Número 27 – agosto/setembro/outubro - 2011 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

OS ACORDOS SUBSTITUTIVOS DO PROCEDIMENTO SANCIONATÓRIO E DA SANÇÃO

Floriano de Azevedo Marques Neto
Advogado. Doutor e Livre-Docente em Direito Público pela USP. Professor Associado de Direito Administrativo na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Vice-Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público.

Tatiana Matiello Cymbalista
Advogada Pós-graduada pela Université de Paris I - Panthéon - Sorbonne (Diplôme d´Études Aproffondies - D.E.A equivalente a mestrado). Doutora pela Université de Paris II - Panthéon – Assas.

Uma das transformações ocorridas na nova regulação setorial corresponde à perda gradual do caráter de precedência e de supremacia estatal nas relações sociais, em favor de uma postura mais negocial e mais mediadora em relação aos administrados.

Esse crescente consensualismo no exercício da atividade administrativa estaria relacionado a diversos fenômenos convergentes, dentre os quais a limitação da autoridade do Estado, a crescente abertura da atividade administrativa para a participação popular, a contratualização da atuação administrativa, o fortalecimento dos vetores de eficiência e economicidade administrativas e o reconhecimento do esgotamento / insuficiência dos mecanismos tradicionais de atuação administrativa[1].

[1] Sobre o tema, entre tantos outros, v. Alexandre dos Santos ARAGÃO, ***A Consensualidade no Direito Administrativo***, Boletim de Licitações e Contratos - BLC, ano 19, nº 9, setembro de 2006; Fernando Dias Menezes de ALMEIDA, *Mecanismos de consenso no Direito Administrativo*, In: Alexandre Santos de ARAGÃO; Floriano de Azevedo MARQUES NETO (Org.). ***Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas***, 1ª edição, Belo Horizonte, Fórum, 2008, v., páginas 335 a 349; Marcos Augusto PEREZ, ***A Administração Pública Democrática***, Belo Horizonte, Fórum, 2004; Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, ***A Participação Popular na Administração Pública***, Revista Trimestral de Direito Público - RTDP, São Paulo, Malheiros, nº 1, páginas 127 a 139, 1993; Juliana Bonacorsi de Palma, ***Atuação***

Já foi consignado em outra feita[2] que os entes reguladores autônomos se adequam perfeitamente ao novo contexto da atividade regulatória estatal. Isso porque respondem à necessidade que o Estado tem de estabelecer uma maior interlocução da sociedade, constituindo espaços segregados em que se tornam possíveis a articulação e a mediação de interesses. Oferecem, igualmente, maior flexibilidade e comunicabilidade por meio da intervenção reguladora.

Retomamos, aqui, aquelas reflexões de então:

> *"As autoridades reguladoras autônomas se caracterizam como espaços privilegiados de mediação e interlocução com as "corporações contemporâneas", assim entendidos os grupos de interesse cada vez mais numerosos, complexos, articulados e relevantes no cenário nacional e internacional. Neste contexto, revelam-se mais adequados como espaços de mediação de conflitos que os espaços tradicionais do parlamento, do judiciário e mesmo dos organismos centrais do executivo.*
>
> *A instituição de entes reguladores autônomos revela-se como um recurso capaz de viabilizar i) uma ação regulatória mais sintonizada com os interesses existentes na sociedade (alternativamente à regulação autoritária e unilateral cabente num contexto de Estado autoritário) e ii) uma esfera ordenadora e equalizadora dos interesses embatentes num dado setor da economia ou da sociedade, a um só tempo permeável aos interesses dos diversos atores envolvidos (produtores e consumidores da utilidade pública) na atividade regulada (permeável pois aos interesses existentes na esfera privada) e promotora dos interesses públicos difusos (razão de ser da esfera pública), mormente daqueles que não possuem representação nem no, nem perante o aparelho estatal[3].*
>
> *Por fim, o terceiro traço se refere à nova autoridade inerente ao novo momento da regulação estatal. Os órgãos reguladores de nova geração substituem a autoridade unilateral e adjudicatória pela autoridade negocial, permanentemente construída. De nada adianta o agente público executar sua atividade regulatória tentando adjudicar unilateralmente direitos, ditar normas ou aplicar sanções em face de consumidores cada vez mais articulados ou de agentes econômicos cada vez mais fortes e internacionalizados. Assim, a legitimação desta autoridade terá que se dar muito menos pela presunção da supremacia e inoponibilidade do poder estatal (poder extroverso) e muito mais* ***i)*** *pelo respeito às regras do jogo;* ***ii)*** *pela clareza dos objetivos e princípios estabelecidos pelo setor;* ***iii)*** *pela transparência do procedimento regulatório;* ***iv)*** *pela capacidade de*

Administrativa Consensual – Estudo dos Acordos Substitutivos no Processo Administrativo Sancionador, Tese de Mestrado, Universidade de São Paulo, 2007.

[2] V. Floriano de Azevedo MARQUES NETO, ***A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes***, in Carlos Ari SUNDFELD. (Org.). ***Direito Administrativo Econômico***, São Paulo, Malheiros Editores, 2000, páginas 72 a 98.

[3] V. ***A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes***, op. cit.

*interlocução com os diversos atores envolvidos; e **v)** pela detenção do conhecimento técnico aplicável ao setor.*

*Do ponto de vista dos interesses que incumbe proteger pode-se dizer que as agências se prestam, basicamente, a: **i)** mediar interesses específicos existentes no segmento regulado; **ii)** implementar políticas públicas definidas pelos espaços decisórios do poder político; **iii)** tutelar e proteger os interesses dos segmentos hipossuficientes encontradiços no setor. Segue daí que sua atividade revelar-se-á na perspectiva de uma "mediação ativa", ou seja, uma atividade que, paralelamente à necessária mediação dos interesses dos operadores, dos usuários (consumidores), e do poder político implemente as metas da política pública vigente no setor, viabilizando em especial o atendimento das parcelas mais vulneráveis da sociedade (interesses hipossuficientes)*[4]*".*

Essa perspectiva mais negocial e plurilateral adotada pela nova regulação deixou suas pegadas inclusive no exercício do poder sancionador pelos órgãos autônomos. Vista sob uma perspectiva mais instrumental, a atividade sancionatória vem se despindo de 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 das pautas 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 efetivos à coletividade.

Esses acordos substitutivos pressupõem ***(i)*** o abandono do procedimento sancionatório, entendido como o *iter* estabelecido pela norma jurídica de apuração da verdade com vistas à aplicação de uma sanção; ***(ii)*** o abandono da própria prerrogativa de punir em favor de providências mais efetivas para consecução do interesse público; ou ainda ***(iii)*** a renúncia parcial à aplicação de uma sanção, seja em natureza, seja ainda em volume (montante).

Os três tipos de renúncia acima referidos dão-se em favor de outras medidas consideradas mais eficientes ou menos danosas para atingir a finalidade que é perseguida com a atividade sancionatória, ou seja, a prevenção da reincidência, a dissuasão do transgressor e de outros agentes que potencialmente poderiam seguir o mesmo caminho, assim como o condicionamento do comportamento na direção perseguida pela pauta regulatória.

Convém então abordar alguns aspectos fundamentais relacionados aos acordos substitutivos, sob a ótica da função regulatória. Em primeiro lugar,

[4] Idem.

convém observar que não somente o ordenamento brasileiro agasalha várias hipóteses de acordos substitutivos, mas também esses acordos constituem prática corrente, notadamente no âmbito dos entes reguladores autônomos ***(1.1.1.)***. A previsão normativa e a existência material desses acordos indicam a sua aderência ao ordenamento jurídico brasileiro, tendo sido superados os supostos dilemas regulatórios que a prática envolve, notadamente: o abandono do procedimento administrativo e da busca pela apuração da verdade ***(1.1.2.)***; o abandono da sanção ***(1.1.3.)***, a renúncia a valores abstratos que a Administração receberia a título de sanção ***(1.1.4.)***; e, finalmente, o princípio da indisponibilidade do interesse público e da supremacia do interesse público sobre os interesses privados ***(1.1.5.)***.

i.1. OS ACORDOS SUBSTITUTIVOS COMO PRÁTICA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Trataremos aqui, primordialmente, dos acordos substitutivos celebrados por entes reguladores autônomos, exatamente por entendermos que estes atuam em espaço privilegiado para a composição de interesses. Veremos inicialmente o exemplo do CADE, que parece ser o precursor nesta prática ***(1.1.1.)***, mas igualmente as práticas da ANEEL ***(1.1.2.)***, da ANS ***(1.1.3.)***, da ANTT ***(1.1.4.)*** e da Antaq ***(1.1.5.)***, para então apresentar nossas conclusões quanto a este tópico.

1.1.1. O EXEMPLO DO CADE

No âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), órgão responsável por assegurar a prevenção e repressão contra infrações à ordem econômica, existe previsão legal expressa no sentido de conferir legitimidade para que o órgão celebre acordos substitutivos para cessar prática contrária à regulamentação, que esteja sob sua investigação. Nesse sentido é o artigo 53 da Lei nº 8.884/94:

> *"Artigo 53. Em qualquer das espécies de processo administrativo, o Cade poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, entender que atende aos interesses protegidos por lei."* (grifo nosso)

Temos, pois, uma previsão legal que autoriza que o órgão celebre um acordo de cessação de conduta com o agente quando, diante de determinado caso concreto, entender que tal procedimento atenderá aos interesses legalmente agasalhados.

Atualmente, o procedimento para a celebração do compromisso no âmbito do CADE encontra-se previsto nos artigo 129 e 130 do Regimento Interno do órgão, com redação conferida pela Resolução nº 46/07. De acordo com essas disposições, há amplo rol de obrigações que podem ser impostas ao agente, visando não apenas a reparar eventuais prejuízos causados por sua conduta, como também à execução de ações e investimentos necessários para prevenir a reincidência de infrações à ordem econômica.

Mencione-se ainda que o procedimento regulado no Regimento Interno do CADE prevê um *período de negociações* entre o órgão e o agente (artigo 129-D), período após o qual será, então, sugerido um conteúdo final para o ajuste a ser celebrado entre as partes. Muito além de demonstrar o caráter consensual do compromisso, tal período de negociação ressalta que sua celebração visa, prioritariamente, a reparar eventuais danos ensejados por possíveis condutas lesivas è economia, bem como evitar que novas condutas se repitam, constituindo, assim, ao menos em teoria, medida mais eficaz do que a simples aplicação de sanções.

1.1.2. O EXEMPLO DA ANEEL

Na Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), a celebração de acordos como prática alternativa à aplicação de sanção também foi expressamente prevista em duas normas da agência.

Primeiramente, temos a Resolução Normativa nº 63/2004, que regulou o procedimento de imposição de penalidades aos agentes do setor, e expressamente autorizou, em seu artigo 21, a celebração de Termo de Ajuste de Conduta no lugar da aplicação de sanções. *In verbis*:

> *"Artigo 21. Poderá a ANEEL, alternativamente à imposição de penalidade, firmar com a concessionária, permissionária ou autorizada de serviços e instalações de energia elétrica termo de compromisso de ajuste de conduta, visando à adequação da conduta irregular às disposições regulamentares e/ou contratuais aplicáveis, conforme regulamentação específica."* (grifo nosso)

De acordo com o citado dispositivo, foi expressamente autorizado que a Agência celebrasse com os agentes regulados inadimplentes (em razão de descumprimento tanto de normas regulamentares como de contratuais) um acordo que estabelecesse os termos para readequação da conduta irregular.

Posteriormente, no ano de 2008, a ANEEL editou a Resolução Normativa nº 333, que dispôs especificamente sobre os critérios e procedimentos para celebração de Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta. De acordo com a norma, caberá à Diretoria da Agência decidir, de forma fundamentada, pela celebração ou não do ajuste. O mote a ser considerado pela agência na

decisão pela conveniência e oportunidade do acordo é o interesse público envolvido no caso específico.

Ainda em conformidade com a Resolução nº 333/08, o acordo deverá prever, além de eventuais indenizações a serem pagas aos usuários e terceiros eventualmente afetados pela conduta irregular do agente, um plano de ações e investimentos que visará a corrigir e reparar, de forma ampla, a inadimplência observada. Trata-se, pois, de privilegiar (e assegurar) a cessação e a integral reparação da conduta faltosa do agente.

Mister citar, nesse sentido, trecho do relatório do Diretor José Guilherme Silva Menezes Senna, que pondera, de um lado, a maior efetividade e eficiência que por vezes pode ser obtida pelo Termo de Compromisso e, doutro, a necessidade de se analisar sua conveniência caso a caso. Literalmente:

> *"4. Tem-se que não é função primordial do órgão regulador sancionar por sancionar e muitas vezes o interesse público é mais bem atendido pelas medidas de aprimoramento da qualidade do serviço prestado, inclusive para além do previsto no contrato, do que a arrecadação. Contudo, a alternatividade à imposição de multa que se encerra no TAC não é recurso que tem lugar em substituição a todo e qualquer comportamento contrário à legislação. Bem de se ver que a transmutação desmedida de penalidades em TAC's desvirtuaria o instituto e enfraqueceria a função fiscalizatória do órgão regulador, que dispõe das sanções administrativas para constranger os administrados a praticar as condutas obrigatórias e desestimular a as condutas censuradas.*
>
> *5. Na oportunidade, observa-se que a ANEEL, ao assinar o TAC, priva-se de aplicar a sanção setorial que é de sua competência e não exime o agente fiscalizado de sofrer as demais conseqüências previstas para a conduta que motivou o ajuste, ainda que sejam sanções de atribuição de outros órgãos públicos federais." (grifo nosso)*

Revela-se, então, uma outra perspectiva da prática de aplicação do termo de afastamento de conduta: o fato de que ele consubstancia uma ferramenta de **individualização** da resposta estatal ao descumprimento da norma, de forma a aumentar sua eficácia, maximizar os efeitos positivos da medida e evitar seus efeitos negativos (sob o ponto de vista do interesse público, evidentemente).

Temos, então, que também na ANEEL a celebração de acordos substitutivos é prática expressamente autorizada e regulamentada pelas normas do setor de energia elétrica.

1.1.3. O EXEMPLO DA ANS

Os acordos substitutivos também estão previstos no âmbito da regulamentação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), agência responsável por fiscalizar e normatizar o mercado de assistência privada à saúde.

De acordo com o artigo 29 da Lei nº 9.656/98, no âmbito de procedimento administrativo de apuração de infrações, a Agência poderá optar por celebrar com a empresa operadora um termo de compromisso de ajuste de conduta, de terá por objeto o compromisso de cessação e correção da prática irregular e, se for o caso, a reparação de eventuais danos causados pela prática.

Posteriormente, a ANS editou a Resolução nº 57/01, que regulamentou em pormenores o procedimento para a celebração desses acordos no âmbito do órgão. De acordo com a referida norma, a celebração de termo de conduta tem por objetivo impor que as operadoras adéquem *"sua conduta à legislação pertinente e às diretrizes gerais estabelecidas para o setor de saúde suplementar"*. Assim, nas hipóteses em que julgar conveniente e oportuno[5], a Agência poderá, até o julgamento definitivo do processo, propor a celebração do acordo, que visará restabelecer, com amplitude, eventuais efeitos danosos que estejam sendo verificados pela conduta em apuração. Passa-se, assim, da mera aplicação da penalidade para a busca efetiva de correção e reparação da conduta em apuração.

1.1.4. O EXEMPLO DA ANTT

No âmbito da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), a previsão dos acordos substitutivos foi instituída e regulamentada pela Resolução nº 152/03. Os objetivos de acordo são expressos no primeiro artigo da citada norma:

> *"Artigo1º. Aprovar a instituição do Termo de Ajuste de Conduta - TAC para correção de irregularidades ou pendências, visando assegurar a normalidade dos serviços prestados e resguardar o interesse público, nos termos do Regulamento de Termo de Ajuste de Conduta - RTAC anexo a esta Resolução."* (grifo nosso)

Também a Resolução nº 442, de 2004, que *"aprova o Regulamento disciplinando, no âmbito da ANTT, o processo administrativo para apuração de infrações e aplicação de penalidades decorrentes de condutas que infrinjam a legislação de transportes terrestres e os deveres estabelecidos nos editais de licitações, nos contratos de concessão, de permissão e de arrendamento e nos*

[5] Mencione-se que a Instrução Normativa nº 03/07 regulamentou o procedimento para a determinação da conveniência em que sugerir a celebração de um termo de ajustamento de conduta, indicando os órgãos competentes para a realização desse juízo de pertinência.

termos de outorga de autorização", prevê, em seus artigos 16 e 17, a possibilidade de celebração de TAC entre a Agência e os acionistas da empresa em investigação, com vistas não apenas a cessar, como também a corrigir eventuais pendências ou práticas irregulares sob apuração da ANTT. Trata-se, nos termos do regulamento, de uma prerrogativa da ANTT, que poderá utilizá-la nos casos em que entender, fundamentadamente, que tal acordo será medida mais adequada para resguardar os interesses públicos concernentes às atividades reguladas pela Agência.

1.1.5. O EXEMPLO DA ANTAQ

Mencione-se, por fim, que os acordos substitutivos são ainda expressamente previstos na regulamentação concernente ao setor de transporte aquaviário. A Resolução ANTAQ nº 987/08, que estabelece o procedimento de fiscalização e aplicação de sanções a ser observado pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), dispõe de uma seção própria para disciplinar o uso dos acordos substitutivos nas atividades reguladas pela Agência. Nos termos da resolução:

> *"Artigo 22. Antes da instauração ou no curso de Processo Administrativo Contencioso, a ANTAQ, por intermédio das Superintendências, das Gerências de Fiscalização ou das UAR, poderá, caso haja interesse da pessoa física ou jurídica infratora, celebrar Termo de Ajuste de Conduta – TAC, com a finalidade de corrigir pendências, irregularidades ou infrações." (grifo nosso)*

De acordo com a citada norma, a ANTAQ poderá, caso haja interesse do agente que praticou o ato em investigação, celebrar com este um termo de ajuste de conduta, que preverá a cessação ou readequação da conduta em apuração, bem como a correção e reparação de eventuais danos verificados. A Agência pode, assim, *"oferecer a possibilidade de correção das irregularidades"* (artigo 15, I, da Resolução nº 987/08), permitindo a readequação da qualidade dos serviços prestados e a integral satisfação dos interesses coletivos concernentes às atividades reguladas.

1.1.6. CONCLUSÃO: OS ACORDOS SUBSTITUTIVOS COMO PRÁTICA HABITUAL NO EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES REGULATÓRIAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Conforme pudemos arrolar, o ordenamento jurídico traz hipóteses expressas de autorização para a celebração de termos de ajustamentos de conduta no âmbito das agências reguladoras. São casos em que as Agências podem, caso verifiquem a conveniência da medida e sua adequação com o interesse público, trocar a mera aplicação de sanção pela celebração de um acordo em

que se busca, muito além da simples penalização, a efetiva individualização da resposta estatal, a correção da conduta e a reparação de eventuais danos pelo agente regulado.

Trata-se de hipóteses em que a própria regulamentação do setor flexibiliza seu poder sancionatório para, em troca, assegurar a integral readequação dos atos praticados pelos regulados do setor, garantindo-se ainda a integral reparação de danos e prevendo ações e investimentos que tenham por objetivo prevenir que os usuários dos serviços sejam novamente prejudicados. Vê-se, pois, que a celebração do acordo tem, de fato, o objetivo de garantir a aderência dos agentes econômicos regulados aos valores e finalidades agasalhados pela regulação, nos casos em que a mera aplicação de sanção parece menos eficiente ou mais gravosa para atingir tal fim.

De fato, ao assegurar a correção da conduta irregular e garantir que os serviços sejam prestados aos usuários com a qualidade mínima necessária para a satisfação dos interesses públicos, os acordos substitutivos mostram-se, na prática das agências, como medidas mais eficazes para alcançar os objetivos impostos pela legislação do setor regulado.

ii.2. A CELEBRAÇÃO DE ACORDOS SUBSTITUTIVOS E O ABANDONO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATÓRIO

Claro está, portanto, que é prática lícita, legítima e até freqüente a celebração de acordos substitutivos entre o ente regulador e um agente regulado, com vistas à extinção de procedimentos sancionatórios ou de sanções já aplicadas, em favor de outras medidas vistas como igualmente eficientes para atender às finalidades regulatórias previstas nas normas aplicáveis.

Essa possibilidade, contudo, parece enfrentar grande resistência por parte da doutrina juspublicista, dos administradores e dos operadores do direito administrativo, possivelmente por um atrelamento à concepção liberal, unilateral, impositiva e verticalizada do poder de sancionar conferido às autoridades administrativas.

Uma das vertentes dessa resistência em relação a esse tipo de solução consensual diz respeito à renúncia ao procedimento administrativo sancionatório, como instrumento legalmente estabelecido para a apuração da verdade.

Sabemos que o devido procedimento administrativo é condição prévia e indispensável para a aplicação de sanção administrativa, assegurado o contraditório e a ampla defesa. O adágio é erigido em garantia fundamental pelo artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, aplicando-se igualmente por analogia o disposto no inciso anterior (artigo 5º, inciso LIV).

No entanto, além de ser uma garantia das partes, o devido processo (ou o devido procedimento administrativo) parece adquirir igualmente uma dimensão de ordem pública, pelo fato de ser este o mecanismo legalmente previsto para a apuração da verdade com relação a uma determinada questão concreta levada à jurisdição (em seu sentido mais literal, o de *"dizer o direito"*) do órgão regulador[6]. A violação à norma jurídica compreende uma perspectiva coletiva de ameaça à ordem estabelecida que, para além das partes envolvidas, parece atingir a própria estrutura social e a autoridade da regulação. Eis porque o procedimento sancionatório é imbuído de um interesse público que faz com que sua renúncia não seja tão tranqüila quanto a desistência de um processo ou procedimento que envolva apenas partes privadas.

Com relação ao processo penal, já foi destaca do que a esse interesse público presente na reparação de uma violação à norma jurídica – e, portanto, no procedimento que visa apurar essa violação e eventualmente punir o transgressor – adiciona-se uma importância política. Como vimos, o procedimento tem a função simbólica de reconstituir a autoridade afetada pela violação à norma, reafirmando sua supremacia sobre os comportamentos privados e reparando, assim, o dano supostamente causado pela transgressão[7].

É exatamente esta carga simbólica que parece oferecer resistência teórica para o abandono do procedimento administrativo.

Contudo, como vimos anteriormente, a afirmação da autoridade administrativa encontra-se hoje em um momento diferenciado. Afasta-se do caráter meramente autoritário e unilateral de atuação estatal e converte-se em um poder exercido de maneira mais motivada, mais procedimental, (legitimidade pelas regras do jogo), mais participativa, mais transparente e mais plural.

A mudança de perspectiva faz com que o procedimento destinado a apurar a perpetração de uma infração deixe de ser visto como palco para a reconstituição da soberania administrativa ofendida[8], para ser encarado simplesmente como um mecanismo – dentre outros, mais econômicos, eficazes e consensuais – para a reparação do dano causado e para o restabelecimento dos comportamentos almejados pela regulação.

Não há falar-se, por isso, em obrigatoriedade do procedimento administrativo sancionatório.

Do ponto de vista do agente econômico que celebra o acordo substitutivo, trata-se de garantia fundamental, mas passível de renúncia, desde que conte com a sua concordância. Em outras palavras, apesar de o devido procedimento

---

[6] V., nesse sentido, Tatiana CYMBALISTA, ***Poursuites et Alternatives aux Poursuites en Droit Pénal Comparé***, tese de doutorado defendida na França, 2005, inédita, páginas 15 e seguintes.
[7] Ver Tatiana CYMBALISTA, pp. cit, página 22.
[8] Expressão igualmente empregada por Tatiana CYMBALISTA, op. cit.

administrativo ser uma garantia fundamental do particular, pode ele abrir mão desta garantia, caso considere que o acordo substitutivo atende mais aos seus interesses.

Do ponto de vista do órgão regulador responsável pela condução do procedimento, também não há óbice para a renúncia a este procedimento. A uma, porque a apuração da verdade tem evidente caráter instrumental: ela serve, assim como a sanção, para corrigir transgressões e reafirmar os valores protegidos pela regulação. A duas porque, justamente em função disso, o procedimento pode ser preterido em favor de outras formas de atingir esses mesmos propósitos. A três, porque o órgão regulador é regido pelos princípios de eficiência e economicidade, que recomendam a adoção das medidas mais eficientes e menos custosas, desde que aptas a cumprir as incumbências que lhe são atribuídas pela lei. Diante disso, não faria qualquer sentido insistir em um procedimento administrativo moroso e custoso, por mero capricho em levá-lo a cabo e em proferir decisão terminativa, se é possível a sua terminação abreviada por meio de soluções que, ademais, apresentam ganhos de qualidade e de aderência dos envolvidos (*"compliance"*).

Podemos então concluir que o abandono dos procedimentos administrativos previsto nos acordos substitutivos objeto do presente parecer não apresentam óbice legal em função do correspondente abandono de vários procedimentos sancionatórios de apuração de descumprimento de obrigação.

iii.3. A CELEBRAÇÃO DE ACORDOS SUBSTITUTIVOS E O ABANDONO DA SANÇÃO

A função sancionatória é a prerrogativa atribuída à Agência de aplicar sanções diante do descumprimento dos preceitos decorrentes da vertente normativa da própria função regulatória. Vimos ainda que essa função existe para conferir maior eficácia à atividade regulatória e deve ser exercida em sintonia com as metas estatais e com vistas ao atingimento da pauta regulatória desenhada para o setor. Trata-se, em suma, de um poder *instrumental.*

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 setor.

A partir de tais premissas, não há como opor-se obstáculo ao abandono da sanção nos casos em que a instrumentalidade (utilidade) do poder sancionador não se encontra presente. O juízo de proporcionalidade que envolve a atuação estatal punitiva deve ser entendido de maneira ampla suficiente para que compreenda, também, o sopesamento das medidas passíveis de serem

adotadas pelo órgão regulador com vistas a atingir suas metas (ou o interesse público a ser tutelado)[9].

Se a atividade sancionadora é uma função pública que não pode deixar de ser exercida, sua obrigatoriedade não pode ser identificada à inafastabilidade da sanção. Ao contrário, por conta do princípio da economia de repressão, é mandatório que a sanção seja a *"ultima ratio"* a ser aplicada entre os diversos instrumentos regulatórios colocados à disposição da autoridade administrativa com vistas a atingir suas finalidades.

Não identificamos, portanto, óbice no ordenamento em abrir mão da sanção em favor de outros mecanismos que satisfaçam igualmente o interesse público.

Obviamente não se trata de simplesmente admitir um direito, opção ou uma faculdade absoluta de o regulador abdicar da aplicação de uma penalidade. Evidentemente que o emprego de vias alternativas mais eficientes não pode ser confundido ou equiparado à mera arbitrariedade em abandonar ou descuidar do poder-dever de sancionar, no sentido mais amplo, ou seja, de oferecer resposta eficiente e dissuasiva à violação ocorrida.
Eis porque o abandono da aplicação da sanção deve ser necessariamente precedido do sopesamento das diversas alternativas colocadas à disposição do regulador para executar plenamente suas competências regulatórias, das quais a sancionatória não é senão uma das facetas. Deverá tratar-se de uma decisão consciente, motivada, revestida de objetividade, moralidade, impessoalidade e dos demais atributos de que deve ser revestido um ato administrativo. O abandono da sanção não poderá ser discriminatório, ineficiente ou ainda contrário aos interesses públicos que seriam contemplados com a aplicação da sanção.

iv.4. A CELEBRAÇÃO DE ACORDOS SUBSTITUTIVOS E A RENÚNCIA A PARCELA DOS VALORES MÁXIMOS DE MULTA

O fato de a Administração abdicar da aplicação da sanção poderá ter a conseqüência econômica correspondente à redução do valor em dinheiro que o ente regulador potencialmente receberia, caso todas as multas envolvidas nos procedimentos sancionatórios fossem integralmente aplicadas.

Há que se inquirir, então, se do ponto de vista regulatório esta suposta "*renúncia*" à parcela dos valores máximos de multa apresentaria algum inconveniente ou interdito legal. Adiantamos desde já nossa posição no sentido de rechaçar integralmente tal perspectiva e isso pelas razões abaixo expostas.

Do ponto de vista da finalidade da sanção, há que se reconhecer que o efeito dissuasivo da multa não se encontra intrinsecamente relacionado ao seu valor,

[9] V., nesse sentido, Tatiana CYMBALISTA, op. cit. e Juliana PALMA, op. cit.

mas sim à sua efetiva aplicação. Convém aqui traçar novo paralelo com as ciências penais. Desde há muito parece haver relativo consenso nesta área no sentido de que a dissuasão gerada pela pena não está vinculada à sua intensidade, mas sim à certeza da punição.

Seria absurdo trazer à baila raciocínio lastreado em perda ou ganho econômico para a Agência 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. Os órgãos reguladores são depositários do papel de representante da sociedade e, como tal, arrecadam e utilizam as sanções pecuniárias que aplicam. Os valores correspondentes são direcionados para os seus cofres exatamente para que, por sua ação, ela repare direta ou indiretamente os danos regulatórios trazidos pela transgressão.

Contudo, ainda que se adotasse raciocínio estritamente econômico – não se pode negar que eficiência e economicidade são vetores da ação administrativa –, ter-se-ia que se reconhecer que o acordo substitutivo ora discutido tende a apresentar ganhos econômicos significativos para a Agência envolvida. Com efeito, ele pressupõe a extinção de contencioso relevante e volumoso, o que tende a representar expressiva economia dos recursos escassos da Agência, que poderá direcioná-los para outras prioridades.

Além disso, até que haja decisão definitiva sobre os procedimentos envolvidos, nada faz crer que todos eles terminarão com a aplicação das multas abstratamente previstas para eles. Ao contrário, a lei das probabilidades indicaria que existe chance substancial de que os procedimentos sancionatórios terminem com o reconhecimento de que não houve descumprimento de obrigação e, portanto, nenhuma multa será aplicada. Eis porque os valores abstratamente envolvidos não representam senão uma ordem de grandeza, já que seria possível – e provável - que um agente econômico seja inocentado da prática de várias das violações ainda em apuração.

Finalmente, ainda sob a estrita perspectiva econômica – a qual, ressaltamos, não nos parece a melhor abordagem -, a Agência pode ainda contar com algum ganho econômico decorrente da velocidade e da certeza do recebimento dos valores envolvidos. Provavelmente, transcorreriam ainda anos – quiçá décadas – para que esses procedimentos viessem a ser concluídos e para que fossem aplicadas as respectivas multas. Mais do que isso, uma Agência talvez enfrente ainda (ao menos isso é uma possibilidade teórica que não deve ser descartada) a resistência das prestadoras em adimplir com os valores estabelecidos ou, no mínimo, a incerteza quanto ao seu pagamento. Eis porque, também sob este aspecto, o acordo substitutivo representa evidente benefício econômico, uma vez que pode abreviar o instante do pagamento e ampliar as suas chances (maior probabilidade de *compliance* da operadora, já que ela mesma foi a proposta de acordo a ser celebrado com a Agência Reguladora, ou, no mínimo, assente integralmente com os seus termos).

Por todos estes motivos, não há brandir-se a renúncia de valores de multa como motivo para se abandonar ou rechaçar a prática de celebração dos acordos substitutivos.

v.5. A CELEBRAÇÃO DE ACORDOS SUBSTITUTIVOS E O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA E DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

Derradeira questão relativa à celebração dos ditos acordos substitutivos diz respeito ao seu cotejamento com os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público.

Parece superada a polêmica quanto a eventual violação destes princípios pela celebração de acordos substitutivos pela Administração Pública. O argumento era de relativa simplicidade: uma vez que a norma jurídica prescreve a aplicação de sanção para as hipóteses de violação dos preceitos normativos por ela protegidos, encontra-se aí indicado o interesse público envolvido. Uma vez que este interesse público encontra-se identificado com a sanção, este interesse deve sobrepor-se a todos os demais. A indisponibilidade do interesse público proscreveria qualquer outro encaminhamento da controvérsia envolvendo a violação de uma norma jurídica que não fosse a aplicação de sanção.

Sob outra perspectiva, o princípio da supremacia do interesse público faria com que fosse impossível o seu cotejamento com os demais interesses envolvidos, notadamente os interesses dos particulares com quem a Administração transacionaria. Eis porque seria ontologicamente impossível alcançar-se um consenso no qual estes interesses fossem sopesados e harmonizados. Não haveria falar-se composição de interesses ou de uma solução de mediação, de concessões comuns entre os envolvidos.

Tanto um adágio quanto o outro parecem ser empregados de maneira muito apressada e possivelmente distorcida, no que diz respeito à suposta incompatibilidade desses com a prática dos acordos substitutivos.

Antes de tudo, parece-nos precipitada a identificação biunívoca entre interesse público e aplicação da sanção. É absurda a afirmação de que o interesse público jaz pura e simplesmente na aplicação de uma sanção, assim entendida como a imposição de um mal em decorrência de uma transgressão.

Primeiramente, porque isso corresponderia a uma visão autoritária, punitiva e imoral do Estado que não se coaduna com o nosso Estado de Direito. Além disso - e se pede desculpas pela insistente repetição – porque, como exaustivamente já se viu, a sanção não é um fim em si, mas mero meio para o atingimento de finalidades que, estas sim, podem ser identificadas com o interesse público.

Deve-se ademais reconhecer que o repositório do interesse público não é de fácil identificação. Como já se teve a oportunidade de observar, acompanhado de vários outros autores, cada vez mais se torna difícil identificar um único interesse público, quanto mais afirmar onde ele se encontra a *priori* e aplicá-lo abstratamente para uma generalidade de ocasiões[10]. Cada vez mais a noção de interesse público apresenta-se plural, fluida, fragmentária, parcial e determinada concretamente em cada situação verificada. São vários os interesses legitimamente merecedores de tutela jurídica e, bem por isso, o interesse público tenderá cada vez mais a residir na harmonização e na composição entre entes interesses.

Eis porque, ao final das contas, o interesse público poderá efetivamente residir na realização do acordo, e não propriamente na aplicação da sanção[11].

Assim, em uma primeira perspectiva, os princípios de supremacia e de indisponibilidade do interesse público, independentemente de seu conteúdo real (se é que temos), podem apontar exatamente para a realização do acordo (identificado como o interesse público em uma dada situação concreta) e não para a aplicação cega da sanção prevista na regulamentação.

Por outro lado, é de se convir que os conceitos de supremacia e indisponibilidade do interesse público não têm contorno capaz de impedir a celebração de acordos substitutivos.

No que diz respeito à supremacia, *"admitindo-se o valor metodológico do princípio da supremacia, a negociação de prerrogativas públicas para a celebração de acordos administrativos pela Administração não afronta o referido princípio, pois* ***(i)*** *o ato consensual pode ele próprio ser considerado o interesse público perseguido pelo Estado e* ***(ii)*** *a funcionalidade do princípio da supremacia corresponde à legitimação de limitação a direitos individuais, bem como de conferência de prerrogativas exorbitantes ao Estado, de forma que essa função não impede a celebração de acordos pela Administração"*[12].

Quanto à indisponibilidade do interesse público, que se confunde com o princípio da função pública de que tratamos acima, não há falar-se em disposição do interesse público no caso dos acordos substitutivos porque, como acima se ponderou, isso quereria dizer que o interesse público reside pura e simplesmente na aplicação da sanção. Como vimos, os demais aspectos da resposta reguladora (a dissuasão, a reparação, os benefícios indiretos para a coletividade) estarão presentes no acordo susbtitutivo, pois são condição para que se perfaça o acordo em detrimento da sanção. Então, há que se concluir que a Agência estará tão somente *dispondo*, no sentido de abdicar, da potencial sanção em si, entendida como a inflição de um castigo. Ora, é evidente que não se encontra aí o interesse público, não havendo razão

[10] V. Floriano de Azevedo MARQUES NETO, ***Regulação Estatal e Interesse Público***, op. cit.
[11] V., nesse sentido, Juliana Bonacorsi de PALMA, op.cit.
[12] Juliana Bonacorsi de PALMA, op. cit., página 153.

para se brandir o princípio da indisponibilidade do interesse público como obstáculo para a realização de tais acordos.

6. CONCLUSÃO

As conclusões são singelas.

O poder de sanção das agência reguladoras tem natureza instrumental e deve ser compreendido no conjunto das competências regulatórias da Agência. Quer isto dizer que essa prerrogativa de sancionar atende a evidente desígnio regulatório, não sendo uma finalidade em si, mas tão somente um meio para atingir estes desígnios.

Eis porque a aplicação de toda e qualquer sanção deve ser precedida de um juízo de proporcionalidade e de utilidade. Esse juízo não diz respeito tão somente à quantificação da sanção, mas abarca também a própria necessidade da sanção, que deve ser cotejada com outros mecanismos dissuasivos ou reparatórios[13].

Assim é que, com freqüência, a sanção não se traduz no único meio capaz de alcançar tais propósitos, tais quais a dissuasão de comportamentos indesejáveis, o condicionamento de comportamentos em conformidade com a orientação da Agência, a cessação da prática irregular, a reparação dos danos causados pela transgressão, etc.

Diante de uma pluralidade de meios que satisfaçam os imperativos regulatórios, deverá o regulador optar por aquele que seja menos gravoso, ou seja, a sanção será o ultimo recurso a ser empregado.

A discricionariedade administrativa pressupõe a possibilidade de o órgão regulador efetuar essa ponderação em sua plenitude e, assim, eleger a via mais consentânea com o interesse público que deve proteger.

Os acordos substitutivos são uma via eficaz para atingir as finalidades dissuasivas e reparatórias usualmente identificadas com a sanção administrativa. Deverão, portanto, ser considerados pela Agência, uma vez que ***(i)*** são prática corrente na vida cotidiana dos órgãos reguladores, o que demonstra a sua compatibilidade com o ordenamento brasileiro de maneira geral; ***(ii)*** encontram-se em plena aderência com os preceitos constitucionais, legais e infra-legais aplicáveis à atividade regulatória da Agência e ***(iii)*** poderão

[13] V., nesse sentido, Tatiana CYMBALISTA, op. cit.

representar ganho de eficiência e economia de recursos para ambas as partes envolvidas.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os Acordos Substitutivos do Procedimento Sancionatório e da Sanção. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 27, agosto/setembro/outubro, 2011. Disponível na Internet: < http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-27-AGOSTO-2011-FLORIANO-AZEVEDO-TATIANA-MATIELLO.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br
4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323
6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico

Publicação Impressa / Informações adicionais:

Informação não disponível.