

Acordos substitutivos nas sanções regulatórias*

Carlos Ari Sundfeld
Jacinto Arruda Câmara

Resumo: Este artigo discute a viabilidade jurídica da celebração de acordos substitutivos para encerrar processos administrativos de aplicação de multas em regulação, obtendo das reguladas compromissos como os de realizar investimentos nos serviços e outras prestações. Como estudo de caso, foca-se o setor de telecomunicações.

Palavras-chave: Acordos substitutivos. Processos administrativos. Anatel.

Sumário: **1** Acordos substitutivos na regulação – **2** O caso das telecomunicações e a base legal para acordos substitutivos – **3** Celebração de acordos substitutivos e dever de punir infrações – **4** Razões para firmar acordos substitutivos para encerrar processos sancionatórios – **5** A extinção de processos administrativos em troca de investimentos – **6** Conclusões

1 Acordos substitutivos na regulação

A literatura denomina como *acordos substitutivos* na esfera administrativa os atos bilaterais, celebrados entre a Administração e particulares, com efeito impeditivo ou extintivo de processo administrativo sancionador e excludente da aplicação ou execução de sanção administrativa. Acordos substitutivos são alternativas a atos administrativos sancionadores.¹

A viabilidade em tese dos acordos substitutivos depende das características do sistema normativo em que se origina o poder sancionador administrativo. Eles são inviáveis nos casos de *sistemas normativos fechados*, que imponham rigidamente certa sanção administrativa como única reação possível à ocorrência de certo fato por ele mesmo definido em suas especificações (infração). Nessa hipótese não haverá espaço para reações alternativas nem, portanto, para qualquer negociação. O Estado terá que, unilateralmente, decidir se houve ou não o fato e em caso positivo aplicar e executar a sanção.

Mas há *sistemas normativos abertos*. São aqueles em que autoridades administrativas são autorizadas a negociar com o acusado, para evitar ou encerrar processos administrativos. O poder de negociar envolve o de *modular em concreto* a aplicação das normas gerais definidoras de deveres, proibições, infrações ou sanções. E como se faz a atribuição desse poder de negociar? Por meio de norma de hierarquia igual ou superior a daquelas cuja incidência tenha de ser modulada para viabilizar o acordo substitutivo, isto é, das responsáveis pela constituição dos deveres, proibições e infrações (e correspondentes sanções).

Se um dever é constituído diretamente por lei, que também estabelece todos os seus condicionamentos, apenas uma lei pode autorizar sua modulação. Mas se sua constituição, ou seus condicionamentos, derivam de regulamento administrativo, também nesse plano normativo se pode modular o dever. Se a lei diz que o *fato A* deve ser necessariamente punido com a *sanção X*, apenas a lei pode admitir a substituição desta última pela *prestação Z*. Mas se é o regulamento, e não a lei diretamente, o responsável pela constituição do *agente A* no *dever D*, cabe ao próprio

regulamento definir as consequências da omissão de *D*, podendo prever alternativas. Se o dever, mesmo previsto em lei, é condicionado por regulamento — que estabelece, p. ex., os prazos de execução *P* — é viável a modulação também regulamentar (modulação que pode consistir, p. ex., na exclusão da sanção pelo atraso quanto a *P*).

2 O caso das telecomunicações e a base legal para acordos substitutivos

No contexto da legislação atual há competência para a Anatel firmar acordos substitutivos com as prestadoras, optando, com isso, pela adoção consensual de outras medidas de interesse do setor, preferenciais à aplicação de multas. Entre tais medidas pode figurar a assunção do compromisso de realizar investimentos que beneficiem os serviços e os interesses de âmbito coletivo que estejam envolvidos em cada caso.

Trata-se da opção por uma solução conciliatória diante de divergência em torno da ocorrência ou não de infrações e do modo correto de aplicar determinada norma ou cumprir dada obrigação. Esse tipo de solução vem sendo encampada por diversos órgãos e segmentos da atuação estatal. Procuradorias, Ministério Público e autarquias, atuando em matéria de meio ambiente, proteção dos consumidores, defesa da concorrência e do livre mercado, entre vários outros segmentos, experimentam cada vez com maior frequência a substituição de procedimentos contenciosos por soluções conciliadas entre Estado e particulares.

Porém, tratando-se de tema relativamente novo, algumas dúvidas podem ser levantadas em relação à adoção desse tipo de solução pela Anatel. Este estudo busca analisar as possíveis fontes de incertezas ou objeções.

A Lei Geral de Telecomunicações – LGT (Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997) arrola as competências do órgão regulador, disciplina os regimes de exploração dos serviços de telecom e estabelece um conjunto de diretrizes gerais sobre o poder sancionatório da agência. Não trata, contudo, da celebração de acordos substitutivos.

A falta de previsão expressa nesse específico diploma legal conduziria à impossibilidade de adoção desse instrumento? Por dever de obediência à legalidade estrita, a ausência de autorização legislativa setorial expressa deve ser tomada como uma proibição à adoção da citada medida? A resposta às duas indagações é negativa. E a razão é simples.

A LGT é uma lei-quadro, não uma lei substantiva. Não se encontram nela própria as normas especificadoras de *deveres e obrigações* (seus conteúdos, seus condicionamentos, seus prazos, seus sujeitos), das *medidas administrativas de acompanhamento e cobrança* (registros, constatações, notificações, ordens, ajustes, etc.), das *infrações* (condições de ocorrência, causas excludentes, classificação), e da *imposição de sanções* (determinação da específica sanção que pode ser imposta a que específica infração, das causas excludentes, atenuantes, agravantes, etc.). Tudo isso ficou para ser definido em plano infralegal pela Anatel (LGT, art. 19, entre outros dispositivos), a partir da moldura legal.

As normas realmente substantivas de telecom estão nos regulamentos da Anatel, e nos atos deles decorrentes. Não se encontra na LGT a especificação dos fatores exatos que exigem a aplicação de sanções, tampouco a previsão das alternativas capazes de evitá-las. A regulamentação é que trata

disso tudo. Portanto, é da Anatel a competência normativa para dizer se, e em que condições, um acordo substitutivo é uma causa excludente da aplicação ou execução de sanções. Em outros termos, é à regulamentação da Anatel que cabe definir como fechado ou aberto o sistema normativo sancionatório das telecomunicações.

Em telecom a distinção entre o punível e o não punível é matéria de regulamento, não de lei. Logo, o regulamento pode enquadrar como insuscetível de sanção a situação que tenha sido resolvida consensualmente, em conformidade com o interesse público. Logicamente, a aplicação de sanção supõe uma *infração suscetível de punição*. Cabe ao regulamento dizer quais são as condições em que uma infração é punível e quais são as causas excludentes da sanção. Se o regulamento admite a *superção da infração* por alguma ação posterior adequada, a adoção dessa ação afasta a pena (isto é, sua imposição ou execução). O regulamento pode estabelecer que a *infração superada* é insuscetível de punição, isto é, que a superção da infração é causa excludente da sanção. Cabe ao regulamento estabelecer as condições em que uma infração passada se considera superada: por meio de compensações atuais ou futuras, p. ex.

Não há qualquer fundamento jurídico para supor que uma *pena* seja consequência necessária e inevitável de qualquer *falta*. Há faltas irrelevantes, faltas escusáveis, faltas sanáveis, faltas superáveis, faltas compensáveis, etc., segundo o que dispuserem as normas. São faltas para as quais, nos termos do regulamento, penas são possíveis, mas não inexoráveis. É matéria regulamentar a distinção entre faltas cuja punição é necessária (inevitável) e faltas cuja punição é possível, mas evitável, bem como das condições que evitam a pena.

A LGT contém uma lista de sanções aplicáveis em caso de “infração desta lei ou das demais normas aplicáveis”, bem como da “inobservância dos deveres decorrentes dos contratos de concessão... ou dos atos de... autorização...” (art. 173). Mas a lei não diz o que, em cada caso, é uma *infração*, tampouco o que é *infração punível*, pois para isso teria de descer ao plano da regulação substantiva, o que ela muito corretamente se absteve de fazer. Assim, é o regulamento que disciplina o modo de evitar as sanções, pela superção adequada e suficiente da eventual infração.

De outro lado, a lei exigiu que a regulamentação, ao tratar da aplicação de sanções, levasse em consideração uma série de fatores: natureza, gravidade, danos, vantagens, agravantes, atenuantes, antecedentes e reincidência (art. 176, *caput*). É natural, então, que a regulamentação preveja casos e condições em que ações posteriores do infrator (capazes de eliminar ou compensar danos e vantagens) podem atenuar ou mesmo evitar a sanção.

Em suma: cabe à Anatel, no uso de sua competência regulamentar, dispor sobre as causas determinantes e as *causas excludentes* da aplicação ou execução *das sanções*, na forma dos arts. 173, 176 e outros da LGT. A regulamentação pode admitir que a *superção da infração* é causa excludente da sanção, definindo os casos e condições em que a superção ocorre. É também natural — inclusive desejável — que a regulamentação preveja a celebração de *acordos substitutivos* com o objetivo de obter a superção de infrações.

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

e mesmo de modo mais justo — com a utilização de meios alternativos, cada vez mais o Direito os vem valorizando. Os acordos substitutivos são um instrumento para a adoção desses meios alternativos.

No Direito brasileiro, já existem diversas *autorizações legais* para a celebração de algumas espécies do *gênero acordo substitutivo*: o termo de ajustamento de conduta da Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347, de 1985), o termo de compromisso de cessação da Lei da Concorrência (Lei nº 8.884, de 1994), o termo de compromisso da Lei da CVM (Lei nº 6.385, de 1976) e o termo de compromisso de ajuste de conduta do setor de saúde suplementar (Leis nºs 9.656, de 1998, e 9.961, de 2000).

A característica geral dessas normas legais é a de viabilizar a negociação entre autoridades administrativas e particulares a respeito do cumprimento inclusive de exigências impostas por lei; vale dizer, autoriza-se o acordo para *modular o cumprimento de deveres constituídos diretamente por lei*. Isso, aliás, é que justifica o tratamento do assunto *no plano legal*.

Mas essas leis de modo algum esgotam as possíveis fontes normativas dos acordos substitutivos. Como demonstrado acima, regulamentos editados por agências reguladoras setoriais podem instituir hipóteses específicas de acordos substitutivos, com base no mesmo poder normativo em que se baseiam para editar os regulamentos responsáveis pela constituição de deveres e proibições específicos, e, portanto, pela definição das infrações e sanções correspondentes.

Desse modo, a adoção de acordos substitutivos pela Anatel pode ser prevista em suas próprias normas administrativas, editadas pelo Conselho Diretor com base no art. 22, IV, da LGT, que lhe dá competência para “editar normas sobre matérias de competência da agência”. Esta é, portanto, a base legal para a regulamentação dos acordos substitutivos no âmbito da regulação de telecom, e para sua posterior celebração.

Contudo, a ampla autorização da Lei nº 7.347, de 1985, também pode servir como fundamento alternativo dos acordos substitutivos no setor.

Confirmam-se os dispositivos em referência:

Lei 7.347/85

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

(...)

IV – a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

(...)

§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.

Para estabelecer o compromisso, uma autarquia necessita deter a incumbência legal de zelar por

qualquer dos valores protegidos pela Lei de Ação Civil Pública. No caso da Anatel, há incontestada identidade com a proteção ao consumidor, com seus direitos coletivos e com a defesa da ordem econômica e da economia popular (art. 1º, II e V, da Lei nº 7.347, de 1985).² Deveras, a LGT conferiu à agência a atribuição de “disciplina das relações econômicas no setor de telecom” (art. 5º) e de “reprimir infrações dos direitos dos usuários” (art. 19, XVIII). Os deveres impostos às prestadoras de serviços de telecom guardam relação direta ou indireta com a proteção dos direitos coletivos dos consumidores (usuários) ou da ordem econômica. Um acordo entre a Anatel e prestadora, para superar o desatendimento das normas setoriais, atenderia ao requisito geral previsto na Lei de Ação Civil Pública para a implementação de um compromisso de ajustamento de conduta.

Embora o preceito legal não o diga expressamente, os acordos substitutivos da Lei nº 7.347, de 1985, quando celebrados pelas unidades administrativas competentes, podem envolver a exclusão das sanções administrativas em tese aplicáveis. Trata-se de autorização legal aberta, que não limita o conteúdo do que pode ser convencionado, *apenas determina sua finalidade*: a adequação da situação jurídica às “exigências legais”. Quanto ao conteúdo, a lei nada diz, justamente para viabilizar a negociação e o ajuste consensual a esse respeito. Logo, o acordo pode envolver a exclusão de sanções, desde que preenchida a única condição imposta pela lei: a de que, ao final, a conduta do particular não fique em desconformidade com as exigências legais.

Todavia, ainda que não houvesse essa autorização legislativa genérica, a Anatel poderia, em sua regulamentação, prever mecanismos consensuais, como os acordos substitutivos, como meio de evitar ou superar infrações aos deveres decorrentes das normas setoriais infralegais, impedindo a aplicação ou execução de sanções. Isso porque, como explicado há pouco, no setor de telecom a constituição e a definição das infrações e de suas causas excludentes não foram feitas na própria lei, cabendo à agência reguladora. Logo, a Anatel pode, no simples uso de suas competências regulatórias, prever em regulamento que a realização de certa prestação alternativa é causa excludente da aplicação ou execução de sanções.

No caso das telecomunicações, a importância do disposto no art. 5º, §6º da Lei nº 7.347, de 1985, é menos a de autorizar a celebração de acordos substitutivos — pois, para o setor, não havia necessidade de essa autorização estar em lei — que de reconhecer o *valor do consenso* para a realização do interesse público.

Observe-se que a Lei da Ação Civil Pública admite os ajustamentos consensuais de conduta para o particular adequar-se às “exigências legais”. Esse detalhe — o fato de as exigências descumpridas poderem ser diretamente “legais” — não é desprezível. A autorização para o consenso, nesse caso, teve o condão de conferir às autoridades o poder de transigir (dentro de certos limites, por óbvio) sobre o modo de cumprimento de exigências *formuladas pelas próprias leis*.

No caso das telecomunicações, porém, como os deveres e as infrações são decorrentes de especificações infralegais, e não de especificações diretamente legais, os acordos substitutivos entre regulador e regulado dependem apenas de autorização regulamentar, dispensando inclusive o fundamento, que de qualquer modo existe, do art. 5º, §6º da Lei nº 7.347, de 1985.

A circunstância de, em determinados setores, as próprias leis específicas preverem expressamente a possibilidade de celebração de acordos substitutivos,³ por um lado confirma que o Direito

brasileiro reconhece o *consenso como um valor importante* em matéria de regulação setorial. Por outro lado, a existência de tais autorizações de modo algum significa a proibição do consenso nos demais setores.

Essas autorizações específicas apenas indicam a opção de dar poderes às autoridades administrativas para modular o cumprimento de regras diretamente legais, em situações cujas leis ordenadoras tenham características substantivas, ao contrário do que ocorre na LGT.

O exemplo paradigmático é o da Lei da Concorrência (Lei nº 8.884, de 1994), que disciplinou com bastante detalhe a extinção consensual de processo administrativo sancionador por meio do chamado “compromisso de cessação” (art. 53).

E por que a lei decidiu autorizar expressamente o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) a celebrar esses ajustes? Porque de outro modo não haveria caminho senão a aplicação, na exata forma em que concebida, da disciplina substantiva contida na própria lei (isto é, o sistema normativo da concorrência seria *fechado*).

Veja-se que, bem ao contrário do que ocorre na LGT, a Lei da Concorrência contém a detalhada especificação das *infrações* à ordem econômica e das *sanções* correspondentes a cada uma delas (Título V, arts. 15 a 21, quanto às infrações, e arts. 23 a 27, quanto às sanções). Como infrações e sanções são disciplinadas em todos os seus contornos na própria lei — e não pelo CADE, que de resto não tem poder para regulamentar em matéria de ordem econômica, decidindo somente por atos administrativos concretos — era importante que também estivesse na lei a previsão sobre o meio alternativo de evitar a aplicação das sanções.

Em termos de regulação do tipo setorial, os casos em que o próprio legislador se encarregou de autorizar os acordos substitutivos foram os da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e da Comissão de Valores Mobiliários (CVM). O que os explica? Mais uma vez é a *característica substantiva da legislação* aplicada por essas agências.

A ANS, criada pela Lei nº 9.961, de 2000, tem poder normativo limitado pelo fato de existir uma lei substantiva de regulamentação do setor, a Lei nº 9.656, de 1998, com detalhada especificação dos direitos, deveres, infrações e sanções dos agentes envolvidos. Essa lei de regulamentação do setor, por conter ela própria a definição das situações jurídicas dos agentes envolvidos, é muito diversa da LGT, que tem características de lei-quadro.

A CVM, criada pela Lei nº 6.385, de 1976 (com diversas alterações posteriores), também tem seu poder normativo bastante restrito pela circunstância de que as operações com valores mobiliários são objeto de extensa disciplina legal, especialmente pela Lei das S/A (nº 6.404, de 1976), onde estão as especificações quanto a deveres, proibições, infrações etc., constituindo uma legislação substantiva de grande densidade, cuja fiscalização é feita pela comissão. Aliás, o *caput* do art. 11 da Lei nº 6.385, de 1976 (em sua redação atual), ao conferir competência sancionatória à CVM, é expresso ao indicar que o objeto central da fiscalização é o respeito a exigências diretamente legais (infração “das normas desta Lei, da lei de sociedades por ações, das suas resoluções, bem como de outras normas legais cujo cumprimento lhe incumba fiscalizar”).

Portanto, a lei específica da CVM teve de ela própria autorizar a celebração de “termos de compromisso” para que a agência adquirisse poder de modular a aplicação de exigências

diretamente legais (isto é, para que o *sistema normativo*, que era *fechado*, ficasse *aberto*). Mais uma vez, isso não foi necessário no caso da LGT pois, sendo diretamente infralegais as exigências do setor de telecom, elas podem ser moduladas pela mesma forma, isto é, por regulamento expedido pela Anatel.

Entretanto, a autorização aberta prevista na Lei de Ação Civil Pública não deixa de existir e de produzir seus amplos efeitos. Ela convive com essas previsões legais especiais, estendendo a aplicabilidade dos acordos substitutivos para os setores que não possuam disciplina legal específica da matéria.

Existem, portanto, três tipos possíveis de fundamento normativo para a celebração de acordos substitutivos: a) um de caráter geral, na Lei de Ação Civil Pública; b) outro, de caráter setorial, nos casos em que o legislador, tendo editado ele próprio uma legislação substantiva, houve por bem autorizar de modo expresso sua modulação pela autoridade administrativa; e c) por fim, os regulamentos administrativos editados pelos reguladores setoriais, que autorizem a negociação caso a caso para superar as infrações definidas no plano infralegal, evitando com isso a aplicação ou execução das sanções.

No setor de telecom há espaço para a adoção do terceiro fundamento, na dependência de a Anatel editar normas a esse respeito, sem prejuízo da eventual utilização do primeiro fundamento, que também lhe é aplicável, de modo complementar.

Além da própria Anatel, que já firmou no passado acordos substitutivos com concessionárias de STFC para disciplinar o cumprimento de deveres previstos na regulamentação, existem outras agências reguladoras que, mesmo sem autorização específica nas respectivas leis setoriais, incorporaram a celebração desses acordos entre suas práticas.

Duas delas, a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) e a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), por exemplo, disciplinaram abstratamente, via regulamentação própria, as condições e efeitos desses acordos para pôr termo a processos administrativos de cunho sancionatório.⁴

Não há que se falar, portanto, em ausência de previsão legal como barreira à celebração de acordos substitutivos pela Anatel. A autorização legal existe.

De um lado, ela se encontra nas mesmas normas da LGT que conferiram à agência o poder de disciplinar os deveres, proibições, infrações e a imposição de sanções — e que, por identidade de razão, autorizam a regulamentação do acordo substitutivo como meio de superação das infrações e como causa da não aplicação ou execução das sanções.

Alternativamente está prevista no art. 5º, §6º da Lei 7.347, de 1985 (Lei de Ação Civil Pública) e está à disposição da Anatel pelo fato de o art. 19, *caput*, da LGT lhe haver autorizado a adoção “das medidas necessárias ao atendimento do interesse público”. Não pode haver dúvida que uma medida genericamente prevista na Lei da Ação Civil Pública é de interesse público. Sua utilização, portanto, só depende de a Anatel identificar sua vantagem em relação a outras medidas, o que fará pelo exame dos casos.

3 Celebração de acordos substitutivos e dever de punir infrações

Outra possível restrição que poderia ser aventada envolve questão mais genérica, relacionada à própria concepção do papel fiscalizador do Estado.

Alguns poderiam supor que, ao optar pela celebração de um acordo substitutivo ao invés do prosseguimento de processo administrativo para aplicação de multa, a Administração estaria descumprindo sua função sancionadora e, indiretamente, proporcionando benefício indevido a particular. O suposto descumprimento de uma obrigação deveria, sempre, corresponder à aplicação de sanções. Não se admitiria por essa abordagem qualquer alternativa ao exercício do poder de sancionar da Administração Pública.

Essa visão é equivocada. A celebração de acordos substitutivos, tanto quanto a expedição de multa, é medida compatível com a lei. O acordo substitutivo constitui uma das possíveis consequências que o suposto desatendimento a norma legal pode ocasionar. A aplicação de sanção administrativa não se sobrepõe à opção pela celebração de um acordo substitutivo. Ao deixar de buscar a imposição de multas, a Administração não está descumprindo sua função punitiva porque, em relação à hipótese, o Direito admite a adoção de providência alternativa: firmar acordo substitutivo com o interessado.

Também se mostra equivocada a ideia segundo a qual firmar um acordo substitutivo importa abrir mão de uma vantagem (recebimento do valor correspondente à multa) em favor do particular interessado (que deixaria de pagar a multa em cogitação, para assumir obrigação economicamente menos gravosa).

Deveras, o mero lançamento de um auto de infração, indicando um valor de multa a ser pago, não confere direito líquido e certo em favor da Administração. A multa recém apontada não constitui de pronto um título inquestionável em favor da Administração. Trata-se apenas da etapa inicial de um dos processos necessários à efetivação do pagamento da sanção pecuniária pelo suposto agente infrator.

O ato administrativo que constata suposta infração e indica um dado valor de multa é passível de questionamento administrativo por meio da defesa e do recurso, e de questionamento judicial. O acusado poderá, nessas duas esferas, questionar o fato que lhe tenha sido atribuído, como também poderá impugnar a própria existência ou validade da obrigação exigida; outra linha de questionamento envolve o valor estipulado para a multa e assim por diante.

A presumida legitimidade da multa — atributo que lhe é inerente por se tratar de ato administrativo — tanto pode ser revista no âmbito da própria Administração, quanto na esfera judicial. Deveras, antes de ganhar efetividade, a multa pode vir a ser consideravelmente reduzida ou mesmo anulada.

A adoção de um acordo substitutivo, portanto, não significa “abrir mão” de um direito da Administração em benefício do infrator. A validade e o *quantum* da multa podem ser questionados, o que retira a condição de certeza desse eventual crédito.

É esse estado de incerteza que cede vez ao pacto objeto do acordo substitutivo. A Administração, nesses termos, substitui a incerteza da multa decorrente de suposta prática ilícita (tudo dependendo de confirmação em sede administrativa e judicial) pelo compromisso certo de

implementar determinada obrigação, nos termos e condições pactuados.

Em suma, enquanto está pendente processo administrativo ou judicial relativo a eventual infração às normas de telecom, não há certeza jurídica quanto à ocorrência do ilícito e quanto à sua consequência, vale dizer, sobre as sanções aplicáveis.

Portanto, ao celebrar um acordo substitutivo com prestadora de telecom para encerrar o processo administrativo — e mesmo o judicial — a Anatel não está fazendo uma permuta de direito de crédito constituído, líquido e certo por uma outra prestação. Essa permuta não existe porque *o direito de crédito ainda não pode ser tido como juridicamente perfeito*.

O que o acordo substitutivo produz é outra coisa: a extinção de processo administrativo ou judicial *de resultado incerto* como contrapartida da assunção, pela prestadora, de *obrigações certas e exigíveis*. É uma permuta de incerteza por certeza, isto é, de *possíveis direitos por deveres inquestionáveis*.

Dessa forma, a análise quanto à conveniência de celebrar um acordo substitutivo deve ser feita em torno desta questão: o quanto há de vantagem em *encerrar conflitos e eliminar incertezas* de modo rápido?

4 Razões para firmar acordos substitutivos para encerrar processos sancionatórios

O aspecto a ser considerado é a vantagem, para o interesse público, em se interromper a discussão (administrativa ou judicial) que pode se estender durante anos, e ter fim indesejado, por uma providência consentida, benéfica ao interesse público em pauta.

Não se trata de, em prol da eficiência, trocar o cumprimento da lei por uma opção com ela incompatível. É incorreto presumir um embate entre a legalidade (representada pela aplicação da multa) e a eficiência (que seria atingida pela realização de um acordo substitutivo).

Ao se optar por um acordo substitutivo se está respeitando e dando cumprimento às normas jurídicas. Atende-se, pois, tanto ao primado da legalidade quanto ao princípio da eficiência (ambos igualmente dispostos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal). A celebração de acordo substitutivo, quando se mostrar a solução mais eficiente, não importará a desconsideração do dever jurídico objeto do acordo, constituindo em verdade uma maneira alternativa de lhe dar cumprimento.

Importante é demonstrar, concretamente, a vantajosidade para o interesse público em se adotar determinado acordo substitutivo e não prosseguir numa tentativa de aplicação de multa. Não há balizas legais exatas para o exercício dessa competência. Quando e por que um dado compromisso assumido se mostra mais vantajoso do que buscar a punição de um suposto transgressor das normas? Por que deixar de multar, pelo fato de o envolvido haver se comprometido a realizar certas ações em determinado prazo?

Nem a Lei de Ação Civil Pública nem a Lei Geral de Telecomunicações fornecem essas respostas. De fato, seria inviável prever antecipadamente condicionantes úteis para balizar todo esse abrangente espectro de situações e circunstâncias às quais o acordo substitutivo pode se aplicar. A ausência de

requisitos e balizas expressas na legislação, entretanto, não elimina a necessidade de demonstrar as razões que justificam a adoção da medida. Muito ao contrário. A larga margem decisória conferida às autoridades competentes para firmar esse tipo de pacto traz consigo um inarredável dever de fundamentar a medida.

Em cada caso, pois, a celebração de um acordo substitutivo deve ser motivada, indicando-se o benefício auferido com o compromisso e sua correspondência com o valor das sanções que poderiam ser aplicadas em razão do suposto descumprimento da legislação. Será a motivação — expressa no próprio acordo substitutivo ou nos atos e manifestações que lhe sirvam de fundamento — o instrumento de controle e de legitimação do acordo.

É necessário analisar individualmente a fase do processo administrativo em que a discussão se encontra e o tipo de debate em torno do qual as partes divergem. Em função dessas variáveis, devem ser adaptadas as justificativas para celebração de cada acordo substitutivo. Explico.

A previsão de multa contida no ato administrativo inaugural contará com um elevado grau de incerteza se o processo estiver em sua fase inicial, na qual exista mera autuação realizada por fiscais de campo, pendente ainda de análise e confirmação por parte dos técnicos vinculados à área afetada e das defesas e dos recursos assegurados em lei e na regulamentação. Essa expectativa de multa pode ser revista por diversos níveis deliberativos no cerne da própria atuação da agência; ademais, mesmo se confirmada administrativamente, ainda estaria sujeita a discussão judicial.

Além de muito tempo, todo esse trâmite expõe a decisão a uma considerável possibilidade de reforma. Seria incorreto comparar e buscar um perfeito ajuste entre o valor de multa indicado na autuação e o valor econômico do compromisso assumido no âmbito de um acordo substitutivo. A equiparação, por óbvio, deve ser feita com um significativo decréscimo da expectativa sancionatória, dada a incerteza de sua confirmação em instâncias superiores e, também, pela vantagem a ser considerada em função da antecipação da efetivação da medida, em comparação com o longo prazo previsto para a confirmação de multa após litígio administrativo e judicial.

Outra variável importante envolve o objeto da discussão realizada no processo administrativo. Em dados casos há divergência quanto à própria existência do dever jurídico supostamente desatendido. A Anatel considera que a prestadora deve cumprir dada obrigação, enquanto a prestadora entende que a regulamentação não lhe impõe referido ônus, ou o considera substancialmente diferente daquilo exigido pela fiscalização.

Em casos tais, mais do que sancionar ou obter contraprestação compatível à sanção aplicável, o interesse público pode estar em ver reconhecida de imediato, sem mais discutir sua procedência, a existência e validade do dever jurídico objeto de litígio e passar desde logo à sua implementação, nos termos acordados. Trata-se, como se vê, de situação em que o acordo traz vantagem adicional à mera aplicação de sanção administrativa sobre supostos ilícitos já ocorridos e sobre os quais não há conformação possível, além daquela relativa ao cumprimento das normas sancionadoras.

Todos esses fatores, como dito, devem ser sopesados e incluídos na fundamentação do acordo substitutivo, de modo a que ela venha a apresentar as circunstâncias de fato e os objetivos que circundam e servem de base à opção pela celebração do acordo.

5 A extinção de processos administrativos em troca de investimentos

No setor de telecom, o conteúdo dos acordos substitutivos não está limitado pela lei setorial — até porque a lei também deixa em aberto a própria definição dos deveres, das proibições, das infrações e das sanções aplicáveis em cada caso. Logo, cabe aos regulamentos dispor a respeito. E não há qualquer óbice a que eles prevejam como causa excludente das sanções a realização, pelo prestador, de investimentos no interesse do serviço.

Quanto ao termo de ajustamento de conduta da Lei de Ação Civil Pública, também não há limite no tocante ao conteúdo do compromisso a ser assumido pela parte interessada. Essa lei não especificou o tipo de comportamento a ser exigido, apenas que o cumprimento desse compromisso seria garantido mediante “cominações” (art. 5º, §6º da Lei 7.347, de 1985).

Assim, no caso de supostas violações a normas do setor de telecom, a agência disporia de amplo leque de alternativas para firmar compromisso capaz de atender aos objetivos almejados pelas “exigências legais”.

Seja com fundamento na regulamentação setorial, seja mesmo com base na autorização da Lei de Ação Civil Pública, o acordo substitutivo pode determinar simplesmente o cumprimento de norma cuja aplicabilidade, abrangência ou validade esteja sendo questionada.

Existem situações, porém, em que a suposta infração não é contínua e já terá ocorrido e se esgotado no passado, sem consequências futuras; para essas, haverá apenas o dever de reparação jurídica do suposto ilícito (objetivo que, em princípio, é alcançado com a aplicação da multa). Nessas hipóteses, o acordo substitutivo pode abarcar, além da simples transação a respeito do valor a ser pago, a assunção de obrigações de fazer, como seria a de realizar investimentos em áreas afetas ao bem jurídico protegido.

A opção de pactuar, como substituto da continuidade do processo de multa, a realização de investimentos no próprio setor, pode cumprir melhor os objetivos da legislação de telecom. Isso porque, ao invés da mera punição, a prestadora de serviços proporcionaria, com o investimento, a proteção direta ou indireta do bem jurídico envolvido no caso. Providenciaria, por exemplo, a melhoria da qualidade de serviços, a criação ou ampliação de infraestrutura que fomentasse a competição entre prestadoras, ou o alcance de metas de universalização mais ambiciosas do que as impostas na regulamentação, variando-se o perfil do compromisso em função da natureza do bem jurídico objeto da tratativa.

É óbvio que, para tanto, o investimento a ser assumido deve superar o que ordinariamente a prestadora já suportaria em virtude de suas obrigações regulares. O compromisso assumido pela prestadora deve ter o caráter de contrapartida nova, em troca da vantagem que tem pela extinção do processo objeto do acordo substitutivo. Para cumprir tal papel, por óbvio, não podem ser considerados investimentos já assumidos pela empresa em virtude de sua condição de concessionária. Fosse assim, não haveria, de fato, contraprestação oferecida em face da eliminação do processo.

É importante destacar que a adoção desse tipo de compromisso — a assunção de investimentos no serviço para extinção de processos administrativos — não é novidade no direito regulatório brasileiro. A ANEEL adota com regularidade esta prática, havendo, inclusive, incorporado previsão

expressa nesse sentido em sua regulamentação. Confira-se:

Resolução Normativa 333, de 7 de outubro de 2008

Art. 3º A solicitação [de celebração de TAC] será encaminhada ao Superintendente de Fiscalização da ANEEL a quem a matéria seja afeta, que deverá elaborar análise técnica sobre o pedido, observado que:

I – se favorável, indicará as condições para a formalização do TAC, incluindo o cálculo da multa passível de ser aplicada, quando for o caso, *para fins de ajustamento de um Plano de Ações e/ou Investimentos a serem realizados pela interessada* e posterior submissão da proposta resultante para deliberação da Diretoria;

A justificativa exposta pela ANEEL para implementar tal medida coincide com os elementos já indicados no presente tópico. Na fundamentação de sua proposta o relator da resolução citada aponta como razão para substituir processos de multas por investimentos o maior proveito que o setor experimentaria com a medida. Veja-se:

Tem-se que não é função primordial do órgão regulador sancionar por sancionar e muitas vezes o interesse público é mais bem atendido pelas medidas de aprimoramento da qualidade do serviço prestado, inclusive para além do previsto no contrato, do que a arrecadação. (Processo nº 48500.006379/2005-26 da ANEEL. Análise do Diretor José Guilherme Silva Menezes Senna)

A previsão regulamentar da ANEEL foi fundamentada no já citado art. 5º, §6º da Lei de Ação Civil Pública. Tal prática já teve oportunidade de ser aplicada concretamente em diversas oportunidades.

Como se vê, mostra-se viável a celebração de acordo substitutivo no qual o interessado assumira o compromisso de investir no setor, desde que haja adequada simetria entre a vantagem que obtém com a extinção do processo e o investimento assumido, bem como demonstração de proveito ao interesse público e compatibilidade com os objetivos da legislação.

6 Conclusões

a) Existe base legal para a Anatel celebrar *acordos substitutivos* em processos sancionatórios. Ela se encontra nas mesmas normas da Lei Geral de Telecomunicações (nº 9.472, de 1997 – LGT) que conferiram à agência o poder de disciplinar e condicionar os deveres, proibições, infrações e a imposição de sanções — e que, por identidade de razão, autorizam a regulamentação dos acordos substitutivos como meio de superação das infrações e como causa da não aplicação ou execução das sanções.

b) A LGT contém uma lista de sanções aplicáveis em caso de infração (art. 173), mas não diz o que, em cada hipótese, é uma *infração*, tampouco o que é *infração punível* e como pode *cessar sua punibilidade*. Cabe à Anatel, no uso de sua competência regulamentar (LGT, art. 22, IV), dispor sobre as causas determinantes e as *causas excludentes* da aplicação ou execução *das sanções*. A regulamentação pode admitir que a *superação da infração* é causa excludente da sanção, definindo as situações e condições em que a superação ocorre. Nessa linha, a regulamentação pode prever a celebração de *acordos substitutivos* que levem à superação de infrações e, assim, ao arquivamento de processos administrativos sem a imposição ou execução das sanções administrativas em princípio cabíveis.

c) No caso das telecomunicações, como os deveres e infrações são decorrentes de especificações infralegais, e não de especificações diretamente legais, os acordos substitutivos entre regulador e regulado dependem apenas de autorização regulamentar, dispensando inclusive o fundamento, que de qualquer modo existe, do art. 5º, §6º da Lei nº 7.347, de 1985 (Lei da Ação Civil Pública).

d) Os acordos substitutivos da Lei nº 7.347, de 1985, quando celebrados pelas unidades administrativas competentes, podem envolver a exclusão das sanções administrativas em tese aplicáveis. Trata-se de autorização legal aberta, que não limita o conteúdo do que pode ser convencionado, *apenas determina sua finalidade*: a adequação da situação jurídica às "exigências legais". Quanto ao conteúdo dos acordos, a lei nada diz, justamente para viabilizar a negociação e o ajuste consensual a esse respeito. A celebração desses acordos não é limitada às situações mais graves, de infração contínua, em que exista obrigação pendente ainda a ser regularizada. Por maior razão, os acordos são viáveis também nos casos menos graves, em que a falha se tenha esgotado no passado, para o fim de evitar as sanções; a única condição, imposta pela lei também para esses casos, é que ao final a conduta do particular não fique em desconformidade com as exigências legais.

e) No setor de telecomunicações, a extinção de processo administrativo sancionatório em contrapartida à *realização de investimentos* em benefício do serviço pode ser objeto de acordo substitutivo, nos termos de regulamento editado pela Anatel. A adoção desse tipo de compromisso (a realização de investimento), aliás, vem ocorrendo no setor elétrico, com base na ampla autorização do art. 5º, §6º da Lei nº 7.347, de 1985. Deve existir uma ponderação entre a vantagem da prestadora com a extinção do processo no qual a multa poderia ser aplicada e o porte do investimento e outras prestações assumidas no acordo substitutivo, demonstrando-se a vantajosidade da medida para o interesse público. Isso de modo algum significa que os investimentos ou prestações devem ser no valor da multa proposta originalmente. Deve-se levar em conta, ao definir o porte das obrigações assumidas pela prestadora, uma relação equilibrada com os riscos evitados por ambas as partes (regulador e regulado), os custos financeiro e regulatório da continuidade do processo e a relevância pública das novas prestações assumidas.

f) É importante que o tema seja objeto de regulamentação pela Anatel, conferindo-se previsibilidade e segurança jurídica às suas decisões futuras, e evitando, por consequência, que o exercício dessa competência legal aberta seja feito de modo arbitrário, contrariando o princípio da impessoalidade.

* Este artigo foi originalmente publicado na RDPE 33/9-26, com pequeno problema quanto à edição

— pelo que os editores pedem desculpas aos autores e leitores. Esta republicação presta-se a reparar, dentro do possível, o defeito anterior e fornecer ao leitor a versão integral do texto.

1 O mais profundo trabalho acadêmico brasileiro atual sobre o assunto é a excelente dissertação de mestrado *Atuação administrativa consensual – Estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*, recentemente defendida na Faculdade de Direito da USP por Juliana Bonacorsi de Palma, pesquisadora da Escola de Direito da FGV-SP, sob a orientação do prof. Floriano Azevedo Marques Neto.

2 Veja-se o inteiro teor do artigo que circunscreve a abrangência da Lei de Ação Civil Pública: “Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: I – ao meio ambiente; II – ao consumidor; III – aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; IV – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; V – por infração da ordem econômica e da economia popular; VI – à ordem urbanística.”

3 É o caso, por exemplo, do setor de saúde suplementar (planos de saúde), no qual a ANS recebeu competência expressa para firmar termo de compromisso de ajuste de conduta (arts. 4º, XXXIX da Lei nº 9.961, de 2000, e 29 e 29-A da Lei nº 9.656, de 1998, com a redação dada pela MP nº 2.177/2001) e também do setor de valores mobiliários, em que a CVM possui autorização expressa para assinar termo de compromisso (art. 11, §§5º, 6º, 7º e 8º da Lei nº 6.385, de 1976 e alterações).

4 Resolução nº 152 da ANTT, de 23 de janeiro de 2003 e a Resolução Normativa nº 333 da ANEEL, de 7 de outubro de 2008.

Como citar este conteúdo na versão digital:

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

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, abr./jun. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=73323>>. Acesso em: 11 out. 2014.

Como citar este conteúdo na versão impressa:

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

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.

