A sobreposição de órgãos de controle e seus desafios à coordenação dos acordos substitutivos no Brasil*

The overlapping of accountability institutions and its challenges to the coordination of substitutive agreements in Brazil

*Valter Shuenquener de Araújo***
*Pedro de Hollanda Dionisio****

* Artigo recebido em 10 de janeiro de 2022 e aprovado em 28 de setembro de 2022. DOI: https://doi.org/10.12660/rda.v283.2024.90690. Os autores agradecem às alunas da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Uerj) Joyce Rosa, Maria Bruna Ferreira e Nathalya Lima, pelas pesquisas que contribuíram para a elaboração deste artigo.

** Doutor em direito público pela Uerj. Doutorado-sanduíche pela Ruprecht-Karls Universität de Heidelberg. Professor de direito administrativo da Uerj. Representante do PJ brasileiro na OEA. Juiz federal. SG do CNJ (2020-2022). Cons. do CNMP (2015-20). Autor do livro: *Lei de improbidade administrativa comentada. Com as alterações da Lei nº 14.230/2021*, Ed. Fórum, 2023. E-mail: vsaraujo19@gmail.com.

*** Doutorando e mestre em direito público pela Uerj. *Master of laws* (LL.M) pela Harvard Law School. Pesquisador da Uerj. Reg. Procurador do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro. E-mail: pedro_hdionisio@hotmail.com.

RESUMO

O texto se propõe a debater as causas da descoordenação entre órgãos de controle na celebração de acordos substitutivos e propor possíveis soluções para o problema. O trabalho demonstra que a descoordenação entre instituições públicas na celebração de acordos substitutivos é produto de dois recentes e relevantes fenômenos: a difusão de instituições autônomas de controle e a propagação de instrumentos consensuais. O texto analisa o surgimento de instituições autônomas de controle e o giro teórico no sistema punitivo estatal decorrente da profusão de instrumentos consensuais. Em seguida, aponta instrumentos que prometem promover coordenação institucional. A metodologia utilizada no trabalho é a análise bibliográfica, por meio do exame e cruzamento da literatura pertinente ao tema. O objetivo central da pesquisa é o de propor soluções para os problemas decorrentes da ausência de coordenação entre os órgãos públicos de controle na celebração de acordos substitutivos.

PALAVRAS-CHAVE

direito administrativo sancionador — controle — acordo substitutivo — sobreposição — coordenação

ABSTRACT

This paper debates the causes of discoordination between accountability institutions in the management of substitutive agreements and proposes solutions to the problem. It seeks to demonstrate that the lack of coordination is caused by two recent and relevant phenomena: the diffusion of autonomous accountability institutions and the propagation of consensual legal instruments. It analyzes the emergence of autonomous accountability institutions and the theoretical shift in the Brazilian punitive system, with the diffusion of consensual instruments. Then, the paper points out instruments that promise to strengthen institutional coordination. The methodology used is the bibliographic analysis, through the evaluation of literature relevant to the topic. The central aim of the research is to propose solutions to the problems arising from the lack of coordination between public accountability bodies in the management of substitutive agreements.

KEYWORDS

sanctioning administrative law — accountability — substitutive agreement — overlap — coordination

1. Introdução

Este trabalho tem como objetivo central propor soluções para a descoordenação de instituições públicas de controle na celebração e administração de acordos substitutivos.[1] Pretende, em nível mais específico, apresentar os dois principais fenômenos do direito administrativo sancionador brasileiro que parecem ser causa do problema: a difusão de instituições públicas de controle dotadas de alto grau de autonomia e a propagação de instrumentos consensuais.[2]

Para tanto, o artigo está dividido em quatro tópicos. No primeiro, analisar-se-á a propagação de instituições de controle em nossa ordem jurídica. A exemplo do que ocorre em outros países, houve, nas últimas décadas, uma verdadeira difusão de órgãos e de entidades dotados de elevado grau de autonomia no Brasil, tendência que permanece até os dias atuais.

Já em sua segunda parte, o artigo abordará outra recente, e igualmente relevante, mudança de paradigma no sistema sancionatório nacional, que passa a aceitar instrumentos consensuais como forma de se atingir o resultado pretendido inicialmente pela sanção. De uma visão idealizada e romântica dos princípios da legalidade e da supremacia e indisponibilidade do interesse público, bem como excessivamente otimista em relação aos méritos do controle, grande parte da doutrina passou a encará-lo sob uma ótica mais

---

1 Os acordos substitutivos são vocacionados a substituir o processo administrativo sancionador ou a própria sanção administrativa, conforme MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana. *Juridicidade e controle dos acordos regulatórios*: o caso TAC Anatel. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4296871/mod_resource/content/1/Juridicidade%20e%20Controle%20dos%20Acordos%20Regulat%C3%B3rios%20-%20O%20Caso%20TAC%20ANATEL.pdf. Acesso em: 23 out. 2022.

2 O escopo do trabalho abrangerá acordos substitutivos celebrados tanto no âmbito da fiscalização e sancionamento de agentes privados que atuam no mercado (atividade usualmente denominada de poder de polícia ou de regulação econômica) quanto do controle da administração pública e de seus agentes. Como forma de facilitar a leitura e conferir fluidez ao texto, o termo "controle" será utilizado de maneira mais ampla do que usualmente adotada no direito administrativo brasileiro, de modo a abranger as duas referidas atividades. Sobre as diferentes definições para esse instituto, ver MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 25-27.

sensível às suas incompletudes. Este giro teórico permitiu, entre outros avanços, o surgimento de soluções consensuais para questões relacionadas com o controle público.

Os desafios decorrentes deste cenário em que há variados órgãos de controle e o incentivo à consensualidade será objeto do terceiro capítulo. A difusão de organizações sancionatórias independentes aptas a celebrar acordos, mas desacompanhadas de instrumentos de articulação institucional, trouxe profunda insegurança para os atores que pretendem substituir a sanção pela consensualidade administrativa. Além de outros problemas, a ausência de coordenação entre tais entidades faz surgir relevantes contradições na gestão de acordos já firmados ou a serem celebrados, reduzindo sua segurança e atratividade.

A quarta e última parte do artigo apresentará, de maneira propedêutica e propositiva, algumas estratégias jurídicas de articulação entre instituições públicas dotadas de competência para celebrar acordos em matéria sancionatória. Não se pretende aqui esgotar os instrumentos de coordenação ou analisá-los de maneira vertical, mas apresentar algumas estratégias que prometem contribuir para a evolução do tema.

A metodologia empregada no presente trabalho é a análise bibliográfica, e se dará por meio da análise e cruzamento da literatura pertinente ao tema.

2. A difusão de órgãos autônomos e a sobreposição do controle no Brasil

O advento de instituições públicas de controle dotadas de elevado grau de autonomia é uma atual tendência em diversas democracias ao redor do mundo.[3] Para além dos tradicionais poderes do Estado organizados em uma estanque divisão tricotômica, tem-se observado, nas últimas décadas, uma verdadeira difusão de entidades capazes de tomar decisões livres — ao menos em alguma medida — da interferência de outros órgãos estatais.

No cenário internacional, ilustram esse novel quadro as agências anticorrupção e as instituições superiores de controle, competentes para realizar a auditoria e o monitoramento das atividades da administração pública e de seus

[3] ACKERMAN, Bruce. Good-bye, Montesquieu. *In*: ROSE-ACKERMAN, Susan et al. (Ed.). *Comparative administrative law*. 2. ed. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2017. p. 39 e ss.

agentes.[4] No âmbito da fiscalização de agentes privados, têm-se disseminado no mundo agências reguladoras e Bancos Centrais independentes, instituições autônomas de defesa da concorrência e outros órgãos administrativos com vasta competência para regular setores sensíveis da economia.

No Brasil, inúmeros exemplos demonstram que o desenvolvimento de nosso sistema administrativo sancionatório está acompanhando essa tendência global. É o que se percebe pelo fortalecimento da independência de tradicionais instituições, como o Ministério Público e o Tribunal de Contas, e pelo advento de novas entidades dotadas de uma autonomia reforçada.[5] É o caso das agências reguladoras independentes, do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (Cade) e da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), todos competentes para a fiscalização e a punição de agentes econômicos que integram o respectivo setor regulado.

A conferência de independência a tais instituições costuma ser justificada pela necessidade de se evitar sua captura técnica, política e econômica. Instituições de controle estão particularmente sujeitas a influxos políticos e existem claros incentivos a interferências indevidas em seu trabalho.[6] Entidades regulatórias, por sua vez, estão especialmente propensas à captura econômica, tendo em vista a expressão do impacto de suas decisões na saúde financeira de importantes grupos econômicos.

Apesar dos seus potenciais benefícios, como o maior insulamento de tais instituições a interferências externas políticas e econômicas, a propagação de múltiplos órgãos e entidades autônomas foi acompanhada do surgimento de sobreposições em nosso sistema administrativo sancionatório. O referido fenômeno permitiu a multiplicação de áreas de redundância no monitoramento de agentes públicos e privados no Brasil.

No caso da sobreposição entre órgãos de controle da administração pública, o fenômeno costuma ser denominado de *multiple* ou *redundant accountability*.[7] A atuação do gestor público brasileiro é, assim, controlada

---

4 Sobre a proliferação das chamadas Independent Commissions Against Corruption (Icacs) no mundo, conferir JOHNSTON, Michael. A brief history of anticorruption agencies. *In*: SCHELDER, Andreas et al. (Ed.). *The self-restraining state*: power and accountability in new democracies. Londres: Lynne Rienner Publishers, 1999. p. 13-28.

5 ALSTON, Lee J. *et al*. *Brazil in transition*: beliefs, leadership, and institutional change. Princeton: Princeton University Press, 2016. p. 141 e ss.

6 ACKERMAN, John M. Understanding independent accountability agencies. *In*: ROSE-ACKERMAN, Susan; LINDSETH, Peter L. (ed.). *Comparative administrative law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2010. p. 169.

7 Utilizando a mesma definição adotada no presente trabalho, ver SCHILLEMANS, Thomas; BOVENS, Mark. *The challenge of multiple accountability*: does redundancy lead to overload?

por uma multiplicidade de órgãos e entidades independentes que possuem competências sobrepostas. Além de serem diversas as instituições controladoras, múltiplas são as questões submetidas à fiscalização, ao mesmo tempo, de mais de um órgão diferente.[8] A redundância é atributo conhecido do controle público brasileiro.

Importante exemplo de sobreposição se dá no controle dos contratos públicos. A legalidade, legitimidade e economicidade de uma contratação administrativa costumam estar submetidas ao crivo, ao mesmo tempo, de diferentes órgãos e entidades, como os Tribunais de Contas, o Ministério Público, instituições legislativas, controladorias internas, órgãos de advocacia pública e o próprio Poder Judiciário.[9]

O quadro se agrava nas relações entre diferentes entes federativos. Os ajustes celebrados entre entes subnacionais, assim como as despesas financiadas por transferências voluntárias da União ou dos estados, costumam ser submetidos, simultaneamente, à apreciação das Cortes de Contas, de órgãos judiciais e legislativos, bem como de instituições de controle interno que integram diferentes esferas federativas.[10]

No âmbito do monitoramento de organizações privadas, o fenômeno da sobreposição de competências costuma ser denominado *regulatory overlap* (sobreposição regulatória). Embora o termo seja, em geral, utilizado para qualificar a diversidade de instituições com poder normativo sobre um mesmo tema regulatório, retrata, também, a existência de uma multiplicidade de órgãos e de entidades competentes para fiscalizar o atendimento de normas jurídicas cogentes por agentes integrantes do mercado e para sancioná-los em caso de descumprimento.[11]

Disponível em: https://dspace.library.uu.nl/bitstream/handle/1874/319030/Challenge_multiple_accountability_Schillemans_Bovens_2011.pdf?sequence=1. Acesso em: 21 out. 2022.

8 DIONISIO, Pedro de Hollanda. *O direito ao erro do administrador público no Brasil*: contexto, fundamentos e parâmetros. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2019. p. 24-27.

9 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; DE PALMA, Juliana Bonacorsi. Os sete impasses do controle da administração pública no Brasil. *In*: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de (Coord.). *Controle da administração pública*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2017. p. 33.

10 É o que ocorre, por exemplo, na celebração de consórcios públicos, embora existam regras que buscam evitar a sobreposição de competência, como o artigo 9º, parágrafo único, da Lei nº 11.107/2005.

11 Sobre o tema, ver AAGAARD, Todd S. Regulatory overlap, overlapping law fields, and statutory discontinuities. *Virginia Environmental Law Journal*, v. 29, n. 3, p. 237-303, 2011; GERSEN, Jacob. Overlapping and underappling jurisdiction in administrative law. *The Supreme Court Review*, v. 201, p. 1-51, 2006.

No Brasil, assim como ocorre em outros países que optaram pelo modelo descentralizado de regulação,[12] o fenômeno costuma envolver agências independentes que possuem competências sobrepostas em relação a determinadas atividades de interesse regulatório comum. O exercício do controle se torna ainda mais difuso, porém, pela atuação de outros órgãos estatais com atribuição de fiscalizar atividades privadas capazes de, em alguma medida, interferir em interesses transindividuais.

Como exemplo, podemos citar a atividade potencialmente poluente do transporte marítimo de petróleo e de seus derivados, que é fiscalizada não apenas pelas agências com competência para atuar na matéria (como a Agência Nacional do Petróleo — ANP e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários — Antaq), mas, também, pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública e por organismos estatais de defesa do meio ambiente. E não se poderia deixar de mencionar, ainda, que o TCU fiscaliza o desempenho da própria agência reguladora do setor do petróleo.[13] É o controle sobre o controle.

3. A mudança de paradigmas do direito administrativo e a propagação de instrumentos consensuais em matéria sancionatória

Há uma percepção tradicional de que a atuação das instâncias de controle é tanto melhor quanto mais rigorosa e inflexível for. O rigor, nesta visão clássica, seria sempre favorável aos interesses sociais e funcionaria como um eficiente instrumento dissuasório para evitar o cometimento de ilícitos. Já a redução do engessamento das ferramentas de controle é encarada como uma indesejada fonte de irregularidades e de corrupção.[14] A inafastável perspectiva

---

[12] A respeito do desenho descentralizado da regulação brasileira, ver MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito constitucional econômico*: a intervenção do estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 418. Já sobre a experiência na Espanha de centralização da regulação econômica, ver ROURA, Juan R. Cuadrado; NEFF, Marta. Agencias de la regulación y la competencia. La independencia y la elección de un modelo multisectorial o integrado. *Revista Española de Control Externo*, v. 17, n. 51, p. 77-108, set. 2015.

[13] TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Petróleo e gás natural*. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/tcu/paginas/rio20/fichas/ptb_07_petroleo.pdf. Acesso em: 23 out. 2022.

[14] JORDÃO, Eduardo. Por mais realismo no controle da administração pública. *Revista Direito do Estado*, n. 183, 2016. Disponível em http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Eduardo-Jordao/por-mais-realismo-no-controle-da-administracao-publica. Acesso em: 22 set. 2022.

da punição serviria como um poderoso incentivo a que agentes privados e públicos adequassem seu comportamento às determinações legais. De outro lado, a abertura de canais de negociação na aplicação de punições estimularia, nessa perspectiva, a prática de condutas irregulares.

Do ponto de vista teórico, tal linha de pensamento encontra fundamento em uma concepção tradicional a respeito do princípio da legalidade administrativa e dos princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público. Segundo essa visão, se aos órgãos administrativos e controladores caberia, apenas, aplicar a lei de ofício, norma jurídica em que o comando e a sanção já estariam suficientemente descritos, a eles não seria permitido negociar quanto à sua pronta e imediata incidência. A realização de uma tarefa tão simples e mecânica, como a de exteriorizar, de maneira acrítica, os comandos unívocos do legislador, não admitiria flexibilizações.[15]

A propalada suprema importância do interesse público monitorado por tais instituições, ademais, tornaria inconcebível que irregularidades não fossem punidas. Na gestão de bens jurídicos tão caros ao direito, os agentes estatais seriam desautorizados a realizar concessões em favor de interesses privados, sobretudo quando o particular não atender comandos legais expressos.[16]

O princípio da indisponibilidade do interesse público, ao menos em uma leitura mais tradicional, também impediria que órgãos de controle celebrassem acordos capazes de interferir na incidência de sanções administrativas. Como o poder público e seus agentes não seriam os proprietários dos interesses da coletividade, mas unicamente os tutores de interesses de terceiros, a eles não seria lícito negociar a aplicação de sanções.[17]

Os aparentes obstáculos teóricos à celebração de acordos em matéria sancionatória passaram a, no entanto, ser questionados. A lógica imperativa, adversarial e formalista foi contrastada com um novo modelo de controle, ditado pela colaboração e flexibilidade, e orientado para a resolução de problemas práticos.

Os supostos entraves decorrentes de uma leitura rígida do princípio da legalidade foram gradativamente superados pelo advento de leis que

---

[15] EISENMANN, Charles. O Direito administrativo e o princípio da legalidade. *RDA — Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 56, p. 47-70, 1959.

[16] Retratando essa tradicional linha de pensamento, conferir PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 167.

[17] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 76-77.

autorizam, de maneira expressa, a consensualidade no controle público. Demais disso, as atividades administrativas deixaram de ser vistas como uma mera execução de comandos normativos prévios.[18] De uma vinculação positiva e estrita aos comandos legais, chegou-se a uma compreensão de que a administração pública está vinculada ao ordenamento jurídico como um todo,[19] de modo que a ausência de uma autorização legal expressa à celebração de acordos não significa, necessariamente, sua proibição.[20]

O princípio da supremacia do interesse público, para além de questionamentos a respeito de sua própria existência e valor jurídico,[21] também sofreu releituras que permitiram o avanço da consensualidade em matéria sancionatória. Entre outros motivos, percebeu-se que o interesse público não é uno e que a ponderação e composição de interesses — e não a atuação imperativa e unilateral — podem, no caso concreto, ser a melhor maneira de se atender aos interesses da coletividade.[22] O ato consensual pode, em outros termos, constituir justamente o interesse público perseguido pelo Estado.[23]

Em suas múltiplas significações, também o princípio da indisponibilidade deixou de constituir um empecilho à celebração de acordos substitutivos. Além de questionamentos a respeito da existência de respaldo normativo que o fundamente,[24] não se pode esquecer que a atividade sancionatória do Estado não constitui um fim em si mesmo. As prerrogativas do Estado constituem um mero instrumento para a realização de finalidades públicas, de modo que a escolha de utilizar seus poderes unilaterais deve ser precedida de

---

[18] Nesse sentido, SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 236; SILVA, Almiro do Couto e. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. *RDA — Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 179, p. 61-62, 1990.

[19] Sobre o tema, ver OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública*: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Editora Almedina, 2003. p. 1.083-1.091; no Brasil, BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 136-143.

[20] SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao direito. *Revista Brasileira de Direito Público — RBDP*, Belo Horizonte, ano 7, n. 27, p. 67-93, out./dez. 2009.

[21] Nesse sentido, confiram-se os diversos artigos publicados em SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados*: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

[22] Sobre o tema, confira-se ARAÚJO, Valter Shuenquener de; SIQUEIRA, Ana Letícia da Costa; e MELLO, Frederico Silva de. Acordos no processo administrativo sancionador: solução negociada como uma opção eficiente. *Revista Juris Poiesis*, Rio de Janeiro. v. 23, n. 32, p. 295-318, 2020.

[23] Palma, *Sanção e acordo na administração pública*, *op. cit.*, p. 172.

[24] *Ibid.*, p. 177-178.

uma reflexão a respeito dos custos e benefícios para a realização dos valores jurídicos por ele protegidos.[25]

Sob outro enfoque, os administrativistas passaram a, nos últimos anos, dedicar maior atenção às ineficiências do controle público e das atividades sancionatórias do Estado. A doutrina passou a se debruçar sobre a temática de uma perspectiva jurídico-teórica, mas, também, com uma abordagem de natureza institucional e empírica.[26]

Percebeu-se a necessidade de uma maior eficiência no controle estatal das normas cogentes. Não raro, instrumentos coercitivos de indução de comportamento, como é o caso das multas e das sanções de suspensão de direitos, não surtem os efeitos esperados, o que inaugura uma relevante oportunidade de emprego de instrumentos consensuais.

Mudanças na concepção dos princípios fundacionais do direito administrativo, bem como o advento de novos paradigmas relacionados com a eficiência das atividades estatais, desse modo, permitiram a difusão — ainda que segmentada — de instrumentos consensuais em matéria sancionatória. E, mais importante, passaram a conferir algum grau de segurança jurídica a respeito da legitimidade na celebração de acordos substitutivos.

Um dos primeiros dispositivos a tratar desse tema, o artigo 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/1985 autoriza que os órgãos públicos legitimados para o ajuizamento da Ação Civil Pública — caso do Ministério Público, da Defensoria Pública, dos entes federativos e das entidades integrantes da administração indireta — tomem dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais. O instrumento é atualmente utilizado de maneira ampla, tanto no controle da administração pública e de seus agentes quanto de entidades privadas. Com base no referido dispositivo e em normas setoriais, agências reguladoras independentes estão celebrando Termos de Ajustamento de Conduta (TACs) com agentes econômicos que integram o respectivo mercado regulado.[27]

---

[25] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção. *Revista Eletrônica de Direito do Administrativo Econômico*, Salvador, n. 27, p. 11, ago./set./out. 2011.

[26] A respeito do giro pragmático como um dos eixos de recente transformação do direito administrativo brasileiro, ver BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação*: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 215.

[27] Tais acordos são atualmente regulamentados pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) (Resolução nº 629/2013), pela Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) (Resolução nº 472/2018) e pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) (Resolução

No âmbito das ações de improbidade administrativa, por sua vez, após ampla polêmica a respeito do cabimento de compromissos e transações — tendo em vista anterior vedação legal específica —, o artigo 17, § 1º, da Lei nº 8.429/1992 foi alterado em 2019 para expressamente autorizar a celebração de acordos de não persecução civil.

De maneira semelhante, mas com foco nos ilícitos concorrenciais, autoriza-se que o Cade tome de investigados por infrações à ordem econômica compromisso de cessação do comportamento ilícito apurado ou de compensação de seus efeitos lesivos. O instituto foi originalmente previsto pela Lei nº 8.884/1994 e encontra-se atualmente regulamentado na Lei nº 12.529/2011.[28]

Na regulação do mercado de capitais, por sua vez, a CVM conta com o chamado termo de cessação. O instrumento permite que o órgão, de maneira consensual, suspenda ou deixe de seguir na apuração de um ilícito de sua competência, desde que o investigado se comprometa a cessar a prática da infração, corrigir as irregularidades apontadas e a indenizar os eventuais danos causados.[29]

Em paralelo, diversos diplomas normativos autorizam a celebração dos chamados acordos de leniência. Tais ajustes têm por objetivo desequilibrar conluios em que há especial dificuldade na obtenção de provas e informações por meio da colaboração de um de seus participantes. Em contrapartida, permite-se que as autoridades públicas competentes concedam benefícios ao agente colaborador, como a redução ou mesmo a isenção de sanções.[30]

---

nº 5.823/2018). Sobre a juridicidade de acordos substitutivos em matéria regulatória, ver 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. 9-24, abr./jun. 2011.

28 A respeito do histórico do instituto e de sua importância no combate a ilícitos concorrenciais, ver FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 150-151.

29 O instituto encontra-se previsto no artigo 11, § 5º, da Lei nº 6.385/76, com redação dada pela Lei nº 13.506/17.

30 Originalmente previstos na legislação antitruste e de competência do Cade, os acordos de leniência foram expandidos para o sistema normativo de combate à corrupção (Lei nº 12.846/2013) e, atualmente, podem ser celebrados ou contar com a participação ou influência de instituições de controle como o Ministério Público, os Tribunais de Contas e as Controladorias-Gerais. A CVM e o Banco Central do Brasil, por sua vez, passaram a contar com o emprego dos acordos de leniência no âmbito do sistema financeiro a partir da edição da Lei nº 13.506/2017. Sobre as peculiaridades do instituto em relação aos demais instrumentos consensuais, ver CANETTI, Rafaela Coutinho. *Acordo de leniência*: fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico brasileiro. Belo Horizonte, Fórum, 2018. p. 166-167.

Mais recentemente, por força da alteração promovida pela Lei nº 13.655/2018, o artigo 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro trouxe um permissivo genérico à celebração de acordos substitutivos no âmbito do poder de polícia administrativo. Embora a Lei de Ação Civil Pública já autorizasse que órgãos e entidades públicas firmassem acordos nessa seara, o dispositivo parece ter posto fim a eventuais controvérsias e conferiu maior segurança jurídica à consensualidade em matéria sancionatória, inclusive ao prever parâmetros legais para seu exercício.[31]

O que se percebe do quadro anterior é uma verdadeira difusão de instrumentos consensuais que podem ser celebrados por — ou, ao menos, dos quais podem participar ou influenciar — diferentes instituições públicas dotadas de elevada independência. A evolução normativa, entretanto, não foi acompanhada de instrumentos efetivos de articulação institucional. A introdução de medidas consensuais com o potencial de aumentar a efetividade da função sancionatória do Estado não foi seguida por uma preocupação em tornar coerente o exercício da consensualidade por meio da coordenação de ações e entendimentos entre os múltiplos agentes públicos autônomos com competência para tanto.

4. A descoordenação de instituições públicas autônomas na celebração de acordos substitutivos

Nos dois tópicos anteriores, narrou-se dois movimentos tão recentes quanto relevantes para o direito público brasileiro: a difusão de instituições públicas autônomas com competência para fiscalizar o cumprimento de normas cogentes por agentes privados e públicos e o surgimento de múltiplos instrumentos consensuais no âmbito do direito administrativo sancionador desacompanhados de medidas de articulação institucional.

Embora parcela da literatura jurídica e da ciência política enxergue a existência de certas vantagens na existência de múltiplos órgãos independentes de controle, tal circunstância também traz sérios problemas à estabilidade e atratividade dos acordos substitutivos.

---

[31] PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Art. 26 da LINDB*. Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. *RDA — Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, ed. esp.: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, p. 146-148, nov. 2018.

De fato, a presença de áreas de redundância do controle — característica do sistema brasileiro — apresenta vantagens tendenciais em relação a modelos de concentração em um único ou em poucos organismos hierarquicamente vinculados, como ocorre, por exemplo, nos Estados Unidos e no Reino Unido. Nesses países, o combate a ilícitos, como as práticas de cartéis e de corrupção pública ou empresarial, costuma estar concentrado em apenas um ou em poucos órgãos estatais.[32]

O principal argumento de defesa do controle redundante ou complementar é o de que a existência de diferentes e independentes canais de supervisão das atividades econômicas e administrativas permite que eventuais falhas de determinada instituição sejam compensadas pela atuação das demais. A redundância seria, assim, mais eficiente do que a crença em instituições infalíveis, que não existem na prática.[33]

Outra vantagem da sobreposição é a possibilidade de aprendizagem recíproca entre instituições públicas que integram o sistema de controle. Tal modelo propicia a incorporação dos diferentes valores trazidos pelas organizações, bem como reduz a assimetria de informações entre controladores e controlados, resultado da multiplicidade de órgãos a demandar e a disputar dados relevantes.[34]

De outro lado, porém, a multiplicidade de instâncias autônomas de controle — sobretudo quando desacompanhada de instrumentos de articulação — pode gerar contradições entre os órgãos. É que a diversidade de agentes independentes a supervisionar e sancionar agentes públicos e privados possibilita que entendimentos contrapostos coexistam dentro de um mesmo sistema de controle.

Há, aliás, uma fundada expectativa de que a desvinculação de órgãos e entidades públicas de um sistema de hierarquias predefinidas possibilite que decisões contrapostas coexistam dentro de um mesmo ente político.

---

[32] É o que relata, por exemplo, WINTERS, Michelle A. Too many cooks in the kitchen: battling corporate Corruption in Brazil and the problems with a decentralized enforcement model. *Richmond Journal of Global Law & Business*, v. 13, n. 4, p. 690, 2015.

[33] Schillemans e Bovens, *The challenge of multiple accountability*, *op. cit.*, p. 26-29. Os potenciais benefícios da multiplicidade de instituições à luz da experiência brasileira constam de CARSON, Lindsey D.; PRADO, Mariana Mota. Using institutional multiplicity to address corruption as a collective action problem: lessons from de Brazilian case. *The Quartely Review of Economics and Finance*, n. 62, p. 59, 2016.

[34] BENDOR, Jonathan B. *Parallel systems*: redundancy in government. Berkeley: University of California Press, 1985. p. 257; CARROLL, John S. Redundancy as a design-principle and an operating principle. *Risk Analysis*, v. 24, n. 4, p. 955-957, 2004.

A inexistência de subordinação dos diferentes núcleos de manifestação da vontade estatal a um poder central promove dissensos e dificulta que entendimentos antagônicos sejam harmonizados. A ausência de uniformidade de entendimentos pode criar um ambiente de imprevisibilidade e insegurança jurídica que prejudica as decisões tomadas tanto pelo administrador público quanto por particulares que desejam se relacionar com o Estado.[35] O risco de ofensa ao princípio da proteção da confiança se eleva.[36]

No setor privado, a imprevisibilidade do comportamento dos órgãos de fiscalização tende a inibir o desenvolvimento de novos empreendimentos econômicos e a afastar a iniciativa privada das relações com o poder público, na medida em que a torna compreensivamente receosa de ter seus investimentos prejudicados por posições contraditórias daqueles que controlam suas atividades.[37]

No setor público, por sua vez, a descoordenação das instituições sancionatórias provoca um comportamento excessivamente cauteloso no administrador, tornando-o receoso de que seu posicionamento, que não será o único a respeito de um dado tema, não seja estimado como o mais correto. Esse cenário gera desincentivos a inovações na gestão pública e, no limite, ossifica a administração.[38]

Outro efeito negativo esperado da redundância é o aumento dos custos de transação e de oportunidade decorrentes do controle, tendo em vista o desperdício de esforços no seu exercício de maneira repetida. A existência de múltiplas investigações ou de processos sancionadores que são conduzidos por atores estatais diferentes, mas para apurar e punir um mesmo ilícito, aumenta os custos da persecução punitiva do Estado.[39]

No que mais detidamente interessa ao presente trabalho, a sobreposição entre instituições controladoras aptas a celebrar ou a influenciar acordos

---

35 CASSESE, Sabino. *A crise do Estado*. Campinas: Saberes Editora, 2010. p. 34-35.

36 ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O Princípio da Proteção da Confiança*: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado. 2. ed. Niterói: Editora Impetus, 2016.

37 KLINGNER, Donald E.; NALBANDIAN, John; ROMZEK, Barbara S. Politics, administration, and markets: conflicting expectations and accountability. *American Review of Public Administration*, n. 32, p. 1-50, jun. 2002.

38 Schillemans e Bovens, *The challenge of multiple accountability*, *op. cit.*, p. 9. Os prejuízos organizacionais causados pela necessidade de atender a expectativas conflitantes são ressaltados por Jonathan Koppel, que denomina o fenômeno de "*multiple accountability disorder*", cf. KOPPEL, Jonathan J. S. Pathologies of accountability: Icann and the challenge of "multiple accountabilities disorder". *Yale School of Management: Public Administration Review*, v. 65, n. 1, p. 95, jan./fev. 2005.

39 Schillemans e Bovens, *The challenge of multiple accountability*, *op. cit.*, p. 8.

substitutivos tende a reduzir a eficiência do exercício da consensualidade em matéria sancionatória, assim como a prejudicar a segurança e a atratividade dos ajustes nessa seara.

A desarticulação institucional permite que instâncias de controle que não participaram das negociações ou que não concordem com os termos do acordo questionem sua legitimidade. Exemplo comum é a prática (ou, ao menos, sua ameaça) de atos contrários ao conteúdo de TACs ou de acordos de leniência por órgãos de fiscalização que não participaram de sua assinatura.[40]

Em tese, é possível que tais ajustes sejam desconsiderados por outras instituições e até por outros membros do próprio órgão que os celebrou. O alto grau de autonomia conferido pela Constituição da República e pela legislação ordinária a grande parte dos principais atores do controle público brasileiro impede que o entendimento de um deles, corporificado no acordo celebrado, tenha o condão de vincular os demais.

No entanto, somente se torna vantajoso ao fiscalizado aderir a um acordo que substitua o processo sancionador ou a aplicação de uma penalidade em troca da concessão de contrapartidas, se houver plena convicção na estabilidade do que foi ajustado. Em outros termos, o funcionamento da consensualidade administrativa em matéria sancionatória depende, essencialmente, da confiança dos potenciais colaboradores no cumprimento do que foi pactuado. A contradição de entendimentos prejudica a efetividade de soluções consensuais, e a perspectiva de que o ajuste poderá ser revisto ou até mesmo anulado pela iniciativa de outras instituições reduz ou mesmo esgota sua atratividade.

Demais disso, a falta de diálogo e de uma articulação sincera entre instituições de controle permite a coexistência de múltiplos canais de negociação com o Estado a respeito de fatos idênticos, sem que, muitas vezes, informações relevantes para a celebração dos acordos sejam compartilhadas. Tal circunstância pode aumentar os custos da persecução punitiva, resultando em desperdício de recursos e de esforços, o que justamente se pretende evitar com o emprego da consensualidade.[41] A descoordenação pode, ainda, tornar os meios consensuais subutilizados ou inúteis.

---

[40] Sobre as consequências da descoordenação entre órgãos de combate à corrupção e de defesa da concorrência, ver FRAZÃO, Ana. Direito antitruste e direito anticorrupção: pontes para um necessário diálogo. *In*: FRAZÃO, Ana (Org.). *Constituição, empresa e mercado*. Brasília: FD/UNB, 2017. p. 26.

[41] Canetti, *Acordo de leniência*, *op. cit.*, p. 221-222.

5. Instrumentos jurídicos de coordenação entre instituições de controle na celebração de acordos substitutivos

A partir da descrição e do diagnóstico realizados nos capítulos anteriores deste trabalho, cumpre apresentar algumas estratégias jurídicas para lidar com os fenômenos jurídicos aqui descritos. Serão brevemente mencionadas propostas que buscam alterar o atual estado de coisas, a partir de mudanças minimalistas e maximalistas do modelo de controle no Brasil.

Em primeira ordem, pensa-se na criação de incentivos não coercitivos à realização de ações coordenadas entre instituições de controle, como é o caso da celebração de acordos de cooperação técnica. Por meio deles, trabalhos de investigação conjuntos em relação a temas de interesse comum podem ser realizados, tais como auditorias e outras espécies de fiscalização. A iniciativa, embora não tenha o condão de unificar as responsabilidades a serem imputadas, aproximará as diferentes organizações competentes, aumentará o grau de confiança recíproca e, por consequência, estimulará o respeito aos acordos substitutivos firmados ou mesmo sua celebração conjunta.

Os acordos de cooperação técnica podem ser incentivados por meio de iniciativas das próprias instituições que pretendam se aproximar ou mediante estímulos externos. A troca de informações de utilidade comum, a promoção de eventos de integração e a edição de atos normativos conjuntos por órgãos que possuam competências sobrepostas são alguns exemplos que podem auxiliar nessa empreitada.[42]

Outro instrumento não coercitivo que, uma vez criado, pode produzir um resultado favorável é o fórum de deliberação coletiva, integrado por representantes de diferentes órgãos, em que são formulados enunciados a respeito de questões jurídicas controvertidas e de interesse comum. Aposta-se que a elaboração de diretrizes uniformes atue como medida persuasiva de coordenação, imprimindo maior confiança à celebração e, ainda, à administração de acordos substitutivos.

Exemplo desse esforço é a proposta legislativa, em trâmite no Congresso Nacional, que cria as Jornadas Nacionais do Controle Externo. O projeto de resolução do Congresso Nacional nº 3/2017 pretende criar um fórum de

[42] A recém-editada Lei nº 13.848/2019, em seus artigos 25 a 35, estimula, por meio de instrumentos não coercitivos, a interação e articulação entre agências reguladoras integrantes das quatro esferas federativas e órgãos de defesa da concorrência, dos direitos do consumidor e do meio ambiente.

discussão e elaboração de enunciados sobre temas de controle externo da administração pública, o que contaria com a participação de membros da cúpula do Poder Legislativo, Ministério Público, dos Tribunais de Contas da União, dos estados e municípios, e de órgãos de controle interno.[43]

Iniciativa semelhante pode ser adotada em relação a instituições autônomas e independentes que exercem o monitoramento e sancionamento de agentes privados, como no caso das agências reguladoras, do Cade e da CVM, além do *parquet* e das Cortes de Contas. Como se viu, a presença de zonas de interseção fiscalizatória entre tais órgãos costuma gerar contradições e instabilidades na administração de ajustes com agentes econômicos.

Estímulos não coercitivos à interação entre instituições de controle — seja por meio da cooperação em ações concretas, seja pela criação de fóruns de deliberação coletiva —, além de promoverem a troca de experiências e a disseminação de informações, podem propiciar uma maior empatia interinstitucional entre os controladores, reduzindo o potencial de desentendimentos, e criar um ambiente de maior segurança jurídica para os acordos sancionatórios.[44]

Ao lado dos instrumentos não coercitivos, também há os que impõem diferentes graus de coercitividade à celebração de acordos. Exemplo disso é o instituto oriundo do direito italiano denominado *conferenza di servizi*.[45] Introduzida no sistema jurídico italiano na década de 1990, a conferência encontra-se atualmente disciplinada no artigo 14 e seguintes da lei de processo administrativo daquele país (Lei nº 241/1990), tendo sofrido recente modificação pelo Decreto Legislativo nº 127/2016.[46]

---

[43] A íntegra do projeto e seu atual estágio de tramitação encontram-se disponíveis em: https://www.congressonacional.leg.br/materias/pesquisa/-/materia/131987. Acesso em: 23 set. 2022.

[44] Sobre a importância da utilização da economia comportamental para a formulação de medidas regulatórias de estímulo à colaboração, ver SUNSTEIN, Cass R. *Nudges.gov*: behavioral economics and regulation, p. 6. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2220022. Acesso em: 20 set. 2022.

[45] Sua utilização no sistema de controle nacional é sugerida em MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Feijoada brasileira e combate à corrupção*. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2018/08/feijoada-a-brasileira-e-combate-a-corrupcao.shtml. Acesso em: 23 set. 2022.

[46] Para uma visão atualizada a respeito do tema e das razões da reforma implementada, conferir SANTINI, Massimo. *La nuova conferenza di servizi dopo la Riforma Madia*. Roma: Dike Giuridica Editrice, 2016; CARBONARA, Lorenzo. La nuova conferenza di servizi: la complessa ricerca della semplificazione, tra composizione degli interessi e celerità decisionale. *Rivista di Diritto Pubblico*, n. 10, 2016. Disponível em https://www.giustamm.it/numero-e-anno-rivista/n-10-2016/. Acesso em: 15 fev. 2024.

Trata-se, em suma, de um procedimento para hipóteses em que a resolução de uma determinada demanda esteja sujeita a atos de consentimento de mais de uma autoridade pública. A instauração do procedimento pela autoridade processante — que, em determinados casos, pode ser solicitada tanto por entidades públicas quanto pelo particular fiscalizado — deve ser comunicada a todas as instituições potencialmente interessadas para que, dentro do prazo estipulado, apresentem suas contribuições a respeito da matéria tratada na conferência.

A decisão da conferência é tomada com base na posição prevalente e substitui o consentimento das instituições públicas envolvidas. Eventual silêncio é interpretado como anuência tácita à proposta de decisão apresentada, ao passo que eventuais divergências devem ser justificadas e, sempre que possível, acompanhadas das modificações que condicionam o consentimento.

O instrumento é reconhecido pela doutrina italiana como essencial para a coordenação da consensualidade em matérias de competência comum de instituições dotadas de independência, sendo especialmente útil devido à excessiva fragmentação de funções administrativas na Itália.[47] Assim como ocorre no Brasil, a ausência de relações de hierarquia entre as organizações impede a fixação de entendimentos estáveis, comprometendo a organização dos pronunciamentos estatais e a segurança dos acordos substitutivos.[48]

Inspirada no referido instituto, uma medida que poderia auxiliar na coordenação de instituições de controle no Brasil é a edição de normas que imponham que a abertura de um processo de negociação para a celebração de acordos substitutivos seja comunicada aos órgãos com competência na matéria. Concede-se, assim, a oportunidade para que, ainda em seu nascedouro, tais instituições tomem conhecimento e participem das negociações, expondo seus diferentes pontos de vista a respeito do assunto.[49] Trata-se do modelo denominado de "balcão único".

---

[47] TORCHIA, Luisa. La conferenza di servizi e l'accordo di programma ovvero della difficile semplificazione. *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 7, p. 675 e ss, 1997.

[48] Nesse sentido, ver SALMERON, Manuel Fernandez. La conferenza di servizi en la reforma Bassanini: un intento de modernización de las administraciones públicas italianas. *In*: WAGNER, Francisco Sosa; MATEO, Ramón Martín (Org.). *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI*: homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo, 2000. v. 2, p. 1.669-1.671; CASSESE, Sabino. La arena pública: nuevos paradigmas para el Estado. *In*: CASSESE, Sabino. *La crisis del Estado*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003. p. 110-114.

[49] Como forma de proteger o proponente e a efetividade das investigações, a negociação dos acordos substitutivos no Brasil costuma ocorrer de maneira sigilosa, tal como prevê, em relação aos acordos de leniência, os artigos 86, § 9º, da Lei nº 12.529/2011, e 16, § 6º, da Lei nº 12.846/2013. Comunicar a sua existência a outras instituições não implica violação do dever de sigilo, desde que se garanta que a negociação do acordo não venha a público.

É possível prever que eventuais divergências ou mesmo a recusa em participar das negociações desobrigue a instituição divergente de cumprir o acordo celebrado. De outro lado, de forma semelhante ao que ocorre no modelo italiano, poder-se-ia determinar que o ajuste seja de observância obrigatória por todos aqueles chamados a negociar, sendo eventuais divergências apreciadas e decididas pela maioria das entidades participantes.

Outra proposta, dotada de maior grau de coercitividade, é a fixação de regras jurídicas que atribuam a um único órgão o poder de celebrar acordos em matérias sujeitas à múltipla fiscalização. Neste modelo, outras instituições não poderiam questionar a decisão tomada, ressalvada a possibilidade de apreciação judicial. A norma poderia definir *ex ante* a entidade exclusivamente responsável por celebrar acordos a respeito de determinado tema, ou, em caso de conflito, atribuir a competência de tal escolha a uma terceira instituição.[50]

Proposta de caráter ainda mais centralizador é a criação de uma instância administrativa de caráter nacional que promoveria a coordenação entre instituições públicas a partir da formulação de entendimentos únicos e vinculantes para toda a administração pública e para os próprios órgãos de controle.[51]-[52] Embora guarde sensíveis diferenças, trata-se de modelo que se assemelha ao da experiência estrangeira de entidades de supervisão regulatória.[53]

Destaque-se, porém, que medidas de natureza impositivas não são unanimidade para solucionar ou mitigar a desarticulação da consensualidade em matéria sancionatória. Um dos argumentos contrários à sua implementação é que a independência dos órgãos de fiscalização é garantida por normas

---

[50] A especificação de competências como medida de combate a contradições na aplicação da Lei Anticorrupção brasileira é sugerida por Winters, Too many cooks in the kitchen, *op. cit.*, p. 698.

[51] A medida é defendida em SUNDFELD, Carlos Ari. *A criação de uma instância administrativa nacional*. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/criacao-de-uma-instancia-administrativa-nacional-09012018. Acesso em: 21 out. 2022.

[52] Valter Shuenquener de Araújo destaca que a ausência de uma lei geral no Brasil sobre direito administrativo sancionador, tal como as que já existem na Inglaterra e na Alemanha, dificulta a racionalidade do sistema punitivo estatal. ARAÚJO, Valter Shuenquener de. Direito administrativo sancionador no Brasil: uma contribuição para a efetividade dos direitos fundamentais. *In*: ARABI, Abhner Youssif Mota; MALUF, Fernando; MACHADO NETO, Marcello Lavenère (Coord.). *Constituição da República 30 anos depois*: uma análise prática da eficiência dos direitos fundamentais. Estudos em homenagem ao ministro Luiz Fux. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 443-444. ISBN: 978-85-450-0598-8.

[53] É o caso, nos Estados Unidos, do Office of Information and Regulatory Affairs (Oira). Seu papel na coordenação de conflitos regulatórios é descrito em SUNSTEIN, Cass R. The Office of Information and Regulatory Affairs: myths and realities. *Harvard Law Review*, v. 126, p. 1.838-1.878, 2013.

constitucionais e pelo princípio da separação de poderes, cuja efetividade seria prejudicada por medidas coercitivas de coordenação. Nesse passo, é preciso investigar se as soluções sugeridas seriam constitucionalmente adequadas,[54] inclusive à luz de visões mais contemporâneas a respeito da separação de poderes e da autonomia dos entes da Federação.

Conclusão

A existência de múltiplas instituições públicas de controle dotadas de autonomia reforçada e de independência tem o potencial de gerar conflitos e contradições no pronunciamento estatal a respeito de uma conduta praticada por particulares ou por agentes públicos. Não por outro motivo, o ordenamento jurídico prevê uma série de mecanismos de coordenação e de solução de controvérsias entre os três tradicionais poderes constituídos. Os chamados freios e contrapesos existem justamente para criar harmonia e incentivos de diálogo entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

No âmbito do direito administrativo sancionador, o surgimento e a disseminação de instrumentos consensuais e o fortalecimento de instituições autônomas e independentes de controle, no entanto, deram origem a zonas de conflito não cobertas por instrumentos de harmonização institucional.

O presente artigo demonstrou que esses dois recentes e relevantes fenômenos do direito administrativo nacional tiveram como consequência a descoordenação entre órgãos de controle na celebração de acordos substitutivos. O trabalho atendeu ao seu objetivo central, além disso, ao propor diversas soluções jurídicas que prometem ao menos atenuar tal importante problema.

Como resultado da pesquisa, foram apresentadas variadas estratégias de atuação que prometem auxiliar na coordenação entre instituições de controle, entre elas algumas minimalistas e outras mais centralizadoras. Primeiramente, propôs-se a utilização de incentivos não coercitivos à coordenação, como a celebração de acordos de colaboração técnica e a criação de fóruns de deliberação coletiva. Apontou-se que tais estímulos não coercitivos podem propiciar uma maior empatia interinstitucional entre os controladores e

[54] Questionamentos a respeito do tema constam, por exemplo, de GARCIA, Emerson. *Ministério Público*: organização, atribuições e regime jurídico. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 47 e ss.

auxiliar na criação de um ambiente de menor desconfiança e maior segurança jurídica para os acordos sancionatórios.

Em segundo lugar, sugeriu-se que sejam também considerados instrumentos que possuem maiores níveis de coercitividade. É o caso da criação de um balcão único de negociação inspirado na conferência de serviço do sistema jurídico italiano, da fixação de regras que atribuam a um único órgão o poder de celebrar acordos e da criação de uma instância administrativa de caráter nacional. Alertou-se, porém, que é preciso investigar se tais medidas de natureza impositiva seriam constitucionalmente adequadas à luz de visões mais contemporâneas a respeito da separação de poderes e da autonomia dos entes da Federação.

Os caminhos jurídicos apresentados atendem ao restrito escopo do trabalho, qual seja o de apresentar potenciais soluções para a descoordenação entre instituições de controle na celebração de acordos substitutivos. No entanto, tais caminhos ainda carecem de maiores detalhamentos e, sobretudo, precisam ter sua conveniência e viabilidade constitucional mais profundamente avaliadas.

Fica, portanto, o desejo de que este texto estimule o debate acadêmico sobre um tema que está gerando sérios problemas teóricos e práticos no direito administrativo brasileiro, notadamente uma profunda insegurança jurídica decorrente da atuação desordenada de uma variedade de órgãos de controle com competência para negociar sanções em razão da prática de uma única conduta.

Referências

AAGAARD, Todd S. Regulatory overlap, overlapping law fields, and statutory discontinuities. *Virginia Environmental Law Journal*, v. 29, n. 3, p. 237-303, 2011.

ACKERMAN, Bruce. Good-bye, Montesquieu. *In*: ROSE-ACKERMAN, Susan *et al.* (Ed.). *Comparative administrative law*. 2. ed. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2017. p. 38-43.

ACKERMAN, John M. Understanding independent accountability agencies. *In*: ROSE-ACKERMAN, Susan; LINDSETH, Peter L. (Ed.). *Comparative administrative law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2010. p. 265-276.

ALSTON, Lee J. *et al*. *Brazil in transition*: beliefs, leadership, and institutional change. Princeton: Princeton University Press, 2016.

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. Direito administrativo sancionador no Brasil: uma contribuição para a efetividade dos direitos fundamentais. *In*: ARABI, Abhner Youssif Mota; MALUF, Fernando; MACHADO NETO, Marcello Lavenère (Coord.). *Constituição da República 30 anos depois*: uma análise prática da eficiência dos direitos fundamentais. Estudos em homenagem ao ministro Luiz Fux. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 435-448. ISBN: 978-85-450-0598-8.

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O Princípio da Proteção da Confiança*: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado. 2. ed. Niterói: Editora Impetus, 2016.

ARAÚJO, Valter Shuenquener de; SIQUEIRA, Ana Letícia da Costa; MELLO, Frederico Silva de. Acordos no processo administrativo sancionador: solução negociada como uma opção eficiente. *Revista Juris Poiesis*, Rio de Janeiro. v. 23, n. 32, p. 295-318, 2020.

BENDOR, Jonathan B. *Parallel systems*: redundancy in government. Berkeley: University of California Press, 1985.

BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação*: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

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

CARBONARA, Lorenzo. La nuova conferenza di servizi: la complessa ricerca della semplificazione, tra composizione degli interessi e celerità decisionale. *Rivista di Diritto Pubblico*, n. 10, 2016. Disponível em https://www.giustamm.it/numero-e-anno-rivista/n-10-2016/. Acesso em: 15 fev. 2024.

CARROLL, John S. Redundancy as a design-principle and an operating principle. *Risk Analysis*, v. 24, n. 4, p. 955-957, 2004.

CARSON, Lindsey D.; PRADO, Mariana Mota. Using institutional multiplicity to address corruption as a collective action problem: lessons from de Brazilian case. *The Quartely Review of Economics and Finance*, n. 62, p. 56-65, 2016.

CASSESE, Sabino. *A crise do Estado*. Campinas: Saberes Editora, 2010.

CASSESE, Sabino. La arena pública: nuevos paradigmas para el Estado. *In*: CASSESE, Sabino. *La crisis del Estado*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003. p. 101-158.

DIONISIO, Pedro de Hollanda. *O direito ao erro do administrador público no Brasil*: contexto, fundamentos e parâmetros. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2019.

EISENMANN, Charles. O Direito administrativo e o princípio da legalidade. *RDA — Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 56, p. 47-70, 1959.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FRAZÃO, Ana. Direito antitruste e direito anticorrupção: pontes para um necessário diálogo. *In*: FRAZÃO, Ana (Org.). *Constituição, empresa e mercado*. Brasília: FD/UNB, 2017. p. 4-29.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público*: organização, atribuições e regime jurídico. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

GERSEN, Jacob. Overlapping and underappling jurisdiction in administrative law. *The Supreme Court Review*, v. 201, p. 1-51, 2006.

JOHNSTON, Michael. A brief history of anticorruption agencies. *In*: SCHELDER, Andreas *et al.* (Ed.). *The Self-restraining State*: power and accountability in new democracies. Londres: Lynne Rienner Publishers, 1999. p. 13-28.

JORDÃO, Eduardo. Por mais realismo no controle da administração pública. *Revista Direito do Estado*, n. 183, 2016. Disponível em http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Eduardo-Jordao/por-mais-realismo-no-controle-da-administracao-publica. Acesso em: 22 set. 2022.

KLINGNER, Donald E.; NALBANDIAN, John; ROMZEK, Barbara S. Politics, administration, and markets: conflicting expectations and accountability. *American Review of Public Administration*, n. 32, p. 1-50, jun. 2002.

KOPPEL, Jonathan J. S. Pathologies of accountability: Icann and the challenge of "multiple accountabilities disorder". *Yale School of Management: Public Administration Review*, v. 65, n. 1, p. 94-108, jan./fev. 2005.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Feijoada brasileira e combate à corrupção*. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2018/08/feijoada-a-brasileira-e-combate-a-corrupcao.shtml. Acesso em: 23 set. 2022.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção. *Revista Eletrônica de Direito do Administrativo Econômico*, Salvador, n. 27, p. 1-17, ago./set./out. 2011.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana. *Juridicidade e controle dos acordos regulatórios*: o caso TAC Anatel. Disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4296871/mod_resource/content/1/Juridicidade%20e%20Controle%20dos%20Acordos%20Regulat%C3%B3rios%20-%20O%20Caso%20TAC%20ANATEL.pdf. Acesso em: 23 out. 2022.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana. Os sete impasses do controle da administração pública no Brasil. *In*: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de (Coord.). *Controle da administração pública*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2017. p. 21-38.

MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito constitucional econômico*: a intervenção do estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública*: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Editora Almedina, 2003.

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

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB. Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. *RDA — Revista de Direito*

Administrativo, Rio de Janeiro, ed. esp: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, p. 135-169, nov. 2018.

ROURA, Juan R. Cuadrado; NEFF, Marta. Agencias de la regulación y la competencia. La independencia y la elección de un modelo multisectorial o integrado. *Revista Española de Control Externo*, v. 17, n. 51, p. 77-108, set. 2015.

SALMERON, Manuel Fernandez. La conferenza di servizi en la reforma Bassanini: un intento de modernización de las administraciones públicas italianas. *In*: WAGNER, Francisco Sosa; MATEO, Ramón Martín (Org.). *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI*: homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo, 2000. v. 2, p. 1.665-1.686.

SANTINI, Massimo. *La nuova conferenza di servizi dopo la Riforma Madia*. Roma: Dike Giuridica Editrice, 2016.

SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados*: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SCHILLEMANS, Thomas; BOVENS, Mark. *The challenge of multiple accountability*: does redundancy lead to overload? Disponível em: <https://dspace.library.uu.nl/bitstream/handle/1874/319030/Challenge_multiple_accountability_Schillemans_Bovens_2011.pdf?sequence=1>. Acesso em: 21 out. 2022.

SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao direito. *Revista Brasileira de Direito Público — RBDP*, Belo Horizonte, ano 7, n. 27, p. 67-93, out./dez. 2009.

SILVA, Almiro do Couto e. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. *RDA — Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 179, p. 51-67, 1990.

SUNDFELD, Carlos Ari. *A criação de uma instância administrativa nacional*. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/criacao-de-uma-instancia-administrativa-nacional-09012018. Acesso em: 21 out. 2022.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

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. 9-24, abr./jun. 2011.

SUNSTEIN, Cass R. *Nudges.gov*: behavioral economics and regulation. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2220022. Acesso em: 20 set. 2022.

SUNSTEIN, Cass R. The Office of Information and Regulatory Affairs: myths and realities. *Harvard Law Review*, v. 126, p. 1.838-1.878, 2013.

TORCHIA, Luisa. La conferenza di servizi e l'accordo di programma ovvero della difficile semplificazione. *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 7, p. 675-679, 1997.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Petróleo e gás natural*. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/tcu/paginas/rio20/fichas/ptb_07_petroleo.pdf. Acesso em: 23 out. 2022.

WINTERS, Michelle A. Too many cooks in the kitchen: battling corporate corruption in Brazil and the problems with a decentralized enforcement model. *Richmond Journal of Global Law & Business*, v. 13, n. 4, p. 681-700, 2015.