

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
DEPARTAMENTO DE DIREITO  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARIA EDUARDA LOSSO

**A POSSIBILIDADE DE PACTUAÇÃO DE ACORDOS SUBSTITUTIVOS DA  
SANÇÃO ADMINISTRATIVA MESMO DIANTE DO VETO AO INCISO II DO § 1º  
DO ARTIGO 26 DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO  
BRASILEIRO (LINDB)**

Florianópolis

2019

Maria Eduarda Losso

**A POSSIBILIDADE DE PACTUAÇÃO DE ACORDOS SUBSTITUTIVOS DA  
SANÇÃO ADMINISTRATIVA MESMO DIANTE DO VETO AO INCISO II DO § 1º  
DO ARTIGO 26 DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO  
BRASILEIRO (LINDB)**

Trabalho Conclusão do Curso de Graduação em  
Direito do Centro de Ciências Jurídicas da  
Universidade Federal de Santa Catarina como  
requisito para a obtenção do título de Bacharela em  
Direito.

Orientador: Prof. Dr. Pedro de Menezes Niebuhr

Florianópolis

2019

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,  
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Losso, Maria Eduarda

A possibilidade de pactuação de acordos substitutivos da sanção administrativa mesmo diante do veto ao inciso II do § 1º do artigo 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro / Maria Eduarda Losso ; orientador, Pedro de Menezes Niebuhr, 2019.

103 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) -  
Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2019.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Processo administrativo sancionador. 3. Consensualidade Administrativa. 4. Acordos substitutivos de sanção. 5. Art. 26 da LINDB. I. Niebuhr, Pedro de Menezes. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Graduação em Direito. III. Título.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

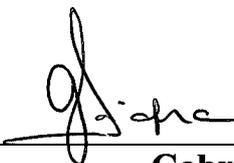
O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “A possibilidade de pactuação de acordos substitutivos da sanção administrativa mesmo diante do veto ao inciso II do § 1º do artigo 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)”, elaborado pelo(a) acadêmico(a) “Maria Eduarda Losso”, defendido em 29/11/2019 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 29 de Novembro de 2019



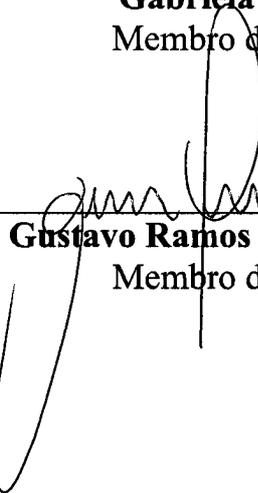
---

**Pedro de Menezes Niebuhr**  
Professor Orientador



---

**Gabriela Mafra**  
Membro de Banca



---

**Gustavo Ramos da Silva Quint**  
Membro de Banca



**Universidade Federal de Santa Catarina**  
**Centro de Ciências Jurídicas**  
**COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO**

**TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E**  
**ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA**

Aluno(a): Maria Eduarda Losso

RG: 15100127

CPF: 061.365.149-90

Matrícula: 15100127

Título do TCC: A possibilidade de pactuação de acordos substitutivos da sanção administrativa mesmo diante do veto ao inciso II do § 1º do artigo 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)

Orientador(a): Pedro de Menezes Niebuhr

Eu, Maria Eduarda Losso, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 29 de novembro de 2019.

Assinatura manuscrita de Maria Eduarda Losso, escrita em tinta preta sobre uma linha horizontal.

**MARIA EDUARDA LOSSO**

## AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar – e não poderia ser diferente –, à minha mãe, Mariléia, por ser minha maior inspiração e meu maior amor. A ela eu devo todas as conquistas que já alcancei e os sucessos que ainda estão por vir.

Ao meu pai, Gilberto, e minha irmã, Renata, por todo o apoio e carinho incondicional que sempre me proporcionaram.

Ao restante da minha família, o que faço em nome da minha avó, Vó Nita, por serem minhas raízes e, como tais, minha base mais sólida.

Aos meus valiosos amigos, por sempre torcerem por mim e estarem ao meu lado, em especial, Fernanda e Tiago.

Aos queridos Ana, Andrey, Felipe e Plínio, amigos e parceiros de estudos que a graduação me presenteou, pelo companheirismo e carinho nutrido nestes cinco anos. A caminhada, sem dúvidas, foi muito mais gratificante ao lado de vocês.

Ao Doutor Marco Antônio e à Débora, do Escritório Carvalho e Lemos, pelas preciosas lições que aprendi enquanto lá estagiei.

Ao Desembargador Carlos Alberto Civinski, por ser um exemplo de profissional e de pessoa que me inspira diariamente.

À equipe do Gabinete, repleta de profissionais brilhantes, por tornarem a rotina de trabalho tão prazerosa. Em especial, ao Plínio e à Josi, os quais sempre acreditaram no meu potencial e se tornaram mais do que colegas de trabalho, mas verdadeiros mentores (e amigos!).

Ao Professor Pedro de Menezes Niebuhr, não só por aceitar o desafio desta orientação, mas também por demonstrar um entusiasmo admirável com a disciplina ministrada, cujas brilhantes inquietações instigaram o interesse pela temática.

Por fim, mas não menos importante, à UFSC, por ser um ambiente que tanto me fez crescer, enquanto profissional e enquanto pessoa, abrindo meus olhos para diferentes realidades e ensinando-me novas definições de empatia e compaixão. Espero poder refletir estes ensinamentos na minha vida profissional.

A todos, só tenho a agradecer imensamente.

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo verificar a possibilidade de celebração de acordos substitutivos de sanção nos processos administrativos sancionadores, notadamente tendo em vista o recente veto presidencial ao inciso II do § 1º do artigo 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro — LINDB (atualizada pela Lei 13.655/2018). Adota-se o método dedutivo e eminentemente descritivo, partindo-se de premissas gerais, por meio de conceitos legais e doutrinários, para responder o questionamento final. Dividido em três capítulos, o trabalho faz um estudo do sancionamento administrativo, destacando-se a sanção administrativa e o processo administrativo sancionador. Em sequência, adentra-se na consensualidade no direito administrativo. Por fim, analisa-se o veto já mencionado, o qual retirou a autorização expressa de a Administração Pública celebrar compromissos com os administrados que versem sobre sanções. Neste ponto, promove-se um exame das razões utilizadas como fundamento ao veto, bem como de outros fundamentos utilizados para negar a aplicação, para, ao fim, analisar a possibilidade de extrair, de forma sistemática, a autorização à consensualidade administrativa no processo sancionador do *caput* do mesmo artigo e do ordenamento jurídico brasileiro.

**Palavras-chave:** Direito Administrativo. Processo administrativo sancionador. Consensualidade. Acordos substitutivos. LINDB.

## LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – Acordos de Leniência Assinados, Aditivos e Pedidos de Leniência Plus de empresas.....	59
Gráfico 2 – Acordos de Leniência Lava Jato x Não Lava Jato .....	59

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>15</b>
<b>2 O SANCIONAMENTO ADMINISTRATIVO</b> .....	<b>17</b>
2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS .....	17
2.2 SANÇÃO ADMINISTRATIVA .....	17
<b>2.2.1 Direito Administrativo Sancionador</b> .....	<b>17</b>
<b>2.2.2 Conceito</b> .....	<b>18</b>
<b>2.2.3 Princípio da legalidade</b> .....	<b>21</b>
<b>2.2.4 Princípio da tipicidade</b> .....	<b>22</b>
2.3 PROPÓSITOS DO SANCIONAMENTO ADMINISTRATIVO .....	25
2.4 ESPÉCIES DE SANÇÕES ADMINISTRATIVAS .....	28
2.5 O PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR .....	31
<b>3 CONSENSUALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA</b> .....	<b>39</b>
3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS .....	39
3.2 CONCEITO .....	39
3.3 PRESSUPOSTOS TEÓRICOS .....	41
<b>3.3.1 Eficiência</b> .....	<b>41</b>
<b>3.3.2 Participação administrativa (ou deliberativa)</b> .....	<b>43</b>
<b>3.3.3 Governança pública</b> .....	<b>45</b>
3.4 TENDÊNCIAS À CONSENSUALIDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO ....	47
3.5 INSTRUMENTOS CONSENSUAIS NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO .....	53
<b>3.5.1 Histórico do sistema consensual brasileiro</b> .....	<b>53</b>
<b>3.5.2 Instrumentos consensuais no Conselho Administrativo de Defesa             Econômica – CADE e na Comissão de Valores Mobiliários – CVM</b> .....	<b>57</b>
<b>3.5.3 Instrumentos consensuais na esfera das agências reguladoras</b> .....	<b>62</b>
<b>3.5.4 Há um modelo de consensualidade no Brasil?</b> .....	<b>64</b>
<b>4 AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA PARA ACORDOS SUBSTITUTIVOS DE SANÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: O ART. 26 DA LINDB</b> ..	<b>65</b>
4.1 OS ACORDOS SUBSTITUTIVOS DE SANÇÃO .....	65
<b>4.1.1 Conceito</b> .....	<b>65</b>
<b>4.1.2 Condições e benefícios</b> .....	<b>67</b>
<b>4.1.3 Natureza jurídica</b> .....	<b>68</b>
4.2 O PERMISSIVO GENÉRICO À CONSENSUALIDADE (ART. 26, LINDB) ....	72
4.3 O INCISO II DO § 1º DO ARTIGO 26 DA LINDB .....	75
<b>4.3.1 A substituição da sanção</b> .....	<b>75</b>

<b>4.3.2 O veto presidencial .....</b>	<b>76</b>
4.3.2.1 <i>Princípio da reserva legal .....</i>	<i>76</i>
4.3.2.2 <i>Estímulo ao descumprimento de sanções .....</i>	<i>80</i>
<b>4.3.3 Outra crítica relevante aos acordos substitutivos: a indisponibilidade do interesse público .....</b>	<b>85</b>
<b>4.4 A (IM)POSSIBILIDADE DE CELEBRAR ACORDOS SUBSTITUTIVOS DE SANÇÃO NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS SANCIONATÓRIOS .....</b>	<b>88</b>
<b>4.4.1 Consequências práticas do veto.....</b>	<b>88</b>
<b>4.4.2 Vantagens dos acordos substitutivos de sanção .....</b>	<b>91</b>
<b>4.4.3 (In)coerências com o sistema processual administrativo brasileiro .</b>	<b>93</b>
<b>5 CONCLUSÃO .....</b>	<b>95</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>97</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Atualmente, tem-se percebido uma tendência à adoção de medidas consensuais de resolução de conflitos nas mais diversas esferas do Direito, valorizando-se cada vez mais o diálogo e a construção de consenso, inclusive na esfera punitiva.

Foi nesse contexto que, no ano de 2018, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB sofreu alterações por meio da Lei 13.655/2018, a qual acrescentou diversos dispositivos que tratam, sobretudo, sobre Direito Administrativo, consagrando na legislação princípios que já orientavam a atividade administrativa, além de outras novidades.

Uma das relevantes modificações foi a criação de um permissivo genérico para a Administração Pública celebrar compromissos com os administrados, consolidando a tendência à consensualidade observada no âmbito do Direito Administrativo (art. 26). Contudo, o inciso II do referido dispositivo, o qual autorizava expressamente que o compromisso versasse sobre sanções, sofreu veto e foi excluído da norma, indo de encontro à simpática atuação consensual defendida pelos administrativistas.

Em razão disso, surge a questão principal que o trabalho pretende resolver, qual seja, se é possível extrair do *caput* do referido art. 26, à luz das características e tendências do ordenamento jurídico brasileiro, a possibilidade de a Administração Pública celebrar acordos substitutivos de sanção com os administrados-infratores nos processos administrativos sancionadores. A hipótese básica, formulada em primeiro momento, é pela possibilidade de celebração dos mencionados acordos, não obstante o veto.

Assim, o objetivo principal do presente trabalho será analisar o sancionamento administrativo – destacando-se conceitos e peculiaridades da sanção administrativa e do processo administrativo sancionador –, perpassando pela consensualidade no direito administrativo, com diversos dispositivos que fomentam essa prática no ordenamento jurídico brasileiro, para ao fim adentrar no estudo do novel dispositivo (art. 26, LINDB), notadamente o veto ao seu inciso II do § 1º.

A presente pesquisa pretende, em síntese, demonstrar que os acordos substitutivos de sanção se mostram como uma boa alternativa ao tratamento,

apuração e punição dos ilícitos administrativos, tendo em vista a atual tendência à consensualidade na administração.

Para tanto, será adotado o método dedutivo, partindo-se de premissas gerais, como os conceitos de sanção administrativa e atuação administrativa consensual, bem como requisitos e peculiaridades dos acordos substitutivos de sanção, indo até o estudo do art. 26 da LINDB e das justificativas do veto ao seu inciso II do § 1º, para ao fim concluir pela (im)possibilidade de celebração de acordos substitutivos da sanção administrativa.

A busca da solução à questão formulada organiza-se em três capítulos.

O primeiro capítulo propõe-se a realizar um estudo perfunctório do sancionamento administrativo, por meio da conceituação da sanção administrativa, partindo-se para as finalidades e princípios norteadores, bem como as espécies constantes da legislação. Após, abordar-se-á o conceito e as características típicas do processo administrativo sancionador, ressaltando-se a existência de diversos microssistemas normativos.

Adiante, o segundo capítulo pretende analisar a consensualidade no Direito Administrativo, fazendo-se uma análise histórica da tendência no ramo e, mais precisamente, da sua aplicação no sistema jurídico brasileiro. Ainda nesse capítulo, expor-se-á as diversas modalidades de atuação consensual da Administração Pública que se encontram vigentes no ordenamento jurídico.

Por fim, no terceiro e último capítulo, parte-se para a análise dos acordos substitutivos de sanção propriamente ditos, adentrando-se na redação aprovada do novo art. 26 da LINDB, enquanto permissivo genérico para a atuação consensual administrativa. Nessa linha, analisar-se-á o teor do vetado inciso II do § 1º do referido dispositivo, bem como as razões que justificaram o veto, rebatendo-as com fundamento em relevante doutrina especializada. Após salientar as vantagens que podem ser obtidas com a utilização de medidas consensuais pela Administração, buscar-se-á demonstrar a possibilidade de extrair da redação do *caput* do art. 26 da LINDB, à luz das tendências consensuais na atuação administrativa, a autorização necessária para que a Administração Pública celebre acordos substitutivos de sanção com os administrados-infratores.

## 2 O SANCIONAMENTO ADMINISTRATIVO

### 2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente capítulo pretende fazer um breve apanhado dos conceitos relevantes a respeito do sancionamento administrativo, partindo da definição de sanção administrativa, para a sua previsão legal, suas espécies e propósitos e, ainda, uma sintética análise do processo administrativo sancionador, meio de aplicação das sanções no âmbito da administração pública.

Adianta-se, desde já, que a análise inicial não aspira esgotar o tema, mas tão somente angariar definições relevantes para o desenrolar do trabalho e para uma melhor compreensão dos capítulos seguintes.

### 2.2 SANÇÃO ADMINISTRATIVA

#### 2.2.1 Direito Administrativo Sancionador

Antes de adentrar na análise da sanção administrativa propriamente dita, faz-se algumas considerações acerca do âmbito de aplicação do referido instituto.

O Direito Administrativo Sancionador, para Fábio Medina Osório<sup>1</sup>, é um conjunto de normas punitivas, isto é, um complexo universo do Direito Administrativo na fronteira com o Direito Penal. Aduz que é usual, comum e rotineira a utilização desse ramo jurídico como forma de coibir comportamentos socialmente danosos no âmbito da Administração Pública.

Nada mais é do que o poder-dever do Estado de proibir e sancionar determinados comportamentos, seja de agentes públicos, seja de privados (“administrados”), visando sobretudo ao controle e à regulação das relações sociais.

Não se olvide que há uma diferenciação acerca do Direito Sancionador nos sistemas predominantemente influenciados pela *civil law* ou pela *common law*, no entanto, para o momento, tais distinções não se mostram relevantes.

---

<sup>1</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. - 6. ed. rev. e atual. - São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 41.

Sabe-se que o Estado, máxime o sistema político-jurídico adotado no Brasil, enquanto Administração Pública, possui considerável ingerência na vida dos administrados, regulando comportamentos e relações sociais, exigindo deveres e obrigações, promovendo a realização de princípios e objetivos fundamentais, etc. Esta necessidade de gerência de interesses comuns marca o Direito Administrativo.

Entretanto, para fazer valer esses comandos pretendidos pelo Estado e para que se possa exigi-los dos administrados, mostrou-se necessário regular os descumprimentos e atribuir-lhes sanções, as chamadas sanções administrativas, agora no escopo do Direito Administrativo Sancionador.

Importante mencionar que, embora o Direito Sancionador guarde relevantes semelhanças com o Direito Penal, com aquele não se confunde, pois são amparados por principiologias próprias e distintas, ou, ainda, norteados por diferentes premissas. Ainda assim, recentemente vem surgindo um relevante debate a respeito da aplicação de princípios típicos do Direito Penal e Processual Penal também ao Direito Administrativo, especialmente na esfera sancionatória, para fins de assegurar direitos e garantias individuais dos administrados que se encontram investigados ou acusados de ilícitos e infrações administrativas.

Por fim, ressalte-se que há, para Fábio Medina Osório<sup>2</sup>, uma lacuna no Direito Administrativo no seu potencial sancionador, não havendo uma teorização adequada a esse respeito, não obstante a importância que possui.

Passa-se à conceituação da sanção administrativa, objeto de especial relevância ao Direito Administrativo Sancionador.

### 2.2.2 Conceito

A conceituação da sanção administrativa é imprescindível para delimitar o âmbito de incidência do Direito Administrativo Sancionador. Colhe-se da doutrina de Fábio Medina Osório<sup>3</sup>:

Consiste a sanção administrativa, portanto, em um mal ou castigo, porque tem efeitos aflitivos, com alcance geral e potencialmente *pro futuro*, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado, jurisdicionado, agente público, pessoa física ou jurídica, sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada

---

<sup>2</sup> Ibid., p. 48.

<sup>3</sup> Ibid., p. 105.

em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo. A finalidade repressora, ou punitiva, já inclui a disciplinar, mas não custa deixar clara essa inclusão, para não haver dúvidas.

Daniel Ferreira<sup>4</sup>, por sua vez, conceitua a sanção administrativa como “a direta e imediata consequência jurídica, restritiva de direitos, de caráter repressivo, a ser imposta no exercício da função administrativa, em virtude de um comportamento juridicamente proibido, comissivo ou omissivo”.

E, ainda, Regis Fernandes de Oliveira<sup>5</sup>, fazendo uma diferenciação breve entre a sanção penal e a administrativa, leciona:

[...] quando a repulsa legal é aplicada pelo órgão competente (art. 2º da CF), de acordo com o processo previsto na Constituição e nas leis, temos a sanção criminal, que é denominada “pena”; A decisão proferida produz um efeito jurídico próprio, chamado “coisa julgada”.

De outro lado, quando o ordenamento jurídico atribui a aplicação da sanção a um órgão administrativo, ou judicial, ou legislativo, no exercício de sua função atípica, possuindo o ato força de presunção de legalidade, temos a sanção administrativa. À desobediência às normas administrativas será dado o nome de “infração”; O rótulo servirá para distinguirmos quando se fala em crime, contravenção e infração. Tecnicamente, impõe-se que atribuamos nomes devidos às condutas que têm diferentes consequências jurídicas.

Em outras palavras, tem-se que a sanção administrativa é a resposta repressiva a uma infração administrativa, tida esta como o descumprimento de uma previsão legal imposta pela Administração Pública. A esta, incumbirá apurar a infração, em processo administrativo regular – conforme se verá adiante – e que, ao final, poderá culminar na aplicação de uma sanção.

Fábio Medina Osório vai além. Analisando a sanção administrativa, sob uma perspectiva europeia (da qual seríamos herdeiros), reconhece quatro elementos fundamentais na estruturação da sanção:

a) autoridade administrativa (elemento subjetivo); b) efeito afliitivo da medida em que se exterioriza (elemento objetivo), subdividindo-se, nesse tópico, em: b1) privação de direitos preexistentes e b2) imposição de novos deveres; c) finalidade repressora (elemento teleológico) consistente na repressão de uma conduta e no restabelecimento da ordem jurídica; d) natureza administrativa do procedimento (elemento formal).<sup>6</sup>

<sup>4</sup> FERREIRA, Daniel. **Sanções administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001. 207 p. (Coleção Temas de Direito Administrativo ; v. 4). p. 34.

<sup>5</sup> OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Infrações e Sanções Administrativas** / Regis Fernandes de Oliveira. - 2. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 46.

<sup>6</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador** / Fábio Medina Osório. - 6. ed. rev. e atual. - São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 87.

Em síntese, o primeiro (subjetivo) diz respeito à necessidade da presença da Administração Pública para aplicar a sanção administrativa, que permite concluir pela incompetência das autoridades jurisdicionais para tanto.

A respeito do segundo, o doutrinador afirma que o aspecto objetivo da sanção administrativa deriva do próprio conceito de “sanção” ou “pena” e é um elemento comum às sanções penais e administrativas. Traduz-se no sofrimento, no mal, no castigo imposto ao infrator, implicando, portanto, num “juízo de privação de direitos, imposição de deveres, restrição de liberdades, condicionamentos, ligados, em seu nascedouro e existência, ao cometimento (comprovado) de um ilícito administrativo”<sup>7</sup>.

A finalidade repressora será analisada no tópico seguinte.

Por fim, com relação ao elemento formal, trata do âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo.

Para concluir, anota-se a posição do autor Daniel Ferreira<sup>8</sup>, para o qual é necessário proceder à divisão entre os regimes de sujeição do administrado perante à Administração Pública, eis que cada qual apresenta peculiaridades quanto às respectivas sanções. Utilizando-se da classificação de Renato Alessi<sup>9</sup>, o autor divide os regimes de sujeição geral e especial. O primeiro diz respeito à relação de todo e qualquer administrado, indistintamente, cujo “controle” é exercido pelo poder de polícia. O segundo, por sua vez, trata de um liame especial firmado entre o particular e a Administração<sup>10</sup>, regulado pelo poder disciplinar.

No Brasil, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello<sup>11</sup> utiliza os termos “punição interna” e “punição externa” para diferenciar os atos punitivos de servidores públicos pelas infrações praticadas – primeira divisão – dos atos dos particulares em geral, por infração à determinações legais e regulamentares – segunda divisão.

Apesar das relevantes peculiaridades de cada espécie, o regime de sancionamento administrativo será tratado, ao menos em princípio, de maneira una.

---

<sup>7</sup> Ibid. p. 99.

<sup>8</sup> FERREIRA, Daniel. **Sanções administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001. 207 p. (Coleção Temas de Direito Administrativo ; v. 4). p. 35-36.

<sup>9</sup> Ibid. p. 35-36 *apud* Renato Alessi, *Instituciones de Derecho Administrativo*, t. I, trad. da 3ª. ed. italiana, p. 227.

<sup>10</sup> Para o autor Adolfo Carretero Perez, o regime especial de sujeição à Administração apresenta três possibilidades: relações internas ou de organização da própria Administração, relação entre Administração e servidor e, ainda, das determinações emanadas das autarquias responsáveis pela fiscalização do exercício profissional. Essa divisão também é trazida por FERREIRA (2001).

<sup>11</sup> BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. v. I, Rio de Janeiro, Forense, 1979. p. 576.

### 2.2.3 Princípio da legalidade

Realizada a conceituação da sanção administrativa, importante tecer algumas considerações a respeito do princípio da legalidade, extremamente relevante quando se trata de sancionamento de qualquer espécie.

Em virtude do princípio da legalidade, a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, ela depende de lei<sup>12</sup>.

É o entendimento que se extrai do ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo dos arts. 5º, inciso II, 37 e 84, todos da Constituição Federal<sup>13</sup>, que assim dispõem:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

Portanto, “é nos dado concluir que todo e qualquer ilícito, para assim ser reconhecido, deve estar necessariamente previsto, explícita ou implicitamente, em lei. E se a conduta dessa ordem deve estar legalmente descrita, mister se apresentar do mesmo modo a respectiva sanção”<sup>14</sup> - embora o tema enfrente controvérsias na doutrina<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo** / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 32. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 93.

<sup>13</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

<sup>14</sup> FERREIRA, Daniel. **Sanções administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001. 207 p. (Coleção Temas de Direito Administrativo ; v. 4). p. 93.

<sup>15</sup> Regis Fernandes Oliveira, por exemplo, elenca em sua obra o entendimento, por exemplo, de Montoro Puerto, Santi Romano, Rivero, Papanicolaidis e Zanobini, segundo os quais o princípio não deve ser aplicado de forma rígida no direito administrativo, quiçá poderia até não ser aplicado, admitindo-se infração administrativa sem previsão legal. Para o autor, o entendimento pode encontrar respaldo nos direitos italiano, grego, francês e espanhol, em virtude da reserva legal, mas a conclusão no ordenamento jurídico há de ser diferente (OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Infrações**

Destaca-se, ainda, a lição de Rafael Munhoz de Mello<sup>16</sup>:

No tocante ao tema das sanções administrativas, o princípio da legalidade desdobra-se em várias garantias dos particulares: em primeiro lugar, não admite que a própria Administração Pública crie infrações ou sanções; em segundo lugar, impõe que a lei contenha um mínimo de densidade normativa, que permita aos indivíduos saberem com segurança qual a conduta proibida e a respectiva sanção (tipicidade); por fim, exige que a lei criadora do ilícito e da sanção seja anterior ao fato (irretroatividade).

Assim, pela lógica extraída do “grande ramo” do Direito Administrativo, o princípio da legalidade exige que tanto a infração, quanto a sanção administrativa sejam previstas na legislação para poderem ser cobradas/aplicadas.

Adianta-se, entretanto, que não há na legislação uma única previsão genérica que autorize a aplicação das sanções administrativas, mas o poder-dever da administração decorre da própria função pública, conforme já exposto.

Intrinsecamente ligado ao princípio da legalidade, encontra-se o princípio da tipicidade, o qual também apresenta suas peculiaridades no direito administrativo.

As sanções administrativas, em espécie, estão previstas nas mais diversas legislações esparsas e infraconstitucionais. Isso significa dizer que a coexistência de diversos “processos administrativos” no ordenamento, justamente em virtude da ausência de uma lei geral – embora exista uma lei do processo administrativo federal (Lei 9.784/1999) –, acaba gerando previsões distintas e espalhadas de sanções em cada um dos ramos tutelados pela Administração, como, por exemplo, no âmbito disciplinar (mencionando, nesse ponto, o Estatuto dos Servidores Públicos Federais – Lei 8.112/1990), no CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), no escopo ambiental (cujas infrações também estão dispersas em diversos instrumentos jurídicos), e assim por diante, o que será analisado no tópico seguinte.

#### **2.2.4 Princípio da tipicidade**

Como é sabido, o legislador constitucional viu por bem especificar o princípio da legalidade/tipicidade penal no art. 5º, inciso XXXIX, que dispõe que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”<sup>17</sup>. Assim, fácil

---

**e Sanções Administrativas** / Regis Fernandes de Oliveira. - 2. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 55).

<sup>16</sup> MELLO, Rafael Munhoz de. “Sanção Administrativa e o princípio da legalidade”. In: Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo, Malheiros Editores, pp. 141-163. n. 30, 2000.

<sup>17</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

perceber que o princípio tem duas facetas: a tipificação/previsão do “crime” e da “pena”. Na esfera penal, portanto, tem-se que a tipicidade é um dos princípios fundamentais, decorrente do postulado segundo o qual não há crime sem lei que o preveja (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). No entanto, a controvérsia surge a respeito de sua aplicação no âmbito administrativo.

Discute-se, portanto, se o referido princípio tem aplicação no Direito Administrativo Sancionador, ou se deve ter sua aplicação restrita ao Direito Penal.

Rafael Munhoz de Mello<sup>18</sup> defende a sua aplicação. Aduz que a tipicidade “em sentido estrito, impõe que a conduta ilícita seja descrita de forma clara e precisa em lei. Mas tal descrição não basta; é preciso também que a própria lei defina qual sanção definida a cada figura ilícita”. Prossegue, afirmando que a definição da sanção deve se dar de modo preciso e seguro, permitindo aos particulares saber quais os comportamentos que darão lugar à aplicação dessa ou daquela sanção administrativa. Essa é a posição de Fábio Medina Osório<sup>19</sup>.

Ao tratar sobre as sanções administrativas, Celso Antônio Bandeira de Mello reconhece o princípio da tipicidade, afirmando que:

A configuração das infrações administrativas, para ser válida, há de ser feita de maneira suficientemente clara, para não deixar dúvida alguma sobre a identidade do comportamento reprovável, a fim de que, de um lado, o administrado possa estar perfeitamente ciente da conduta que terá de evitar ou que terá de praticar para livrar-se da incursão em penalizações e, de outro, para que dita incursão, quando ocorrente, seja objetivamente reconhecível<sup>20</sup>.

Prossegue, enunciando que a tipicidade é indispensável também na identificação das sanções cabíveis em vista das condutas violadoras que as ensejam.<sup>21</sup> Para o administrativista, o mínimo que se espera de um Estado Democrático de Direito é que a lei noticie de maneira clara aos administrados as consequências a que estão sujeitos se descumprirem as normas. Vai além, exigindo

---

<sup>18</sup> MELLO, Rafael Munhoz de. “Sanção Administrativa e o princípio da legalidade”. In: Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo, Malheiros Editores, pp. 141-163. n. 30, 2000. p. 155.

<sup>19</sup> Fábio Medina Osório leciona que “No Direito Administrativo Sancionador, havendo uma exigência de legalidade das infrações, o mesmo se dá com relação às sanções, que não decorrem de um genérico poder de polícia da Administração Pública. Daí que, inegavelmente, as sanções devem obediência ao princípio da legalidade nos mesmos moldes das infrações, devendo existir um mínimo de certeza e previsibilidade em seus conteúdos descritivos. [...] De qualquer modo, as sanções devem estar suficientemente fixadas nas leis e somente em casos excepcionais e justificados, à luz de critérios razoáveis, é que se admitiria algum tipo de colaboração administrativa” (OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. - 6. ed. rev. e atual. - São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019., p. 275)

<sup>20</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. - 34. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 99, de 14.12.2017. - São Paulo: Malheiros, 2019. p. 904.

<sup>21</sup> Ibid. p. 905.

que a previsão da sanção seja real e minimamente consistente, não podendo, por exemplo, apresentar um intervalo demasiadamente grande entre o mínimo e o máximo do montante da multa prevista<sup>22</sup>.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>23</sup>, entretanto, defende a existência do “princípio da atipicidade” como um dos princípios do processo administrativo<sup>24</sup>.

Nessa senda, a doutrinadora<sup>25</sup> leciona:

[...] a tipicidade nem sempre está presente, tendo em vista que muitas infrações administrativas, ainda que previstas em lei, não são descritas com precisão, ou seja, não correspondem a um modelo definido em lei. É o que ocorre, por exemplo, com as infrações previstas na Lei nº 8.666, de 21-6-93, cujo artigo 87 se limita a falar em “inexecução total ou parcial do contrato”, mencionando as sanções, sem especificar as hipóteses em que são cabíveis; seria uma situação comparável às normas penais em branco, previstas no artigo 3º do Código Penal, em que a definição da infração fica dependendo de ato normativo de outro órgão; no caso da licitação, normalmente são os editais de licitação e os contratos que indicam o conteúdo das infrações. Outro exemplo é o que consta do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo (Lei nº 10.261, de 28-10-68), que prevê infrações como falta grave, procedimento irregular de natureza grave e incontinência pública e escandalosa, às quais são cominadas, respectivamente, penas de suspensão, demissão e demissão a bem do serviço público. Essas infrações ficam sujeitas à apreciação da Administração Pública, que deverá decidir diante das circunstâncias de cada caso concreto. É a autoridade julgadora que vai enquadrar o ilícito como “falta grave”, “procedimento irregular”, “ineficiência no serviço”, “incontinência pública”, ou outras infrações previstas de modo indefinido na legislação estatutária. Para esse fim, deve ser levada em consideração a gravidade do ilícito e as consequências para o serviço público. Já em algumas leis, a tipicidade é observada, como ocorre, por exemplo, com o Código Nacional de Trânsito.

Entende, no entanto, que “a discricionariedade será bastante reduzida pelo exame do motivo, ou seja, dos fatos que cercaram a prática do ato ilícito”.

---

<sup>22</sup> Ibid. p. 905-906.

<sup>23</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Direito administrativo. – 32. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 808-809.

<sup>24</sup> Importante fazer uma ressalva neste ponto. Nas versões anteriores da doutrina, Maria Sylvia falava expressamente que no âmbito administrativo prevalecia a atipicidade (“Ao contrário do direito penal, em que a tipicidade é um dos princípios fundamentais, decorrente do postulado segundo o qual não há crime sem lei que o preveja (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), no direito administrativo prevalece a atipicidade” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, Atlas, 3a ed., 1992, SP, pág. 349). A autora reconhece, entretanto, nas últimas versões da sua obra, que a maior parte da doutrina administrativista hoje reconhece a aplicação da tipicidade mesmo no âmbito administrativo, embora entenda que a legislação nem sempre respeita. Nos exatos termos da nova redação: “A grande maioria da doutrina defende, hoje, o princípio da tipicidade na esfera administrativa, como decorrência do princípio da legalidade e aplicação analógica do princípio do direito penal, segundo o qual não existe crime nem pena sem lei que o preveja (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). No entanto, a legislação nem sempre o observa, como ocorre nos exemplos já mencionados dos Estatutos dos Servidores Públicos e na lei de licitações e contratos administrativos. Desse modo, o princípio da tipicidade, no direito administrativo, ainda é aplicado de forma limitada, se comparado com o direito penal.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Direito administrativo. – 32. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 808).

<sup>25</sup> Ibid. p. 808.

Hely Lopes Meirelles<sup>26</sup>, por sua vez, entende a referida “atipicidade” como característica apenas do poder disciplinar, chamando-a de discricionariedade, de modo que o gestor público “não está vinculado a prévia definição da lei sobre a infração funcional e a respectiva sanção”, justamente em função dessa relação especial de sujeição. Essa é também a posição de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello<sup>27</sup>, segundo o qual as sanções impostas aos servidores públicos, sejam agentes públicos integrados na organização administrativa, sejam particulares colaborando com a Administração Pública, não precisam ter previsão legal.

Assim, feita a menção à controvérsia doutrinária atual, não se pretende adotar uma ou outra posição, pois exigiria análise profunda do ordenamento jurídico, da Constituição e de toda a estrutura do Direito Administrativo Sancionador, o que é incompatível com os objetivos do presente trabalho.

Basta concluir, dessa forma, conforme se verá nos tópicos seguintes, as sanções administrativas em espécie não apresentam uniformidade na legislação, em virtude da coexistência de diversas normas esparsas – isto é, diversos microsistemas legais que regem o direito administrativo.

Feita esta concisa conceituação do instituto e de algumas de suas particularidades, passa-se ao estudo do propósito do sancionamento administrativo, para somente então adentrar nas espécies legais.

### 2.3 PROPÓSITOS DO SANCIONAMENTO ADMINISTRATIVO

O Direito Administrativo Sancionador compreende-se como o exercício do poder punitivo estatal na esfera administrativa, por meio da criação de ilícitos administrativos e das respectivas sanções.

Rafael Munhoz de Mello<sup>28</sup> aduz que:

No exercício do *ius puniendi*, o Estado, através de seus diversos órgãos, pode optar pela criação de ilícitos penais (crimes) e sanções penais (penas), a serem impostas pelo Poder Judiciário.  
[...]

---

<sup>26</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 21<sup>ª</sup> ed. (atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho), São Paulo, Malheiros Editores, 1996. p. 109.

<sup>27</sup> BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Princípios gerais de direito administrativo. v. I, Rio de Janeiro, Forense, 1979.

<sup>28</sup> MELLO, Rafael Munhoz de. Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 45.

O poder punitivo estatal, portanto, pode se manifestar através das sanções penais e das sanções administrativas, as primeiras impostas no exercício de função jurisdicional, as segundas no exercício de função administrativa. É dizer, tanto a sanção penal como a administrativa são manifestações de um mesmo poder estatal, o *ius puniendi*. Daí se falar em *unidade do poder punitivo estatal*, poder que abrange tanto as sanções penais (direito penal) como as sanções administrativas (direito administrativo sancionador).

Nessa linha, mostra-se imperioso fazer uma análise acerca dos propósitos e finalidades do sancionamento administrativo e, mais além, da própria sanção administrativa.

Não se pode deixar de apontar que as considerações a respeito da finalidade da sanção administrativa não encontram harmonia na doutrina administrativista, de modo que se aponta algumas das posições que a autora considera relevantes.

Nas palavras de Daniel Ferreira<sup>29</sup>, a finalidade da sanção é “desestimular a prática de condutas juridicamente reprováveis, mediante imposição de consequências desfavoráveis, danosas, a quem a lei previamente determinar”. Com relação à sanção administrativa, em específico, aduz que a finalidade de sua aplicação é unicamente “desestimular condutas administrativamente reprováveis”<sup>30</sup>.

Fábio Medina Osório vê a finalidade da sanção administrativa como o elemento central do seu conceito, aduzindo, entretanto, que não se pode conceituar sanção administrativa como uma medida com caráter ou finalidade puramente repressiva, nem tampouco afastar a finalidade disciplinar – a qual pode caracterizar a sanção administrativa, mas não é imprescindível a ela.

Comenta que

O elemento punitivo inerente às sanções administrativas não se projeta de modo uniforme ou único na vida social, eis o ponto que gostaria de enfatizar insistentemente, ponto do qual decorre, ou pode decorrer, uma série de consequências notáveis, ainda que sutis. Igual fenômeno (falta de uniformidade de objetivos das diversas sanções previstas aos múltiplos ilícitos criminais), todavia, ocorre no campo penalístico, em que as finalidades ou os objetivos das sanções penais não são idênticas em todos os casos, estando dependentes, em boa medida, de políticas legislativas, judiciárias ou até executivas.<sup>31</sup>

Conclui, no entanto, que as peculiaridades quanto à finalidade (punitiva) das sanções administrativas acaba ensejando problemas no momento de enquadrar ou

---

<sup>29</sup> FERREIRA, Daniel. **Sanções administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001. 207 p. (Coleção Temas de Direito Administrativo ; v. 4). p. 30

<sup>30</sup> Ibid. p. 44.

<sup>31</sup> Ibid. p. 104.

não uma medida como sanção administrativa e isso gera consequências a respeito do regime jurídico aplicável.

Noutra ponta estão as conclusões de Regis Fernandes de Oliveira<sup>32</sup>, o qual diferencia as finalidades com base no tipo de sanção:

As penas de polícia tem caráter de infligência de castigo, para que o exemplo do infrator não seja seguido (meramente punitivas). As disciplinares têm caráter de manutenção e reintegração das condições de ordem em relação particular de autoridade.

As sanções fiscais têm natureza ressarcitória se a reposição se dirige a uma despesa que o Estado tenha tido pelo não recolhimento do tributo ou pelo recolhimento atrasado, e são de natureza punitiva ou retributiva, quando o objetivo, além do montante, visa infligir um gravame ao contribuinte ou responsável.

As multas moratórias são graduadas em função do tempo, enquanto a multa fixada sem graduação em função do tempo seria punitiva. [...]

Ainda, traz-se as considerações de Rafael Munhoz de Mello<sup>33</sup>, o qual reconhece a sanção como medida aflitiva – como o fez Fábio Medina Osório –, isto é, uma consequência negativa imposta ao infrator de um dever jurídico, limitando-a, já que essa medida aflitiva não pode consistir em privação da liberdade do infrator<sup>34</sup>.

Rafael Munhoz de Mello aborda ainda uma relevante classificação das sanções administrativas, entre (a) as sanções que consistem em medidas aflitivas de caráter retributivo e (b) as sanções que consistem em medidas aflitivas de caráter ressarcitório. Segundo o autor, a primeira esgota-se na imposição de um mal ao infrator, simplesmente retributiva e sem pretensão de ressarcimento ou restauração ao *status quo ante*, sem, contudo, perder a finalidade preventiva: “pune-se para prevenir a ocorrência de novas infrações, desestimulando a prática de comportamentos tipificados como ilícitos”. Já a ressarcitória vai além da imposição de castigo ao infrator, mas altera a situação de fato existente, por meio da reparação do dano<sup>35</sup>.

Vai além, afirmando que a sanção retributiva é a típica sanção estatal, portanto, com as funções primordiais de impor um mal ao infrator e desestimular o

<sup>32</sup> OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Infrações e Sanções Administrativas** / Regis Fernandes de Oliveira. - 2. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 92-93.

<sup>33</sup> MELLO, Rafael Munhoz de. Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 72-73.

<sup>34</sup> Isso ocorre, segundo o autor, porque “Em nosso ordenamento jurídico é vedada a decretação de prisão por autoridade administrativa, à luz do disposto no inciso LXI do art. 5º da Constituição Federal. Tal dispositivo reza que a prisão só pode ser determinada pela ‘autoridade judiciária competente’.” (Ibid. p. 73).

<sup>35</sup> Ibid., p. 77-78.

comportamento (punitiva e preventiva), embora existam autores que consideram que somente esta estaria no campo da sanção administrativa, afastando as de caráter ressarcitório.

Assim, pode-se concluir que predominam nas sanções administrativas a função retributiva - um castigo imposto pela Administração Pública ao administrado, em função do descumprimento de um dever jurídico imposto – e a função preventiva – a Administração sanciona o administrado para prevenir a prática de condutas ilícitas pelo sancionado e pelos demais administrados. Não se pode deixar de apontar, por fim, que as sanções são também uma forma de proteger a própria ordem jurídica e, mais ainda, o prestígio da Administração Pública.

Procede-se à análise das espécies de sanção administrativa previstas no ordenamento jurídico brasileiro.

## 2.4 ESPÉCIES DE SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

Conforme visto, a inexistência de uma legislação una para regulamentar o processo administrativo brasileiro, faz coexistir no ordenamento jurídico diversas espécies e formas de sanção administrativa para respectivas ações e infrações bastante distintas, cada qual regulada em instrumento normativo diverso. Em razão disso, a enumeração de todas as espécies de sanções administrativas certamente mostra-se tarefa árdua e passível de inúmeras falhas. Por isso, neste tópico, abordar-se-á apenas algumas das modalidades mais conhecidas de sanção, extraídas de legislações distintas, e que muitas vezes são aproveitadas concomitantemente por diferentes ramos da Administração Pública.

Da Lei 8.666/1993 (Lei de Licitações), extrai-se as seguintes espécies de sanção:

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:  
I - advertência;  
II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;  
III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;  
IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

A Lei 9.605/1998 (Lei dos Crimes Ambientais), por sua vez, enumera outras hipóteses:

Art. 72. As infrações administrativas são punidas com as seguintes sanções, observado o disposto no art. 6º:

I - advertência;

II - multa simples;

III - multa diária;

IV - apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração;

V - destruição ou inutilização do produto;

VI - suspensão de venda e fabricação do produto;

VII - embargo de obra ou atividade;

VIII - demolição de obra;

IX - suspensão parcial ou total de atividades;

X – (VETADO)

XI - restritiva de direitos.

Ainda, da Lei 8.112/1990 (Lei dos Servidores Públicos Federais), colhem-se as seguintes sanções disciplinares<sup>36</sup>:

Art. 127. São penalidades disciplinares:

I - advertência;

II - suspensão;

III - demissão;

IV - cassação de aposentadoria ou disponibilidade;

V - destituição de cargo em comissão;

VI - destituição de função comissionada.

Da mesma forma, a Lei 12.529/2011 (Lei Antitruste), que regula as atividades do CADE, prevê outras:

Art. 37. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

I - no caso de empresa, multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação;

II - no caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais);

III - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa, no caso previsto no inciso I do caput deste artigo, ou às pessoas jurídicas ou entidades, nos casos previstos no inciso II do caput deste artigo.

---

<sup>36</sup> Não se pode deixar de mencionar, entretanto, que há controvérsia doutrinária considerável a respeito do enquadramento das sanções disciplinares como sanções administrativas. Nesse sentido, OSÓRIO (2019) entende que certamente se tratam de espécies de sanções administrativas, embora tenham peculiaridades próprias, seja porque não há outro lugar adequado para abrigá-las, seja porque o regime jurídico advém do Direito Administrativo em sua vertente sancionatória ou punitiva.

Art. 38. Sem prejuízo das penas cominadas no art. 37 desta Lei, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente:

I - a publicação, em meia página e a expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por 2 (dois) dias seguidos, de 1 (uma) a 3 (três) semanas consecutivas;

II - a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, na administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, bem como em entidades da administração indireta, por prazo não inferior a 5 (cinco) anos;

III - a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor;

IV - a recomendação aos órgãos públicos competentes para que:

a) seja concedida licença compulsória de direito de propriedade intelectual de titularidade do infrator, quando a infração estiver relacionada ao uso desse direito;

b) não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos;

V - a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade;

VI - a proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até 5 (cinco) anos; e

VII - qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

Nota-se que as legislações esparsas no âmbito administrativo fixam, cada qual, diversas espécies de sanção aplicáveis nos respectivos processos administrativos, criando verdadeiro cardápio de opções. Isso se dá em função de uma peculiaridade do Direito Administrativo Sancionador, no qual é possível a utilização de técnicas distintas na fixação das sanções, isto é, pode-se atribuir direta e individualmente uma sanção a cada infração<sup>37</sup>

Em análise perfunctória dos dispositivos, pode-se perceber que as sanções são usualmente tipificadas de acordo com uma “ordem de gravidade” adotada pelo legislador – à exceção das sanções do CADE, cujas especificidades a distanciam da regra geral –, de modo que devem ser aplicadas de acordo com o caso concreto. Não se pode ter certeza se tratar de ordem de preferência, mas pode ser vista como uma estratégia válida para guiar o administrador no momento de escolha da sanção a ser aplicada na hipótese.

Esse panorama, acrescido à eventual possibilidade de a Administração Pública aplicar sanções não previstas em lei, pode ensejar decisões não só contraditórias, como inequânimes entre os administrados.

---

<sup>37</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. - 6. ed. rev. e atual. - São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 274.

Incumbe, portanto, aos intérpretes da norma – no caso, os administradores responsáveis por conduzir o processo administrativo sancionador – adentrar às hipóteses com base na proporcionalidade, sempre atendendo ao princípio do devido processo legal e analisando as peculiaridades do caso concreto.

Conclui-se, portanto, que a diversidade de sanções administrativas na legislação é fruto da existência de diversos microssistemas legais no direito administrativo. Destaca-se, por fim, a característica marcante de que as legislações administrativas costumam prever um “rol de sanções” que podem/devem ser aplicadas a toda e qualquer infração administrativa no respectivo âmbito – diferentemente da esfera penal, na qual a cada infração corresponde uma sanção respectiva – sendo que o administrador deve atentar às peculiaridades do caso concreto para fazer a escolha.

## 2.5 O PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Neste tópico, abordar-se-á o meio (instrumento) de aplicação das sanções administrativas, qual seja, o processo administrativo sancionador propriamente dito e suas peculiaridades.

Nos termos do brevemente já adiantado acima, há, no âmbito da doutrina administrativista, uma relevante discussão em voga, a respeito da possibilidade/necessidade de aplicação dos princípios constitucionais do Direito Penal ao Direito e ao Processo Administrativo Sancionador.

A controvérsia certamente ainda não foi encerrada e a cada dia surgem novas obras a respeito da temática. Em função disso, aproveita-se o presente tópico para apresentar relevantes lições da doutrina especializada sobre o assunto.

Nas palavras de Gustavo Binjenbojm<sup>38</sup>:

Toda atividade administrativa deve observância, primeira e precipuamente, aos princípios e regras constitucionais. Como já afirmei, a Constituição representa o cerne da vinculação administrativa à juridicidade. O mesmo se passa em relação ao exercício de poder punitivo pela Administração Pública. Aliás, essa é uma das searas em que o grau de impregnação constitucional é dos mais intensos. E há razão para tanto. Ao sancionar os particulares, a Administração lhes impõe gravame que afeta de forma severa a sua esfera de direitos fundamentais. Daí a importância de se reconduzir essa atividade

---

<sup>38</sup> BINENBOJM, Gustavo. “O direito administrativo sancionador e o estatuto constitucional do poder punitivo estatal possibilidades, limites e aspectos controvertidos da regulação do setor de revenda de combustíveis”. In: Revista de Direito da Procuradoria Geral. Rio de Janeiro. (EDIÇÃO ESPECIAL): Administração Pública, Risco e Segurança Jurídica. pp. 468-491. 2014. p. 468.

repressiva à lógica garantística da Constituição, da qual se extrai um robusto sistema de princípios e regras voltados à proteção dos administrados contra o exercício arbitrário do poder punitivo estatal.

Nesse sentido, ainda de acordo com o autor<sup>39</sup>, seriam aplicáveis ao Direito Administrativo Sancionador:

- a) as cláusulas do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIII, LIV e LV)<sup>40</sup>;
- b) o princípio da legalidade, sob o viés da tipicidade (arts. 5º, II e XXXIX, e 37, *caput*)<sup>41</sup>;
- c) os princípios da segurança jurídica e da irretroatividade (art. 5º, *caput*, XXXIX e XL)<sup>42</sup>;
- d) os princípios da culpabilidade e da pessoalidade da pena (art. 5º, XLV)<sup>43</sup>;
- e) o princípio da individualização da sanção (art. 5º, XLVI)<sup>44</sup>;
- f) os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (arts. 1º e 5º, LIV)<sup>45</sup>.

O autor Rafael Munhoz de Mello<sup>46</sup> faz a ressalva, entretanto, que não se tratam de “princípios de direito penal”, mas do regime jurídico punitivo, corolários do próprio Estado de Direito, de modo que sequer precisariam de previsão expressa na Constituição. É por isso, segundo ele, que o fato de os dispositivos se referirem a

<sup>39</sup> Ibid. p. 470.

<sup>40</sup> Art. 5º (...) LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;  
Art. 5º (...) LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;  
Art. 5º (...) LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

<sup>41</sup> Art. 5º (...) II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Art. 5º (...) XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;  
Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

<sup>42</sup> Art. 5º. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

Art. 5º (...) XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;  
Art. 5º (...) XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

<sup>43</sup> Art. 5º (...) XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

<sup>44</sup> Art. 5º (...) XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos;

<sup>45</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

Art. 5º (...) LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

<sup>46</sup> MELLO, Rafael Munhoz de. Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 104.

termos como “pena” e “crime” – próprios do sistema penal acusatório – não é suficiente para limitar sua aplicação no processo administrativo sancionador.

Assim, partindo da premissa que a orientação estatal no âmbito do Direito Administrativo Sancionador deve pautar-se sempre pela observância aos princípios e às garantias constitucionais, passa-se à análise do processo administrativo sancionador, em si.

De pronto, não se poderia adentrar na matéria sem antes tecer conciso apanhado a respeito da terminologia usualmente adotada (“processo”) – inclusive na Lei 9.784/1999, que regula o “processo administrativo” no âmbito federal, conforme se verá em seguida –, em contrapartida ao “procedimento”, defendido por alguns juristas.

Para tanto, apoia-se na doutrina de Irene Nohara e Tiago Marrara<sup>47</sup>, os quais lecionam, em síntese, que processo normalmente é visto na acepção jurisdicional, o que seria incompatível com a função (meramente) administrativa exercida pela Administração. Entendem, no entanto, que se pode utilizar o termo “processo” em sentido desvinculado com o restrito exercício das funções típicas do Poder Judiciário, até porque a Constituição fala em processo legislativo e processo administrativo, sendo que, neste último caso, há ainda maiores afinidades com o exercício da jurisdição.

A dupla de juristas vai além, afirmando que “muito embora o processo sempre envolva procedimento, os juristas que participaram da criação da LPA [Lei do Processo Administrativo] deliberaram não exigir que se seguisse procedimento rigoroso tendo em vista sua aplicação às variadas manifestações do desempenho da função administrativa”<sup>48</sup>

No mesmo sentido, extrai-se as considerações de Maria Sylvia Di Pietro<sup>49</sup>, segundo a qual a Lei 9.784/1999 “regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública federal, sem estabelecer qualquer procedimento a ser rigorosamente seguido nos processos administrativos em geral”<sup>50</sup>.

---

<sup>47</sup> NOHARA, Irene Patrícia. Processo administrativo : Lei nº 9.784/99 comentada / Irene Patrícia Nohara, Tiago Marrara. - São Paulo : Atlas, 2009. p. 20-23.

<sup>48</sup> Ibid. p. 23.

<sup>49</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Direito administrativo. – 32. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 797.

<sup>50</sup> Para além, a doutrinadora tece digressões a respeito da diferenciação entre processo e procedimento, cujas lições entende-se pertinente colacionar. “Não se confunde processo com procedimento. O primeiro existe sempre como instrumento indispensável para o exercício de função administrativa; tudo o que a Administração Pública faz, operações materiais ou atos jurídicos, fica documentado em um processo; cada vez que ela for tomar uma decisão, executar uma obra,

Carlos Ari Sunfeld, conforme explicado por Irene Nohara, por sua vez, defende o uso do termo procedimento, sendo contrário à utilização indiscriminada da expressão processo administrativo, porque, entre outros motivos, a noção poderia sugerir a ideia de que decisões administrativas nele prolatadas, sejam tomadas como definitivas, gerando confusões correntes como o equívoco de se apor carimbo do trânsito em julgado em decisões de processos administrativos desenvolvidos perante ao Judiciário, em função administrativa<sup>51</sup>. Isto é, na sua acepção, o uso do termo “processo” geraria uma equivocada vinculação ao processo judicial, o que se pretende evitar.

De qualquer forma, repita-se, o presente trabalho não pretende a adoção de posicionamento em todas as controvérsias atuais no âmbito administrativista, mas apenas pontuar aquelas que se mostram mais relevantes para a melhor compreensão do tema.

Procede-se ao estudo perfunctório da legislação que rege o Processo Administrativo Sancionador.

Como é consabido, não existe uma lei nacional que oriente o processo administrativo (de forma geral), ou seja, uma lei válida para toda a atividade administrativa em todos os entes da federação. Atualmente, o que existe é a Lei 9.784/1999, conhecida como a “Lei do Processo Administrativo Federal”, a qual “estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração” (art. 1º).

---

celebrar um contrato, editar um regulamento, o ato final é sempre precedido de uma série de atos materiais ou jurídicos, consistentes em estudos, pareceres, informações, laudos, audiências, enfim, tudo o que for necessário para instruir, preparar e fundamentar o ato final objetivado pela Administração. O procedimento é o conjunto de formalidades que devem ser observadas para a prática de certos atos administrativos; equivale a rito, a forma de proceder; o procedimento se desenvolve dentro de um processo administrativo. Nem sempre a lei estabelece procedimentos a serem observados necessariamente pela Administração; nesse caso, ela é livre na escolha da forma de atingir os seus objetivos, o que normalmente ocorre quando se trata de fase interna de desenvolvimento do processo, não atingindo direitos dos administrados. Em outras hipóteses, a lei estabelece uma sucessão de atos preparatórios que devem obrigatoriamente preceder a prática do ato final; nesse caso, existe o procedimento, cuja inobservância gera a ilegalidade do ato da Administração. Em regra, o procedimento é imposto com maior rigidez quando esteja envolvido não só o interesse público, mas também os direitos dos administrados, como ocorre na licitação, nos concursos públicos, nos processos disciplinares. (Ibid. p. 797)

<sup>51</sup> Irene Nohara e Tiago Marrara fazem, neste tópico, referência obra de Carlos Ari Sunfeld, intitulada “A importância do procedimento administrativo” (Irene Nohara *apud* SUNDFELD, Carlos Ari Sunfeld, A importância do procedimento administrativo. Revista de Direito Público, São Paulo, ano XXIX, no 84, p. 64-80, out./dez. 1987).

Para Irene Nohara e Tiago Marrara, a expressão “normas básicas” não pode ser confundida com as “normas gerais” fixadas na Constituição como de competência exclusiva da União<sup>52</sup>. Portanto, entendem que a Carta Magna, “no caso de processo administrativo, não fixa competência legislativa privativa da União, mas permite que cada ente crie seu regramento básico ou essencial, tendo em vista sua autonomia”.

Já Maria Sylvia Di Pietro<sup>53</sup>, entende que

a lei não se limitou a estabelecer normas sobre processo; se fosse o caso, a Lei poderia ser considerada de âmbito federal apenas. Ocorre que ela não se limitou a isso. O seu principal objetivo foi o de dar aplicação a princípios constitucionais pertinentes aos direitos do cidadão perante a Administração Pública. Ora, quando se fala em princípios constitucionais e em direitos do cidadão, entra-se na esfera de temas de interesse nacional e, portanto, de competência da União.

Não olvida, contudo, a possibilidade de que Estados e Municípios legislem sobre a mesma matéria, aplicando de forma subsidiária a Lei Federal.

Dessa forma, muitas vezes, na ausência de previsão específica, a aplicação da referida Lei Federal é estendida para outras esferas, inclusive fora do âmbito federal – nos Estados e Municípios –, de forma supletiva (ou subsidiária, nos termos da legislação<sup>54</sup>).

Em razão disso, o legislador optou pela criação de dispositivos com cláusulas abertas, que poderiam ser mais facilmente aplicados noutros âmbitos e esferas, sem maiores complicações<sup>55</sup>.

Ainda assim, apesar de prever direitos e deveres dos administrados, a referida normatização não guarda um capítulo para abordar o processo administrativo

---

<sup>52</sup> Por exemplo, a disposição do Art. 22. (“Compete privativamente à União legislar sobre:”), inciso XXVII “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III”);

<sup>53</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. - 32. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 799.

<sup>54</sup> No capítulo XVIII “Das Disposições Finais”, o Art. 69. dispõe que “Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei”.

<sup>55</sup> Nessa senda, cita-se novamente a doutrina de Irene Nohara e Tiago Marrara, os quais afirmam que “agiram bem os juristas que elaboraram o anteprojeto da lei ao criarem, na medida do possível, cláusulas abertas. Não se pretendeu elaborar uma lei muito fechada, isto é, uma lei que tratasse o administrador “feito robô”, que obedece a comandos precisos, por dois motivos: (1) como a LPA é de aplicação muito abrangente, os seus dispositivos deveriam ter abertura suficiente para abarcar múltiplos procedimentos de variados órgãos federais da Administração Direta e Indireta, que não tivessem regulamentação específica; e (2) para que a lei alcançasse uma relativa perenidade, pois só assim seria passível de adequação à dinâmica social, sem a necessidade de ser alvo de frequentes alterações.” (NOHARA, Irene Patrícia. Processo administrativo : Lei nº 9.784/99 comentada / Irene Patrícia Nohara, Thiago Marrara. - São Paulo : Atlas, 2009. p. 27).

sancionador, apresentando apenas alguns dispositivos a respeito do assunto, dos quais se destaca, primeiramente, a previsão do art. 2º<sup>56</sup>, que prevê critérios que devem ser observados pela Administração Pública no processo administrativo, destacando-se a ampla defesa e o contraditório, a vinculação das sanções ao interesse público e, mais ainda, a expressa “garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio;”

Por outro lado, como já abordado acima, diversas legislações esparsas trazem dispositivos para regular o processo administrativo sancionador, seja ao fixarem as sanções administrativas, seja quando optam por prever outras situações específicas.

Como exemplo, menciona-se a Lei 8.666/1993 (Lei de Licitações), a qual dedica um capítulo para os “Recursos Administrativos” (Capítulo V – art. 109<sup>57</sup>), que

---

<sup>56</sup> Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

- I - atuação conforme a lei e o Direito;
- II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;
- III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;
- IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;
- V - divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição;
- VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;
- VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;
- VIII – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;
- IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados;
- X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio;
- XI - proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei;
- XII - impulso, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados;
- XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

<sup>57</sup> Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:

- I - recurso, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de:
  - a) habilitação ou inabilitação do licitante;
  - b) julgamento das propostas;
  - c) anulação ou revogação da licitação;
  - d) indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento;
  - e) rescisão do contrato, a que se refere o inciso I do art. 79 desta Lei;
  - f) aplicação das penas de advertência, suspensão temporária ou de multa;
- II - representação, no prazo de 5 (cinco) dias úteis da intimação da decisão relacionada com o objeto da licitação ou do contrato, de que não caiba recurso hierárquico;

dispõe três “modalidades” de impugnação (recurso, representação e pedido de reconsideração), prevendo inclusive prazos e atos processuais específicos. O mesmo ocorre noutras leis extravagantes<sup>58</sup>. Essas regras – que podem ser consideradas procedimentais –, devem ser observadas sempre que houver um processo administrativo no âmbito respectivo, sem olvidar, repita-se, o respeito à ordem constitucional vigente.

Assim, de acordo com o exposto, pode-se concluir que o processo administrativo sancionador não possui regulação específica, embora tenha seus limites expressos tanto na Constituição Federal, quanto na Lei do Processo Administrativo Federal (de aplicação subsidiária nos demais entes), de cuja sistemática pode-se extrair sobretudo a garantia dos direitos dos administrados-acusados, ou melhor dizendo, àqueles sujeitos a um procedimento que pode acarretar na aplicação de uma sanção.

O processo deve sempre garantir impreterivelmente a ampla defesa e o contraditório, garantindo-se a produção de provas e a interposição de recurso, atuando-se sempre pautado na lei e no Direito (ou seja, no ordenamento jurídico, de forma geral), sem deixar de lado, todavia, a observância das previsões específicas procedimentais de cada legislação respectiva, quando houver.

---

III - pedido de reconsideração, de decisão de Ministro de Estado, ou Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, na hipótese do § 4º do art. 87 desta Lei, no prazo de 10 (dez) dias úteis da intimação do ato.

§ 1º A intimação dos atos referidos no inciso I, alíneas "a", "b", "c" e "e", deste artigo, excluídos os relativos a advertência e multa de mora, e no inciso III, será feita mediante publicação na imprensa oficial, salvo para os casos previstos nas alíneas "a" e "b", se presentes os prepostos dos licitantes no ato em que foi adotada a decisão, quando poderá ser feita por comunicação direta aos interessados e lavrada em ata.

§ 2º O recurso previsto nas alíneas "a" e "b" do inciso I deste artigo terá efeito suspensivo, podendo a autoridade competente, motivadamente e presentes razões de interesse público, atribuir ao recurso interposto eficácia suspensiva aos demais recursos.

§ 3º Interposto, o recurso será comunicado aos demais licitantes, que poderão impugná-lo no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

§ 4º O recurso será dirigido à autoridade superior, por intermédio da que praticou o ato recorrido, a qual poderá reconsiderar sua decisão, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, ou, nesse mesmo prazo, fazê-lo subir, devidamente informado, devendo, neste caso, a decisão ser proferida dentro do prazo de 5 (cinco) dias úteis, contado do recebimento do recurso, sob pena de responsabilidade.

§ 5º Nenhum prazo de recurso, representação ou pedido de reconsideração se inicia ou corre sem que os autos do processo estejam com vista franqueada ao interessado.

§ 6º Em se tratando de licitações efetuadas na modalidade de "carta convite" os prazos estabelecidos nos incisos I e II e no parágrafo 3º deste artigo serão de dois dias úteis.

<sup>58</sup> Menciona-se, para fins exemplificativos, também a Lei 9.605/1998 (Lei dos Crimes Ambientais) e a Lei 8.112/1990 (Lei dos Servidores Públicos Federais), que também trazem regras específicas a respeito dos respectivos processos administrativos que visam a apurar infrações e aplicar sanções.

Vale frisar, a posição de José Sérgio da Silva Cristóvam, no sentido de que a penalidade administrativa, quando imposta desamparada da devida motivação ou não precedida de regular procedimento administrativo de apuração, respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa, mostra-se flagrantemente inconstitucional, porquanto atentatória ao art. 5º, LIV e LV, da Constituição de 1988<sup>59</sup>.

Entretanto, não obstante a obrigatoriedade de respeito à ordem constitucional, verifica-se que a multiplicidade de regras procedimentais específicas torna a atuação administrativa – sobretudo na esfera sancionadora – tarefa demasiadamente árdua e passível de empecilhos, de modo que, ao menos ao ver desta autora, pode-se mostrar interessante a criação de uma legislação específica, de aplicação nacional, para regular (normas gerais, nos termos da Carta Magna) o processo administrativo sancionador, respeitando-se, contudo, certo grau de flexibilidade e discricionariedade que é inerente à atuação da Administração.

---

<sup>59</sup> CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Elementos de Direito Administrativo**. - 5. ed. rev. atual. e ampl. - Florianópolis. 2018. p. 32-33.

### **3 CONSENSUALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

#### **3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Conforme explorado no capítulo anterior, a Administração Pública apresenta, na sua faceta sancionadora, o poder-dever de exigir determinados comportamentos dos seus administrados, sob pena de aplicar-lhes uma sanção. Essa sanção, chamada sanção administrativa, apesar de guardar semelhanças com a sanção penal — a sanção “por excelência” — possui características e peculiaridades que foram abordadas no presente trabalho. Destaca-se a necessidade de se atender ao princípio da legalidade, tanto no estabelecimento das infrações, quanto das sanções respectivas — embora haja divergência doutrinária no ponto.

Nessa linha, o processo administrativo sancionador deve obedecer aos princípios de Direito Administrativo e, mais ainda, os princípios constitucionais que orientam o ordenamento jurídico. No entanto, a falta de uma legislação comum, aplicável a todos os entes administrativos, acaba por instaurar um cenário de insegurança jurídica, tendo em vista que, em cada âmbito de processo administrativo sancionador, existem procedimentos distintos, com infrações e sanções igualmente distintas.

Feito este breve resgate, o trabalho prossegue com o estudo da Administração Pública consensual. Passar-se-á, portanto, pelo conceito de consensualidade, por seus pressupostos teóricos, pelas tendências dessa nova forma de atuação administrativa, bem como por uma breve análise dos instrumentos previstos na legislação pátria. Ao fim, concluir-se-á se existe (ou não) um modelo de consensualidade administrativa no ordenamento jurídico brasileiro.

#### **3.2 CONCEITO**

A consensualidade, em sentido amplo, caracteriza-se como “qualquer forma de acordo de vontades da Administração Pública, abrangendo indistintamente

acordos judiciais, acordos intragovernamentais e os contratos administrativos em geral”<sup>60</sup>.

Como visto, além dos acordos propriamente ditos, reconhece-se a consensualidade também no âmbito dos contratos administrativos. Para Hely Lopes Meirelles, o contrato administrativo é sempre consensual e isso ocorre “porque consubstancia um acordo de vontades, e não um ato unilateral e impositivo da Administração”<sup>61</sup>. É o entendimento seguido também por Reinaldo Couto<sup>62</sup>.

Nesse caminho, José Luiz de Moura Faleiros Júnior<sup>63</sup> aponta dois ângulos na noção de consensualidade:

O primeiro é inerente ao conceito de participação popular nas decisões estatais e na gestão estatal como forma de união dos cidadãos na realização de funções públicas. Já pelo segundo, tem-se a implementação de uma técnica de tomada de decisões voltada à eliminação ou ao menos à mitigação dos conflitos entre a Administração e os administrados.

Em outras palavras, a técnica consensual pode ser vista tanto do ponto de vista do administrado, enquanto participante da gestão estatal, quanto da atuação da Administração, na hipótese de conflitos com aqueles.

Em sentido restrito, por sua vez, Juliana Bonacorsi de Palma conceitua a consensualidade como a “técnica de gestão administrativa por meio da qual acordos entre Administração Pública e administrado são firmados com vista à terminação consensual do processo administrativo pela negociação do exercício do poder de autoridade estatal”<sup>64</sup>.

No mesmo sentido, a atuação administrativa consensual é tida como a “ação da Administração Pública por meio de acordos em sentido amplo, seja na esfera administrativa ou judicial, seja entre Administração Pública e administrado ou exclusivamente no âmbito do Poder Público”<sup>65</sup>.

---

<sup>60</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. Sanção e acordo na Administração Pública. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 111.

<sup>61</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

<sup>62</sup> COUTO, Reinaldo. Curso de direito administrativo / Reinaldo Couto. – 3. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019. p. 577.

<sup>63</sup> FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. “A Administração Pública consensual: novo paradigma de participação dos cidadãos na formação das decisões estatais”. In: Revista Digital de Direito Administrativo, vol. 4, n. 2. pp. 69-90, 2017. p. 79.

<sup>64</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. Sanção e acordo na Administração Pública. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 111.

<sup>65</sup> Ibid. p. 111.

É essa noção de consensualidade administrativa que orienta o presente trabalho, com o fito de analisar a (im)possibilidade da atuação administrativa consensual no âmbito do processo administrativo sancionador.

Com essas considerações em mente, passa-se ao exame dos pressupostos teóricos do modelo de consensualidade administrativa.

Para tanto, adotar-se-á como referencial teórico a obra de Juliana Bonacorsi de Palma, a qual elenca três pressupostos da consensualidade na Administração Pública: a eficiência, a participação administrativa e a governança pública<sup>66</sup>.

### 3.3 PRESSUPOSTOS TEÓRICOS

#### 3.3.1 Eficiência

A respeito do primeiro pressuposto — eficiência administrativa — a autora apresenta uma dificuldade inicial, qual seja, conceituar “eficiência”, tendo em vista que se trata de conceito jurídico indeterminado, com multiplicidade de significados<sup>67</sup>.

O princípio da eficiência foi positivado na Constituição Federal, em seu art. 37, o qual enuncia os princípios que devem ser obedecidos pela administração pública<sup>68</sup>. Desde então, muito se discute a respeito da adequada conceituação do referido termo, havendo diversas obras de relevo que se dedicam ao estudo do instituto.

Para Irene Nohara, contudo, a positivação “não representou uma grande novidade na medida em que ela era estudada como dever específico nas atribuições do administrador”<sup>69</sup>. Ou seja, já era tida como um dever funcional, antes mesmo de constar como princípio explícito na Carta Magna.

Ciente das dificuldades, passa-se a sintetizar possíveis enunciações do conceito de eficiência elaborados pela doutrina especializada.

---

<sup>66</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. Sanção e acordo na Administração Pública. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 119.

<sup>67</sup> Ibid. p. 120.

<sup>68</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

<sup>69</sup> NOHARA, Irene Patrícia Direito administrativo / Irene Patrícia Nohara. – 7. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017. p. 91.

Ainda de acordo com Irene Nohara, a eficiência “impõe ao agente público um modo de atuar que produza resultados favoráveis à consecução dos fins que cabe ao Estado alcançar”<sup>70</sup>. Vai além, afirmando que

a ideia de eficiência administrativa não deve se pautar apenas no aproveitamento de meios e recursos colocados à disposição dos agentes públicos; deve também abranger a relação dos meios utilizados e dos resultados obtidos em face das necessidades públicas existentes.<sup>71</sup>

Juliana Bonacorsi de Palma, a seu turno, aponta a existência de três relevantes interpretações para a eficiência<sup>72</sup>:

- a) eficiência como sinônimo de “boa administração”;
- b) eficiência como comando de otimização das decisões administrativas;
- c) eficiência como dever de escolha do meio mais adequado para determinar decisões eficientes ao caso concreto.

Em resumo, a primeira consiste no dever de “boa administração” que orienta o Poder Público. A segunda, mais difundida no direito administrativo brasileiro, “força o incremento da qualidade da decisão tomada pela Administração Pública, fazendo-a mais consentânea com o interesse público que visa a tutelar”<sup>73</sup>, incluindo aspectos como, por exemplo, a celeridade. Por fim, para a terceira, as decisões administrativas devem ser tomadas após ponderação dos meios disponíveis, escolhendo-se a mais adequada para a mais eficiente no caso concreto, com base no utilitarismo e na proporcionalidade<sup>74</sup>.

Assim, os meios consensuais podem ser vistos como uma nova alternativa ao gestor público, a qual pode/deve ser considerada quando da escolha do instrumento mais adequado para determinar decisões administrativas.

Juliana Bonacorsi de Palma, citando José Manuel Sérvulo Correia, conclui que a consensualidade “inaugura um terceiro critério de determinação da decisão administrativa eficiente: a escolha do meio pelos efeitos”<sup>75</sup>.

Para tanto, deve considerar que:

---

<sup>70</sup> Ibid. p. 91.

<sup>71</sup> Ibid. p. 92.

<sup>72</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 120.

<sup>73</sup> Ibid. p. 120.

<sup>74</sup> Ibid. p. 121-122.

<sup>75</sup> Juliana Bonacorsi de Palma *apud* José Manuel Sérvulo Correia, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra, Livraria Almedina, 2003, p. 312.

a consensualidade gera, a princípio, outra ordem de efeitos<sup>76</sup>, compreendidos no elogio ao consenso: eficácia da decisão administrativa, freio à judicialização da decisão administrativa, possibilidade de haver decisões mais proporcionais ao potencial gravame, paridade entre Administração Pública e administrado, economia de tempo e de custos e adequação às especificidades setoriais e do caso concreto. Se a Administração Pública buscar aproximar o administrado de suas decisões, então, o ato consensual será preferido. No entanto, se a proposta for afirmar a autoridade estatal, a sanção administrativa apresenta-se como o meio mais adequado para tanto<sup>77</sup>.

Em outras palavras, o administrador deve, com base no princípio da eficiência, analisar os efeitos do ato consensual e compará-los com os efeitos da sanção administrativa para, dessa maneira, decidir pelo que melhor se aplica no caso concreto, para assim tomar a decisão administrativa mais adequada.

### **3.3.2 Participação administrativa (ou deliberativa)**

O segundo pressuposto da consensualidade na Administração Pública é a participação administrativa, “na medida em que a celebração dos acordos se procede pelo acordo de vontades após negociação de prerrogativas entre Administração e administrado”<sup>78</sup>.

Para Maria Sylvia Di Pietro, a participação popular diz respeito à colaboração do particular com a Administração Pública no desempenho de suas funções<sup>79</sup>.

A autora administrativista elenca três momentos de participação popular na Administração Pública.

Em síntese, no Estado Liberal de Direito, a participação do particular se dava primordialmente mediante delegação do poder público para o exercício de determinados serviços públicos<sup>80</sup>. No Estado Social de Direito, por sua vez, a colaboração essencial do particular limitava-se às atividades paraestatais, as quais se encontram numa zona intermediária entre a atividade privada e o serviço público<sup>81</sup>.

---

<sup>76</sup> A autora enumera como principais efeitos da sanção administrativa: repressão do infrator, recomposição da legalidade, prevenção de infrações pelo efeito simbólico que gera à sociedade, persuasão nos acordos administrativos e, no âmbito regulatório, à afirmação do regulador perante o regulado (PALMA, Juliana Bonacorsi de. Sanção e acordo na Administração Pública. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 128).

<sup>77</sup> Ibid. p. 128.

<sup>78</sup> Ibid. p. 129.

<sup>79</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação Popular na Administração Pública. In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro 191, jan./mar. 1993, pp. 26-39. p. 26.

<sup>80</sup> Ibid. p. 27.

<sup>81</sup> Ibid. p. 31-32.

Por fim, no Estado Democrático de Direito, há “atuação do particular diretamente na gestão e no controle da Administração Pública”<sup>82</sup>.

Esta última fase trata-se de um período marcado pela aproximação entre o Estado e a sociedade, por meio da participação do próprio cidadão na Administração Pública, seja de forma direta (direito de ser ouvido e enquetes), seja de forma indireta (participação popular em órgãos de consulta ou de decisão, por meio do *ombudsman* — representante — ou pela via do Poder Judiciário)<sup>83</sup>.

A participação popular na Administração é trabalhada também por Paulo Modesto<sup>84</sup>. Para ele, enquanto participação administrativa pode ser entendida como “todas as formas de interferência de terceiros na realização da função administrativa do Estado”<sup>85</sup>, o conceito de participação popular é mais restrito:

(...) trata-se da interferência no processo de realização da função administrativa do Estado, implementada em favor de interesses da coletividade, por cidadão nacional ou representante de grupos sociais nacionais, estes últimos enquanto legitimados a agir em nome coletivo.<sup>86</sup>

O autor elenca os instrumentos de participação, a saber: a consulta pública, a audiência pública, os colegiados públicos, a assessoria externa, a denúncia pública, a reclamação relativa ao funcionamento dos serviços públicos, a colaboração executiva, o *ombudsman* (ouvidor), a participação ou “controle social” mediante ações judiciais e fiscalização orgânica.

Juliana Bonacorsi de Palma ressalva, no entanto, que a relação entre a participação popular e a consensualidade é mais estrita, isto é, diz respeito à “participação do administrado na decisão administrativa, tradicionalmente compreendida como atividade unilateral da Administração Pública, como um pressuposto à atuação administrativa por meio de acordos”<sup>87</sup>.

Portanto, do ponto de vista da consensualidade, a participação administrativa diz respeito à possibilidade de o administrado construir com a Administração Pública

---

<sup>82</sup> Ibid. p. 33.

<sup>83</sup> Ibid. p. 34-37.

<sup>84</sup> MODESTO, Paulo. “Participação popular na Administração Pública: mecanismos de operacionalização”. In: Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, abril/maio/junho, 2005. pp. 1-10.

<sup>85</sup> Ibid. p. 2.

<sup>86</sup> Ibid. p. 2.

<sup>87</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. Sanção e acordo na Administração Pública. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 132.

o ato (administrativo) que lhe interessa, mitigando, assim, o viés autoritário da Administração.

### 3.3.3 Governança pública

Por fim, o terceiro pressuposto teórico da consensualidade elencado por Juliana Bonacorsi de Palma é a governança pública, mais precisamente, a atuação administrativa consensual como mecanismo de governança pública.

De pronto, a autora explica que a governança é “indicada como método colaborativo potencialmente capaz de sanear as falibilidades da atuação administrativa típica”<sup>88</sup>. Prossegue afirmando que se trata de construção teórica que não possui conjunto uníssono de elementos para configurá-la, de modo que a caracterização varia conforme o texto acadêmico e a postura teórica do autor<sup>89</sup>.

Conceituando Governança Pública, Gustavo Justino de Oliveira aduz que

Embora trate-se de uma expressão polissêmica, pode ser entendida como um modelo alternativo a estruturas hierarquizadas, implicando que “os Governos sejam mais eficazes em um marco de economia globalizada, atuando com capacidade máxima e garantindo e respeitando as normas e valores próprios de uma sociedade democrática.”<sup>90</sup>

A sua finalidade precípua é “alcançar a estabilidade das instituições políticas e sociais por meio do fortalecimento do Estado de Direito e do fortalecimento da sociedade civil, mediante o fomento de uma participação e de um pluralismo de dimensões múltiplas”<sup>91</sup>.

Juliana Bonacorsi de Palma enuncia alguns elementos comuns colhidos dos conceitos formulados pela doutrina, que definem a governança no direito administrativo<sup>92</sup>.

O primeiro elemento é a interdependência público-privada, que significa “considerar o administrado não como um adversário da Administração Pública, que

---

<sup>88</sup> Ibid. p. 138.

<sup>89</sup> Ibid. p. 142.

<sup>90</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de. SCHWANKA, Cristiane. A Administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 104, (jan./dez. 2009), pp. 303-322. p. 307-308.

<sup>91</sup> Ibid. p. 308.

<sup>92</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. Sanção e acordo na Administração Pública. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 142.

enseja vínculos administrativos verticalizados e relações contratuais sinalagmáticas, mas, sim, como seu colaborador”<sup>93</sup>.

O segundo elemento é a flexibilização do formalismo, segundo o qual a governança parte de um problema específico e concreto para buscar as soluções, ao invés de propor modelos teóricos abstratos. Isso confere uma maior adaptabilidade da decisão às circunstâncias do caso concreto.

O instituto foi inserido no ordenamento jurídico pátrio por meio do recente Decreto nº 9.203 de 2017, o qual dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

De acordo com o inciso II do artigo 2º do aludido Decreto, governança pública é o “conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade”<sup>94</sup>.

Conforme se extrai do “Guia da Política de Governança Pública”<sup>95</sup>, o objetivo primordial das medidas adotadas é a criação de um ambiente institucional mais favorável à implementação dos interesses da sociedade. Portanto,

(...) ter um conjunto predefinido de regras formais que favoreça a formulação e a implementação de políticas e serviços públicos que de fato atenderão às necessidades da sociedade é estabelecer uma boa governança – ou, dito de outra forma, implementar boas práticas de governança.<sup>96</sup>

Assim, a governança pública surge como um novo modelo alternativo — bastante difundido e estudado no sistema norte-americano e, agora, adotado no sistema pátrio — disposto a quebrar os paradigmas da atuação administrativa tradicional, buscando soluções por meio de acordos administrativos e com a colaboração dos administrados.

---

<sup>93</sup> Ibid. p. 143.

<sup>94</sup> BRASIL. Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017. Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Brasília, DF, nov. 2017.

<sup>95</sup> Guia da política de governança pública / Casa Civil da Presidência da República – Brasília : Casa Civil da Presidência da República, 2018. 86 p. Disponível em: <<https://www.cgu.gov.br/noticias/2018/12/governo-federal-lanca-guia-sobre-a-politica-de-governanca-publica/guia-politica-governanca-publica.pdf>>.

Apenas para fins elucidativos, o “Guia da Política de Governança Pública” é um documento emitido pelo Governo Federal, o qual “é resultado das discussões técnicas coordenadas pela Casa Civil da Presidência da República, em parceria com o Ministério da Fazenda, o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão e o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU), para a elaboração de um guia de orientação da política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. O principal objetivo é que o guia dê segurança e estabilidade à interpretação do Decreto nº 9.203, de 2017, e sirva como um referencial para a sua execução” (p. 4).

<sup>96</sup> Ibid. p. 18.

### 3.4 TENDÊNCIAS À CONSENSUALIDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO

Realizada a conceituação da consensualidade e analisados os pressupostos teóricos que a sustentam, passa-se ao estudo da consensualidade como tendência do direito administrativo na atualidade.

Para possibilitar uma análise das tendências atuais do Direito Administrativo — notadamente no que envolve a atuação consensual —, mostra-se relevante fazer um brevíssimo apanhado histórico acerca da atuação administrativa ao longo dos anos, apontando os princípios orientadores que justificam ou, melhor dizendo, justificavam a impossibilidade de a Administração Pública pautar-se na consensualidade.

Maria Sylvia Di Pietro<sup>97</sup>, discorrendo a respeito da Formação do Direito Administrativo, afirma, em síntese, que o Direito Administrativo surgiu como ramo autônomo nos fins do século XVIII e início do século XIX, resumindo-se à normas esparsas relativas ao funcionamento da própria Administração Pública. Já durante a Idade Média, época das monarquias absolutistas, “todo poder pertencia ao soberano; a sua vontade era a lei, a que obedeciam todos os cidadãos, justificadamente chamados servos ou vassallos (aqueles que se submetem à vontade de outrem)”, não restando muito espaço para o desenvolvimento do Direito Administrativo.

Na fase do Estado Moderno, surge o Estado de Direito, calcado nos princípios da legalidade e da separação dos poderes. Ou seja, visando a evitar os abusos até então sofridos no Estado Absolutista, surge o princípio da legalidade como orientador da atividade do Estado, segundo o qual “até mesmo os governantes se submetem à lei, em especial à lei fundamental que é a Constituição”<sup>98</sup>.

Desse modo, incumbia ao administrador fazer somente aquilo que estava previsto em lei — sem que restasse, portanto, espaço para a realização de acordo com os administrados.

Após, sobretudo em virtude dos períodos marcados pelas revoluções (das quais se destaca a Revolução Francesa), as contribuições do direito francês, alemão e italiano mostram-se imprescindíveis para compreender a formação do Direito

---

<sup>97</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo** / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 32. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 1.

<sup>98</sup> Ibid. p. 1.

Administrativo como ramo autônomo<sup>99</sup>, o qual possui especial relevância até os dias de hoje.

Sobre o assunto, Bruno Cunha Santos<sup>100</sup> leciona, de forma sintética, que:

(...) o início da construção do Direito Administrativo e de seu instrumental – a levar em conta o pano de fundo acima relatado – deu-se com forte apego à figura do Estado impositor, autocentrado, imperativo, forte nos poderes e prerrogativas da Administração e, com isso, alheio ao administrado e a seus direitos. De qualquer sorte – e em uma linha evolutiva a partir da questão da soberania –, vê-se que as revoluções liberais burguesas, em resposta ao poder absoluto então existente, buscaram a despersonalização de tal poder, sobretudo com base nas teorias contratualistas, segundo as quais a vontade geral substituiria a vontade do soberano para melhor expressar as finalidades estatais, o que daria azo, mais tarde e de forma paulatina, a uma maior participação dos administrados no contexto das decisões administrativas.

O que se pretende extrair deste breve histórico, é primordialmente a importância da instituição do princípio da legalidade. O referido princípio orienta, até os dias de hoje, a atuação administrativa, estando inclusive positivado na Constituição Federal<sup>101</sup>.

Destaca-se, ainda, o surgimento de uma valorização cada vez maior da Constituição Federal e da sua superioridade hierárquica, num fenômeno que é constantemente referido como a “constitucionalização do Direito”, que certamente atinge também o Direito Administrativo e, por consequência, a atuação da Administração Pública.

Consoante aponta Rafael Carvalho Rezende Oliveira, “o ordenamento jurídico passa a ser impregnado pelas normas constitucionais”<sup>102</sup>. Consequentemente, os princípios constitucionais e direitos fundamentais passam a ter posição de destaque.

Essa nova posição do particular, embasada no discurso dos direitos fundamentais, demanda relevante alteração do papel tradicional da Administração Pública, agora compelida a abandonar o modelo autoritário de gestão da *res publica*

---

<sup>99</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo** / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 32. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 3.

<sup>100</sup> CUNHA, Bruno Santos Aplicabilidade da lei federal de processo administrativo / Bruno Santos Cunha. - São Paulo : Almedina, 2017. p. 16.

<sup>101</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

<sup>102</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende Curso de Direito Administrativo / Rafael Carvalho Rezende Oliveira. – 5. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017. p. 14.

para se transformar em centro de respeito, proteção e promoção dos direitos fundamentais dos cidadãos<sup>103</sup>.

É nesse aspecto que autores contemporâneos vêm questionando a resistência à atuação administrativa consensual, normalmente com base em princípios orientadores da Administração Pública, como a supremacia do interesse público e a indisponibilidade do interesse público.

Marçal Justen Filho leciona que o regime de direito administrativo é produzido por princípios e regras de direitos fundamentais. Isto é:

A atividade administrativa do Estado Democrático de Direito subordina-se, então, a um critério fundamental, que é anterior à supremacia e indisponibilidade do interesse público. Trata-se da supremacia e indisponibilidade dos direitos fundamentais<sup>104</sup>.

Foi com fundamento nesses e outros princípios e nas noções de soberania e de imperatividade da atividade administrativa, por muito tempo se defendeu a impossibilidade de a Administração Pública realizar qualquer tipo de acordo com os administrados — salvo se previsto em lei — inclusive e principalmente acordos substitutivos de sanção, no âmbito dos processos sancionadores.

No entanto, Onofre Alves Batista Júnior destaca a tendência atual:

A Administração Pública prestadora, diferentemente da Administração do Estado Liberal, “agressiva”, que se valia do ato de autoridade como instrumento privilegiado, quando não exclusivo, tende, cada vez mais, a flexibilizar e diversificar seus modos de atuação, afastando-se dos meios autoritários, em prol de formas mais consensuais de atuação.<sup>105</sup>

Maria Sylvia Di Pietro, no mesmo sentido, aponta a consensualidade como uma das “principais transformações ou tendências do direito Administrativo”. Para a autora, o consenso tem o mérito de reduzir o lado autoritário da administração pública, isto é, mostrando-se como uma das formas de expressão da democratização da Administração.<sup>106</sup>

Gustavo Justino de Oliveira defende também “o surgimento de uma Administração pública dialógica, a qual contrastaria com a Administração pública

---

<sup>103</sup> BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

<sup>104</sup> JUSTEN FILHO. Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 71.

<sup>105</sup> BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; CAMPOS, Sarah. “A Administração Pública consensual na modernidade líquida”. In: Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 14, n. 155, p. 31-43, jan. 2014. p. 34.

<sup>106</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo** / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 32. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 31.

monológica, refratária à instituição e ao desenvolvimento de processos comunicacionais com a sociedade”<sup>107</sup>.

É nessa senda que o autor afirma que uma das transformações do direito administrativo é justamente a abertura de consideráveis espaços para a consensualidade, em campos que habitualmente eram ocupados pela imperatividade<sup>108</sup>.

E, ainda, a posição de Odete Medauar<sup>109</sup>:

A atividade de consenso-negociação entre Poder Público e particulares, mesmo informal, passa a assumir papel importante no processo de identificação de interesses públicos e privados, tutelados pela Administração. Esta não mais detém exclusividade no estabelecimento do interesse público; a discricionariedade se reduz, atenua-se a prática de imposição unilateral e autoritária de decisões. A Administração volta-se para a coletividade, passando a conhecer melhor os problemas e aspirações da sociedade. A Administração passa a ter atividade de mediação para dirimir e compor conflitos de interesses entre várias partes ou entre estas e a Administração. Daí decorre um novo modo de agir, não mais centrado sobre o ato como instrumento exclusivo de definição e atendimento do interesse público, mas como atividade aberta à colaboração dos indivíduos. Passa a ter relevo o momento do consenso e da participação.

Evidencia-se, pois, na doutrina emergente, uma tendência à harmonização dos princípios e normas tradicionais — como a supremacia do interesse público — com outros mais contemporâneos, como, por exemplo, o princípio da eficiência e o direito à boa-administração, dentre outros aspectos, de modo que se torna possível concluir pela possibilidade de a Administração Pública transigir com os administrados, sempre dentro dos limites da lei.

Seguindo essa linha, as legislações de outros países, como a Itália, a Espanha e a Alemanha passaram a prever dispositivos que autorizam a celebração de acordos consensuais entre a Administração Pública e o administrado. Consoante Juliana Bonacorsi de Palma, esses três sistemas são “especialmente avançados na análise da consensualidade”<sup>110</sup>.

---

<sup>107</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de. SCHWANKA, Cristiane. A Administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. In Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 104, (jan./dez. 2009), pp. 303-322. p. 309.

<sup>108</sup> Ibid. p. 310.

<sup>109</sup> MEDAUAR, Odete. O direito administrativo em evolução. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 211.

<sup>110</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. Sanção e acordo na Administração Pública. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 100.

Frente a esse cenário, percebe-se que a introdução de mecanismos consensuais na atuação da Administração Pública é, efetivamente, uma tendência no Direito Administrativo e, da mesma forma, no ordenamento jurídico brasileiro.

Com o objetivo de projetar possíveis modalidades de sistemas de Administração Pública consensual, cumpre tecer sintéticas considerações sobre os dois primeiros sistemas dessa espécie, a saber, a Itália e a Espanha.

Na Itália, na lei que disciplina o processo administrativo (Lei 241/1990), há, em seu artigo 11, previsão expressa autorizando a Administração Pública a celebrar acordos com os interessados<sup>111</sup>, desde que isso não cause prejuízo a terceiros nem impeça a satisfação do interesse público.

O caráter genérico da norma consensual inspirou-se na previsão alemã, que, no § 54 da sua lei de processo administrativo, prevê a possibilidade de constituição, modificação ou extinção de relação jurídico-administrativa por meio da celebração de contratos de direito público.

Retornando à análise da previsão do sistema italiano, nota-se que dois dos principais acordos administrativos, quais sejam, os acordos integrativos e os acordos substitutivos são previstos como institutos diversos, com dinâmicas procedimentais distintas.

Os acordos integrativos possuem caráter instrumental à atividade do Estado e são marcados pela flexibilidade. Nas palavras de Juliana Bonacorsi de Palma:

Os acordos integrativos não encerram o processo administrativo no qual são celebrados, pois voltados à viabilização da emissão, pela Administração Pública, do ato final, imperativo e unilateral, de forma mais célere ou mais adequada às especificidades do caso concreto. [...] A marca deste primeiro tipo de acordo administrativo é a flexibilidade. Na esfera processual ele pode se revestir de múltiplas funcionalidades para delinear um ato administrativo final mais eficaz e consentâneo ao interesse público.<sup>112</sup>

Por outro lado, o acordo substitutivo, como sugere o nome, “substitui o processo administrativo ou o próprio provimento imperativo e unilateral”<sup>113</sup>, importando necessariamente a terminação do processo (com o cumprimento das condições

---

<sup>111</sup> Colaciona-se a tradução livre realizada pela autora Juliana Bonacorsi de Palma do referido dispositivo: “Art. 11. Em aceitação das observações e propostas relativas à norma do art. 10, a Administração competente pode concluir, sem prejuízo dos direitos de terceiros, e em cada caso na consecução do interesse público, acordos com os interessados a fim de determinar o conteúdo discricionário do ato final que seja em substituição daquele”. (PALMA, Juliana Bonacorsi de. Sanção e acordo na Administração Pública. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 100)

<sup>112</sup> Ibid. p. 102.

<sup>113</sup> Ibid. p. 103.

acordadas). De acordo com a autora<sup>114</sup>, são firmados no momento final do processo administrativo, gerando efeitos *erga omnes*, e repercutem como se atos administrativos fossem.

Posteriormente, a Lei 15/2005 reformou a lei de processo administrativo italiano, fortalecendo o dispositivo consensual. Pela reforma, ocorreu a supressão da reserva de lei dos acordos substitutivos<sup>115</sup> e previu a disciplina dos acordos administrativos pelo regime do direito privado — questão que enseja ainda muitos debates.

O sistema espanhol, conforme já pontuado, também é bastante relevante para o estudo da consensualidade administrativa.

Na lei de processo administrativo espanhola, disciplinou-se a terminação convencional do processo, cujo dispositivo assim prevê:

Art. 88. Terminação convencional. 1. As Administrações Públicas poderão celebrar acordos, pactos, convênios ou contratos com pessoas tanto de direito público como privado, sempre que não sejam contrários ao ordenamento jurídico nem versem sobre matérias não suscetíveis de transação e tenham por objeto satisfazer o interesse público que tenham de perseguir, com o alcance, efeitos e regime jurídico específico que, em cada caso, preveja a disposição que o regule, podendo tais atos ter o propósito de finalizadores dos procedimentos administrativos ou ser propostos nos mesmos com caráter prévio, vinculante ou não, à resolução que lhes ponha fim.<sup>116</sup>

Trata-se de um permissivo genérico à adoção de fórmulas consensuais pela Administração Pública espanhola para exercício da função administrativa<sup>117</sup>.

No sistema brasileiro, conforme se verá no tópico seguinte, sempre se encontrou maior resistência em positivar permissivos que autorizassem a realização de acordos consensuais no âmbito da Administração Pública, de modo que a legislação sobre o tema é tímida desde a origem.

---

<sup>114</sup> Ibid. p. 104.

<sup>115</sup> A legislação anterior valorizava especificidades setoriais, de modo que exigia lei específica e expressa para celebração de acordos substitutivos.

<sup>116</sup> Tradução extraída da obra de Juliana Bonacorsi de Palma (PALMA, Juliana Bonacorsi de. Sanção e acordo na Administração Pública. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 107).

<sup>117</sup> Ibid. p. 108.

## 3.5 INSTRUMENTOS CONSENSUAIS NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

Na linha das tendências contemporâneas do Direito Administrativo, o ordenamento jurídico brasileiro apresenta algumas previsões legais de mecanismos consensuais, em âmbitos específicos. Far-se-á, neste tópico, um apanhado dos principais instrumentos de atuação consensual administrativa inseridos na legislação pátria.

### 3.5.1 Histórico do sistema consensual brasileiro

Já há algum tempo há na doutrina brasileira adeptos ao estudo da consensualidade no direito administrativo. No entanto, o que se verifica na legislação brasileira é uma certa resistência em adotar mecanismos consensuais.

Até a década de 1990, conforme Juliana Bonacorsi de Palma, havia apenas duas previsões de “consensualidade” positivadas, que nem sequer dispunham detalhes acerca dos acordos administrativos previstos.

A primeira tratava-se da desapropriação “amigável”, regulada no Decreto-Lei nº 3.365/1941, a qual prevê a possibilidade de findar o processo de desapropriação caso haja acordo celebrado entre Administração (expropriante) e o expropriado<sup>118</sup>. Ainda no referido decreto, há a possibilidade de transação judicial sobre o preço no processo de desapropriação<sup>119</sup>.

A segunda previsão consta do Decreto 94.764/1987<sup>120</sup>, que alterou a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/1981) e a Lei de Estações Ecológicas

---

<sup>118</sup> Art. 10. A desapropriação deverá efetivar-se mediante acordo ou intentar-se judicialmente, dentro de cinco anos, contados da data da expedição do respectivo decreto e findos os quais este caducará. Neste caso, somente decorrido um ano, poderá ser o mesmo bem objeto de nova declaração. (BRASIL. Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. Brasília, DF, jun. 1941.)

<sup>119</sup> Art. 22. Havendo concordância sobre o preço, o juiz o homologará por sentença no despacho saneador. (BRASIL. Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. Brasília, DF, jun. 1941.)

<sup>120</sup> "Art. 45. As multas poderão ter a sua exigibilidade suspensa quando o infrator, por termo de compromisso aprovado pela autoridade ambiental que aplicou a penalidade, se obrigar à adoção de medidas específicas para cessar e corrigir a degradação ambiental.

Parágrafo único. Cumpridas as obrigações assumidas pelo infrator, a multa terá uma redução de até 90% (noventa por cento) do seu valor original". (BRASIL. Decreto 94.764, de 11 de agosto de 1987.

Altera o Decreto nº 88.351, de 1º de junho de 1983, que regulamenta a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, e a Lei nº 6.902, de 27 de abril de 1981, que dispõem, respectivamente, sobre a Política

e Áreas de Proteção Ambiental (Lei 6.902/1981), passando a dispor sobre a possibilidade de a autoridade ambiental celebrar termo de compromisso com o infrator, reduzindo a pena de multa em até 90%, desde que se comprometa a cessar e corrigir a degradação ambiental.

De acordo com Juliana Bonacorsi de Palma,

(...) não há substituição da multa pela via do acordo, mas, sim, a disciplina do exercício da prerrogativa sancionatória pela autoridade ambiental, a qual a emprega de forma menos incisiva, mediante o cumprimento das obrigações cominadas bilateralmente ao infrator. Está-se, portanto, diante de um acordo integrativo: o ato imperativo e unilateral, que se mantém, é conformado por medidas consensuais voltadas a resultados outros que não a repressão do infrator, como a cessação e a recomposição da área degradada.<sup>121</sup>

Após a década de 90, o panorama é alterado e verifica-se uma abertura normativa à consensualidade por duas vertentes: “aumento quantitativo da previsão dos acordos administrativos e ampliação do rol de setores cujas disciplinas jurídicas passaram a prever a atuação administrativa consensual”<sup>122</sup>.

Nesse período, promove-se alterações nas legislações processuais administrativas, penais e civis, com vistas à celeridade e eficácia das decisões, passando-se a disciplinar instrumentos como os termos de compromisso, termos de ajustamento de conduta, mediação, conciliação e arbitragem.

Não menos importante, a lei que disciplina a Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985) inseriu um importante dispositivo com um permissivo genérico aos termos de ajustamento de conduta (TAC). A previsão legal foi vista, à época, como inovação de bastante relevância, pois foi uma das primeiras disposições que permitiu transacionar direitos alheios (interesse público) — o que era, até então, visto com muitas restrições.

O art. 5º, § 6º, da mencionada Lei assim dispõe:

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

[...]

§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

---

Nacional do Meio Ambiente e sobre a criação de Estações Ecológicas e Áreas de Proteção Ambiental, e dá outras providências. Brasília, DF, ago. 1987.). O Decreto 94.764/1987 foi posteriormente revogado pelo Decreto 99.274/1990.

<sup>121</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. Sanção e acordo na Administração Pública. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 191.

<sup>122</sup> Ibid. p. 192.

Dessa forma, o TAC pode solucionar conflitos de interesses e direitos coletivos (concernentes ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, à ordem urbanística ou aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico – art. 4º), sem necessitar da prestação jurisdicional do Estado, ou seja, no plano administrativo.

Sobre o assunto, destacam-se as relevantes considerações de Geisa de Assis Rodrigues:

O Código de Defesa do Consumidor – CDC – surgiu, com um certo atraso, para concretizar uma determinação constitucional de regulação de significativa parcela da atividade econômica, a bem do desenvolvimento estável e justo. O CDC teve como propósito promover o acesso à justiça dos consumidores, além de ensejar uma tutela mais adequada dos demais direitos transindividuais ao renovar a Lei da Ação Civil Pública. Essa renovação não se limitou ao aperfeiçoamento da esfera judicial de proteção desses direitos. Ao prever o compromisso de ajustamento de conduta, a lei de consumo concebeu um instituto de proteção extrajudicial de direitos metaindividuais, ampliando o sistema de garantia desses direitos. Não se desconhece que o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069, instituiu com três meses de antecedência, em seu art. 211, o compromisso de ajustamento de conduta, mas o debate jurídico sobre o instituto deu-se nos estudos para o Código de Defesa do Consumidor, sendo compartilhado com os que discutiam o Estatuto da Criança e do Adolescente, sem contar que esta regra tinha viés de especialidade na tutela de direitos coletivos, e aquela tinha intenção de ser norma geral.<sup>123</sup>

Em seguida, precisamente no âmbito do processo administrativo federal aponta-se a Lei 8.197/1991, que disciplinava a transação judicial envolvendo a Administração Federal direta e indireta, inserindo o primeiro permissivo genérico à celebração de acordos pela Administração Pública. Assim dispunha o art. 1º:

Art. 1º Os representantes judiciais da União Federal, suas autarquias, fundações e empresas públicas federais poderão transigir para terminar o litígio, nas causas, salvo as de natureza fiscal e as relativas ao patrimônio imobiliário da União, de valor igual ou inferior a Cr\$ 300.000,00 (trezentos mil cruzeiros), em que interessadas essas entidades na qualidade de autoras, rés, assistentes ou oponentes, nas condições estabelecidas pelo Poder Executivo.

§ 1º Quando o valor da causa for superior ao limite previsto neste artigo a transação, sob pena de nulidade, somente será possível com a prévia e expressa autorização das autoridades que vierem a ser designadas em decreto:

§ 2º Qualquer transação somente poderá ser homologada após a manifestação do Ministério Público.<sup>124</sup>

---

<sup>123</sup> RODRIGUES, Geisa de Assis. Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática. - 3. ed. - Rio de Janeiro : Forense, 2011. p. 85-86.

<sup>124</sup> BRASIL. Lei nº 8.197, de 27 de junho de 1991. Disciplina a transação nas causas de interesse da União, suas autarquias, fundações e empresas públicas federais; dispõe sobre a intervenção da União Federal nas causas em que figurarem como autores ou réus antes da administração indireta;

A previsão legal foi revogada alguns anos depois, embora não tenha sido completamente excluída, conforme exposto por Juliana Bonacorsi<sup>125</sup>:

Essa lei foi expressamente revogada em 1997 pela Lei 9.469, resultado de conversão da Medida Provisória 1.567-6/1997, que passou a disciplinar de forma mais técnica a transação judicial envolvendo a Administração Federal, além da não propositura de ações e a não interposição de recursos<sup>126</sup>. A Lei 9.469/1997 regulamenta a Lei Complementar 73/1993, que dispõe sobre a Advocacia-Geral da União, a qual prevê dentre as competências do Advogado-Geral da União “desistir, transigir, acordar e firmar compromisso nas ações de interesse da União” (art. 4º, VI). Novamente se está diante de permissivo genérico conferida pelo legislador a parcela da Administração Federal legitimidade para adotar a consensualidade em sentido amplo.  
[...]

Com a alteração procedida pela Medida Provisória 449/2008 e, na sequência, pela Lei 11.941/2009, foi conferido tratamento mais rigoroso aos acordos judiciais disciplinados pela Lei 9.469/1997. De acordo com a atual redação do texto legal em análise, apenas o Advogado-Geral da União e os dirigentes das empresas públicas federais podem celebrar acordo judicial em causas de valor até R\$ 500.000,00. Conforme se verifica, houve sensível diminuição dos legitimados para transacionar em juízo, mas, em contrapartida, o teto do valor da causa se elevou.

Como se pode perceber, vão surgindo, com o passar dos anos, novas normas permissivas à atuação administrativa consensual no ordenamento jurídico, cada vez mais específicas e com maior regulamentação.

---

regula os pagamentos devidos pela Fazenda Pública, em virtude de sentença judiciária; revoga a Lei nº 6.825, de 22 setembro de 1980, e dá outras providências. Brasília, DF, jun. 1991.

<sup>125</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. Sanção e acordo na Administração Pública. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 196.

<sup>126</sup> Art. 1º O Advogado-Geral da União e os dirigentes máximos das autarquias, das fundações e das empresas públicas federais poderão autorizar a realização de acordos ou transações, em juízo, para terminar o litígio, nas causas de valor até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a não-propositura de ações e a não-interposição de recursos, assim como requerimento de extinção das ações em curso ou de desistência dos respectivos recursos judiciais, para cobrança de créditos, atualizados, de valor igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais), em que interessadas essas entidades na qualidade de autoras, rés, assistentes ou oponentes, nas condições aqui estabelecidas. (redação original) (BRASIL. Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Regulamenta o disposto no inciso VI do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; dispõe sobre a intervenção da União nas causas em que figurarem, como autores ou réus, antes da administração indireta; regula os pagamentos devidos pela Fazenda Pública em virtude de sentença judiciária; revoga a Lei nº 8.197, de 27 de junho de 1991, e a Lei nº 9.081, de 19 de julho de 1995, e dá outras providências. Brasília, DF, jul. 1997.)

### 3.5.2 Instrumentos consensuais no Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e na Comissão de Valores Mobiliários – CVM

Entre as inovações surgidas no direito brasileiro, destacam-se duas importantes previsões de acordos administrativos: no Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e na Comissão de Valores Mobiliários – CVM.

O direito antitruste brasileiro é de certa forma regulado pelo CADE, o qual é, por sua vez, disciplinado pela Lei 8.884/1994. A legislação previu, à época, três espécies de acordos administrativos: a medida preventiva, o termo de compromisso e cessação (TCC) e o compromisso de desempenho. Surgiu, posteriormente, uma nova modalidade: o acordo de leniência (Lei 10.149/2000).

De acordo com Juliana Bonacorsi de Palma<sup>127</sup>, após o Relatório de Atividades de 2006 – que constatou os problemas do processo administrativo do CADE – foram estipuladas metas para o biênio 2006/2007, das quais se destaca a de “incentivar e colaborar na implementação de instrumentos de solução negociada de processos administrativos (TCC e TAC) e judiciais (transação judicial), assegurando as cautelas necessárias para preservação do interesse público”. A meta tinha como objetivo combater o problema de baixo *enforcement* (“cumprimento”) das decisões administrativas do CADE.

O TCC, instrumento bastante conhecido, é disciplinado pela Lei 12.529/2011, que dispõe em seu art. 85:

Art. 85. Nos procedimentos administrativos mencionados nos incisos I, II e III do art. 48 desta Lei, 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, devidamente fundamentado, entender que atende aos interesses protegidos por lei.<sup>128</sup>

---

<sup>127</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. Sanção e acordo na Administração Pública. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 203.

<sup>128</sup> BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília, DF, nov. 2011.

O mecanismo “pode servir tanto para impedir a instauração de processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infração à ordem econômica [...] quanto para cessar os efeitos lesivos já apurados”<sup>129</sup>.

No âmbito do CADE, a consensualidade adquire procedimento autônomo a partir do requerimento, o qual conta com dois estímulos principais: (i) evitar a reincidência, sob pena de multa em dobro e (ii) evitar o custo reputacional perante o mercado.

Com o TCC, o processo administrativo será suspenso<sup>130</sup>, sendo finalmente arquivado quando houver a comprovação de cumprimento dos termos do compromisso, que será analisado pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica. Se descumprida alguma condição, a suspensão é revogada e, ainda, é aplicada sanção específica em função do descumprimento<sup>131</sup>. Por fim, destaque-se que o termo tem natureza de título executivo extrajudicial.

O acordo de leniência, por sua vez, é um dos principais instrumentos de combate aos cartéis. Conforme se extrai do sítio eletrônico do CADE<sup>132</sup>, o acordo de leniência pode ser celebrado pelas empresas ou indivíduos que participem de alguma prática anticoncorrencial, por meio do qual os signatários se comprometem a “cessar a conduta ilegal, a denunciar e confessar a participação na prática da infração à ordem econômica, bem como a cooperar com as investigações, apresentando informações e documentos relevantes”.

O CADE ressalta ainda que

a celebração do Acordo de Leniência confere aos signatários do acordo imunidade administrativa e criminal na hipótese do Cade não ter conhecimento prévio da infração, ou a redução de um a dois terços das penalidades aplicáveis na hipótese de o Cade já ter iniciado um procedimento administrativo para apurar a conduta denunciada.

Os dados de 2019 do próprio CADE apresentam uma estatística a respeito dos acordos de leniência assinados desde 2003, ilustrada no seguinte gráfico:

---

<sup>129</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. Sanção e acordo na Administração Pública. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 203.

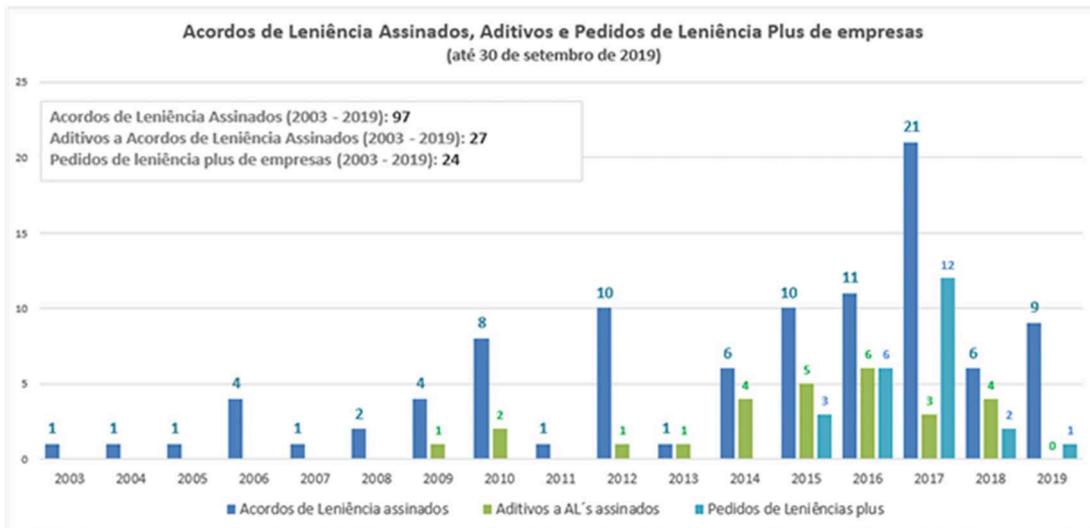
<sup>130</sup> Art. 85. [...] § 9º O processo administrativo ficará suspenso enquanto estiver sendo cumprido o compromisso e será arquivado ao término do prazo fixado, se atendidas todas as condições estabelecidas no termo.

§ 10. A suspensão do processo administrativo a que se refere o § 9º deste artigo dar-se-á somente em relação ao representado que firmou o compromisso, seguindo o processo seu curso regular para os demais representados.

<sup>131</sup> Art. 85. [...] § 11. Declarado o descumprimento do compromisso, o Cade aplicará as sanções nele previstas e determinará o prosseguimento do processo administrativo e as demais medidas administrativas e judiciais cabíveis para sua execução.

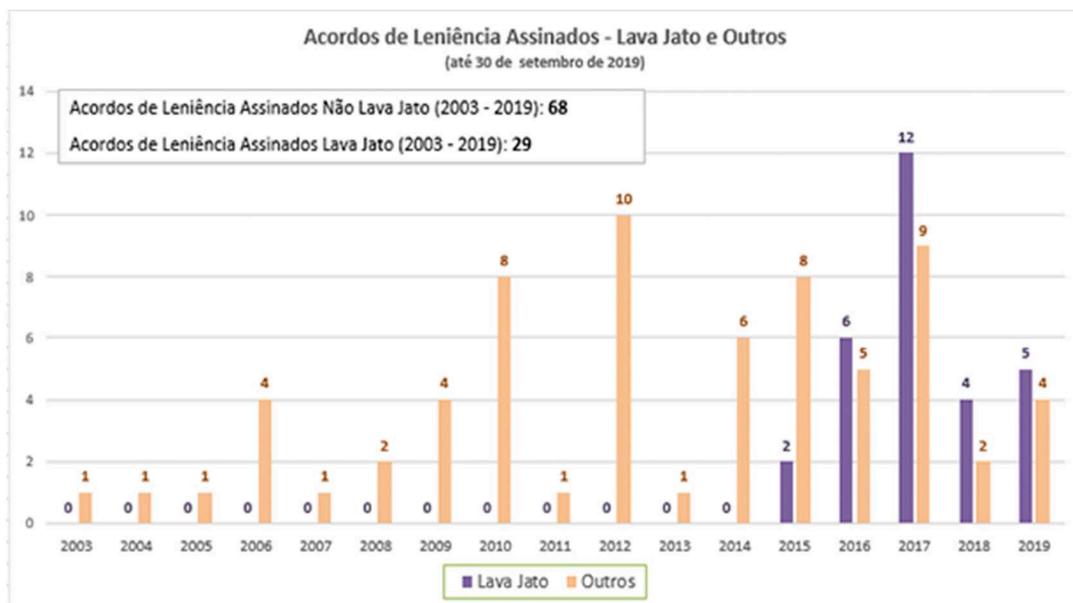
<sup>132</sup> Cf. <http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia>

Gráfico 1 – Acordos de Leniência Assinados, Aditivos e Pedidos de Leniência Plus de empresas



Fonte: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. 2019.

Gráfico 2 – Acordos de Leniência Lava Jato x Não Lava Jato



Fonte: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. 2019.

Dos dados, pode-se extrair um aumento considerável do número de acordos de leniência assinados, destacando-se ainda a preponderância de acordos assinados no âmbito da Operação Lava Jato. A expressividade dos números indica que a tendência consensual adotada na esfera administrativa vem sendo aderida pelos administrados.

Importante mencionar que o acordo de leniência foi aproveitado pela Lei 12.486/2013 (“Lei Anticorrupção”), a qual prevê que “A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo [...]” (art. 16<sup>133</sup>), cujas especificidades estão detalhadas no restante do art. 16 e no seu subsequente.

Demais disso, os mecanismos consensuais previstos no âmbito da Comissão de Valores Mobiliários – CVM também merecem destaque.

Sobre o assunto, extrai-se da obra de Juliana Bonacorsi de Palma:

A Lei 9.457/1997 incluiu seis parágrafos ao art. 11 da Lei 6.385/1976, que cria e disciplina a Comissão de Valores Mobiliários/CVM, para que o mercado de capitais brasileiro passasse a dispor do termo de compromisso como instrumento regulatório. [...] A previsão do termo de compromisso na legislação de mercado de capitais brasileiro decorre da influência do sistema norte-americano, cuja figura do *consent decree* consiste em tradicional mecanismo de substituição consensual de sanções aplicadas por infração de mercado. Atualmente, os termos de compromisso celebrados pela CVM são disciplinados pela Deliberação CVM - 390/2001, alterado pela Deliberação 486/2005.<sup>134</sup>

O referido dispositivo prevê a possibilidade de a CVM “deixar de instaurar ou suspender” o procedimento administrativo que apure a prática de infração de mercado, por meio da celebração de termo de compromisso<sup>135</sup>. De acordo com as previsões legais, o interessado deverá apresentar proposta escrita manifestando a intenção de celebrar o termo, inclusive durante a fase investigatória, de modo que o acordo pode ser substitutivo tanto do processo administrativo, quanto do ato sancionatório final.

A Deliberação 390/2001 criou, no âmbito da CVM, um órgão chamado “Comitê de Termo de Compromisso”<sup>136</sup>, o qual poderá negociar as condições do termo com o

<sup>133</sup> BRASIL Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF, ago. 2013.

<sup>134</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. Sanção e acordo na Administração Pública. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 213.

<sup>135</sup> Art. 11. § 5º A Comissão de Valores Mobiliários, após análise de conveniência e oportunidade, com vistas a atender ao interesse público, poderá deixar de instaurar ou suspender, em qualquer fase que preceda a tomada da decisão de primeira instância, o procedimento administrativo destinado à apuração de infração prevista nas normas legais e regulamentares cujo cumprimento lhe caiba fiscalizar, se o investigado assinar termo de compromisso no qual se obrigue a: (Redação dada pela Lei nº 13.506, de 2017)

I - cessar a prática de atividades ou atos considerados ilícitos pela Comissão de Valores Mobiliários; e

II - corrigir as irregularidades apontadas, inclusive indenizando os prejuízos

<sup>136</sup> De acordo com o art. 8º, § 1º, “A composição e o funcionamento do Comitê de Termo de Compromisso serão disciplinados por Portaria do Presidente da CVM.”, embora o § 2º preveja que

interessado e, após, deverá aprovar (ou não) o parecer de termo de compromisso. Este será, por sua vez, enviado ao Colegiado da CVM para deliberação.

Impende sublinhar que a escolha da aplicação da consensualidade no procedimento administrativo da CVM deve seguir parâmetros decisórios claros, fixados na Deliberação 390/2001<sup>137</sup>, em seu art. 9º:

Art. 9º A proposta de celebração de termo de compromisso, acompanhada do parecer do Comitê de Termo de Compromisso, será submetida à deliberação do Colegiado, que considerará, no seu exame, dentre outros elementos, a oportunidade e a conveniência na celebração do compromisso, a natureza e a gravidade das infrações objeto do processo, os antecedentes dos acusados e a efetiva possibilidade de punição, no caso concreto.

Parágrafo único. Antes de deliberar sobre a proposta de celebração de termo de compromisso, o Colegiado poderá solicitar ao Comitê de Termo de Compromisso a adoção de novas providências de instrução processual.

Uma vez celebrado o termo, o processo administrativo que apurava a sanção é suspenso, durante o prazo previsto para cumprimento das condições fixadas — em regra, improrrogável — sendo que o acompanhamento da execução<sup>138</sup> é realizado pela Superintendência da respectiva área temática.

Por fim, nota-se que há um viés consensual até mesmo no acompanhamento da execução, que poderá ser realizado conjuntamente entre Poder Público e particular, ou até mesmo delegado para alguma entidade (auditoria externa, auditoria interna ou outra)<sup>139</sup>.

Assim, pode-se concluir que a “política de celebração de termos de compromisso pela CVM ganhou força na Instituição, com ampla aplicação e capacidade arrecadatória de valores”<sup>140</sup>, havendo, portanto, verdadeiro estímulo à consensualidade na referida esfera.

---

deverá ser formado por, no mínimo, 5 (cinco) Superintendentes expressamente designados pelo Presidente da CVM.

<sup>137</sup> COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS - CVM. Deliberação 390, de 8 de maio de 2001. Dispõe sobre a celebração de Termo de Compromisso, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/legislacao/deliberacoes/deli0300/deli390.html>>.

<sup>138</sup> Nesse ponto, importante salientar a posição da autora Juliana Bonacorsi de Palma, segundo a qual o termo “acompanhamento da execução” é preferível ao termo “fiscalização da execução”, tendo em vista que esta expressão carrega a carga autoritária do direito administrativo brasileiro, que se pretende afastar na hipótese. Ademais, o acompanhamento é medida de gestão do acordo substitutivo, não necessariamente um privilégio da Administração Pública, e não se confunde com a prerrogativa fiscalizatória que detém. (PALMA, Juliana Bonacorsi de. Sanção e acordo na Administração Pública. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 218-219.)

<sup>139</sup> Ibid. p. 220.

<sup>140</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. Sanção e acordo na Administração Pública. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 221.

### 3.5.3 Instrumentos consensuais na esfera das agências reguladoras

A adoção do modelo de agências reguladoras resulta da necessidade de atração de investimentos privados para financiar a prestação de serviços públicos, antes diretamente fornecidos pelo Estado, através de suas empresas estatais<sup>141</sup>.

Nas agências reguladoras, a consensualidade foi bem recebida e internalizada por meio de atos normativos.

Salienta-se, no ponto, a prerrogativa as agências reguladoras de fiscalização do desenvolvimento privado de atividades econômicas, de modo que lhes incumbe, conseqüentemente, a aplicação de sanções aos regulados, se verificada a prática de infração administrativa, nos termos da disciplina própria de cada agência reguladora.

A regulação sancionatória é marcada pelos altos custos ao regulado, ou seja, as sanções mais severas que podem ser aplicadas possuem natureza eminentemente pecuniária — multa e interdição das atividades que tenham sido concedidas, permitidas ou autorizadas em contrato celebrado com o ente regulador<sup>142</sup>.

Algumas agências reguladoras, exercendo suas prerrogativas, criaram previsões, ao lado das sanções administrativas, de acordos substitutivos ou integrativos da sanção administrativa.

Apresenta-se, pois, duas importantes agências reguladoras que possuem previsões normativas internas e adotam práticas consensuais nos processos administrativos sancionadores, quais sejam: a Agência Nacional de Saúde Suplementar — ANS e a Agência Nacional de Transportes Terrestres — ANTT.

Com relação à primeira, Juliana Bonacorsi de Palma aponta que:

Por influência da Medida Provisória 2.177/2001, que alterou a Lei 9.656/1997 para prever expressamente acordos regulatórios nos processos administrativos para apuração de infrações por operadoras de planos de saúde privados, a ANS editou a Resolução 57/2001 para detalhar na esfera infralegal o trâmite do “termo de compromisso de ajuste de conduta”/TCAC firmado com os operadores de planos privados de saúde.<sup>143</sup>

A Resolução nº 57/2001, entretanto, foi revogada pela Resolução Normativa nº 372/2015<sup>144</sup>, a qual dispõe “sobre a celebração do Termo de Compromisso de

---

<sup>141</sup> Ibid. p. 222.

<sup>142</sup> Ibid. p. 227.

<sup>143</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 228.

<sup>144</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Resolução Normativa nº 372, de 30 de março de 2015. Dispõe sobre a celebração do Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta - TCAC previsto no artigo 29 da Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998. Mar. 2015.

Ajuste de Conduta – TCAC previsto no artigo 29 da Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998 [Lei dos Planos de Saúde]”. A novel normativa possui 22 artigos que detalham a disciplina do TCAC, o qual deverá ser<sup>145</sup> celebrado “com vistas a cessar a prática de atividades ou atos objetos de apuração, corrigindo as irregularidades e indenizando os prejuízos delas decorrentes.”

Após a apresentação do requerimento, iniciam-se as negociações entre agência e regulado e, ao fim, caberá à Diretoria Colegiada da ANS — DICOL autorizar a celebração. O cumprimento do termo será acompanhado e fiscalizado pela Diretoria de Fiscalização — DIFIS, período no qual ficará suspensa a prescrição dos processos administrativos sancionadores nele expressamente elencados.

A Agência Nacional de Transportes Terrestres — ANTT, por sua vez, editou a Resolução 152/2003, dispondo sobre o “termo de ajuste de conduta” — TAC. Contudo, o instrumento apresentava algumas incoerências com a lógica consensual como, por exemplo, o fato de ser unilateral, isto é, prerrogativa da ANTT. Além disso, não excluía a possibilidade de a agência deflagrar processo administrativo para apurar as mesmas irregularidades<sup>146</sup>.

A disciplina foi revogada pela Resolução 442/2004, a qual foi alterada pela Resolução 847/2005<sup>147</sup>, que prevê:

Art. 16. Com a finalidade de corrigir pendências, irregularidades ou infrações, a ANTT, por intermédio da Superintendência competente, poderá, antes ou depois da instauração de processo administrativo, convocar os administradores e os acionistas controladores das empresas concessionárias, permissionárias ou autorizadas para prestação de esclarecimentos e, se for o caso, celebração de Termo de Ajuste de Conduta (TAC).

---

<sup>145</sup> No ponto, destaque-se a redação do art. 4º da referida normativa, o qual dispõe acerca do juízo de conveniência e oportunidade que deve ser realizado pela autoridade administrativa antes de celebrar o TCAC:

Art. 4º. Na avaliação discricionária de conveniência e oportunidade a que se refere o artigo 1º desta Resolução deverá ser verificado se a celebração de TCAC é meio adequado e próprio à realização eficaz e eficiente do interesse público no caso concreto, ponderando-se, entre outros, os seguintes fatores:

I - o tempo decorrido desde a conduta objeto da apuração;

II – a eventual reiteração da infração pela operadora;

III – o alcance do dano e a quantidade das condutas objeto de apuração; e

IV – razoabilidade da proposta em relação à natureza e à gravidade das condutas praticada.

<sup>146</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. Sanção e acordo na Administração Pública. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 229.

<sup>147</sup> BRASIL. Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil. Agência Nacional de Transportes Terrestres. Resolução nº 422, de 17 de fevereiro de 2004. 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 termos de outorga de autorização. Fev. 2004.

Se celebrado, após o transcurso do prazo previsto, a autoridade competente verificará a execução do compromisso assumido e deverá emitir relatório específico informando o cumprimento ou não das obrigações. Comprovado o cumprimento, o processo administrativo será suspenso. Contudo, em caso de descumprimento, a ANTT deverá proceder à instauração de processo administrativo ou, se já tiver sido instaurado, dar-lhe prosseguimento.

Disciplinas semelhantes podem ser encontradas também na esfera de outras agências reguladoras, como, por exemplo, na Agência Nacional de Energia Elétrica —, o que demonstra, mais uma vez, não só a possibilidade, como também o incentivo à atuação administrativa consensual.

#### **3.5.4 Há um modelo de consensualidade no Brasil?**

Pelo exposto, pode-se concluir que existe, atualmente, um modelo de consensualidade no sistema administrativo brasileiro, embora suas previsões sejam, de certa forma, tímidas.

Conforme aponta Juliana Bonacorsi de Palma, o modelo de consensualidade adotado no Brasil aproxima-se de um “modelo de previsão normativa difusa da atuação administrativa consensual, marcada pela pontualidade de suas prescrições”<sup>148</sup>.

Isso quer dizer que apenas é possível adotar mecanismos consensuais nos âmbitos (microsistemas) que dispõem de previsão legal específica para tanto. Não há, portanto, um permissivo genérico, nem mesmo na Lei 9.784/1999 (lei federal de processo administrativo), como ocorre nos sistemas italiano, espanhol e alemão.

No tópico seguinte, prosseguir-se-á com o estudo do acordo substitutivo de sanção propriamente dito, adentrando no exame da tentativa de inserir um permissivo genérico na legislação (art. 26, § 1º, II, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), a qual, contudo, foi derrubada pelo veto do então presidente Michel Temer.

---

<sup>148</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. Sanção e acordo na Administração Pública. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 236.

## 4 AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA PARA ACORDOS SUBSTITUTIVOS DE SANÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: O ART. 26 DA LINDB

Realizado o estudo do sistema sancionatório administrativo e das tendências à consensualidade no direito administrativo e no ordenamento jurídico brasileiro, passa-se ao exame dos acordos substitutivos de sanção para, então, adentrar na nova previsão legal da Lei nº 13.655/2018 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro — LINDB).

### 4.1 OS ACORDOS SUBSTITUTIVOS DE SANÇÃO

#### 4.1.1 Conceito

Para Carlos Ari Sunfeld, os acordos substitutivos na esfera administrativa são “os atos bilaterais, celebrados entre a Administração e particulares, com efeito impeditivo ou extintivo de processo administrativo sancionador e excludente da aplicação ou execução de sanção administrativa”<sup>149</sup>.

Consoante adiantado no capítulo anterior, os acordos administrativos podem se classificar como integrativos ou substitutivos. Os primeiros são instrumentais e auxiliam etapas do procedimento, enquanto o segundo será responsável para pôr fim ao processo administrativo, seja substituindo o processo ou a sanção final (provimento administrativo final).

Nas palavras de Floriano de Azevedo Marques Neto e Tatiana Matiello Cymbalista<sup>150</sup>:

Vista sob uma perspectiva mais instrumental, a atividade sancionatória vem se despidendo 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.  
[...]

---

<sup>149</sup> 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.

<sup>150</sup> 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-FLORIANOAZEVEDO-TATIANA-MATIELLO.pdf>>.

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).

David Pereira Cardoso<sup>151</sup> trata também dos acordos substitutivos enquanto reflexo da consensualidade em sentido estrito, isto é, nos casos em que o ato administrativo unilateral é substituído pelo ato bilateral. De forma mais específica, diz respeito à

[...] quando a administração possui o poder de impor, unilateralmente, à outra parte a relação jurídica que pretende estabelecer, contudo, opta, no curso do processo administrativo, por substituir o exercício unilateral de sua função por um acordo de vontades.<sup>152</sup>

Vai além, afirmando que esse ato bilateral “tem o sentido de aproveitar os benefícios inerentes ‘a essência contratual’, gerando a pacificação social a partir do respeito à confiança e à palavra consensualmente dada”<sup>153</sup>.

Para Francisco Augusto Zardo Guedes<sup>154</sup>

[...] o procedimento sancionador e a sanção podem ser substituídos por acordos, desde que estes estejam contemplados em norma com a mesma hierarquia das que estabelecem as infrações e as sanções. E, ainda, desde que sejam de interesse público. Caso contrário, não poderão ser celebrados;

Em outras palavras, os acordos substitutivos de sanção, embora encontrem certa resistência por parcela da doutrina, são mecanismos consensuais à disposição da Administração Pública, que substituem o ato unilateral imperativo do administrador (instauração do processo administrativo para imposição de uma sanção) por um ato bilateral, consistente numa negociação com o administrado-infrator, sob a fixação de condições.

---

<sup>151</sup> CARDOSO, David Pereira. Os acordos substitutivos no Direito Administrativo. Negócio jurídico privado, contrato de direito público ou ato administrativo bilateral? Revista de Direito Público da Economia - RPDE. Belo Horizonte, ano 13, n. 49, p. 59-77, jan./mar. 2015. p. 64.

<sup>152</sup> Ibid. p. 64-65.

<sup>153</sup> Ibid. p. 66.

<sup>154</sup> GUEDES, Francisco Augusto Zardo . Os Princípios Constitucionais da Administração Pública e os Acordos Substitutivos de Procedimentos e Sanções Administrativas. In: XXI Congresso Nacional do Conpedi/UFF, 2012, Niterói-RJ. Direito e Administração Pública, 2012. p. 131-151.

#### 4.1.2 Condições e benefícios

Por meio desse acordo, serão estabelecidas condições que devem ser cumpridas pelo administrado-infrator, sob pena de retomar o processo administrativo que apura o ilícito administrativo transacionado. Para este administrado-infrator, por sua vez, será concedido algum benefício na hipótese de cumprimento integral das condições negociadas.

Pode-se estabelecer, por exemplo, a reparação dos danos, a alteração do comportamento faltoso e/ou a adoção de medidas compensatórias<sup>155</sup>. Em contrapartida, promove-se uma redução da sanção do infrator ou até mesmo sua extinção.

Não há, entretanto, uma previsão legal específica que regulamente o procedimento que deve ser adotado pela Administração Pública para a negociação e realização dos acordos.

Nesse ponto, mostra-se pertinente colacionar o entendimento de Juliana Bonacorsi de Palma, a qual destaca o viés discricionário concedido à Administração Pública nos acordos. Sustenta que:

[...] a consensualidade na prática do direito administrativo assume evidente viés pragmático, voltado à resolução de casos concretos, com negociação de prerrogativas públicas para alcançar a resposta mais eficiente. Em um cenário marcadamente complexo, em especial no âmbito das agências reguladoras, em que os problemas levados à deliberação pela Administração Pública são cada vez mais particularizados, a celebração de acordos administrativos demanda elevado grau de discricionariedade, para se adotar soluções efetivamente próximas do caso concreto.<sup>156</sup>

Desse modo, a ausência de uma regulamentação específica das condições que podem/devem ser assumidas pelo administrador-infrator e dos respectivos benefícios que pode obter deve-se justamente à valorização da autonomia da vontade das partes. Ou seja, caberá à Administração e ao particular verificar, no caso concreto, as condições que melhor atendem ao interesse público e que tem viabilidade de serem realizadas, bem como os respectivos benefícios que podem ser concedidos ao infrator.

---

<sup>155</sup> GUEDES, Francisco Augusto Zardo . Os Princípios Constitucionais da Administração Pública e os Acordos Substitutivos de Procedimentos e Sanções Administrativas. In: XXI Congresso Nacional do Conpedi/UFF, 2012, Niterói-RJ. Direito e Administração Pública, 2012. p. 131-151. p. 148.

<sup>156</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. Sanção e acordo na Administração Pública. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 267.

Juliana Bonacorsi de Palma defende a atipicidade da atuação administrativa consensual, a qual “resulta da ausência de um modelo geral vinculante a toda a Administração Pública — o que não é necessariamente ruim, pois permite a criação de modelos consensuais mais aderentes à realidade prática de cada ente administrativo”<sup>157</sup>.

Afirma ainda que:

No caso dos acordos substitutivos, é necessário reconhecer que ao lado vinculação negativa à lei há o dado da instrumentalidade da prerrogativa sancionatória, condicionada aos fins de utilidade pública, que também legitima a disposição regulamentar dos casos de negociação desta prerrogativa. Na medida em que a competência para aplicar sanções cumpre a função de satisfazer as específicas finalidades setoriais, gerando determinada ordem de efeitos, como o efeito simbólico, natural que o Poder Público tenha legitimidade para racionalizar pela edição de atos normativos a negociação da potestade bem como as hipóteses de substituição da sanção ou de terminação consensual do processo sancionador.<sup>158</sup>

Dessa forma, repise-se, é incumbência do Poder Público regulamentar o modelo de consensualidade que pretende adotar para atingir as finalidades pretendidas, dentre os quais a dinâmica dos acordos substitutivos, ou, analisá-los caso a caso, a depender das circunstâncias fáticas<sup>159</sup>.

#### **4.1.3 Natureza jurídica**

Realizada a conceituação dos acordos substitutivos, passa-se ao estudo da natureza jurídica. Tendo em vista que a doutrina não é uníssona no assunto e por não poder se aprofundar na temática neste momento, a autora propõe-se apenas a apresentar algumas das principais correntes defendidas, para fins de consignar a controvérsia.

Discute-se na doutrina se o acordo substitutivo se configura como uma transação (negócio jurídico) privada, um contrato administrativo típico, um ato administrativo unilateral, ou, ainda, um negócio jurídico processual.

---

<sup>157</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. Sanção e acordo na Administração Pública. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 267 p. 276.

<sup>158</sup> Ibid. p.275.

<sup>159</sup> Nesse ponto, destaque-se, é certo que o administrador público deve respeito às regras e princípios constitucionais e de direito administrativo, como, por exemplo, a legalidade, a proporcionalidade, a eficiência, e sempre visando a atender o interesse público da melhor forma.

Para parte da doutrina, o acordo substitutivo pode ser classificado como um negócio jurídico bilateral do direito privado, ainda que apresente particularidades de direito público.

A posição é defendida por Ana Luiza de Andrade Nery<sup>160</sup>, segundo a qual o compromisso de ajustamento de conduta (espécie de acordo substitutivo) é forma *suís generis* da transação de direito privado prevista no art. 840 do Código Civil<sup>161</sup>, qualificando-o como negócio jurídico transacional híbrido.

A autora afasta as qualidades de fato ou ato jurídico. Não pode ser mero fato jurídico, porque, “é inegável a existência de vontade do interessado em ajustar sua conduta às exigências legais, bem como do órgão público tomador do ajustamento de buscar restabelecer ou evitar dano a direito transindividual”<sup>162</sup>. Também não pode ser compreendido como ato jurídico *stricto sensu*, pois ausente qualquer elemento negocial na classificação, o que não corresponde ao instituto.

Conclui, portanto, que a peculiaridade atinente à necessidade de se observar, de forma concomitante, principiologia de direito público e de direito privado transmite essa lógica “híbrida” à transação, diferenciando-a daquela prevista no Código Civil<sup>163</sup>. Afirma, por fim, que o compromisso é também fonte de direito de obrigações “à medida que se caracteriza como negócio jurídico bilateral, vinculando as partes que o celebraram, a fim de que sejam cumpridos os termos nele postos”<sup>164</sup>.

A respeito da natureza jurídica do termo da Lei de Ação Civil Pública, Geisa de Assis Rodrigues nega a característica de transação, mas entende que se trata de um negócio jurídico bilateral, consignando que:

O ajustamento de conduta, sob qualquer prisma que se analise, tem a essência de um negócio jurídico. O primeiro aspecto a ser considerado é a fundamental manifestação de vontade para sua celebração, tanto por parte do obrigado quanto por parte do órgão público, ponto ao qual retornaremos mais adiante. Embora os efeitos mais importantes deste negócio jurídico estejam previstos na lei, assim como seu campo de atuação e sua eficácia executiva, a declaração de vontade, ínsita ao ajustamento de conduta, tornará específica a forma de incidência da norma no caso concreto, vinculando os pactuantes aos efeitos expressos no ajuste.<sup>165</sup>

---

<sup>160</sup> NERY, Ana Luiza. Teoria geral do Termo de Ajustamento de Conduta. - 3. ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 110-143.

<sup>161</sup> Art. 840. É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas.

<sup>162</sup> NERY, Ana Luiza. Teoria geral do Termo de Ajustamento de Conduta. - 3. ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 110-111.

<sup>163</sup> *Ibid.* p. 143.

<sup>164</sup> *Ibid.* p.138.

<sup>165</sup> RODRIGUES, Geisa de Assis. Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta : teoria e prática. - 3.ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 131.

Sobre a bilateralidade, acrescenta:

A bilateralidade é fundamental, já que devem existir pelos menos duas pessoas na celebração do ajuste. Por isso que os órgãos públicos legitimados não podem firmar um “autoajustamento” de conduta, quando sejam eles os autores da ameaça ou do dano ao direito transindividual.<sup>166</sup>

Ressalta, por fim, que não pode ser confundido com um contrato (tipicamente privado), já que “a noção de contrato não se compatibiliza com o objeto do ajustamento de conduta, principalmente quando se trata de direito difuso”<sup>167</sup>.

Noutro sentido, Rodrigo Fernandes defende que o compromisso de ajuste de conduta teria natureza jurídica de contrato administrativo, por tratar de avença consensual, sendo que a discricionariedade da escolha das cláusulas obrigacionais dependerá de cada caso<sup>168</sup>.

Contudo, importante lembrar que aos contratos administrativos aplica-se um regime próprio, marcado pela superioridade da Administração Pública e, por exemplo, pelas cláusulas exorbitantes, de acordo com as quais a administração pode modificar unilateralmente os contratos ou até mesmo rescindi-los, o que é incompatível com a lógica dos acordos substitutivos<sup>169</sup>.

Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras, por sua vez, entendem que os acordos substitutivos têm natureza jurídica de negócio jurídico processual, apontando críticas às demais correntes que merecem destaque:

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 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 substitutivos. Temos 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

<sup>166</sup> RODRIGUES, Geisa de Assis. Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta : teoria e prática. – 3.ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 132.

<sup>167</sup> Ibid. p. 132.

<sup>168</sup> FERNANDES, Rodrigo. Compromisso de ajustamento de conduta ambiental. Rio de Janeiro : Editora Renovar, 2008. p. 78.

<sup>169</sup> Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:  
I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;  
II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;  
III - fiscalizar-lhes a execução;  
IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;  
V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

prospectivos, nos termos do que dispõe o art. 21 da própria Lei nº 13.655/2018.<sup>170</sup>

O negócio jurídico processual é uma inovação relevante trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, tipicamente consensual, que confere às partes maior liberdade de pactuação, inclusive flexibilizando regras vigentes, sobretudo formais<sup>171</sup>.

Assim, nota-se que não há consenso na doutrina acerca da natureza jurídica dos acordos substitutivos, em virtude das peculiaridades que o circundam.

Contudo, mesmo não havendo unanimidade na classificação dos acordos substitutivos, concorda-se com a posição defendida por Ana Luiza Nery<sup>172</sup>, no sentido de que a Administração Pública deve respeitar os princípios constitucionais que orientam sua atuação (art. 37 da Constituição Federal), enquanto o particular orienta-se pelos princípios de direito privado, sobretudo no que diz respeito às manifestações de vontade.

Conclui-se, no entanto, nas palavras de Geisa de Assis Rodrigues, que “a preocupação com o enquadramento do instituto em uma determinada família deve ser suplantada pela busca dos valores a que visa atender”<sup>173</sup>. Ou seja, o que importa é a prática efetiva do instituto.

Dessa forma, as peculiaridades inerentes aos acordos substitutivos devem ser observadas, pois repercutem tanto no âmbito do direito privado quanto do público e, ainda que a definição da sua natureza jurídica não seja encerrada, isso não impede o estudo e a aplicação do instituto na praxe administrativa

---

<sup>170</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei de Segurança para a Inovação Pública) / Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas. - Belo Horizonte : Fórum, 2019. p. 107.

<sup>171</sup> Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

<sup>172</sup> NERY, Ana Luiza. Teoria geral do Termo de Ajustamento de Conduta. - 3. ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 135.

<sup>173</sup> RODRIGUES, Geisa de Assis. Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta : teoria e prática. - 3.ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 123.

## 4.2 O PERMISSIVO GENÉRICO À CONSENSUALIDADE (ART. 26, LINDB)

No dia 26 de abril de 2018 foi publicada a Lei 13.655/2018, que modificou e acrescentou diversos dispositivos ao Decreto-lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro — LINDB).

Sobre a referida legislação e a respectiva atualização, colhe-se da doutrina:

O Decreto-lei 4.657/1942, que instituiu a Lei de Introdução, é um conjunto de normas sobre normas, ou uma norma de sobredireito (*lex legum*), eis que disciplina as próprias normas jurídicas, prevendo a maneira de sua aplicação no tempo e no espaço, bem como a sua compreensão e o entendimento do seu sentido lógico, determinando também quais são as fontes do direito, em complemento ao que consta na Constituição Federal.

A lei em questão não é só importante para o Direito Civil, atingindo outros ramos do Direito Privado ou mesmo do Direito Público. Por isso, e por bem, a Lei 12.376, de 30 de dezembro de 2010, alterou o seu nome de Lei de Introdução ao Código Civil (LICC) para Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB). Isso porque, atualmente, a norma que mais se aplica aos outros ramos do Direito do que ao próprio Direito Civil. Confirmando essa afirmação, a recente Lei 13.655/2018 traz novas regras concernentes à atuação dos agentes públicos, tendo relação substancial com o Direito Administrativo (arts. 20 a 30). Pode-se dizer que essa norma emergente consolida um distanciamento do diploma em estudo perante o Direito Privado. Por questões didáticas, na presente obra e nos demais volumes desta coleção, a norma será denominada tão simplesmente de Lei de Introdução.<sup>174</sup>

Para Maria Sylvia Di Pietro<sup>175</sup>, a lei não trouxe necessariamente inovações, pois muitas das novas previsões “praticamente se limitam a explicitar princípios informadores do direito administrativo, no que se refere às decisões tomadas pela Administração Pública e à atividade de controle que sobre ela exerce”.

A autora prossegue, afirmando que:

As alterações reforçam e complementam a exigência de determinados princípios já previstos na Constituição e em leis infraconstitucionais, em especial os da (i) segurança jurídica, (ii) motivação, (iii) proporcionalidade, (iv) consensualidade, (v) transparência, (vi) participação, (vii) eficiência, (viii) interesse público. Além disso, prevê a responsabilização do agente público pelas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.<sup>176</sup>

Em outras palavras, as alterações promovidas pela Lei 13.655/2018 alargaram o espectro de ingerência da LINDB, inserindo diversas previsões que atingem diretamente o direito administrativo.

<sup>174</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito civil: lei de introdução e parte geral* – v. 1 / Flávio Tartuce. – 15. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

<sup>175</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella *Direito administrativo* / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 32. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 87.

<sup>176</sup> *Ibid.* p. 87.

Pode-se destacar, dentre as importantes modificações, a valorização da consensualidade, no mesmo sentido das tendências verificadas no Direito Administrativo, que recebeu um artigo próprio para tratar sobre a relevante temática. Trata-se do art. 26, que assim prevê:

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

§ 1º O compromisso referido no caput deste artigo:

I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;

II – (VETADO);

III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;

IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

§ 2º (VETADO)<sup>177</sup>.

Sobre o novel dispositivo, destacam-se importantes considerações extraídas da doutrina de Maria Sylvia Di Pietro<sup>178</sup>, que reforçam o caráter consensual do dispositivo:

Em benefício da consensualidade, o artigo 26 da LINDB prevê a celebração de compromisso, nos seguintes termos: “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”. O dispositivo está permitindo que a autoridade administrativa, ao invés de decidir unilateral e imperativamente, entre em acordo com os interessados para corrigir a irregularidade, afastar a incerteza jurídica e pôr fim a um litígio. Essa possibilidade é outorgada com a exigência de determinadas cautelas, como a oitiva do órgão jurídico, a realização de consulta pública (quando prevista em lei ou for de interesse das partes) e o atendimento ao interesse geral. Além disso, o § 1º impõe a observância de outros requisitos para a celebração do compromisso: a) ele deverá buscar solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; revela-se, com essa exigência, preocupação com os princípios da proporcionalidade, eficiência e interesse público; b) o compromisso não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral; o objetivo é o de impedir soluções isoladas, que contrariem interpretação adotada em caráter geral, para situações semelhantes, o que contrariaria o princípio da isonomia; c) o

<sup>177</sup> “§ 2º Poderá ser requerida autorização judicial para celebração do compromisso, em procedimento de jurisdição voluntária, para o fim de excluir a responsabilidade pessoal do agente público por vício do compromisso, salvo por enriquecimento ilícito ou crime.” (VETADO)

<sup>178</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Direito administrativo / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 32. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 88.

compromisso deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento; a preocupação, no caso, é com a eficácia do compromisso.

Conforme explorado no presente trabalho, o ordenamento jurídico brasileiro possui diversas previsões esparsas de mecanismos consensuais administrativos, inclusive de acordos substitutivos de sanção, de modo que o art. 26 vem para consolidar essa tendência consensual.

Juliana Bonacorsi de Palma e Sérgio Guerra<sup>179</sup> vão além, afirmando que a nova lei “consagra a dinâmica de atuação consensual ao estabelecer permissivo genérico para que toda a Administração Pública, independentemente de lei ou regulamento específico, celebre compromissos”.

Os autores enaltecem que as previsões mostram-se como diretrizes importantes para a atuação consensual que vise ao atendimento de interesses de forma efetiva<sup>180</sup>. Isto é, não se trata apenas de autorizar a consensualidade no âmbito da Administração Pública, mas de prever maior efetividade e segurança jurídica na prática.

Na mesma linha está o entendimento de Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas, que também reconhecem a qualidade de permissivo genérico do novel dispositivo<sup>181</sup>.

José dos Santos Carvalho Filho<sup>182</sup>, por sua vez, apesar de reconhecer a consonância do dispositivo com a tendência de resolução consensual de conflitos, apresenta algumas críticas ao compromisso inserido pelo dispositivo:

Entretanto, esse acordo tem sofrido críticas contundentes, muitas delas procedentes, a nosso ver. De plano, provoca imediata suspeita pela desconfiança que, em geral, as autoridades administrativas despertam. Noutra giro, não há indicação dos limites temporais e materiais de atuação dos administradores, algo que se afigura perigoso. Como se cuida de transação, eventuais concessões recíprocas podem ofender o interesse público. E mais: é muito vaga a expressão “relevante interesse geral” contida no dispositivo e, pois, passível de evidente interpretação subjetiva. Tem-se exemplificado com a hipótese de atividade executada pelo administrado sem a obtenção da licença prévia exigível: o compromisso sanaria essa

---

<sup>179</sup> GUERRA, Sérgio. PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB - Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei no 13.655/2018), p. 135-169, nov. 2018. p. 140.

<sup>180</sup> Ibid. p. 140.

<sup>181</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei de Segurança para a Inovação Pública) / Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas. - Belo Horizonte : Fórum, 2019. p. 102.

<sup>182</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos Manual de Direito Administrativo / José dos Santos Carvalho Filho. – 33. ed. – São Paulo: Atlas, 2019. p. 1209.

irregularidade. Mas, ainda assim, não será fácil demonstrar que esse tipo de compromisso atenda a “relevante interesse geral”. Daí, o ceticismo com que é vista essa novidade. Numa primeira análise, entendemos que o compromisso não pode envolver interesses indisponíveis, limitando-se aos disponíveis, principalmente os de caráter patrimonial. De outro lado, sua celebração não pode afastar o controle do Ministério Público e dos Tribunais de Contas, função que lhes é cometida constitucionalmente. Também não parece constituir título executivo extrajudicial, já que a lei não lhe atribuiu essa condição, como o exige o art. 784, XII, do CPC, e nesse aspecto difere dos termos de ajustamento de conduta, expressamente qualificados com tal condição (art. 5º, § 6º, Lei nº 7.347/1985).

Nota-se, portanto, que a Lei 13.655/2018 que alterou a LINDB trouxe importantes acréscimos no ramo do direito administrativo, consagrando princípios que já orientavam a atividade da Administração Pública, dentre os quais se destaca a adoção da consensualidade, com a criação de um permissivo genérico para a celebração de compromissos.

Entretanto, a previsão específica que regia a possibilidade de atuação consensual no âmbito do processo administrativo sancionador foi vetada na fase legislativa, o que será analisado no tópico a seguir.

#### 4.3 O INCISO II DO § 1º DO ARTIGO 26 DA LINDB

##### 4.3.1 A substituição da sanção

Durante a tramitação do PL 7.448/2017 (que se tornou a Lei 13.655/2018), o presidente Michel Temer apresentou veto a diversos dispositivos, com base nos fundamentos expostos na Mensagem 212/2018, os quais foram mantidos pelo Congresso Nacional.

A previsão que interessa ao presente trabalho é precisamente aquela referente ao veto do inciso II do § 1º do artigo 26.

A redação original dispunha:

§ 1º O compromisso referido no caput deste artigo:  
II - poderá envolver transação quanto a sanções e créditos relativos ao passado e, ainda, o estabelecimento de regime de transição.

Enquanto o enunciado do *caput* pode ser visto como um permissivo genérico à atuação consensual, por meio da realização de termos de compromisso, o § 1º, II, previa expressa e especificamente a possibilidade de transacionar a respeito de sanções administrativas.

No entanto, a previsão foi vetada e, portanto, extirpada da redação final publicada, conforme se abordará no tópico seguinte.

#### 4.3.2 O veto presidencial

Consoante apontado acima, o inciso II do § 1º do artigo 26 da LINDB foi vetado pelo então presidente Michel Temer.

De acordo com o teor da Mensagem nº 212/2018<sup>183</sup>, extrai-se que o dispositivo foi vetado pelo “Ministério da Fazenda, juntamente com o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União e a Advocacia-Geral da União”, cujas razões do veto transcreve-se na íntegra:

A celebração de compromisso com os interessados, instrumento de natureza administrativa previsto no caput do artigo, não pode, em respeito ao princípio da reserva legal, transacionar a respeito de sanções e créditos relativos ao tempo pretérito e imputados em decorrência de lei. Ademais, poderia representar estímulo indevido ao não cumprimento das respectivas sanções, visando posterior transação.

Em síntese, a justificativa do veto se baseia em dois pontos principais: o desrespeito ao princípio da reserva legal e o estímulo indevido ao não cumprimento das respectivas sanções. Passa-se, portanto, à análise mais aprofundada dos dois aspectos, rebatendo-os com base na lógica constitucional e na sistemática extraída do direito administrativo brasileiro.

##### 4.3.2.1 Princípio da reserva legal

O princípio da reserva legal (ou reserva de lei) confunde-se frequentemente na doutrina com o princípio da legalidade.

Nas palavras de José Afonso da Silva<sup>184</sup>:

A doutrina não raro confunde ou não distingue suficientemente o princípio da legalidade e o da reserva de lei. O primeiro significa a submissão e o respeito à lei, ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador. O segundo consiste em estatuir que a regulamentação de determinadas matérias há de fazer-se necessariamente por lei formal.

---

<sup>183</sup> “Senhor Presidente do Senado Federal,

Comunico a Vossa Excelência que, nos termos do § 1º do art. 66 da Constituição, decidi vetar parcialmente, por contrariedade ao interesse público e inconstitucionalidade, o Projeto de Lei nº 7.448, de 2017 (nº 349/15 no Senado Federal), que “Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público”.

<sup>184</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. - 41. ed., rev. e atual. / até a Emenda Constitucional n. 99, de 14.12.2017. - São Paulo : Malheiros, 2018. p. 425.

Alexandre de Moraes, por sua vez, leciona que:

O princípio da legalidade é de abrangência mais ampla do que o princípio da reserva legal. Por ele fica certo que qualquer comando jurídico impondo comportamentos forçados há de provir de uma das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras do processo legislativo constitucional. Por outro lado, encontramos o princípio da reserva legal. Este opera de maneira mais restrita e diversa. Ele não é genérico e abstrato, mas concreto. Ele incide tão somente sobre os campos materiais especificados pela Constituição. Se todos os comportamentos estão submetidos ao princípio da legalidade, somente alguns estão submetidos ao da reserva de lei.<sup>185</sup>

Em outras palavras, em função do princípio da reserva legal, a regulamentação de determinadas matérias é reservada, pela Constituição, a uma lei formal.

José Afonso da Silva destaca três categorias principais da reserva de lei, extraídas da Constituição:

- (1) do ponto de vista do órgão competente, pelo qual o exercício da função legislativa para determinadas matérias só cabe ao Congresso Nacional, sendo, pois, indelegável, como é o caso da formação das leis sobre as matérias referidas no § 1º do art. 68;
- (2) do ponto de vista da natureza da matéria, pelo qual determinadas matérias são reservadas à lei complementar, enquanto outras o são à lei ordinária, como são as hipóteses expressamente enumeradas na Constituição [arts. 7º, I, e 14, § 9º]; e há casos em que a reserva é de lei ordinária ou complementar estadual [por exemplo, art. 18, § 4º] ou de lei orgânica local [art. 29];
- (3) do ponto de vista do vínculo imposto ao legislador, a reserva pode ser absoluta ou relativa. Alguns admitem também uma terceira, dita reserva reforçada, que, na verdade, ingressa no campo da reserva absoluta.<sup>186</sup>

A última categoria divide-se em duas: absoluta ou relativa. A reserva será absoluta quando a matéria é reservada à lei, exclusivamente. É quando a Constituição utiliza termos como “a lei regulará”, “a lei disporá”, “a lei criará”, etc. Por outro lado, será relativa quando for admissível outro ato infralegal, nos limites das condições estabelecidas na norma maior, valendo-se de expressões como “nos termos da lei”, “no prazo da lei”, “na forma da lei”, etc<sup>187</sup>.

No entanto, não se verifica na Constituição Federal uma previsão específica que exija o atendimento de requisitos ou condições específicas para a possibilidade de substituição de sanções, nem mesmo para a atuação do administrador público – desde que pautado na legalidade.

<sup>185</sup> MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. - 34. ed. - São Paulo : Atlas, 2018. p. 44.

<sup>186</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. - 41. ed., rev. e atual. / até a Emenda Constitucional n. 99, de 14.12.2017. - São Paulo : Malheiros, 2018. p. 426.

<sup>187</sup> Ibid. p. 426-427.

Assim, o fundamento, *a priori*, não encontra respaldo no ordenamento jurídico para justificar o veto.

Poder-se-ia entender que a razão lançada no veto quis tratar da legalidade em seu sentido de vinculação positiva, ou legalidade administrativa, de modo que se passa à análise da impossibilidade da consensualidade também sob a ótica desse fundamento.

Para Maria Sylvia Di Pietro, o princípio da legalidade informa todos os ramos do direito público e é essencial para o Direito Administrativo, porque, a partir dele, constroem-se todos os demais<sup>188</sup>.

Para a Administração Pública, o princípio da legalidade tem um aspecto distinto daquele conferido aos particulares. Enquanto para os particulares a legalidade está amparada no art. 5º, II, da Constituição Federal, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, na atuação administrativa a lógica é inversa. Isso porque o gestor administrativo só está autorizado a fazer aquilo que está previsto na lei<sup>189</sup>.

José Sérgio da Silva Cristóvam leciona que, de acordo com o princípio da legalidade administrativa:

a Administração só pode fazer o que expressamente previsto em lei, sendo que a ausência de norma proibitiva ao Poder Público, corresponde a uma previsão negativa a sua atuação. A ausência de lei regulando determinada situação concreta tem o mesmo significado, para a Administração, da existência de prescrição legal vedando a atuação administrativa. A falta de lei à Administração corresponde a uma vedação, um não fazer.<sup>190</sup>

Juliana Bonacorsi de Palma ensina que, na origem do princípio da legalidade no bojo do Estado de Direito, a legalidade correspondia à vinculação negativa à lei — semelhante àquela prevista no art. 5º, II, CF —, sendo possível agir sempre que não houvesse vedação expressa em lei. Com o avanço da Escola Positivista, a legalidade administrativa passou a ser interpretada como vinculação positiva, tornando-se

---

<sup>188</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Direito administrativo / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 32. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 91.

<sup>189</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

<sup>190</sup> CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Elementos de Direito Administrativo**. - 5. ed. rev. atual. e ampl. - Florianópolis. 2018. p. 29.

imprescindível à atuação administrativa o fundamento legal que a autorizasse<sup>191</sup>. No entanto, esse radicalismo deve ser visto com ressalvas.

Paula Lino da Rocha Lopes<sup>192</sup> tece importantes considerações ao discutir o princípio da legalidade, em seus aspectos positivo e negativo. Apesar de reconhecer que no ordenamento jurídico brasileiro só é possível ao administrador fazer o que está previsto em lei (princípio da reserva de lei), evidencia que:

O radicalismo de tal concepção é combatido no âmbito do próprio Direito Administrativo, pois engessa a atuação administrativa e por ser inviável, na prática, que a lei preveja todos os pormenores da atividade da Administração Pública.

Embora a concepção de vinculação positiva seja aceita nos casos de restrição ou extinção de direitos fundamentais pela Administração Pública (atos de império), nas hipóteses de atuação consensual, tal concepção revela-se incompatível.<sup>193</sup>

Nesse aspecto, Marçal Justen Filho afirma que:

O princípio da legalidade não significa a exigência de disciplina legal literal e expressa. A disciplina jurídica é produzida pelo conjunto das normas jurídicas, o que demanda compreender que, mesmo sem existir dispositivo literal numa lei, o sistema jurídico poderá impor restrição à autonomia privada e obrigatoriedade da atuação administrativa. Em suma, o princípio da legalidade não significa a exigência de interpretação literal das leis para determinar o que é permitido, proibido ou obrigatório.<sup>194</sup>

Não se pode, portanto, utilizar o princípio da reserva legal, ou mesmo da legalidade, de forma isolada, sem analisar a sistemática administrativa atual que o comporta, marcada pela consensualidade e, mais ainda, pela quebra de paradigmas tradicionais e ultrapassados.

Desse modo, a justificativa adotada nas razões de veto para negar a tendência de atuação administrativa consensual, que já permeia grande parcela do ordenamento jurídico, mostra-se desarrazoada, tanto do ponto de vista teórico, quanto prático — cujos benefícios foram abordados durante todo o trabalho e serão analisados em específico em tópico seguinte.

Não fosse suficiente, a própria utilização do “princípio da reserva legal” como justificativa para não criar um dispositivo geral - permissivo genérico - em lei

---

<sup>191</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. Sanção e acordo na Administração Pública. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 264-265.

<sup>192</sup> LOPES, Paula Lino da Rocha. Atuação administrativa consensual: acordo substitutivo envolvendo atos de improbidade administrativa. Revista de Processo. vol. 274. ano 42. p. 383-407. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2017. p. 393.

<sup>193</sup> Ibid. p. 393-394.

<sup>194</sup> JUSTEN FILHO. Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 116.

interpretativa do ordenamento jurídico, tal qual a LINDB, apresenta um descompasso lógico.

Isso porque, se o dispositivo fosse aprovado e entrasse em vigor, os administradores públicos teriam uma autorização legal para celebrar compromissos para substituir sanções administrativas, atendendo, assim, ao princípio da legalidade administrativa e, porque não, o da reserva legal.

Verifica-se, portanto, que o princípio da reserva de lei não é suficiente para justificar o impedimento à realização de acordos substitutivos de sanção pela Administração Pública, seja porque a temática não é reservada na Constituição à alguma condição específica, seja porque o princípio não deve ser visto de forma radical, levando-se em conta a própria discricionariedade administrativa. Ou, ainda, porque a própria criação do dispositivo em lei interpretativa do ordenamento jurídico supriria a necessidade de lei formal regulando o tema.

Ultrapassada essa questão, passa-se à análise do segundo ponto do veto.

#### *4.3.2.2 Estímulo ao descumprimento de sanções*

O segundo argumento extraído das razões do veto é o possível “estímulo ao descumprimento de sanções” decorrentes da celebração dos acordos substitutivos pela Administração Pública.

Colaciona-se novamente o excerto do veto que será objeto de análise: “Ademais, poderia representar estímulo indevido ao não cumprimento das respectivas sanções, visando posterior transação”.

Novamente, o fundamento não encontra amparo legal, nem tampouco prático.

Conforme visto anteriormente, os acordos substitutivos podem substituir o processo administrativo sancionador ou a sanção eventualmente aplicada. Assim, o fundamento parte da premissa equivocada que os acordos ocorreriam tão somente após o regular andamento do processo administrativo, com a aplicação de sanção, a qual seria descumprida pelo administrado e, neste momento, este poderia transacionar e estabelecer condições para “superar” o descumprimento.

Oferecendo um exemplo prático, ainda que hipotético, no caso de aplicação uma multa pecuniária em virtude da prática de uma infração ambiental qualquer, de acordo com as razões do veto, o compromisso administrativo seria acordado com o administrado após o inadimplemento da multa.

Não é, contudo, o que os acordos substitutivos pretendem (ao menos, não somente).

Conforme sobejamente explorado no presente trabalho, a atuação consensual administrativa pretende solucionar impasses entre Administração Pública e administrado-infrator, estabelecendo-se condições que devem ser cumpridas por este para receber uma suavização na sanção cabível.

Assim, no exemplo dado acima, o administrado-infrator e o administrador público poderiam realizar compromisso administrativo antes da instauração do processo administrativo ou durante, suspendendo-o até o cumprimento final ou, ainda, após a aplicação da sanção – substituindo-a, portanto, por condições como a cessação da atividade nociva, o condicionamento do comportamento à norma, a reparação dos danos causados, entre outras.

É por isso que eventual descumprimento de sanção não possui relação com a possibilidade de transacionar com a Administração.

Pelos acordos, evita-se a aplicação da sanção, a qual é substituída por obrigações ao particular e que tem potencial de atingir o interesse público de forma mais efetiva, solucionando o problema. Por ser marcado pela consensualidade e pela negociação, o administrado somente assumirá obrigações que tem condições efetivamente de cumprir – inclusive, de forma mais fácil ou menos onerosa do que a própria sanção que poderia ser cominada.

Não obstante, o próprio acordo negociado com o particular pode prever, dentre as obrigações que devem ser cumpridas, a previsão de sanção para seu descumprimento – em acréscimo ao retorno do processo administrativo.

Rememore-se, nesse ponto, as previsões legais que disciplinam o termo de compromisso e cessação (Lei 12.529/2011) no âmbito do CADE, do qual se extrai que, em caso de descumprimento das condições acordadas, retoma-se o processo administrativo sancionador, podendo-se aplicar sanções específicas em função das obrigações descumpridas<sup>195</sup>.

---

<sup>195</sup> Art. 85. Nos procedimentos administrativos mencionados nos incisos I, II e III do art. 48 desta Lei, 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, devidamente fundamentado, entender que atende aos interesses protegidos por lei. [...]

§ 9º O processo administrativo ficará suspenso enquanto estiver sendo cumprido o compromisso e será arquivado ao término do prazo fixado, se atendidas todas as condições estabelecidas no termo. [...]

Situação semelhante encontra-se no termo de ajuste de conduta que pode ser celebrado perante a ANTT, de acordo com as normas da Resolução 442/2004 (alterada pela Resolução 847/2005), que também preveem a possibilidade de arquivar o processo administrativo somente no caso de cumprimento do compromisso, sob pena de instauração de processo específico para apurar a responsabilidade e aplicar as penalidades cabíveis<sup>196</sup>.

Desse modo, às próprias condições do compromisso podem ser estabelecidas sanções respectivas, o que pode ser visto como um incentivo ao cumprimento satisfatório do acordo.

Não se pode olvidar que a tendência à consensualidade vem sendo percebida também em outros ramos do direito, como no Direito Penal.

É consabido que, no ramo penal, onde (muitos) dos crimes possuem sanções gravíssimas e que atingem diretamente a pessoa do condenado (como a pena corporal de prisão), a pretensão punitiva do Estado é perquirida com muito mais rigor<sup>197</sup>. Não obstante, instrumentos consensuais vêm sendo valorizados numa perspectiva de maior repressão ao crime, bem como combate à corrupção e à atuação de organizações criminosas.

Destaca-se, como exemplo, os acordos de leniência e os acordos de colaboração premiada, por meio dos quais, em síntese, um investigado/acusado pode celebrar um compromisso de auxiliar nas investigações e até mesmo “delatar” outros

---

§ 11. Declarado o descumprimento do compromisso, o Cade aplicará as sanções nele previstas e determinará o prosseguimento do processo administrativo e as demais medidas administrativas e judiciais cabíveis para sua execução.

<sup>196</sup> Art. 18. Decorrido o prazo estipulado no TAC, a autoridade competente verificará a execução do compromisso assumido pela empresa concessionária, permissionária ou autorizada, atestando o seu cumprimento, ou não, mediante relatório específico.

§ 1º Comprovado o cumprimento do compromisso, o processo, se instaurado, será arquivado, sem prejuízo das sanções civis ou penais cabíveis.

§ 2º Verificado o não cumprimento do compromisso, serão adotadas as providências necessárias à instauração do processo administrativo para apuração das responsabilidades e aplicação das penalidades cabíveis ou ao seu prosseguimento, se anteriormente instaurado.

<sup>197</sup> Floriano de Azevedo Marques Neto e Tatiana Matiello Cymbalista apontam a carga simbólica natural do processo penal, afirmando que: “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”. (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-FLORIANOAZEVEDO-TATIANA-MATIELLO.pdf>>. p. 10.)

integrantes da atuação criminosa, recebendo, em contrapartida, algum benefício compatível (diminuição na pena, regime diferenciado, etc.).

Por meio deles, o Estado, na sua faceta punitiva, opta por beneficiar algum investigado/acusado para atingir uma finalidade ainda mais relevante, como a obtenção de informação que não conseguiria acesso de outra forma, um número maior de condenados, o desmantelamento de uma organização criminosa, etc. O acordo é, portanto, uma “solução pragmática voltada à obtenção dos melhores resultados práticos possíveis quanto ao desestímulo à prática de condutas infracionais”<sup>198</sup>.

Ora, se soluções consensuais fossem vistas como estímulos ao descumprimento de sanções, certamente não seriam adotadas pelo Direito Penal, ainda mais neste momento histórico de combate à corrupção, marcado atualmente pela Operação Lava-Jato, cujas manchetes a respeito das prisões e condenações de políticos envolvidos dominam as mídias e ensejam extensa e relevante produção doutrinária sobre o tema. E, ainda assim, cada vez mais verifica-se o surgimento, regulamentação, aplicação e exaltação dos instrumentos de consensualidade, em virtude dos benefícios que se obtém.

Transferindo a lógica para o processo administrativo, por meio do acordo substitutivo, busca-se o atingimento do interesse público não pela sanção, mas pelo cumprimento de condição/obrigação pelo administrado que se mostre mais favorável para ambos: Administração Pública e administrado-infrator<sup>199</sup>.

Dessa forma, pode-se concluir que a mera possibilidade de celebração do acordo não é suficiente para induzir ao descumprimento de sanções, tendo em vista que os acordos substitutivos podem ser celebrados antes mesmo do decorrer do processo administrativo sancionador, evitando a aplicação de uma sanção. Não fosse suficiente, o próprio descumprimento das condições estabelecidas no termo assinado pode ensejar a aplicação de outras sanções, sendo um incentivo ao seu cumprimento adequado.

---

<sup>198</sup> BINENBOJM, Gustavo. Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador / Gustavo Binenbojm; prefácio de Luís Roberto Barroso; apresentação de Carlos Ari Sundfeld. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 113.

<sup>199</sup> A bem demonstrar esse benefício que pode ser reciprocamente obtido pela Administração Pública e pelo administrado, colacionam-se dois exemplos utilizados por Gustavo Binenbojm: 1) “a conversão do montante pecuniário das multas em investimentos (com algum deságio) a serem realizados pelo agente econômico na melhoria do atendimento aos consumidores ou usuários (com compromisso de resultado)”; 2) “a obrigação de despoluição de uma lagoa pelo causador do dano ambiental, em prazo inferior ao exigido pela lei, poderia ser solução adotada em um acordo integrativo que reduzisse o valor original da multa aplicada”. (Ibid. p. 112).

A justificativa é, portanto, incapaz de obstar a aplicação da consensualidade na atividade administrativa sancionadora.

Em verdade, em sentido diametralmente oposto, a possibilidade de celebrar compromisso entre Administração Pública e administrado-infrator pode ser vista como uma tentativa de impedir justamente o descumprimento das sanções administrativas.

Isso porque, repise-se, ao negociar diretamente com o administrado a obrigação que deve ser cumprida para extinguir a persecução administrativa pela infração praticada, a Administração Pública passará a exigir somente aquilo que o particular poderá efetivamente cumprir, de forma viável e com base nas circunstâncias do caso concreto.

Em outras palavras, ao invés de a Administração aplicar unilateralmente uma sanção administrativa — a qual poderá ser inadimplida pelo sancionado, a depender de diversas condições (financeiras, pessoais, temporais, etc.) — as condições fixadas em conjunto com o administrado mostram-se com maior possibilidade de êxito<sup>200</sup>.

Floriano de Azevedo Marques Neto e Tatiana Cymbalista acrescentam outro ponto relevante:

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.<sup>201</sup>

É também nesse contexto que a eventual sanção que poderia ser aplicada ao administrado-infrator e, mais ainda, o potencial descumprimento, não podem ser vistos como óbices às medidas consensuais.

Assim, a segunda razão do veto é também insuficiente para justificar a impossibilidade de celebração de acordos substitutivos administrativos.

---

<sup>200</sup> Cf. exemplos hipotéticos citados acima.

<sup>201</sup> 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, n.º. 27, agosto/setembro/outubro, 2011. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-27-AGOSTO-2011-FLORIANOAZEVEDO-TATIANA-MATIELLO.pdf>>. p. 13.

### 4.3.3 Outra crítica relevante aos acordos substitutivos: a indisponibilidade do interesse público

Não só as razões apontadas no veto são utilizadas para negar a possibilidade de celebração de acordos substitutivos de sanção no processo administrativo.

A crítica mais frequente que se encontra aos acordos substitutivos de sanção diz respeito à indisponibilidade do interesse público. Em virtude da sua relevância, este tópico pretende demonstrar que a crítica, da mesma forma que os fundamentos lançados acima, não é suficiente para justificar a negativa de aplicação dos acordos substitutivos.

Em função do princípio da indisponibilidade do interesse público, em síntese, não caberia ao administrador público transacionar o interesse público de sancionar o administrado-infrator.

Para José dos Santos Carvalho Filho, “o interesse público não é o somatório dos interesses individuais dos componentes do grupo social, mas traduz interesse próprio, coletivo, gerador de satisfação geral, e não individual; enfim, busca o bem comum”<sup>202</sup>.

Por sua vez, de acordo com o princípio da supremacia do interesse público, que orienta a atividade administrativa, os interesses públicos se sobrepõem aos interesses privados. Ou seja, “as normas de direito público, embora protejam reflexamente o interesse individual, têm o objetivo primordial de atender ao interesse público, ao bem-estar coletivo”<sup>203</sup>.

Em decorrência deste último princípio, surge o princípio da indisponibilidade do interesse público. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>204</sup>:

A indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade - internos ao setor público -, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los - o que é também um dever - na estrita conformidade do que dispuser a *intentio legis*.

---

<sup>202</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Interesse público: verdades e sofismas. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2010, p. 67-84.

<sup>203</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo** / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 32. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 93.

<sup>204</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. - 34. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 99, de 14.12.2017. - São Paulo: Malheiros, 2019. p. 76.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, é justamente por não poder dispor dos interesses públicos que a Administração não pode deixar de exercer seus poderes, sob pena de responder pela omissão, ou seja, “a autoridade [...] não pode deixar de punir quando constate a prática de ilícito administrativo”<sup>205</sup>.

Esse é também o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, que fala no “dever de sancionar” do administrador público, inclusive sob pena de incidir no tipo penal de “condescendência criminosa” (art. 320 do Código Penal<sup>206</sup>), ressalvadas apenas as hipóteses de aplicação do princípio da insignificância<sup>207</sup>.

Contudo, a celebração de acordos substitutivos não significa simplesmente renunciar a sanção, no sentido de deixar o administrado-infrator impune. Pelo contrário, visa a perquirir resultados mais eficientes por outros meios, que podem (e devem) ser buscados com o auxílio do próprio administrado-infrator, cujas condições fixadas pretendem efetivamente solucionar o impasse e/ou os danos causados pela infração administrativa.

Paula Lino da Rocha aduz que:

[...] de acordo com o mencionado paradigma da atuação administrativa constitucional, o princípio da indisponibilidade do interesse público não seria obstáculo à consensualidade administrativa, na medida em que essa representaria mero instrumento para alcançar o interesse público no caso concreto, com os benefícios da maior eficiência e da legitimidade da ação administrativa<sup>208</sup>.

Conclui, afirmando que “ao adotar os instrumentos de consenso, o administrador não estaria dispondo do interesse público, e sim perseguindo-o por outro meio que não o ato administrativo unilateral e imperativo”<sup>209</sup>.

Some-se a isso o fato de que, no Estado Democrático de Direito, a sanção deve ser vista como a *ultima ratio*<sup>210</sup>.

<sup>205</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo** / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 32. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 94.

<sup>206</sup> Art. 320 - Deixar o funcionário, por indulgência, de responsabilizar subordinado que cometeu infração no exercício do cargo ou, quando lhe falte competência, não levar o fato ao conhecimento da autoridade competente:

Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.

<sup>207</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. - 34. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 99, de 14.12.2017. - São Paulo: Malheiros, 2019. p. 915.

<sup>208</sup> LOPES, Paula Lino da Rocha. Atuação administrativa consensual: acordo substitutivo envolvendo atos de improbidade administrativa. Revista de Processo. vol. 274. ano 42. p. 383-407. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2017. p. 392.

<sup>209</sup> Ibid. p. 392.

<sup>210</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei de Segurança para a Inovação Pública) / Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas. - Belo Horizonte : Fórum, 2019. p. 105.

E, ainda, a opinião de Floriano de Azevedo Marques Neto e Tatiana Matiello Cymbalista:

[...] 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<sup>211</sup>.

Assim, os princípios da indisponibilidade e da supremacia do interesse público não podem ser vistos como óbices aos acordos substitutivos.

A uma, porque a suposta indisponibilidade do interesse público já foi há muito relativizada, tendo em vista que a legislação permite a realização de pactos negociais envolvendo o Poder Público<sup>212</sup>. A duas, porque se deve reconhecer que há outras formas (mais eficientes) de alcançar o interesse público pela atuação administrativa, inclusive pela utilização de meios consensuais.

Desse modo, o presente tópico serviu para verificar e espancar as razões do veto expostas pelo então presidente Michel Temer ao excluir a disposição do inciso II do § 1º do artigo 26 da LINDB, acrescentando-se, por fim, uma outra crítica relevante, que foi igualmente combatida.

Sendo assim, passa-se à análise da (im)possibilidade de celebração de acordos substitutivos de sanção, mesmo com o referido veto presidencial.

---

<sup>211</sup> 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-FLORIANOAZEVEDO-TATIANA-MATIELLO.pdf>>. p. 11.

<sup>212</sup> Nesse sentido, relembra-se a Lei da Ação Civil Pública, que prevê expressamente a possibilidade de transacionar ("Art. 5º. § 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial").

## 4.4 A (IM)POSSIBILIDADE DE CELEBRAR ACORDOS SUBSTITUTIVOS DE SANÇÃO NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS SANCIONATÓRIOS

### 4.4.1 Consequências práticas do veto

Primeiramente, importante fazer um sintático estudo acerca do veto presidencial em projeto de lei (art. 66 da Constituição Federal<sup>213</sup>), sob a ótica do direito constitucional, para compreender seus efeitos práticos no ordenamento jurídico.

Consoante lição de José Afonso da Silva:

Veto é o modo de o Chefe do Executivo exprimir sua discordância com o projeto aprovado, por entendê-lo inconstitucional ou contrário a interesse público. Será total se recair todo o projeto, e parcial se atingir parte do projeto, mas este somente abrangerá texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea (art. 66, § 2º). Com isso se corta o mau vezo de veto sobre palavra ou grupo de palavras que não raro importava em mudar o sentido do texto. [...]

O veto é relativo. Quer dizer, não tranca de modo absoluto o andamento do projeto. Será, mediante mensagem fundamentada, comunicado ao Presidente do Senado Federal no prazo de quarenta e oito horas, a fim de ser apreciado pelo Congresso, em sessão conjunta, em trinta dias a contar de seu recebimento, reputando-se rejeitado, se a maioria absoluta dos Deputados e Senadores (isto é, dos membros das Casas do Congresso), em escrutínio aberto, votar contra ele; em tal hipótese, o projeto se transforma em lei (sem sanção, como se vê), que deverá ser promulgada. Se aquela maioria não for alcançada, ficará mantido o veto, arquivando-se o projeto, que assim se tem por rejeitado.<sup>214</sup>

Alexandre de Moraes acrescenta que o voto apresenta como uma de suas características ser motivado ou formalizado:

<sup>213</sup> Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.

§ 1º Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

§ 2º O veto parcial somente abrangerá texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea.

§ 3º Decorrido o prazo de quinze dias, o silêncio do Presidente da República importará sanção.

§ 4º O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores.

§ 5º Se o veto não for mantido, será o projeto enviado, para promulgação, ao Presidente da República.

§ 6º Esgotado sem deliberação o prazo estabelecido no § 4º, o veto será colocado na ordem do dia da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições, até sua votação final.

§ 7º Se a lei não for promulgada dentro de quarenta e oito horas pelo Presidente da República, nos casos dos § 3º e § 5º, o Presidente do Senado a promulgará, e, se este não o fizer em igual prazo, caberá ao Vice-Presidente do Senado fazê-lo.

<sup>214</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. - 41. ed., rev. e atual. / até a Emenda Constitucional n. 99, de 14.12.2017. - São Paulo : Malheiros, 2018. p. 532-533.

o veto há de ser sempre motivado, a fim de que se conheçam as razões que conduziram à discordância, se referentes à inconstitucionalidade ou à falta de interesse público ou, até se por ambos os motivos. Esta exigência decorre da necessidade do Poder Legislativo. Esta exigência decorre da necessidade do Poder Legislativo, produtor último da lei, de examinar as razões que levaram o Presidente da República ao veto, analisando-as para convencer-se de sua manutenção ou de seu afastamento, com a conseqüente derrubada do veto. Além disso, o veto é formal, pois deverá ser feito por escrito, juntamente com suas razões.<sup>215</sup>

No caso em tela, o presidente Michel Temer vetou diversos dispositivos do PL 7.448/2017, cujos fundamentos foram expostos na Mensagem 212/2018, encaminhada ao Presidente do Senado Federal, o que foi mantido pelo Congresso Nacional<sup>216</sup>.

Dentre outros dispositivos, foi vetado especificamente o inciso II do § 1º do artigo 26, que dispunha sobre a transação de sanções, o que já foi suficientemente abordado acima. Assim, o referido inciso foi excluído da Lei 13.655/2018 e da LINDB (veto parcial), mantendo-se, contudo, as demais disposições do art. 26 (com exceção do § 2º, o qual também foi integralmente vetado e excluído).

Repise-se que o *caput* do art. 26 é visto pela doutrina como um permissivo genérico à atuação consensual administrativa, por meio da celebração de compromissos com os administrados<sup>217</sup>.

Desse modo, a pergunta que se formula é: o veto à previsão expressa da possibilidade do compromisso versar sobre “sanção” (II, § 1º, art. 26) é suficiente para afastar a celebração dos acordos substitutivos com fundamento no art. 26 da LINDB, sob a ótica das tendências consensuais já existentes no ordenamento jurídico?

Reproduz-se novamente o teor do dispositivo:

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.

---

<sup>215</sup> MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. - 34. ed. - São Paulo : Atlas, 2018. p. 710.

<sup>216</sup> Pode-se extrair do Ofício 353 (CN), de 4 de julho de 2018, assinado pelo Senador Eunício Oliveira (Presidente da Mesa do Congresso Nacional): “que o Congresso Nacional, em sessão conjunta realizada em 26 de junho do corrente ano, manteve o Veto Parcial aposto ao Projeto de Lei do Senado nº 349, de 2015 (PL nº 7.448, de 2017, nessa Casa), que “Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público”. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2130119>>.

<sup>217</sup> Nesse sentido: Juliana Bonacorsi de Palma, Sérgio Guerra, Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas.

De acordo com a redação expressa e literal da norma, o compromisso celebrado pode servir para “eliminar irregularidade” e/ou “situação contenciosa” no direito público, desde que presentes razões de relevante interesse geral.

De certa forma, pode-se entender que a prática de uma infração administrativa constitui uma “irregularidade”, a qual deve ser sanada pela Administração. Não fosse suficiente, a necessidade de instaurar um processo administrativo sancionador para apurar a conduta do infrator e, eventualmente, sancioná-lo, certamente qualifica uma “situação contenciosa”.

Assim, os processos administrativos sancionadores (e as respectivas sanções) estariam abarcados no texto da norma.

Floriano de Azevedo e Rafael Vêras explicam que o art. 26 permite as três espécies de acordo: integrativos, substitutivos e complementação.

Afirmam que o dispositivo servirá como permissivo genérico à celebração dos “acordos substitutivos regulatórios”, justamente em razão do trecho “situação contenciosa”, os quais já eram parcialmente abrangidos pela previsão da Lei de Ação Civil Pública, fulminando a controvérsia a respeito da necessidade de autorização normativa prévia e específica<sup>218</sup>.

Se o dispositivo é válido para acordos substitutivos no âmbito das agências reguladoras, não há motivação idônea (e isonômica) para afastar sua aplicação nos demais processos administrativos sancionadores.

Os autores deixam clara a possibilidade de acordos substitutivos de sanção ao afirmar que “tal modalidade de acordo [regulada no art. 26], no caso concreto, pode melhor atender o interesse público, ao substituir a incerteza do cumprimento da sanção pelo adimplemento de uma obrigação superveniente”<sup>219</sup>.

Assim, mesmo com o veto ao inciso II, isso não seria suficiente para extrair da norma a possibilidade de celebração dos acordos.

Para complementar, ainda que se entenda que as razões do veto presidencial deveriam ser consideradas para manter a negativa de aplicação dos acordos

---

<sup>218</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei de Segurança para a Inovação Pública) / Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas. - Belo Horizonte : Fórum, 2019. p. 103-104.

<sup>219</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei de Segurança para a Inovação Pública) / Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas. - Belo Horizonte : Fórum, 2019. p. 105.

substitutivos de sanção, enquanto “vontade do legislador”, isto é, para não contrariar a vontade expressada no veto, a posição não é razoável.

Isso porque, se a supressão do inciso II do § 1º do referido dispositivo não é suficiente para elidir a conclusão pela possibilidade da celebração dos acordos substitutivos, muito menos serão as razões de veto adotadas pelo Presidente para suprimi-lo, até mesmo porque se mostra contrário a diversas outras previsões legais que se encontram vigentes nas normas administrativas e à própria lógica do sistema.

Ou seja, não se deve enaltecer as razões do veto acima da vontade do legislador na redação do art. 26 da LINDB e, mais ainda, quando incoerente com os demais dispositivos legais vigentes que traduzem práticas consensuais administrativas.

Portanto, respondendo ao questionamento formulado no início do presente tópico, deve-se entender que o veto ao inciso II, do § 1º, do artigo 26 da LINDB não é suficiente para afastar a celebração de acordos substitutivos de sanção nos processos administrativos. Entender de forma contrária seria ignorar a redação legal do art. 26 da LINDB e, mais ainda, negar vigência – de forma indireta – aos demais mecanismos consensuais já existentes no ordenamento, inclusive no direito administrativo sancionador.

#### **4.4.2 Vantagens dos acordos substitutivos de sanção**

Passa-se, enfim, à análise dos pontos vantajosos, à Administração Pública e ao administrado-infrator, da realização dos acordos substitutivos nos processos administrativos sancionadores.

Thiago Marrara aponta algumas razões para a crescente valorização dos acordos substitutivos na seara administrativa:

Ocorre que as infrações ficaram complexas, grandiosas, enormemente reticularizadas, virtualizadas e elaboradas. [...] Tanto pela complexidade das infrações em si, quanto pelas essenciais garantias processuais que foram asseguradas ao cidadão ao longo das décadas, os custos operacionais das tarefas processuais do Estado aumentaram e, por reflexo, a improbabilidade de sucesso nos processos administrativos acusatórios se elevou tremendamente.<sup>220</sup>

---

<sup>220</sup> MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. Revista Digital de Direito Administrativo, v. 2, n. 2, p. 509-527, 2015. p. 511.

Assim, a adoção de mecanismos consensuais, como o acordo substitutivo de sanção, mostra-se como uma saída para o insucesso da atividade sancionatória administrativa e à impunidade.

Nesse ponto, destacam-se outras vantagens apontadas pela doutrina como advindas da celebração de acordos substitutivos.

Francisco Augusto Zardo Guedes<sup>221</sup> elenca quatro principais vantagens:

Primeiro, tais acordos não caracterizam o abandono das metas contratuais. Ao revés, prestam-se a dar-lhe efetivo cumprimento, por meio de formas alternativas.

Em segundo lugar, a solução consensual dispensa destinação de pessoal e de estrutura, geralmente escassos, para a instrução e decisão do processo. Em terceiro lugar, a celebração do acordo evita o possível deslocamento da discussão para a via judicial, onde a vontade da Administração pode não prevalecer.

Em quarto lugar, os acordos substitutivos, porque consentidos, “são, em regra, mais eficientes e menos sujeitos a transgressões por parte de seus destinatários” (SCHIRATO e PALMA, 2009, p. 73).

Em sentido semelhante a posição de Thiago Marrara, ao comentar sobre a negociação entre administrador e administrado-infrator:

Diga-se bem: negociar não para beneficiar gratuitamente, não para dispor dos interesses públicos que lhe cabe zelar, não para se omitir na execução das funções públicas. Negociar sim, mas com o intuito de obter suporte à execução bem sucedida de processos acusatórios e atingir um grau satisfatório de repressão de práticas ilícitas altamente nocivas que sequer se descobririam pelos meios persecutórios e fiscalizatórios clássicos.<sup>222</sup>

Nas palavras de Floriano Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras:

[...] tais ajustes terão a vantagem de coibir, de forma imediata, condutas que ofendam a ordem jurídica. Com esse racional, o art. 26 da LINDB, em sua parte inicial, prescreve que o compromisso de que trata terá por desiderato “eliminar irregularidade” Isto por que a suspensão ou a alteração da conduta do compromissário é parte integrante do próprio acordo. E disso decorrem, ao menos, dois efeitos positivos. O primeiro é o de que 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. O segundo é o de que, como a conduta é voluntária, à luz da lógica dos incentivos, o compromissário tende a lhe prestar deferência.<sup>223</sup>

---

<sup>221</sup> GUEDES, Francisco Augusto Zardo . Os Princípios Constitucionais da Administração Pública e os Acordos Substitutivos de Procedimentos e Sanções Administrativas. In: XXI Congresso Nacional do Conpedi/UFF, 2012, Niterói-RJ. Direito e Administração Pública, 2012. p. 131-151.

<sup>222</sup> MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. Revista Digital de Direito Administrativo, v. 2, n. 2, p. 509-527, 2015. p. 511.

<sup>223</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei de Segurança para a Inovação Pública) / Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas. - Belo Horizonte : Fórum, 2019. p. 108.

Portanto, por meio do compromisso é possível, de forma menos onerosa à Administração, obter efetivamente sucesso na cessação da atividade danosa e/ou na reparação do dano, dentre outras condições possíveis.

Tendo em vista que as medidas são negociadas diretamente com o infrator, o qual pode opinar acerca da viabilidade das medidas desejadas e exigidas pela Administração, tornam-se mais efetivas, na prática. Atende-se melhor, portanto, ao princípio da eficiência e ao próprio interesse público, o qual sempre deve ser perquirido pelos agentes administrativos na sua atuação funcional.

#### **4.4.3 (In)coerências com o sistema processual administrativo brasileiro**

Consoante o que foi explorado no decorrer do presente trabalho, a consensualidade administrativa é uma tendência do direito administrativo já há bastante tempo, tendo sido adotada nas legislações de outros países, como Itália, França e Alemanha. No Brasil, contudo, sempre encontrou certa resistência.

Há, no ordenamento jurídico, diversas previsões de consensualidade espalhadas pela legislação infraconstitucional, destacando-se: os termos de ajustamento de conduta (TAC) da Lei 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), os termos de compromisso e cessação (TCC) e os acordos de leniência no âmbito do CADE (Lei 8.884/1994 e Lei 10.149/2000) e os termos de compromisso celebrados pela CVM (Lei 6.385/1976 e Deliberação 390/2001), os quais foram trabalhados em capítulo anterior.

Assim, a existência de instrumentos consensuais na esfera administrativa, inclusive para celebração de acordos substitutivos de sanções, demonstra que o veto ao art. 26, § 1º, II, da LINDB, não encontra respaldo no ordenamento jurídico brasileiro. Até mesmo porque, conforme visto, as justificativas aportadas pelo veto presidencial são descoladas da realidade administrativa atual e, portanto, não são capazes de derruir o sistema consensual já vigente no Brasil.

Evidencie-se, no ponto, que o paradigma consensual não vem sendo adotado somente no Direito Administrativo, mas também nos mais diversos ramos do Direito, inclusive no Direito Penal, ramo no qual a finalidade sancionatória/repressiva é muito mais evidente, por meio de instrumentos como o acordo de leniência (art. 16 da Lei 12.846/2013), o acordo de colaboração premiada (art. 4º, § 8º da Lei 12.850/2013), entre outros.

Não fosse suficiente, a previsão do *caput* do art. 26 da LINDB permite concluir pela possibilidade de acordos substitutivos administrativos, uma vez que prevê o compromisso para “eliminar irregularidade” e/ou “situação contenciosa”, desde que comprovado o interesse geral.

Ainda, ao se considerar as vantagens que se pode extrair dos acordos substitutivos de sanção, é evidente a possibilidade de alcançar, de forma mais efetiva, o interesse público, não sendo razoável, portanto, negar a sua aplicação nos processos administrativos sancionadores.

Dessa forma, não obstante o veto presidencial à disposição do inciso II, § 1º, artigo 26 da LINDB<sup>224</sup>, a leitura sistemática do ordenamento jurídico, dos princípios que orientam a atividade administrativa, bem como das tendências consensuais que vêm orientando os diversos ramos do direito, permite extrair do *caput* do art. 26 da LINDB, a possibilidade de celebração de acordos substitutivos de sanção no âmbito dos processos administrativos sancionadores, em prol da eficiência e do interesse público. Conclui-se, portanto, que o art. 26 deve ser visto como um permissivo genérico à atuação administrativa consensual, inclusive no seio do processo sancionatório.

---

<sup>224</sup> Decreto-Lei 4.657/1942 com as alterações promovidas pela Lei 13.655/2018.

## 5 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo principal verificar a possibilidade de a Administração Pública celebrar acordos substitutivos de sanção com os administrados-infratores nos processos administrativos sancionadores.

Nesse sentido, em 26 de abril de 2018, a Lei 13.655/2018 foi publicada, promovendo diversas alterações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que atingem diretamente o Direito Administrativo, positivando princípios e tendências que já orientavam a atuação administrativa. Dentre estes, destacou-se o art. 26, que inseriu um permissivo genérico à atuação consensual da Administração Pública, consagrando essa tendência à consensualidade que se podia perceber noutros microsistemas legais administrativos.

Após conceituar a sanção administrativa e analisar algumas de suas peculiaridades, evidenciando-se algumas controvérsias doutrinárias no que tange à aplicação do princípio da legalidade e da tipicidade ainda no primeiro capítulo, passou-se à análise da atuação administrativa consensual.

No segundo capítulo, verificou-se uma tendência à consensualidade, adotada no direito administrativo em diversos países, inclusive na legislação brasileira, com a inserção de mecanismos consensuais de solução das controvérsias à disposição do administrador público, inclusive com a possibilidade de substituição da sanção ou do processo administrativo por condições a serem cumpridas pelos particulares. Destacou-se que a atuação consensual é valorizada inclusive noutros ramos do direito, como no processo civil e até mesmo na esfera penal.

Viu-se que, por meio desses acordos, negociados com os administrados, a Administração Pública pode cobrar ações que atendam o interesse público de forma mais eficiente, como por exemplo a cessação da atividade infratora ou a melhora nos serviços prestados, dentre outras. Em contrapartida, pode promover a substituição do processo administrativo sancionador ou da própria sanção, ou apenas minorá-la. Dessa forma, podem, em cada caso, alcançar efetivamente o interesse público.

Procedeu-se, então, no terceiro capítulo, à análise do veto presidencial à autorização expressa de que o compromisso poderia versar sobre sanções administrativas (inciso II do § 1º do artigo 26), rebatendo-se as razões que o sustentam, notadamente: o princípio da reserva legal e o estímulo ao descumprimento de sanções. Além de verificar que não se sustentam no ordenamento jurídico,

aproveitou-se também para afastar outro argumento que é usualmente utilizado para negar a celebração dos acordos, qual seja, a indisponibilidade do interesse público.

Adiante, analisou-se as vantagens que os acordos substitutivos podem trazer para a Administração Pública, pois podem reduzir os custos para a apuração de infrações e, principalmente, como as medidas são negociadas diretamente com o infrator, o qual pode opinar acerca da viabilidade, tornam-se mais efetivas, na prática, e solucionam o problema do inadimplemento das sanções administrativas.

Ao final, respondendo a hipótese formulada no início do presente trabalho, concluiu-se que é possível extrair da redação do *caput* do art. 26 da LINDB a autorização legal para celebração inclusive de acordos substitutivos de sanção pela Administração Pública, mesmo com o veto ao inciso II do seu § 1º.

Isso ocorreu em virtude de dois principais argumentos. A uma, porque o *caput* é claro ao permitir a utilização do compromisso para “eliminar irregularidades” e “situação contenciosa”, o que abarca a apuração e o sancionamento de infrações administrativas. A duas, deve ser feita uma leitura sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, o qual se mostra aberto à consensualidade – inclusive administrativa – em diversos momentos na legislação. Por fim, notou-se que as razões do veto não se sustentam e não encontram respaldo no sistema jurídico, sendo facilmente rebatidas, com relevante doutrina especializada.

Pode-se concluir, por fim, que os acordos substitutivos de sanção devem ser valorizados como um instrumento disponível à atuação da Administração Pública, pautada na tendência à consensualidade, de modo a alcançar, da forma mais eficiente, o interesse público em cada caso concreto, solucionando os problemas que circundam o sancionamento administrativo, como o desprestígio e o descumprimento reiterado das sanções.

## REFERÊNCIAS

\_\_\_\_\_. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia>>.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; CAMPOS, Sarah. "A Administração Pública consensual na modernidade líquida". In: Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 14, n. 155, p. 31-43, jan. 2014.

BERMAN, José Guilherme. Direito Administrativo Consensual, Acordo de Leniência e Ação de Improbidade. In: Valmir Pontes Filho; Fabrício Motta; Emerson Gabardo. (Org.). ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: Desafios para a Transparência, Probidade e Desenvolvimento. XXIX Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. 1ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, v. , p. 387-398.

BINENBOJM, Gustavo. "O direito administrativo sancionador e o estatuto constitucional do poder punitivo estatal possibilidades, limites e aspectos controvertidos da regulação do setor de revenda de combustíveis". In: Revista de Direito da Procuradoria Geral. Rio de Janeiro. (EDIÇÃO ESPECIAL): Administração Pública, Risco e Segurança Jurídica. pp. 468-491. 2014.

BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF, set. 1942.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017. Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Brasília, DF, nov. 2017.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. Brasília, DF, jun. 1941.

\_\_\_\_\_. Decreto 94.764, de 11 de agosto de 1987. Altera o Decreto nº 88.351, de 1º de junho de 1983, que regulamenta a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, e a Lei nº 6.902, de 27 de abril de 1981, que dispõem, respectivamente, sobre a Política Nacional do Meio Ambiente e sobre a criação de Estações Ecológicas e Áreas de Proteção Ambiental, e dá outras providências. Brasília, DF, ago. 1987.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.197, de 27 de junho de 1991. Disciplina a transação nas causas de interesse da União, suas autarquias, fundações e empresas públicas federais; dispõe sobre a intervenção da União Federal nas causas em que figurarem como autores ou réus antes da administração indireta; regula os pagamentos devidos pela Fazenda Pública, em virtude de sentença judiciária; revoga a Lei nº 6.825, de 22 setembro de 1980, e dá outras providências. Brasília, DF, jun. 1991.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Regulamenta o disposto no inciso VI do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; dispõe sobre a intervenção da União nas causas em que figurarem, como autores ou réus, entes da administração indireta; regula os pagamentos devidos pela Fazenda Pública em virtude de sentença judiciária; revoga a Lei nº 8.197, de 27 de junho de 1991, e a Lei nº 9.081, de 19 de julho de 1995, e dá outras providências. Brasília, DF, jul. 1997.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília, DF, nov. 2011.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF, ago. 2013.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Resolução Normativa nº 372, de 30 de março de 2015. Dispõe sobre a celebração do Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta - TCAC previsto no artigo 29 da Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998. Mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil. Agência Nacional de Transportes Terrestres. Resolução nº 422, de 17 de fevereiro de 2004. 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 termos de outorga de autorização. Fev. 2004.

CARDOSO, David Pereira. Os acordos substitutivos no Direito Administrativo. Negócio jurídico privado, contrato de direito público ou ato administrativo bilateral? Revista de Direito Público da Economia - RPDE. Belo Horizonte, ano 13, n. 49, p. 59-77, jan./mar. 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Interesse público: verdades e sofismas. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2010,

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo / José dos Santos Carvalho Filho. – 33. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS - CVM. Deliberação 390, de 8 de maio de 2001. Dispõe sobre a celebração de Termo de Compromisso, e dá outras

providências. Disponível em:

<http://www.cvm.gov.br/legislacao/deliberacoes/deli0300/deli390.html>.

COUTO, Reinaldo. Curso de direito administrativo / Reinaldo Couto. – 3. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Elementos de Direito Administrativo**. - 5. ed. rev. atual. e ampl. - Florianópolis. 2018.

CUNHA, Bruno Santos Aplicabilidade da lei federal de processo administrativo / Bruno Santos Cunha. - São Paulo : Almedina, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo** / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 32. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

\_\_\_\_\_. Participação Popular na Administração Pública. In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro 191, jan./mar. 1993, pp. 26-39.

FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. “A Administração Pública consensual: novo paradigma de participação dos cidadãos na formação das decisões estatais”. In: Revista Digital de Direito Administrativo, vol. 4, n. 2. pp. 69-90, 2017.

FERNANDES, Rodrigo. Compromisso de ajustamento de conduta ambiental. Rio de Janeiro : Editora Renovar, 2008.

FERREIRA, Daniel. **Sanções administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001. 207 p. (Coleção Temas de Direito Administrativo ; v. 4).

GUEDES, Francisco Augusto Zardo . Os Princípios Constitucionais da Administração Pública e os Acordos Substitutivos de Procedimentos e Sanções Administrativas. In: XXI Congresso Nacional do Conpedi/UFF, 2012, Niterói-RJ. Direito e Administração Pública, 2012. p. 131-151.

GUERRA, Sérgio. PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB - Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei no 13.655/2018), p. 135-169, nov. 2018.

JUSTEN FILHO. Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 71.

LOPES, Paula Lino da Rocha. Atuação administrativa consensual: acordo substitutivo envolvendo atos de improbidade administrativa. Revista de Processo. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei de Segurança para a Inovação Pública) / Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas. - Belo Horizonte : Fórum, 2019.

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-FLORIANOAZEVEDO-TATIANA-MATIELLO.pdf>>.

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

MEDAUAR, Odete. O direito administrativo em evolução. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. - 34. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 99, de 14.12.2017. - São Paulo: Malheiros, 2019.

MELLO, Rafael Munhoz de. Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Rafael Munhoz de. "Sanção Administrativa e o princípio da legalidade". In: Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo, Malheiros Editores, pp. 141-163. n. 30, 2000.

MODESTO, Paulo. "Participação popular na Administração Pública: mecanismos de operacionalização". In: Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, abril/maio/junho, 2005. pp. 1-10.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. - 34. ed. - São Paulo : Atlas, 2018. vol. 274. ano 42. p. 383-407. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2017.

NERY, Ana Luiza. Teoria geral do Termo de Ajustamento de Conduta. - 3. ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2017.

NIEBUHR, Pedro de Menezes; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de; QUINT, Gustavo Ramos da Silva. Relação entre a consensualidade administrativa e o modelo cooperativo do processo civil brasileiro: o contexto de criação das câmaras de mediação e conciliação na administração pública. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n.3, 3o quadrimestre de 2018.

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo / Irene Patrícia Nohara. – 7. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

\_\_\_\_\_. Processo administrativo : Lei nº 9.784/99 comentada / Irene Patrícia Nohara, Thiago Marrara. - São Paulo : Atlas, 2009.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. SCHWANKA, Cristiane. A Administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 104, (jan./dez. 2009), pp. 303-322.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende Curso de Direito Administrativo / Rafael Carvalho Rezende Oliveira. – 5. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Infrações e Sanções Administrativas** / Regis Fernandes de Oliveira. - 2. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador** / Fábio Medina Osório. - 6. ed. rev. e atual. - São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Sanção e acordo na Administração Pública. São Paulo: Malheiros, 2015.

RODRIGUES, Geisa de Assis. Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática. - 3. ed. - Rio de Janeiro : Forense, 2011.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. - 41. ed., rev. e atual. / até a Emenda Constitucional n. 99, de 14.12.2017. - São Paulo : Malheiros, 2018.

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.

TARTUCE, Flávio. Direito civil: lei de introdução e parte geral – v. 1 / Flávio Tartuce. – 15. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.