidade de asseverar “dessa constatação parte outra de que a sanção não é um fim em si, mas sim um dos meios – e não o único – para se evitar o descumprimento de uma obrigação jurídica e para viabilizar a consecução das políticas públicas estabelecidas para um determinado setor²¹.”

20 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.

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

O simples ato de punir não está inserido como prioridade nas pautas administrativas. Na verdade, nesse particular, a sanção só será legítima se for o instrumento mais adequado para equilibrar os interesses enredados em determinada situação concreta. Ademais, é de ressaltar que a função polícia administrativa não deve ser orientada por um viés arrecadatário; se o for, produzirá um ato administrativo maculado pela pecha do desvio de finalidade. De fato, seria absurdo trazer à baila raciocínio lastreado em perda ou ganho econômico em decorrência da celebração de acordo substitutivo. É evidente que essa preocupação não é legítima aos olhos da pauta regulatória, a ser observada e ponderada pelo órgão regulador, quando de sua escolha com relação ao acordo. Assentada, pois, a legitimidade desses instrumentos, no próximo item, serão investigados os principais característicos do seu regime jurídico.

2.1 NATUREZA JURÍDICA DOS ACORDOS SUBSTITUTIVOS

Para o que aqui importa, é de se investigar a natureza jurídica dessa espécie de acordo. Consoante um primeiro entendimento, tais acordos teriam natureza jurídica de negócios jurídicos bilaterais do direito privado, mais precisamente, como uma forma *sui generis* da transação prevista no art. 840 do Código Civil²².

Já, para um segundo entendimento, “o ajustamento de conduta responde satisfatoriamente à natureza jurídica de contrato administrativo típico²³”. E, para um terceiro entendimento, capitaneado por Vasco Dias Pereira da Silva²⁴, nem mesmo seria necessária a criação de uma nova categoria de ato administrativo, uma vez que os acordos celebrados pela administração não poriam em causa a sua natureza essencialmente unilateral. No entendimento do autor, “a fonte de validade (e de eficácia) de tais decisões não é o consenso das partes, mas a manifestação de vontade unilateral da Administração, independentemente de se saber se as autoridades administrativas e os particulares se puseram ou não previamente de acordo acerca do seu conteúdo (em parte, ou no todo).

A natureza de negócio jurídico privado não se coadunaria com um instrumento que veicula a substituição do exercício do poder extroverso por uma entidade com personalidade jurídica de direito público. Do mesmo

22 NERY, Ana Luiza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012 p. 156.

23 FERNANDES, Rodrigo. *Compromisso de ajustamento de conduta ambiental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 77-78.

24 SILVA, Vasco Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 474. No mesmo sentido, KATO, Mariana Almeida. Os acordos substitutivos o termo de ajustamento de conduta. *Revista de Direito Administrativo*, v. 277, p. 101-105, abr. 2018.

modo, o ainda vigente regime jurídico único dos contratos administrativos, com as exorbitâncias que lhe são salientes, mostra-se incompatível com a natureza negocial dos acordos substitutivos²⁵. Daí por que tenho que os acordos substitutivos têm natureza jurídica de negócio jurídico processual, mas que produz externalidades exógenas.

É dizer, de um negócio processualizado, permeado pelo consenso, que deve ser praticado com base em juízos pragmáticos e prospectivos. Todo esse racional veio a ser consagrado pelo art. 26 da LINDB, de acordo com o qual “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*”. A isso voltarei doravante. No próximo item, porém, apresentarei os requisitos mínimos à sua celebração.

2.2 REQUISITOS JURÍDICOS PARA A CELEBRAÇÃO DE ACORDOS SUBSTITUTIVOS

Os acordos substitutivos receberam um tratamento jurídico global pelo art. 26 da Lei nº 13.655/2018. Antes, no âmbito do Sistema Brasileiro da Concorrência, com um racional similar, tem lugar o compromisso de cessação de conduta violadora da ordem econômica (art. 85 da Lei nº 12.529/2011) e, na seara ambiental, o compromisso de cessação de infrações ambientais (art. 79-A da Lei nº 9.605/1998).

Nada obstante, temos a eficácia de tais acordos devem deferência a alguns quadrantes. O primeiro deles é o de que do compromissário não poderá ser exigida a confissão da prática do ato violador do ordenamento

25 O qual já tive a oportunidade de qualificar como uma “Maldição”. “Tal maldição teve lugar por intermédio da tentativa de, a partir da apartação entre Direito Público e Direito Privado, atribuir a todos os institutos do Direito Público um regime jurídico único, pautado na ideia de supremacia do interesse público. Isso se deu: (i) em razão de uma necessidade metodológica, que tem de ver com a afirmação do Direito Administrativo, bem como da necessidade vivida no fim do século XIX de demarcar seus lindes em relação a outros ramos do direito; (ii) em decorrência da influência do Direito Administrativo Francês, em que a segregação entre o regime comum e administrativo era necessária à dualidade de jurisdição; e (iii) em razão da influência corporativa das mais distintas origens e propósitos, que sempre tendem a unificar o tratamento jurídico dos institutos e a rejeitar modificações de regimes” (MARQUES NETO, Florianio Peixoto de Azevedo. *Do contrato administrativo à administração contratual*. Governet. Boletim de Licitações e Contratos, v. 64, p. 726-732, 2010). Desmistificando também tal característica, v. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato administrativo no Brasil*: aspectos críticos da teoria e da prática. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 125-139, mar./ago. 2012. HEINEN, Juliano. Contratos administrativos na União Europeia e no Brasil: uma questão contemporânea comum. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Belo Horizonte, ano 2017, n. 276, set./dez. 2017.

jurídico, mas, tão somente, a adequação de sua conduta aos ditames fixados pela Administração Pública – do contrário, restariam violados os ditames da presunção da inocência (art. 5º, LVII, da CRFB) e da interdição da autoincriminação (previsto no art. 5º, LXIII, da CRFB e na Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, da Organização das Nações Unidas, da qual o Brasil é signatário).

O segundo diz com a necessidade do estabelecimento de um efetivo procedimento de negociação entre as partes, de modo que o particular possa, efetivamente, participar da formação do ato consensual de polícia, interditando-se atos administrativos de adesão, nos quais o concurso de vontades seja um simulacro. O terceiro, de que todas as entidades que possam ter competência para exercício do poder extroverso sobre as atividades exercidas pelos compromissários lhe devam deferência, sob pena de tal ajuste restar inviabilizado por conta de sua instabilidade – como ficou decidido, pelo Supremo Tribunal Federal – STF, no Mandado de Segurança nº 35.435, a propósito da possibilidade de revisão de Acordo de Leniência pelo Tribunal de Contas da União-TCU.

Para além disso, o §1º, I, do art. 26 da Lei nº 13.655/2018 prevê que os referidos compromissos deverão buscar a “solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais”. A lógica de tal prescrição é a de que a obrigação veiculada por intermédio do compromisso não poderá ser superior à sanção cogitada em sede de processo administrativo sancionador; tudo sob a orientação de se privilegiar a solução que deve ser endereçada no caso concreto. Assim, por exemplo, não será lícita a celebração de um acordo substitutivo por um concessionário de serviço público que veiculasse uma obrigação de investimento maior do que a penalidade de multa que lhe seria imposta, ou já constante no rol de obrigações de investimentos do módulo concessório.

O §1º, III, art. 26 da Lei nº 13.655/2018, por sua vez, prescreve que tal compromisso “não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral”. Cuida-se de uma salutar limitação objetiva à celebração de tal compromisso. Uma espécie de *check and balances*, por assim dizer, de tais compromissos. Segue daí que o seu racional é o de evitar desvios de finalidade na sua celebração, o que, ao fim e ao cabo, preservará a segurança jurídica na celebração de tal instrumento, finalidade primeira da Lei nº 13.655/2018. Assim, por exemplo, não será lícito que um acordo substitutivo preveja que o concessionário de um serviço público estaria desobrigado de prestar um “serviço adequado” aos usuários (na forma do art. 6º, §1º, da Lei nº 8.987/1995).

Por fim, o §1º, IV, do art. 26 da Lei nº 13.655/2018 prescreve que tal compromisso “deverá prever, com clareza, as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento”. Cuida-se de preceito que tem de ver com a eficácia e com a exequibilidade do referido instrumento. Com a eficácia, na medida em que, sem o cuidado redacional com as obrigações que serão estipuladas para os compromitentes, o pacto negocial poderá restar esvaziado. Com a exequibilidade, porquanto a ausência de uma previsão de comando-sanção, ainda que num instrumento negocial, poderá gerar incentivos para que as partes o descumpram. Ambas, uma vez mais, têm por escopo a preservação da segurança jurídica do referido instrumento.

Nada obstante, tais instrumentos produzem efeitos mais abrangentes, pois que podem melhorar o arcabouço institucional de combate à corrupção, como será exposto no último e derradeiro item deste ensaio.

3 A REGULAÇÃO RESPONSIVA E OS EFEITOS DOS ACORDOS SUBSTITUTIVOS NO COMBATE À CORRUPÇÃO

Como dito, em regra, a arquitetura institucional, tal como posta no direito administrativo brasileiro, sugere a criação de incentivos à prática de atos de corrupção. Esse cenário poderá ser abrandado pela consagração efetiva dos acordos substitutivos. E isso, por, ao menos, três ordens de razão. A primeira porque o poder público terá menores custos para inibir o ilícito, já que a suspensão ou a alteração da conduta contará com a aquiescência do compromissário. A segunda, pois que, como a conduta é voluntária, à luz da lógica dos incentivos, o compromissário tende a lhe prestar deferência. E a terceira, porque põe às claras a celebração de acordos entre o público e o privado, os quais, a despeito de lícitos, muita vez, tinham de ser celebrados às escondidas.

Trata-se de tendências ainda mais reforçadas pelo advento da função reguladora (no bojo de um movimento de ascensão da consensualidade), no qual a sanção administrativa passa a ter como objetivo conformar a conduta do administrado a determinada pauta regulatória²⁶. Punir é apenas uma das formas de disciplinar. Porém, uma forma vetusta, custosa e pouco eficiente— como já demonstrado, em diversos estudos empíricos²⁷.

Assim é que, nos quadrantes da processualização dos interesses enredados em um setor regulado, a sanção não poderá desconsiderar seus efeitos para o setor regulado. Razão pela qual tal faceta do poder

26 SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, p. 133-151, abr./jun. 2011.

27 Acórdão nº 1.817/2010-TCU-Plenário e Acórdão nº 482/2012-TCU-Plenário.

extroverso deverá ser exercida, por intermédio de um sistema de incentivos, do qual o acordo substitutivo é um exemplo saliente. Isto porque a lógica da sanção redistributiva, pautada em um viés, tão somente, retrospectivo (*backward-looking*), será insuficiente. Mais que isso, a aplicação de sanções administrativas, com um viés microscópico, desconsiderando a prospecção de suas consequências (*forward-looking*), sugere a produção de efeitos negativos sistêmicos.

Daí a importância da celebração de acordos substitutivos, na qualidade de uma ferramenta na qual o *enforcement* passa a conviver, harmonicamente, com a *soft regulation*. É dizer, no qual o exercício do poder extroverso unilateral cede espaço para criação de incentivos para colaboração entre as partes. De fato, a ideia é formatar acordos substitutivos nos quais a conduta de cooperar deva ser mais vantajosa para ambas as partes. Dito em outros termos, no âmbito de um acordo substitutivo, se o agente econômico for oportunista, caberá ao regulador lhe aplicar reprimendas; de outro lado, se o regulador for oportunista, ao agente econômico caberá adotar condutas evasivas ao cumprimento da regulação²⁸.

Cuida-se de um esquema regulatório *tit-for-tat*, que considera a conduta das partes e os aspectos institucionais, no bojo de processos administrativos sancionadores. De acordo com esse modelo de sanção reguladora, as partes (regulador e concessionária) seriam jogadores, que teriam o desiderato de reduzir os seus custos: o regulador teria o interesse em incrementar o cumprimento da regulação, ao passo que os concessionários teriam o interesse de precificar o cumprimento da regulação²⁹. Em resumo, os acordos substitutivos revelam-se com uma das faces de uma regulação responsiva, implementada, por meio de pirâmides regulatórias, que são formadas por uma gradação de medidas de *enforcement*³⁰, nos moldes sugerido por Ayres e Braithwaite:

28 VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo sancionador no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 143

29 BECKER, Gary S. Crime and punishment: an economic approach. In: BECKER, Gary S.; LANDES, William M. *Essays in the economic of crime and punishment*. 1974

30 AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*. Nova York: Oxford University Press, 1992. Sobre o tema, No Direito brasileiro, V



Figura 1 – Pirâmide Regulatória (AYRES e BRAITHWAITE, 1992 – pg. 35)

Diante desse racional, o regulador deveria primar pela tentativa de celebração de acordos substitutivos com os agentes privados. Caso o regulado se negue a celebrar ou o venha descomprimir, seria legítima uma escalada punitiva, com base no princípio da proporcionalidade. Trata-se, na ponta, de uma arquitetura institucional que pode reduzir a prática de atos de corrupção, seja por que se reduz a discricionariedade do poder público na aplicação de sanções, seja por que o sistema sancionatório passa a ser pautado por um viés de cooperação, diante do qual não se apresenta mais necessário corromper para se participar da formação da vontade administrativa.

4 CONCLUSÕES

Não se pode desconsiderar o papel das instituições na produção de eficiências. Mais que isso, como nos lembra Douglas North³¹, será, por intermédio de desenhos institucionais, que serão criados melhores sistemas de incentivos. É o que se pode depreender deste ensaio. A arquitetura do exercício do poder extroverso, no direito administrativo brasileiro, serviu de instrumento para a prática de atos de corrupção, especialmente pelos seus vieses da unilateralidade e discricionariedade.

31 NORTH, Douglas Institutions, *institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

Nesse quadrante, releva-se a importância dos acordos substitutivos, por se tratar de um dos instrumentos da regulação responsiva, com um viés prospectivo, por intermédio da qual é criado um sistema de incentivos de cooperação entre as partes. Assim é que, se há colaboração e uma vinculação a um devido processo sancionador, perde-se a utilidade de se corromper.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Contrato administrativo no Brasil: aspectos críticos da teoria e da prática. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 125-139, mar./ago. 2012.

AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*. Nova York: Oxford University Press, 1992. Sobre o tema, No Direito brasileiro, V

BARBOSA, Lúvia. *O jeitinho brasileiro – a arte de ser mais igual que os outros*. 10. ed. São Paulo: Campus, 1992).

BARROSO, Luís Roberto. “O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público”. In: prefácio ao livro *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BECKER, Gary S. Crime and punishment: an economic approach. In: BECKER, Gary S.; LANDES, William M. *Essays in the economic of crime and punishment*. 1974.

CORREIA, Arícia Fernandes. Reserva da administração e separação de poderes. In BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 596.)

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. revisada e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 220-221.

FAGUNDES, M. Seabra. Conceito de mérito no direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Seleção Histórica, p. 189.

FERNANDES, Rodrigo. *Compromisso de ajustamento de conduta ambiental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 77-78.

FREITAS, Rafael Vêras de. A Análise de Impacto Regulatório (AIR) no setor de energia elétrica. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p. 177-200, jul./set. 2014

HAURIOU, Maurice. *Précis Élémentaire de Droit Administratif*. 4ème éd. Paris: Recueil Sirey, 1938, p. VII.

KATO, Mariana Almeida. Os acordos substitutivos o termo de ajustamento de conduta. *Revista de Direito Administrativo*, v. 277, p. 101-105, abr. 2018.

LEAL, Rogério Gesta. Os descaminhos da corrupção e seus impactos sociais e institucionais: causas, consequências e tratamentos. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 14, n. 74, p. 3157, jul./ago. 2012.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Bipolaridade do direito administrativo e sua superação. In: *Contratos Públicos e Direito Administrativo*. 399.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A superação do ato administrativo autista. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. *Os Caminhos do Ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 90-113.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial da Administração. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 2, n. 14, abr. 2002.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.

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

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Do contrato administrativo à administração contratual*: Governet. Boletim de Licitações e Contratos, v. 64, p. 726-732, 2010).

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da Regulação Estatal. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 6992, jan./mar. 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 62.

NERY, Ana Luiza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 156.

NORTH, Douglas. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

OSÓRIO, Fabio Medina. “Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo brasileiro ?” In: *RDA*, 220: 69-107; BORGES, Alice Gonzalez Borges. “Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução ?”. In: *Revista Interesse Público* nº 37, p. 29-48;

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 56.

SAMPAIO, Aluysio. *Brasil, síntese da evolução social*. São Paulo: Hucitec, 1974.

SILVA, Vasco Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 474.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, p. 133-151, abr./jun. 2011.

V. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. A juridicidade da Lei Anticorrupção: reflexões e interpretações prospectivas. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 14, n. 156, p. 9-20, fev. 2014.

VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo sancionador no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 143.