

Termo de Ajustamento de Conduta em procedimentos sancionatórios regulatórios

ANDRÉ SADDY
RODRIGO AZEVEDO GRECO

Sumário

Introdução. 1. Administração consensual, de resultado e *soft-regulation*. 2. Espécies de acordos substitutivos/suspensivos em procedimentos sancionatórios regulatórios. 3. Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) e Medida Reparadora de Conduta (MRC) nas agências reguladoras federais. 4. Legalidade das previsões regulamentares instituidoras dos TACs e das MRCs. 5. Natureza jurídica dos TACs. 6. Âmbito de abrangência e limite temporal para a celebração dos TACs. 7. Ônus e vantagens na celebração dos TACs. 8. Descumprimento dos TACs. 9. Valor dos TACs. 10. Prazo máximo para a vigência dos TACs. 11. Confissão das infrações. 12. Alteração das condições pactuadas nos TACs durante a sua vigência. Conclusões.

André Saddy é doutor pela Facultad de Derecho da Universidad Complutense de Madrid. Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Pós-graduado pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Diretor-Presidente do Centro para Estudos Empírico-Jurídicos. Professor da Universidade Federal Fluminense.

Rodrigo Azevedo Greco é graduado e mestre pela Universidade de São Paulo.

Introdução

A grande maioria das legislações setoriais das mais diversas atividades econômicas estabelece, como espécies punitivas, a advertência, a multa, a suspensão temporária, a caducidade e a declaração de inidoneidade. Arelada a tais normas, tem-se a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal e que determina, em seu art. 68, que as sanções a serem aplicadas por autoridade competente terão natureza pecuniária ou consistirão em obrigação de fazer ou de não fazer, assegurando, sempre, o direito de defesa.

Por tal motivo, geralmente, são consagradas, nos regulamentos administrativos de aplicações de sanções administrativas, imposições aos

infratores como a advertência, a multa, a suspensão temporária, a caducidade, a declaração de inidoneidade, obrigação de fazer e obrigação de não fazer, sem prejuízo das medidas previstas na legislação consumerista, nos regulamentos que assinalam os direitos dos usuários e das sanções de natureza civil e penal.

Tais sanções são, portanto, comutáveis. Dessa forma, com base na discricionariedade de escolha, observa-se a possibilidade de as diversas entidades reguladoras optarem por quaisquer dessas sanções previstas. E isso significa que, enquanto o procedimento sancionador não estiver encerrado na esfera administrativa – ou seja, enquanto não for julgado eventual pedido de reconsideração ou recurso hierárquico –, o órgão competente pode, com base exclusivamente no seu poder ordenador/limitador, converter, por exemplo, as multas aplicadas em obrigações de fazer e não fazer, caso, em um juízo de oportunidade e conveniência, as agências reguladoras verifiquem que essa conversão será mais adequada ao atendimento do interesse público.

Logo, se as agências detêm competência para, de forma unilateral e impositiva, converter a multa em obrigação de fazer ou não fazer, enquanto não encerrado o procedimento sancionador na esfera administrativa, parece evidente que ela poderia fazer tal conversão de forma consensual e negociada com o particular.

Infere-se, dessa forma, que disparado o procedimento administrativo sancionador e garantidos o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, há duas possibilidades: caso se verifique que as infrações são verídicas, poder-se-á impor a sanção de polícia, motivada e proporcional à gravidade da falta, compelindo o infrator à prática de atos corretivos ou dissuadindo-o de persistir no cometimento da infração administrativa; ou, então, pode-se deixar de aplicar a sanção, pela celebração de acordos substitutivos/suspensivos, por meio de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), segundo o que melhor atenda ao interesse público.

Ocorre, todavia, que nem todas as leis setoriais no Brasil têm expressa previsão do uso de tais instrumentos pelas agências reguladoras. Dessa forma, com o fito de demonstrar a realidade de tais instrumentos no cenário brasileiro, analisaram-se as dez principais e mais conhecidas agências reguladoras em âmbito federal: Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), Agência Nacional do Cinema (ANCINE), Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e Agência Nacional de Águas (ANA).

Identificaram-se, então, três situações distintas: (I) casos em que a legislação setorial estabelece expressamente a possibilidade de TAC pelas agências reguladoras; (II) casos em que a legislação setorial não estabelece tal possibilidade, mas normas regulamentares autorizam a negociação, caso a caso, para superar as infrações definidas no plano infralegal; e (III) casos em que não existe previsão na legislação, nem resolução normativa a respeito.

Em consonância com esse cenário e com o objetivo de realizar um estudo essencialmente empírico sobre a temática, o estudo inicia-se com a análise das concepções estabelecidas pela doutrina quanto ao conceito de TAC e suas principais características, para, em seguida, tratar dos questionamentos levantados sobre a legalidade de tais previsões regulamentares prescrevendo a possibilidade de celebração de acordos substitutivos/suspensivos na ausência de um comando legal expresso.

Na continuidade, além de individualizar a diferença entre TAC e Medidas Reparadoras de Conduta (MRC), é estabelecida a natureza jurídica desses instrumentos regulatórios evidenciando a problemática em torno da questão substitutiva ou supressiva desses acordos em cada uma das agências reguladoras analisadas.

Na sequência, focalizam-se aspectos mais específicos dos TACs, como o limite temporal para a sua realização, os ônus e vantagens na sua celebração, as consequências do seu descumprimento, as exigências quanto à certeza, liquidez e exigibilidade, sendo uma delas o valor certo e determinado do TAC e as condições de tempo (prazo), modo e lugar de cumprimento, incluindo a vigência. Em cada um desses tópicos, busca-se evidenciar o entendimento atinente ao tema, bem como esclarecer como os diferentes regulamentos das agências reguladoras analisadas estabeleceram suas normativas.

Por fim, são analisados outros pontos considerados importantes, como a existência de previsão quanto à confissão das infrações caso o TAC seja assinado e o posicionamento doutrinal caso essa não exista, além de se verificar a possibilidade de alteração das condições pactuadas no TAC durante a sua vigência.

1. Administração consensual, de resultado e *soft-regulation*

Observa-se, na atualidade, um novo processo de legitimidade, além dos tradicionais processos de representação política. A velha democracia ateniense e, depois, a democracia realizada pelo critério da maioria de representantes escolhidos pelo povo – fundada no sufrágio de nomes, conhecida como democracia formal, na qual o escolhido detinha legitimação, sem se importar com quais decisões viesse a tomar e, por consequência, as decisões tomadas eram igualmente legítimas, não importando se conduziam ou não a resultados socialmente desejados ou indesejados, já não é mais um modelo plausível – foram substituídas por um processo de legitimação do poder político, ou seja, por um recuperado conceito de democracia substantiva ou material, que passou a exigir visibilidade das ações estatais (transparência), participação nas escolhas das políticas – e não mais de nomes – e para a confirmação de que elas estão sendo executadas a contento, sempre que possível, e, sobretudo, a eficiência estatal nas prestações públicas a seu cargo, ou seja, a aferição de resultados¹.

¹ É a conhecida democracia participativa. O que se denomina de democracia material tem, como um de seus suportes fundamentais, a participação política aberta aos cidadãos ou a qualquer pessoa física ou jurídica, em todos os poderes e órgãos constitucionalmente autônomos do Estado, para que tenham acesso à informação, possam manifestar sua opinião, influir na formulação de políticas públicas, dentre outros.

A busca por resultados, portanto, passa a ser uma preocupação constante da Administração. Ela deriva do dever jurídico relativo à efetividade, ou seja, da atenção satisfatória dos interesses públicos. Além de se ocupar do processo de decisão, a Administração passou a preocupar-se com o resultado do decidido e a mensurar se a ordem dos fatos reproduz satisfatoriamente o disposto na ordem jurídica.

Tal ideia diz respeito ao que os administrativistas hoje chamam de Administração de resultado. Trata-se de uma construção desenvolvida na Itália², onde se passou a reconhecer uma relevância jurídica atribuída ao resultado.

Desenvolvida a partir da evolução do conceito de eficácia como critério da atividade administrativa, a Administração de resultado é uma concepção muito similar à ideia de boa administração, desenvolvida também pelos italianos. Apesar de existirem vozes em sentido contrário, a jurisdicionalização do resultado constitui um evento recente, inovador e revolucionário, pois impõe a *“tutti i soggetti che partecipano alla funzione amministrativa (dovere giuridico) di tener conto preventivamente, in ogni decisione e in rapporto ad ogni comportamento, non solo della situazione esistente, ma anche della sua futura modificazione, al fine di realizzare con certezza gli obiettivi programmati, nel perseguimento dell’interesse pubblico e senza arrecare ingiusti pregiudizi ai terzi”* (IANNOTTA, 2005, p. 16).

A verdade é que a concepção apenas econômica da atividade administrativa não é mais válida. Hoje, a concepção de resultado está em todos os âmbitos da vida administrativa, sendo um dos novos elementos caracterizadores do Estado pós-moderno. Por isso, Lucio Iannotta (2005,

Busca-se uma democracia livre, com direta manifestação da vontade do cidadão, e não mais apenas a expressão da vontade popular nas urnas. Quer-se uma participação direta e pessoal do cidadão na formação dos atos de governo (SILVA, 2002, p. 51). A problemática é estudada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto (MOREIRA NETO, 1992, p. 7): “A consciência de que a democracia não pode ser apenas o cumprimento de um ritualismo eleitoral, ou seja, uma receita de legalidade, tornou-se mais difundida à medida que os estudos cratológicos mostraram que a política agonal, isto é, a que trata da disputa pelo poder, não é mais que uma fase de todo o ciclo do poder. Na verdade, este ciclo começa pela destinação do poder, passa por sua atribuição, pelo seu exercício, pela sua distribuição e por sua contenção, até chegar a seu último aspecto, a detenção. Situar a democracia apenas nesse momento do poder – a detenção – tornou-se, no mínimo, uma mutilação de um conceito integral de democracia, e, em muitos casos, sua contrafação”. E continua, em outra obra (MOREIRA NETO, 2000 p. 175): “A participação é manifestada como uma exigência inelutável sempre que são elevados os índices de informação e de educação da sociedade, despertando maior CONSCIÊNCIA SOCIAL. Por isso, as pessoas não se conformam apenas em fazer a tradicional escolha dos cidadãos que serão seus governantes mas, cada vez mais, demandam ser ouvidas nas decisões que envolvam diretamente seus interesses individuais e metaindividuais específicos. [...] Está-se, de certo modo, diante de uma tendência de maior peso que as demais e diretamente influente sobre a LEGITIMIDADE das decisões políticas, representando uma retomada da ação e da responsabilidade da sociedade na condução desses processos, durante tanto tempo sacrificadas sob o influxo avassalador das ditaduras, das ideologias de esquerda e de direita, das burocracias e das tecnocracias que marcaram o século vinte”.

² Irelli (2000); Corso (2002, p. 127); Iannotta (1998, p. 299); Iannotta (2003); Tassone A. (2001, p. 813); Ferrara (2003); Cammelli, (2002, p. 107); Spasiano (2003).

p. 6) afirma que a Administração de resultado está caracterizada pela eficácia econômica, pela tempestividade, pela qualidade e quantidade, pela validade técnica, pela transparência e pela subsidiariedade. Poder-se-ia resumir isso em dois fatores: um trabalho bem feito e o cidadão satisfeito.

Entre os muitos mecanismos hoje utilizados pela Administração para auferir o resultado desejado, tem-se a regulação consensual, denominada por alguns de regulação fraca (*soft-regulation*).

De acordo com Diogo de Figueiredo Moreira Neto, é extremamente benéfica à política e ao Direito a renovada preocupação com o consenso, pois, segundo o autor:

“Contribui para aprimorar a governabilidade (eficiência), propicia mais freios contra os abusos (legalidade), garante a atenção de todos os interesses (justiça), proporciona decisão mais sábia e prudente (legitimidade), evita os desvios morais (licitude), desenvolve a responsabilidade das pessoas (civismo) e torna os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (ordem)” (MOREIRA NETO, 2006, p. 59).

O surgimento dessa Administração consensual fez com que se passasse de uma regulação “hostil” ao mercado para uma regulação “amiga” do mercado. A regulação era, por definição, inimiga do mercado (preços tabelados, contingenciamentos etc.) e passou a ser um sistema amigo e estimulante da constituição e funcionamento perfeito do mercado³. Regulação destinada, inclusive, a criar mercado onde ele não existia (pró-concorrência, pró-mercado). Logo, o que antes era uma regulação unilateral e impositiva, hoje é uma regulação concertada, consensual ou contratual. Deixou de ser autoritária, para ser uma “regulação *soft*”⁴.

Tais concepções só não podem atuar como justificativa legitimadora da inaplicabilidade do princípio da legalidade administrativa. Os critérios fundamentais para aferir o bom funcionamento da máquina administrativa se reconduzem à eficácia e à eficiência, e não já ou não tanto ao cumprimento pontual e estrito das prescrições legislativas. Diz-se que a Administração deve produzir resultados, não se contentando com o mero cumprimento formal da lei; nessa visão, gestonária ou gerencial, a obtenção de resultados – em concreto, a satisfação final da população – constitui o elemento fundante do aparelho administrativo.

³ Sobre o tema da consensualidade, ver: Aragão (2006); Almeida (2008, p. 335-349); Perez (2004), entre outros.

⁴ A regulação pode ser classificada quanto à intensidade. Nesses casos, ela poderá ser tida como uma regulação fraca que envolve o *soft law*, externada por meio de recomendações e incentivos à conduta das pessoas privadas, de modo a atingir consensualmente os objetivos da entidade reguladora (fomento, contratos, convênios etc.) ou poderá ser vista como forte ao implicar a edição autoritária de ordens e injunções aos regulados, disciplinando coativamente o seu comportamento (*hard law*).

Pedro Gonçalves (2006) sustenta que atualmente se procura articular legalidade e eficiência. Refere-se o autor ao que chama de “legalidade do resultado”. Assinala que, conquanto ainda exista certo compromisso com a legalidade, há uma significativa diminuição da intensidade legislativa e, por conseguinte, a passagem para um modelo de “normatividade principialista”, dessa maneira, propendendo à substituição de um “Direito de regras” por um “Direito de princípios”. Para esse autor, no futuro, a lei limitar-se-á a definir os objetivos públicos e os resultados a atingir, confiando à Administração Pública uma ampla liberdade de escolha das medidas que, em concreto, se mostrem adequadas, eficazes e eficientes para a produção dos efeitos desejados.

2. Espécies de acordos substitutivos/suspensivos em procedimentos sancionatórios regulatórios

No caminho para uma Administração mais consensual, observa-se uma mudança no modelo regulatório setorial brasileiro em que as distintas agências reguladoras passaram a regulamentar a possibilidade de acordos substitutivos/suspensivos em procedimentos administrativos sancionatórios como alternativa à tradicional regulação até então existente⁵.

Disparado o procedimento administrativo sancionador e garantidos o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, há duas possibilidades: caso se verifique que as infrações são verdadeiras, poder-se-á impor a sanção de polícia, motivada e proporcional à gravidade da falta, compelindo o infrator à prática de atos corretivos ou dissuadindo-o de persistir no cometimento da infração administrativa⁶; ou, então, pode-se deixar de aplicar a sanção, pela celebração de acordos substitutivos/suspensivos, por meio de Termos de Ajustamento de Conduta (TACs), segundo o que melhor atenda ao interesse público. Afinal, não é objetivo da Administração impossibilitar a produção, circulação e comercialização de riquezas, mas somente condicioná-las ao interesse público⁷.

⁵ Sobre o tema dos acordos substitutivos em procedimentos administrativos sancionatórios, ver: Marques Neto e Cymbalista (2010); Sundfeld (2011).

⁶ As sanções do poder de polícia, como elemento de coação e intimidação, principiam geralmente com a multa e escalonam-se em generalidades mais graves, como a interdição de atividade, o fechamento de estabelecimento, a demolição de construção, o embargo administrativo de obra, a destruição de objetos, a inutilização de gêneros, a proibição de fabricação ou comércio de determinados produtos, a vedação de localização de indústrias ou comércios em certas áreas, entre outros.

⁷ Para Vitor Rhein Schirato e Juliana Bonacorsi de Palma (2009, p. 69), o movimento pró-consenso atualmente verificável é apontado como decorrência da celebração de acordos no âmbito da Administração Pública. Isso se coaduna com as demandas cada vez mais incisivas por celeridade no provimento administrativo, participação do administrado na

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2003, p. 157) conceitua os TACs como ato jurídico complexo, característico da Administração Pública consensual e praticado entre Administração e administrado ou mesmo com outro ente público – neste caso, quando esteja em situação assemelhada à do administrado –, com o objetivo de substituir, em determinada relação administrativa, uma conduta primariamente exigível por outra conduta secundariamente negociável, com a finalidade de possibilitar um melhor atendimento de interesses públicos.

Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara (2011, p. 133), por sua vez entendem que:

“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.”

Depreende-se que os TACs são instrumentos consensuais substitutivos ou suspensivos de composição de conflitos entre a Administração e, nos casos de procedimento administrativo sancionador, os infratores, com o fim de almejar interesses públicos específicos. Três são, portanto, as características desses acordos: (I) a consensualidade, inerente de qualquer acordo; (II) a alternatividade, necessária à substituição ou suspensão; e (III) a finalidade pública, decorrente do interesse público específico.

A consensualidade, reforçada no contexto da Administração consensual, busca de cada parte envolvida a vantagem em firmar tal instrumento. A convergência de interesses, dessa forma, é crucial para o sucesso de qualquer

tentativa de assinatura dos TACs. Consequência prática de tal característica é a forma de instauração do procedimento administrativo, que poderá ocorrer *de ofício* ou por solicitação/requerimento do agente regulado. Como ato administrativo bilateral que é, não existe obrigação de adesão para o infrator nem para a Administração, podendo qualquer um destes, se não existir incentivo para sua celebração, preferir a via litigiosa.

A alternatividade também é outra característica desses acordos substitutivos/suspensivos, pois, como o próprio nome indica, devem existir opções ou alternativas na lei ou no regulamento normativo que possibilitem a substituição da sanção como, por exemplo, a multa, por um acordo em que, de forma consensual, as partes busquem estabelecer um ajuste à suposta infração realizada. Não poderia existir, assim, uma única opção. É imprescindível que, existindo uma pluralidade de meios que satisfaçam os imperativos regulatórios, deva a Administração optar por aquele que seja mais vantajoso para ela diante do caso concreto, que poderá não ser a aplicação da sanção, mas sim a celebração do acordo substitutivo/suspensivo.

Ademais, o interesse público afetado no caso concreto deve ser identificado e, em consenso, devem as partes buscar as formas de correção que beneficiem não só os consumidores/usuários como também o mercado em si, além de adequar a conduta dos agentes econômicos às disposições legais, regulamentares ou contratuais. E isso significa que, conquanto exista uma margem de liberdade da Administração para realizar tais acordos, poderá ela, eventualmente, reduzir-se a uma única opção, por entender que a penalidade deve ser substituída por uma prestação positiva em favor da sociedade, única forma de se respeitar os princípios da Administração Pública, tais como os da eficiência e da economicidade. Desse modo, a margem de liberdade administrativa

tomada de decisões administrativas e eficiência quanto à conformação da atuação administrativa.

para qualquer tomada de decisão concederá à Administração a possibilidade de ponderar em sua plenitude e, assim, eleger consensualmente, com a parte infratora, a via mais consentânea com o interesse público que deve proteger.

Compreendida a ideia relacionada aos acordos substitutivos/suspensivos sinônimos de TAC, não se pode confundir a ideia existente em algumas normatizações de agências reguladoras denominadas Medidas Reparadoras de Conduta (MRC). Esse outro instituto existe apenas para ajustar a conduta do agente econômico ao disposto na legislação aplicável e evitar a aplicação das penalidades previstas. Sua finalidade é corrigir pendências, irregularidades ou infrações, dentro de um prazo preestabelecido, visando a evitar a aplicação de penalidade. O que diferencia a MRC do TAC é que, quando aquela é formada, não há qualquer sanção, nem mesmo imputação de falta, pois tais medidas não necessariamente ocorrem no decorrer do procedimento administrativo sancionatório. Em contrapartida, o TAC existe apenas como substitutivo ou suspensivo de um procedimento sancionatório, razão pela qual em seu bojo é prevista a assunção, pelo administrado, de obrigações de fazer e/ou não-fazer em substituição às demais sanções que poderiam ser aplicadas unilateralmente pela Administração.

Portanto, ao tomar conhecimento de qualquer pendência, irregularidade ou infrações cometidas, a agência reguladora poderá convocar os representantes dos agentes econômicos para prestarem os devidos esclarecimentos e poderá, a seu critério, firmar uma MRC com o objetivo de evitar a instauração de um procedimento sancionatório. Os regulamentos correspondentes estabelecerão suas cláusulas obrigatórias da MRC. Entre as mais comuns, estão: (I) data da assinatura e a qualificação das partes; (II) pendência, irregularidade ou infrações, com a respectiva fundamentação legal, regulamentar

ou contratual; (III) termos ajustados para a correção da conduta; e (IV) prazo para correção.

Decorrido o prazo estipulado na MRC, a agência reguladora verificará a sua execução, atestando o seu cumprimento ou não. Se comprovado o atendimento das medidas assumidas, o procedimento será arquivado, sem a aplicação de qualquer sanção por parte da Administração. Caso haja descumprimento das medidas acordadas na MRC, a agência deverá, se ainda não instaurado, determinar a instauração do processo administrativo sancionatório para a apuração das responsabilidades e a aplicação das penalidades cabíveis, e, se anteriormente instaurado, deverá dar prosseguimento a ele. Sua natureza é, pois, distinta da dos TACs e tal diferença deve ser levada em consideração.

3. Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) e Medida Reparadora de Conduta (MRC) nas agências reguladoras federais

Floriano de Azevedo Marques Neto e Tatiana Matiello Cymbalista⁸, em artigo sobre acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção, evidenciam alguns casos em que agências reguladoras federais possibilitam a celebração de acordos substitutivos/suspensivos. Mesmo não tendo os autores estabelecido uma distinção entre os casos apresentados, pode-se, a partir do exposto por eles, identificar duas hipóteses distintas: (I) casos em que a legislação setorial estabelece expressamente a possibilidade de TAC; (II) casos em que a legislação setorial não prevê tal possibilidade, mas normas regulamentares autorizam a negociação caso a caso para superar as infrações definidas no plano infralegal.

⁸ Sobre tais casos ver: Marques Neto e Cymbalista (2010).

O único caso de TAC autorizado de forma expressa pela lei setorial é a previsão no âmbito da regulamentação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). Os arts. 29 e 29-A da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, tratam do “termo de compromisso de ajuste de conduta”, que pressupõe a existência de alguma irregularidade a ser sanada e do “termo de compromisso”, que pode ser firmado com vistas ao aprimoramento do funcionamento do mercado, sem que se tenha imputado ao signatário alguma falta, *in verbis*:

“Art. 29. As infrações serão apuradas mediante processo administrativo que tenha por base o auto de infração, a representação ou a denúncia positiva dos fatos irregulares, cabendo à ANS dispor sobre normas para instauração, recursos e seus efeitos; instâncias e prazos.

§ 1º O processo administrativo, antes de aplicada a penalidade, poderá, a título excepcional, ser suspenso, pela ANS, se a operadora ou prestadora de serviço assinar termo de compromisso de ajuste de conduta, perante a diretoria colegiada, que terá eficácia de título executivo extrajudicial, obrigando-se a:

I – cessar a prática de atividades ou atos objetos da apuração; e

II – corrigir as irregularidades, inclusive indenizando os prejuízos delas decorrentes.

§ 2º O termo de compromisso de ajuste de conduta conterà, necessariamente, as seguintes cláusulas:

I – obrigações do compromissário de fazer cessar a prática objeto da apuração, no prazo estabelecido;

II – valor da multa a ser imposta no caso de descumprimento, não inferior a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) e não superior a R\$ 1.000.000, 00 (um milhão de reais) de acordo com o porte econômico da operadora ou da prestadora de serviço.

§ 3º A assinatura do termo de compromisso de ajuste de conduta não importa confissão do compromissário quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta em apuração.

§ 4º O descumprimento do termo de compromisso de ajuste de conduta, sem prejuízo da aplicação, da multa a que se refere o inciso II do § 2º, acarreta a revogação da suspensão do processo.

§ 5º Cumpridas as obrigações assumidas no termo de compromisso de ajuste de conduta, será extinto o processo.

§ 6º Suspende-se a prescrição durante a vigência do termo de compromisso de ajuste de conduta.

§ 7º Não poderá ser firmado termo de compromisso de ajuste de conduta quando tiver havido descumprimento de outro termo de compromisso de ajuste de conduta nos termos desta Lei, dentro do prazo de dois anos.

§ 8º O termo de compromisso de ajuste de conduta deverá ser publicado no Diário Oficial da União.

§ 9º A ANS regulamentará aplicação do disposto nos §§ 9º a 7º deste artigo.

Art. 29-A. A ANS poderá celebrar com as operadoras termo de compromisso, quando houver interesse na implementação de práticas que consistam em vantagens para os consumidores, com vistas a assegurar a manutenção da qualidade dos serviços de assistência à saúde.

§ 1º O termo de compromisso referido no *caput* não poderá implicar restrição de direitos do usuário.

§ 2º Na definição do termo de que trata este artigo serão considerados os critérios de aferição e controle da qualidade dos serviços a serem oferecidos pelas operadoras.

§ 3º O descumprimento injustificado do termo de compromisso poderá importar na aplicação da penalidade de multa a que se refere o inciso II, § 2º, do art. 29 desta Lei” (BRASIL, 1998).

Depreende-se da leitura dos artigos, uma diferença entre termo de compromisso de ajuste de conduta, estabelecido no art. 29, e do termo de compromisso, estabelecido no art. 29-A. Entende-se que o primeiro artigo trata do que aqui se denomina de TAC; e o segundo, de MRC.

Paulo César Melo da Cunha (2003, p. 213-215) aborda a possibilidade de celebração de termo de compromisso de ajuste de conduta junto à ANS. E lembra que ele foi introduzido diretamente na lei para possibilitar, excepcionalmente, a suspensão da regular aplicação da penalidade em face de uma infração, caso a operadora ou prestadora de serviço se comprometesse perante a Diretoria Colegiada da agência a assinar o mencionado instrumento com o fito de cessar a prática de atividade ou ato objeto da infração, assim como corrigir as irregularidades apontadas no intuito de garantir a qualidade e o atendimento aos beneficiários de planos de saúde. Para o autor, trata-se de uma harmonização de interesses, suspendendo-se um processo sancionador e adotando-se uma medida alternativa. Porém, deixa claro que se trata de:

“[...] uma exceção à regra de penalização e que só poderá ser utilizado junto àqueles processos administrativos para aplicação de sanções que tenham por base o auto de infração, a representação ou a denúncia positiva dos fatos irregulares, ou seja, somente se admite o uso desse instrumento no processo administrativo sancionador, presumindo-se que sua propositura deva partir da Administração, a quem cabe o juízo de conveniência e oportunidade para sua celebração (não obstante isso, nada impede a estipulação do instrumento pela operadora, cabendo sempre à ANS a valoração quanto à sua celebração)” (ANS, 2001).

Vale ressaltar que tal termo foi regulamentado pela Resolução de Diretoria Colegiada – RDC nº 57, de 19 de fevereiro de 2001. Nessa resolução, fica clara a finalidade do mesmo, qual seja, “adequar sua conduta à legislação pertinente e às diretrizes gerais estabelecidas para

o setor de saúde suplementar” (art. 1º). Além disso, o art. 2º dessa resolução evidencia a diferença entre TAC e MRC. Esse artigo coloca de forma clara que “o termo de compromisso de ajuste de conduta será celebrado em decorrência de ações da ANS em processo administrativo que tenha por base o auto de infração, a representação ou a denúncia positiva dos fatos irregulares”. Atualmente, existe no âmbito da ANS a Instrução Normativa da Diretoria de Fiscalização nº 10, de 10 de agosto de 2010, que dispõe sobre o processamento da negociação do termo de compromisso de ajuste de conduta das operadoras de planos privados de assistência à Saúde no âmbito da Diretoria de Fiscalização, versando sobre os expedientes relativos ao exame de conveniência e oportunidade da negociação e celebração destes.

No entanto, a maioria das hipóteses mencionadas por Floriano de Azevedo Marques Neto e Tatiana Matiello Cymbalista (2010) diz respeito a casos em que a legislação setorial não estabelece a possibilidade do uso dos TACs, mas resoluções normativas das próprias agências que autorizam seu uso.

A Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) foi, provavelmente, a primeira destas autarquias a aprovar, pela Resolução nº 152, de 16 de janeiro de 2003, “a instituição do Termo de Ajuste de Conduta – TAC para correção de irregularidades ou pendências, visando a assegurar a normalidade dos serviços prestados e resguardar o interesse público, nos termos do Regulamento de Termo de Ajuste de Conduta – RTAC [...]” (ANTT, 2003).

Distintamente da ANS, a ANTT instituiu um TAC com natureza e características diversas das mencionadas neste estudo. Não se trata de um acordo substitutivo ou suspensivo de um procedimento administrativo sancionador. Segundo tal normativa, os chamados TACs dessas agências são de sua prerrogativa e “constitui instrumento hábil para o propósito de correção de pendências ou irregularidades cometidas por concessionárias e permissionárias de serviços públicos de transportes terrestres” (art. 1º) (ANTT, 2003).

Tomando conhecimento de qualquer pendência ou irregularidade cometida por concessionárias ou permissionárias, a Superintendência da ANTT, cujas atribuições regimentais digam respeito à matéria, deverá convocar os representantes das empresas para prestar os devidos esclarecimentos. Diante de tais esclarecimentos, poderá ela, a seu critério, firmar o respectivo TAC.

Acredita-se que a agência errou ao chamar tal instrumento de TAC. Deveria ter estabelecido outro *nomen juris*, como já mencionado e como o fez a ANP ao criar as MRCs. Além disso, o fato de o art. 5º desta resolução estabelecer que a celebração desses chamados TACs não impedirá que

a ANTT (2003) possa, se assim entender, deflagrar o processo administrativo para apurar as mesmas irregularidades, inviabiliza a assinatura de tais medidas pelos agentes econômicos por total falta de vantagens, caso o precedente administrativo demonstre tal ocorrência. Isso porque, a ideia dessas MRCs é exatamente evitar a aplicação de qualquer penalidade.

Outra agência que também tem a previsão dos acordos substitutivos/suspensivos apenas em âmbito regulamentar e não legal é a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), que, ao regular o procedimento de imposição de penalidades aos agentes do setor (Resolução Normativa nº 63, de 12 de maio de 2004), autorizou, em seu art. 21, a possibilidade de celebração de Termo de Ajuste de Conduta no lugar da aplicação de sanções, *in verbis*:

“Art. 21. Poderá a ANEEL, alternativamente à imposição de penalidade, firmar com a concessionária, permissionária ou autorizada termo de compromisso de ajuste de conduta, visando à adequação da conduta irregular às disposições regulamentares e/ou contratuais aplicáveis.

§ 1º O termo de compromisso de ajuste de conduta será submetido à aprovação da Diretoria da ANEEL pela Superintendência onde o processo se originar.

§ 2º As metas e compromissos objeto do termo referido neste artigo deverão, no seu conjunto, ser compatíveis com as obrigações previstas nos regulamentos e contratos regedores da prestação de serviços de energia elétrica descumpridas pela concessionária, permissionária ou autorizada.

§ 3º Do termo de compromisso de ajuste de conduta constará, necessariamente, o estabelecimento de multa pelo seu descumprimento, cujo valor será correspondente ao montante da penalidade que seria aplicada, acrescido de 20% (vinte por cento)” (ANEEL, 2004).

Posteriormente, a ANEEL editou a Resolução Normativa nº 333, de 7 de outubro de 2008, que dispôs especificamente sobre os critérios e procedimentos para celebração de Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta. Esta norma deixa claro o caráter consensual, alternativo e finalístico ao indicar, por exemplo, a possibilidade de o TAC ser solicitado pelo agente econômico, em petição específica, no curso do processo de fiscalização instaurado, a partir do recebimento do Termo de Notificação (TN), até o prazo para interposição do recurso hierárquico à Diretoria da ANEEL (art. 2º), bem como que cabe à Diretoria da Agência decidir, de forma fundamentada, pela celebração ou não do ajuste, devendo, inclusive, considerar em sua decisão a conveniência e oportunidade do acordo e o interesse público envolvidos no caso específico (art. 4º).

A Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), assim como a ANS, instituiu duas formas de TAC. Uma delas é a que se prefere denominar MRC, criada por meio da Resolução nº 987 – ANTAQ, de 14 de fevereiro de 2008, nos seguintes termos:

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

§ 1º O interessado terá o prazo de 5 (cinco) dias para manifestar o interesse em celebrar o TAC.

§ 2º A celebração de TAC pelas Gerências de Fiscalização e UAR será precedida de autorização da Superintendência competente.

Art. 23 O TAC conterá:

I – a data, assinatura e identificação completa das partes;

II – a especificação da pendência, irregularidade ou infração e a fundamentação legal, regulamentar ou contratual pertinente;

III – o prazo e os termos ajustados para a correção da pendência, irregularidade ou infração.

§ 1º O prazo a que se refere o inciso III deste artigo será estabelecido e poderá ser prorrogado pelas Superintendências, Gerências de Fiscalização e UAR, considerando as particularidades do caso.

§ 2º No transcurso do prazo fixado, o Processo Administrativo Contencioso, se instaurado, ficará suspenso.

Art. 24 Decorrido o prazo estipulado no TAC, a autoridade competente determinará a verificação do compromisso assumido, atestando o seu cumprimento, ou não.

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

§ 2º Não sendo atendido o compromisso, serão adotadas as providências necessárias à instauração do processo administrativo contencioso para apuração das responsabilidades e aplicação das penalidades cabíveis ou ao seu prosseguimento, se anteriormente instaurado” (ANTAQ, 2008).

A outra forma, aqui estudada, como acordo substitutivo/suspensivo de procedimentos sancionatórios, foi instituída pela Resolução nº 3259 – ANTAQ, de 30 de janeiro de 2014, que em seu capítulo V dispõe:

“Art. 83. Até o momento da emissão do Parecer Técnico Instrutório, o Agente ou equipe de Fiscalização poderá consultar o infrator acerca do interesse de celebração de Termo de Ajuste de Conduta – TAC com a finalidade de regularizar as infrações verificadas, ou o autuado poderá se manifestar espontaneamente nos autos.

Art. 84. A Autoridade Julgadora competente para apreciar o Auto de Infração decidirá sobre a celebração de TAC, de forma excepcional e devidamente justificada, desde que este se configure medida alternativa eficaz para preservar o interesse público, alternativamente à decisão administrativa sancionadora.

§1º O TAC poderá ser firmado para a correção de uma ou mais infrações cometidas, a critério da autoridade competente.

§2º Caso concorde pela celebração do TAC, o infrator deverá manifestar o seu interesse no prazo de cinco dias, a contar da data de ciência do oferecimento pela ANTAQ.

§3º A multa prevista pelo inadimplemento do TAC deverá ser de, no mínimo, o teto da sanção pecuniária prevista em norma específica.

Art. 85. No caso de Ação Fiscalizadora realizada durante a vigência do TAC, não será lavrado Auto de Infração para as infrações que estejam sendo corrigidas, conforme objeto do TAC.

Art. 86. O TAC conterá:

I – a data, assinatura e identificação completa dos signatários;

II – considerações justificando a celebração do TAC;

III – a especificação da infração e a fundamentação legal, regulamentar ou contratual pertinente;

IV – o prazo, os termos ajustados e compromissos firmados para a correção da infração;

V – as cominações pelo seu descumprimento; e

VI – a responsabilidade das partes, identificando-se o responsável pelo acompanhamento do TAC.

Parágrafo único. Qualquer alteração no TAC deverá ser aprovada pela Autoridade Competente conforme o art. 84.

Art. 87. Decorrido o prazo estipulado no TAC, os autos serão encaminhados para avaliação da Autoridade Julgadora competente conforme o art. 84, a qual deverá atestar o seu cumprimento no processo administrativo ou, quando não atendido o compromisso, executar as cominações estabelecidas no TAC.

§1º Atestado o cumprimento integral do TAC, o processo administrativo sancionador será arquivado definitivamente, salvo na hipótese do § 2º.

§2º Quando subsistirem infrações administrativas a serem julgadas ou executadas após o cumprimento integral do TAC, o processo administrativo sancionador seguirá seu trâmite regular” (ANTAQ, 2014).

Entende-se, assim, como um erro a denominação da primeira forma mencionada de TAC; deveria a ANTAQ chamá-la de MRC.

Mais recentemente, outras agências passaram a regular o TAC; entre elas, a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) que, em sua Resolução nº 199, de 13 de setembro de 2011, estabeleceu os procedimentos para a celebração de TAC e MRC como instrumento de fiscalização da aviação civil. O art. 2º, de dita resolução, assentou que o TAC visa a adequar a conduta do agente econômico por ela regulado “às exigências previstas nas normas aplicáveis; ou às melhores práticas para garantir a segurança operacional ou manter a adequação do serviço público prestado ao usuário de transporte aéreo”.

Na primeira hipótese, o TAC poderá ser proposto a partir da lavratura do auto de infração e não afasta o cumprimento das penalidades já aplicadas. Na segunda hipótese, estar-se-ia diante de uma MRC, pois poderá esse instrumento ser celebrado ainda que as condutas nele especificadas não configurem infração administrativa.

A Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) não prevê o TAC como um acordo substitutivo/suspensivo do procedimento administrativo, mas a Resolução nº 32, de 15 de outubro de 2012, determina os casos em que os agentes econômicos poderão adotar medidas reparadoras de forma a ajustar sua conduta ao disposto na legislação aplicável e evitar a aplicação das penalidades previstas na Lei nº 9.847, de 26 de outubro de 1999, e no Decreto nº 2.953, de 28 de janeiro de 1999 (art. 1º). Essa resolução define tais medidas como a “ação em que o agente econômico repara o não atendimento a dispositivo da legislação aplicável, em prazo pré-estabelecido, e passa a cumpri-lo em sua integralidade, evitando a aplicação de penalidades”. A agência acertou ao atribuir um *nomen juris* distinto a esse instituto, que, como visto, é seguido neste estudo como sugestão para as demais agências.

Ainda, deve-se citar a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), que regulamentou a celebração e o acompanhamento de TAC, autorizado no art. 5º da Resolução nº 589, de 7 de maio de 2012, que aprova o Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas, por meio da Resolução nº 629, de 16 de dezembro de 2013. Nessa resolução, a ANATEL, distintamente das outras agências, dispôs, no art. 1º, §1º, que os TACs contemplarão processos nos quais não tenha sido proferida decisão transitada em julgado na esfera administrativa. Segundo essa resolução, a celebração de acordos relativos a processos com decisão administrativa transitada em julgado rege-se pelas disposições da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e pelas demais diretrizes normativas da Advocacia Geral da União sobre o tema.

Quanto às demais agências reguladoras federais – a Agência Nacional do Cinema (ANCINE), a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e a Agência Nacional de Águas (ANA) –, não se localizaram resoluções normativas sobre o tema.

4. Legalidade das previsões regulamentares instituidoras dos TACs e das MRCs

É certo que existe um forte questionamento sobre a legalidade das previsões regulamentares prescrevendo, na ausência de um comando legal expresso, a possibilidade de celebração de acordos substitutivos/

suspensivos, sejam eles TAC ou MRC. A resposta já foi estudada por Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara (2011, p. 135-136), ao analisarem o caso da ANATEL, *in verbis*:

“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 a regulamentação da Anatel que cabe definir como fechado ou aberto o sistema normativo sancionatório das telecomunicações.”

Percebe-se, assim, que o estabelecimento do que seja infração é matéria regulamentar e não legal e, por conseguinte, a procedimentalização do seu sancionamento também o é. Logo, pode-se afirmar que a maioria das leis setoriais exige das agências que, ao aplicarem alguma sanção, sejam considerados a natureza e a gravidade da infração, os danos dela resultantes para o serviço e para os usuários/consumidores, a vantagem auferida pelo infrator, as circuns-

tâncias agravantes, os antecedentes do infrator e a reincidência específica. Todavia, como isso será feito é função da normatização criada pela própria agência.

É natural, como bem ressaltam os doutrinadores mencionados, que a normatização 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. Infere-se, dessa forma, que cabe às agências reguladoras, no uso de sua competência normativa, disporem sobre as causas determinantes e excludentes da aplicação ou execução das sanções. Para tanto, poderão utilizar-se do seu poder normativo para regulamentar os acordos substitutivos/suspensivos em procedimentos sancionatórios regulatórios.

Além disso, argumenta-se que a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, conhecida como Lei de Ação Civil Pública, também serve de base legal para a criação de tais regulamentos, *in verbis*:

“Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

[...]

IV – a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

[...]

§ 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. (Incluído pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990)” (BRASIL, 1997).

Ressalte-se que o art. 4º-A da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, também prevê a possibilidade de as autarquias federais celebrarem TAC com o objetivo de prevenir ou terminar litígios:

“Art. 4º-A. O termo de ajustamento de conduta, para prevenir ou terminar litígios, nas hipóteses que envolvam interesse público da União, suas autarquias e fundações, firmado pela Advocacia-Geral da União, deverá conter:

I – a descrição das obrigações assumidas;

II – o prazo e o modo para o cumprimento das obrigações;

III – a forma de fiscalização da sua observância;

IV – os fundamentos de fato e de direito; e

V – a previsão de multa ou de sanção administrativa, no caso de seu descumprimento.

Parágrafo único. A Advocacia-Geral da União poderá solicitar aos órgãos e entidades públicas federais manifestação sobre a viabilidade técnica, operacional e financeira das obrigações a serem assumidas em termo de ajustamento de conduta, cabendo ao Advogado-Geral da União a decisão final quanto à sua celebração” (BRASIL, 1997).

Para Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara (2011, p. 138):

“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. 10, II e V, da Lei nº 7.347, de 1985). Deveras, a LGT conferiu à agência a atribuição de ‘disciplina das relações econômicas no setor de Telecom’ (art. 5) 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.”

Percebe-se, assim, que os TACs e suas normatizações pelas agências reguladoras, mesmo sem previsão nas leis setoriais, são legais e estão, ao que tudo indica, tornando-se uma prática cada vez mais utilizável no exercício das funções regulatórias pelas agências reguladoras federais.

5. Natureza jurídica dos TACs

Muito se debate sobre a natureza jurídica dos TACs. São diversos os posicionamentos sobre o tema quando analisado o § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei de Ação Civil Pública)⁹.

Alguns entendem que se trata do instituto da transação previsto nos arts. 840 a 850 do Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002),

⁹Sobre o tema ver: Onofre (2011).

com a finalidade de prevenir ou pôr fim ao litígio mediante concessões mútuas, extinguindo o processo com julgamento do mérito, nos termos do art. 269, inc. III do Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973) – cabível exclusivamente quanto aos direitos patrimoniais de caráter privado. Para que esse ato bilateral ocorra, deve existir reciprocidade do ônus e vantagens, além de existir litígio, dúvida ou controvérsia entre as partes.

Outros preferem afirmar que os TACs seriam uma transação, mas com características próprias, pois seu objeto é a de defesa de direitos indisponíveis; portanto, indispensável é a aplicação dos princípios de ordem pública inerentes a tal condição¹⁰.

Há, também, quem entenda que os TACs sejam uma figura jurídica própria e autônoma, não se confundindo com o instituto da transação. Afirma-se que a aplicação de tal instituto aos direitos coletivos afronta não só o texto do Código Civil, como também atribui, equivocadamente, faculdades ao legitimado autônomo para dispor sobre o direito de titulares coletivamente considerados (FIORILLO; RODRIGUES; NERY apud PROENÇA, 2001, p. 124-125).

Por fim, tem-se o entendimento de que os TACs são compromissos de adequação de determinada conduta ao ordenamento jurídico. Essa, que parece ser a corrente majoritária, entende que os TACs nada mais são que promessas do suposto infrator de, sob pena de sofrer cominações, adequar seu comportamento à lei, tal como ocorreria se esta jamais tivesse sido violada.

Paralelamente a esses entendimentos e apesar de a Lei de Ação Civil Pública servir de base legal para a criação de regulamentos sobre TAC, no âmbito das agências reguladoras, parece mais correto o entendimen-

¹⁰ “Nesse sentido, a maioria da doutrina que se ocupa dos estudos em direito ambiental tem afirmado que o compromisso de ajustamento de conduta configura transação conforme os moldes tradicionais do direito civil, importando, entretanto, em peculiaridades próprias. Em sendo transação, apesar de sua natureza peculiar por envolver interesses não patrimoniais e não privados, o regime jurídico do ajustamento de conduta deve obedecer, no que couber, o regime da transação tal como previsto pelo direito civil. Assim, o sistema de nulidade parcial e total (art. 1.026); sua interpretação restritiva (art. 1.027); o efeito da coisa julgada entre as partes (art. 1.030) e sua rescindibilidade, entre outros, são princípios plenamente aplicáveis ao compromisso de ajustamento de conduta, uma vez que se admite sua natureza de transação. Por outro lado, a transação, ainda que seja a rigor forma de extinção de obrigações litigiosas, quando analisada sob o prisma do direito ambiental, impõe em geral um conjunto de obrigações negativas ou positivas, do qual se perfaz um verdadeiro contrato, implicando a obediência de todos os princípios e regras também aplicáveis a esse. Capacidade das partes, objeto lícito e solenidade, como condições gerais de validade dos contratos, e bilateralidade, cláusulas penais, vícios na declaração de vontade são princípios e regras plenamente aplicáveis. Apenas é preciso lembrar que o objeto contratual é o estabelecimento de obrigações com vistas à plena recuperação do meio ambiente, que, por sua vez, se constitui em interesse público indisponível. Essa lembrança serve de advertência, pois um instituto trazido do direito privado, como é a transação, deve amoldar-se aos princípios que norteiam a tutela do interesse público” (FINK, 2002, p. 113-139).

to de que os TACs sejam atos administrativos negociais, assim como entende Hugo Nigro Mazzilli (2008, p. 310).

Como já exposto, os TACs têm natureza consensual; logo, são atos administrativos negociais, porque, de um lado, o causador do dano se obriga no campo do direito material e, de outro, o administrador aceita a solução.

Também é uma atuação discricional. Afinal, caracterizam-se pela alternatividade, ou seja, tal decisão decorre da existência de uma pluralidade de opções ou alternativas em que a Administração detém a liberdade de escolha e fará, como se costuma mencionar, um juízo de conveniência e oportunidade para decidir pela sua celebração ou não.

Acrescentar-se-ia a tal natureza negocial e discricional o fato de serem constitutivos, pois sempre criam, modificam e extinguem direitos e obrigações. Sendo assim, pode-se inferir que a natureza jurídica dos TACs em procedimentos sancionatórios regulatórios seria de um ato administrativo negocial, constitutivo e emanado com discricionariedade.

O caráter substitutivo ou suspensivo dos TACs em relação às penalidades aplicadas, no âmbito dos procedimentos sancionadores, dependerá de como a norma criadora os configure. Logo, é o conselho diretor ou o órgão equivalente da agência que indicará se o TAC será substitutivo ou suspensivo; afinal, tal matéria é regulamentar. Dessa forma, as agências, quando da regulamentação dos TACs, contam com uma margem de valoração subjetiva para a definição e o estabelecimento de opções sobre o tema. Isso se chama liberdade conformadora ou configuradora.

É muito comum a utilização da terminologia “discricionariedade normativa”; porém, melhor seria afirmar que o conselho diretor ou o órgão equivalente dispõe de uma ampla margem de conformação ou configuração, ou seja, liberda-

de de estabelecer os enunciados normativos e definir as normas neles existentes, que consiste em definir a(s) sua(s) hipótese(s), seu operador deôntico e sua(s) consequência(s) jurídica(s). É, portanto, por meio dessa liberdade, que se configurará o efeito do TAC, ou seja, se ele será substitutivo em relação ao procedimento que poderá culminar nas penalidades vigentes, ou meramente suspensivo.

Será substitutivo quando o TAC substituir o procedimento sancionador como novo instrumento de direitos e obrigações independente de ele vir a ser respeitado ou não. Lembre-se, aqui, que a sanção pode vir a ser questionada em sede administrativa e até judicial, o que poderia, por exemplo, levar à redução do valor da multa e, até mesmo, à sua extinção. Assim, o TAC substituiria o incerto e duvidoso pelo certo e inequívoco. Com efeito, o TAC apenas retira a incerteza da sanção decorrente da suposta prática ilegal para conferir certeza na criação de determinadas obrigações certas e exigíveis.

O efeito suspensivo, por sua vez, consubstancia-se na suspensão do procedimento sancionador quando da celebração ou da vigência do TAC. Logo, em caso de descumprimento do TAC, o procedimento sancionatório, que poderá culminar em penalidades, voltará a tramitar.

Parece que o interesse público será alcançado de forma mais eficiente e efetiva com a substituição da incerteza da multa pela certeza da obrigação de fazer, não fazer ou de dar. Como este cria, modifica e extingue novos direitos e obrigações, não tem por que apenas suspender os efeitos do procedimento sancionatório, pois o TAC institui consequências para seu descumprimento.

Deve ser visto como uma harmonização de interesses por meio da qual se substitui o incerto pelo certo. Inclusive, a bilateralidade nessa harmonização confere ao TAC a natureza de título executivo extrajudicial, devendo-se

privilegiar o título executivo (certeza e liquidez, inclusive com nova multa por descumprimento) ao direito potencialmente exigível representado pela sanção. Deve-se evitar, portanto, o efeito suspensivo do procedimento sancionador para adoção de uma medida alternativa.

Além disso, se o TAC é um instrumento para prevenir ou terminar litígios, como dispõe o art. 4º-A da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, não teria por que ser ele apenas suspensivo; do contrário, não se estaria prevenindo ou extinguindo litígios.

Assevera-se, assim, que a natureza jurídica do TAC em procedimentos sancionatórios seria de um ato administrativo negocial, constitutivo, emanado com discricionariedade e, preferencialmente, substitutivo.

Tendo em vista as agências reguladoras que efetivamente instituíram os TACs, e não as MRCs, em seu regime jurídico sancionador, cabe neste tópico verificar que natureza jurídica cada uma dessas entidades concedeu aos seus TACs.

Seguindo a ordem cronológica previamente estabelecida, é pertinente iniciar a análise pela ANS. Segundo a Resolução de Diretoria Colegiada – RDC nº 57, de 19 de fevereiro de 2001, em seu art. 4º, § 1º, a “celebração do termo de compromisso de ajuste de conduta implica a suspensão do respectivo processo administrativo”, além de estabelecer, em seu art. 5º, inc. II, que o termo de compromisso de ajuste de conduta conterà, necessariamente, a cláusula da suspensão do processo administrativo. Depois, em seu art. 6º, impõe a condicionante para a suspensão, no caso o descumprimento do termo que acarretará a revogação da suspensão do processo administrativo. Por fim, determina o art. 8º que, cumpridas as obrigações assumidas no TAC, será extinto o processo administrativo. Fica clara, portanto, a natureza suspensiva e não substitutiva nos TACs realizados no âmbito da ANS.

A ANEEL, que também instituiu o TAC por meio da Resolução Normativa nº 63, de 12 de maio de 2004, não fixou de forma tão clara a natureza substitutiva ou suspensiva deste acordo, mas, em seu art. 5º, dispõe que “a assinatura do TAC acarreta o arquivamento do processo fiscalizatório correspondente, quanto ao seu objeto”. Significa dizer que a natureza desse acordo, no âmbito desta agência, seria substitutiva. O art. 10 corrobora tal entendimento ao indicar que é cláusula obrigatória do TAC a disposição de multa pelo descumprimento.

Outra agência que também possui TAC com natureza substitutiva é a ANTAQ. A Resolução nº 3259 – ANTAQ, de 30 de janeiro de 2014, estabelece, em seu art. 84, § 3º, que “a multa prevista pelo inadimplemento do TAC deverá ser de, no mínimo, o teto da sanção pecuniária prevista em norma específica”. Aqui, a natureza substitutiva não é tão clara, mas se existe multa para o descumprimento do TAC é porque a natureza tende a ser substitutiva e não suspensiva. O problema é que o art. 87, § 2º, assinala que “quando subsistirem infrações administrativas a serem julgadas ou executadas após o cumprimento integral do TAC, o processo administrativo sancionador seguirá seu trâmite regular”. O que significa que ele também teria natureza suspensiva. Nesse caso, o conselho diretor ou o órgão correspondente conferiu ao TAC uma natureza híbrida.

Ressalte-se que a previsão quanto à MRC, no âmbito da ANTAQ, determina que, enquanto o prazo que estabelece sua vigência estiver em curso, o procedimento administrativo, se instaurado, ficará suspenso (art. 23, § 2º da Resolução nº 987 – ANTAQ, 2008).

Seguindo a análise das agências reguladoras que instituíram um TAC, tem-se a Resolução nº 199, de 13 de setembro de 2011, da ANAC, que, em seu art. 2º, estabeleceu que o TAC visa a adequar a conduta do agente econômico

por ela regulado “às exigências previstas nas normas aplicáveis; ou às melhores práticas para garantir a segurança operacional ou manter a adequação do serviço público prestado ao usuário de transporte aéreo” (ANAC, 2011).

Na primeira hipótese, o TAC poderá ser proposto a partir da lavratura do auto de infração e não afasta o cumprimento das penalidades já aplicadas. Logo, por não afastar as penalidades já aplicadas, tal TAC não parece ter natureza substitutiva, nem suspensiva. No entanto não é bem assim. Como a celebração do TAC será necessariamente realizada no curso de processo administrativo para a apuração de infrações e penalidades (art. 7º) e uma vez que as penalidades decorrentes do descumprimento do TAC (art. 9º) devem estar neles previstas, poder-se-ia entender que a natureza seria substitutiva. No entanto, o § 5º do art. 6º dispõe que “excepcionalmente e de forma fundamentada, desde que haja medida alternativa eficaz para preservar o interesse público, o TAC poderá prever a suspensão de processos administrativos com Auto de Infração lavrado”. Logo, deve-se concluir pela natureza suspensiva.

Por fim, entre as entidades que criaram os TACs, tem-se, ainda, a ANATEL que, por meio da Resolução nº 589, de 7 de maio de 2012, a qual aprova o Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas, dispôs a possibilidade, “a seu critério e na órbita de suas competências legais, com vistas ao melhor atendimento do interesse público, celebrar, com os infratores, compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais” (art. 5º) (ANATEL, 2012). A Resolução nº 629, de 16 de dezembro de 2013, regulamentou tal artigo estabelecendo as regras para a celebração e acompanhamento de Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC).

De acordo com o disposto no art. 11, § 3º desta Resolução, “a celebração de TAC acarretará o arquivamento dos processos administrativos a que ele se refere, ressalvadas as condutas infrativas não contempladas na negociação, cuja apuração e sancionamento devem seguir seu curso, em autos próprios” (ANATEL, 2013), evidenciando, assim, que os TACs celebrados pela ANATEL são substitutivos.

6. Âmbito de abrangência e limite temporal para a celebração dos TACs

Conforme já apontado, a Lei nº 9.469/1997, em seu art. 4º-A, admite a celebração de TACs não apenas para prevenir, mas também para terminar litígios. Logo, por existir a possibilidade de o TAC abranger ações judiciais nas quais se discuta a legalidade de uma multa aplicada, por exemplo, entende-se que não há limite temporal à celebração dos TACs.

A preocupação que se deve ter em mente quando o litígio versa sobre débitos inscritos em Dívida Ativa é a eventual renúncia de receita, que só pode ser feita nos estritos limites previstos no art. 14 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF).

Além disso, é sabido que as multas aplicadas pelas agências reguladoras, uma vez inscritas em Dívida Ativa, estão sujeitas à execução na via judicial, segundo o rito previsto no art. 2º, da Lei nº 6.830/1980. Contudo, o Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2009) tem entendimento pacificado sustentando que:

“[...] o fato de a Lei de Execuções Fiscais (Lei 6.830/91) afirmar que os débitos de natureza não tributária compõem a dívida ativa da Fazenda Pública não faz com que tais débitos passem, apenas em razão de sua inscrição na dívida ativa, a ter natureza tributária. Isso, simplesmente, porque são oriundos de relações outras, diversas daquelas travadas entre o estado, na condição de arrecadador, e o contribuinte, na qualidade de sujeito passivo da obrigação tributária.”

Logo,

“[...] os débitos que não advêm do inadimplemento de tributos, como é o caso dos autos, não se submetem ao regime tributário previsto nas disposições do CTN, porquanto estas apenas se aplicam a dívidas tributárias, ou seja, que se enquadrem na definição de tributo constante no artigo 3º do CTN” (BRASIL, 2009).

Nesse sentido, é importante notar que as disposições contidas na LRF relativas à renúncia fiscal não deixam dúvidas de que se trata de renúncia de receita tributária. Por essa razão, entende-se que a celebração de um TAC por qualquer agência reguladora envolvendo multas já inscritas em Dívida Ativa não encontra óbice na LRF.

Apesar disso, cabe atentar ao fato de que as multas aplicadas pelas agências reguladoras, mesmo depois de inscritas em Dívida Ativa, continuam sendo suas receitas. Assim, não se vê óbice para que elas, mesmo na fase judicial, façam um juízo de oportunidade e conveniência sobre a continuidade da execução do valor da multa e cheguem à conclusão de que o interesse público será melhor atingido mediante a prestação pelo agente econômico de uma obrigação de fazer ou não fazer do que com o recebimento de um valor pecuniário.

De mais a mais, as receitas provenientes de multas não são receitas ordinárias das agências reguladoras, mas sim receitas extraordinárias, razão pela qual não dependem de sua arrecadação para fazer frente às suas despesas correntes, que são cobertas com as receitas provenientes

do pagamento das taxas de fiscalização/regulação. Assim, o não recebimento, pelas agências reguladoras, do valor das multas aplicadas não causa qualquer prejuízo ao seu funcionamento.

Cumpra-se destacar que o Tribunal Regional Federal da 1ª Região tem admitido o encerramento de Ações Cíveis Públicas ajuizadas pelo Ministério Público em matéria ambiental, quando celebrados TACs durante o curso da ação judicial, sendo, nestes casos, a ação extinta com julgamento de mérito, nos termos do art. 269, III, do CPC (BRASIL, 2011, p. 404).

Por tais razões, entende-se possível a celebração de TACs que englobem não apenas os procedimentos sancionatórios em curso na esfera administrativa, mas também as ações judiciais envolvendo as multas aplicadas pelas agências reguladoras (execuções fiscais, anulatórias, mandados de segurança etc.), quando, em um juízo de conveniência e oportunidade, elas verificarem que o interesse público será mais bem atingido dessa forma do que mediante a arrecadação do valor da multa aplicada.

Mesmo entendendo ser possível a celebração de TAC durante o procedimento administrativo – ou após, durante as ações judiciais em curso, até o seu trânsito em julgado –, algumas normativas de agências reguladoras fixam limites temporais. É o caso, por exemplo, da ANS que, em sua Resolução de Diretoria Colegiada – RDC nº 57, de 19 de fevereiro de 2001, dispõe, em seu art. 4º, § 2º, que “não poderá ser celebrado termo de compromisso de ajuste de conduta após a aplicação de penalidade pela ANS” (ANS, 2001). Vale ressaltar que, apesar de existir apenas uma previsão quanto aos TACs, os mesmos não acontecem com as normativas sobre as MRCs.

7. Ônus e vantagens na celebração dos TACs

Conforme apontado, ao celebrarem o TAC, os agentes econômicos estarão trocando uma obrigação incerta (na medida em que tanto a existência da infração quanto o valor da multa, por exemplo, ainda poderão ser questionados administrativa ou judicialmente) por uma obrigação certa de fazer ou não fazer.

Significa que, diante de tal situação, o agente que sofre a regulação refletirá sobre as vantagens de renunciar ao direito de questionar uma multa (obrigação incerta), tanto na esfera administrativa quanto na judicial, e, por outro lado, os benefícios em assumir novas obrigações. Portanto, certamente, levará em consideração, por exemplo, a possibilidade de aplicação de circunstâncias atenuantes que têm o condão de reduzir, substancialmente, o valor da multa aplicada.

Logo, quanto mais cedo for proposto o TAC em procedimentos sancionatórios, maior será a dificuldade da iniciativa privada aceitar sua

celebração, haja vista o alto grau de incerteza com relação ao pagamento da multa. Porém, na medida em que o procedimento for caminhando para o seu fim, maior será o grau de certeza de que a multa será devida, tornando-se, assim, mais fácil a aceitação do agente econômico pela celebração de um TAC.

Por essas razões, as agências reguladoras devem levar em consideração não apenas o interesse público que poderia ser atingido com a celebração do TAC, mas também o interesse do agente (convergência de interesses) e, especialmente, a responsabilidade a que estão sujeitos os seus administradores. O agente deve desejar de fato celebrar o TAC, em vez de preferir a via litigiosa (administrativa e judicial), do contrário, o regulamento do TAC corre o risco de se tornar “letra morta”.

Em outras palavras, se o regulamento do TAC não prever condições mínimas que tornem a celebração do TAC não apenas atraente para os agentes econômicos, mas sobretudo justificáveis perante os seus acionistas, quando esses existirem, ou aos próprios sócios, os administradores continuarão preferindo discutir a legalidade das sanções, fazendo com que a regulamentação do TAC seja ineficaz.

Como, por meio do TAC, o agente regulado estará trocando uma obrigação incerta e futura (sanção) por uma ou mais obrigações certas e imediatas (obrigações de fazer ou não fazer), assumindo também a possibilidade de novas sanções ou a retomada da sanção já prevista, entende-se que o regulamento deve prever um equilíbrio entre os ônus e as vantagens da celebração do TAC, que sejam compatíveis com a fase processual em que se encontra o procedimento sancionador, podendo, eventualmente, ser estabelecidos, por exemplo, descontos escalonados sobre o valor da multa, que sejam substanciais, caso o procedimento esteja em seu início e diminuam gradativamente na medida

em que este for caminhando para o seu encerramento na esfera administrativa.

A única normativa que determina explicitamente uma espécie de escalonamento é a Resolução nº 629, de 16 de dezembro de 2013, da ANATEL. Seu art. 5º, § 2º, institui que “caso o requerimento seja apresentado após a decisão condenatória de primeira instância, será devido, como condição para a celebração do Termo, o pagamento de 10% (dez por cento) do valor correspondente às multas aplicadas nos processos administrativos a que se refere o TAC” (ANATEL, 2013).

Além disso, a regulamentação editada pela ANATEL prevê, em seu art. 19, um escalonamento dos investimentos adicionais exigidos das prestadoras, que é proporcional à fase processual em que se encontra o procedimento sancionador.

Ademais, deve-se ter em mente que o TAC poderá vir a substituir ou suspender um grande volume de procedimentos cuja tramitação, na esfera administrativa e posterior execução na via judicial, consomem importantes recursos financeiros, humanos e tecnológicos das agências reguladoras, que serão liberados quando da assinatura do TAC. Assim, considerando que, quanto maior for o número de procedimentos substituídos/suspensos, maior será esse benefício para as agências; entende-se possível, a partir de uma análise econômica dos custos envolvidos na tramitação desses processos, aplicar descontos proporcionais ao número de procedimentos substituídos/suspensos a fim de incentivar esse tipo de conduta.

A única normativa que trata expressamente de tal possibilidade de substituição/suspensão é a Resolução nº 3.259 – ANTAQ, de 30 de janeiro de 2014, que estabelece, em seu art. 84, § 1º, que “o TAC poderá ser firmado para a correção de uma ou mais infrações cometidas, a critério da autoridade competente”. Foi tímida, mas ao me-

nos existe tal previsão. Entende-se também que, quando a ANS determina expressamente, como visto, um lapso temporal para a realização do TAC e, por conseguinte, impede tal prática, parece possível que o órgão máximo deliberativo das agências reguladoras utilize o TAC para substituir ou suspender o número desejado de procedimentos administrativos e/ou ações judiciais que entender possível.

Tal procedimento, fatalmente, poderá beneficiar todas as partes envolvidas: as agências, porque reduziriam seus custos com recursos financeiros, humanos e tecnológicos; os agentes regulados, porque poderiam ter um desconto proporcional ao número de procedimentos substituídos; por fim, os consumidores/usuários, porque o interesse público estaria, necessariamente, tendo de ser atingido.

8. Descumprimento dos TACs

A adoção, pelas agências reguladoras, de um modelo de TAC substitutivo confere ao descumprimento consequências distintas daquelas que decidem por um modelo suspensivo. No primeiro caso, as sanções aplicadas serão substituídas pelas obrigações previstas no TAC e, em caso de descumprimento deste, os procedimentos substituídos não retomarão o seu curso, visto que terão sido arquivados após a celebração do TAC. Assim, as consequências do descumprimento do TAC serão unicamente as que nele estiverem previstas. O mesmo não ocorrerá quando o efeito for suspensivo. Aqui, o procedimento sancionador voltará ao seu curso originário, sem prejuízo das sanções previstas pelo descumprimento do TAC. Além disso, em caso de descumprimento do TAC, as agências podem, ainda, ajuizar uma ação visando à execução forçada das obrigações ali previstas, nos termos do art. 645 do CPC.

Para compelir o agente econômico a cumprir as obrigações previstas no TAC, pode ser prevista, em seu bojo, uma multa diária em caso de descumprimento (*astreintes*). Essa previsão não é, contudo, obrigatória, tendo em vista que o juiz da execução pode fixá-la, caso ela não esteja prevista no TAC. No entanto, caso seja prevista, deverá ser prescrita em valores razoáveis, sob pena de serem reduzidos pelo juiz da execução, caso se tornem excessivos (art. 645, parágrafo único do CPC).

Tanto na hipótese de terem sido previamente fixadas no TAC quanto na de o serem somente pelo juiz da execução, é importante notar que as *astreintes* só serão cabíveis quando da execução do título, haja vista o seu caráter processual e a sua finalidade, que é compelir o agente econômico a cumprir a obrigação de fazer ou não fazer (BRASIL, 1999; 2004).

Por sua vez, a Lei nº 9.469/1997 estabelece, em seu art. 4º-A, inc. V, que o TAC deve conter “previsão de multa ou de sanção administrativa,

no caso de seu descumprimento”. Assim, entende-se que as agências reguladoras podem, com base nesse dispositivo, prever, no TAC, além da multa diária de caráter cominatório e que só será devida na hipótese de execução do título, uma multa de caráter moratório devida pelas empresas em caso de descumprimento das obrigações previstas no TAC, visto que tal multa tem natureza material – distinta, portanto, das *astreintes*.

Nesse caso, entende-se que se estaria diante de uma pena convencional, razão pela qual devem ser observadas as condicionantes previstas nos artigos 412 e 413 do Código Civil, a saber: (I) o valor da pena convencional não poderá superar o valor das obrigações assumidas no TAC; e (II) se as obrigações assumidas no TAC forem cumpridas parcialmente, o valor da pena convencional deverá ser reduzido de forma proporcional ao adimplemento das obrigações. Além disso, diferentemente das *astreintes*, que só seriam devidas quando da execução do título, entende-se que a pena convencional poderia ser cobrada administrativamente, sendo objeto de posterior execução fiscal, em caso de inadimplemento.

Cumpre, ainda, ressaltar que, em que pese o fato de a pena convencional e das *astreintes* poderem serem cumuladas dado que têm naturezas distintas, deve-se atentar para o fato de que a função da pena convencional, neste caso, não será indenizatória, mas coercitiva ou compulsória. Por essa razão, entende-se que, no momento da fixação da multa cominatória (*astreintes*), deve ser levado em consideração o valor da cláusula penal constante do TAC, devendo ser aquela reduzida em razão do valor desta.

Em outras palavras, como a função das *astreintes* é fazer com que a obrigação de fazer ou não fazer seja cumprida e como, neste caso específico, a cláusula penal, apesar de ter natureza distinta, também, exercerá essa função, em que pese o fato de não existir limite ao valor das *astreintes*, ao fixá-lo, as agências reguladoras deverão levar em consideração o valor já estabelecido na cláusula penal, pois, em caso de descumprimento do TAC, a prestadora terá de pagar tanto a multa moratória quanto as *astreintes*. Dessa forma, quanto maior for o valor da multa moratória (cláusula penal), menor deverá ser o valor da multa cominatória (*astreintes*), sob pena de esta se tornar excessiva.

A Resolução de Diretoria Colegiada – RDC nº 57, de 19 de fevereiro de 2001, da ANS, determina como cláusula obrigatória dos TACs os “critérios de fixação do valor da multa a ser aplicada no caso de descumprimento total ou parcial do termo de compromisso” (art. 5º, inc. III) (ANS, 2001). Atrelado a tal obrigatoriedade, o art. 6º dispõe que, sem prejuízo da aplicação dessa penalidade, “o descumprimento do termo de compromisso de ajuste de conduta acarretará a revogação da suspensão do processo administrativo”, e isso significa que a primeira multa imposta será do

agente econômico também exigida e, caso esta ainda não tenha sido auferida, ao final do procedimento, terá o agente, necessariamente, de pagar caso fique demonstrada a irregularidade.

Além disso, essa resolução impõe, em seu art. 7º, que “o descumprimento do termo de compromisso de ajuste de conduta impedirá a celebração de novo termo pela operadora no prazo de dois anos [...]” (ANS, 2001). Tal prazo será contado do ato de revogação da suspensão do procedimento administrativo. Por conseguinte, o descumprimento do TAC ensejará sua remessa à Procuradoria, para a execução judicial das obrigações dele decorrentes, como título executivo extrajudicial (art. 14).

Outra agência que também impõe como cláusula obrigatória nos TACs o estabelecimento de multa pelo descumprimento é a ANEEL. Segundo o art. 21, § 3º, da Resolução Normativa nº 63, de 12 de maio de 2004, além de obrigatória tal cláusula, seu valor deverá ser “correspondente ao montante da penalidade que seria aplicada, acrescido de 20% (vinte por cento)” (ANEEL, 2004).

A Resolução Normativa nº 333, de 7 de outubro de 2008, que regulamenta tal artigo, determina, em seu art. 10, inc. III, cláusula obrigatória quanto à multa pelo descumprimento total ou parcial do Plano de Ação e/ ou Investimentos pactuado, cujo valor será correspondente ao montante da penalidade que seria aplicada, acrescido de 20% (vinte por cento), sem prejuízo da imposição de multa, em valor fixo, por descumprimento de obrigação acessória estabelecida no Termo. Dispõe o art. 11, § 2º, que o valor da multa será atualizado pela taxa SELIC ou outro indicador que a venha substituir, devendo ser considerado como termo inicial da aplicação da taxa o segundo dia anterior à data em que for firmado o TAC.

Segundo o art. 11, da Resolução Normativa nº 333, na hipótese de descumprimento total ou

parcial do TAC, a agência deverá: (I) intimar o agente para, no prazo de 15 (quinze) dias, contado da data da assinatura do Aviso de Recebimento (AR), manifestar-se sobre a constatação; (II) emitir Certificado de Descumprimento, caso consideradas improcedentes as alegações da intimada; e (III) comunicar ao agente para, no prazo de 10 dias, contado da data de assinatura do AR correspondente, pagar o valor da multa, sob pena de inscrição no Cadastro Informativo de Créditos Não Quitados de Órgãos e Entidades Federais (CADIN), nos termos da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, e posterior encaminhamento à Procuradoria para inscrição do valor correspondente na Dívida Ativa e respectiva execução, nos termos da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980.

Além disso, o descumprimento do TAC impedirá a celebração de novo ajustamento de conduta, sobre qualquer objeto, no prazo de quatro anos, contado da data da emissão do Certificado de Descumprimento do TAC (art. 14). Por fim, exprime o art. 15 dessa resolução que, durante a vigência do TAC, não será admitida a celebração de outro TAC sobre o mesmo objeto. No que se refere especificamente a indicadores de qualidade do serviço, não será considerado mesmo objeto quando se tratar de área de abrangência diversa.

Já quanto à ANTAQ, estabelece a Resolução nº 3.259 – ANTAQ, de 30 de janeiro de 2014, que a multa prevista pelo inadimplemento do TAC deverá ser de, no mínimo, o teto da sanção pecuniária prevista em norma específica (art. 84, § 3º).

No que diz respeito à ANAC, a Resolução nº 199, de 13 de setembro de 2011, determina, em seu art. 6º, § 2º, que não será admitida penalidade de multa por descumprimento do TAC em valor inferior ao máximo previsto para a infração nos termos da Resolução nº 25, de 25 de abril de 2008, sem prejuízo de multa diária.

Logo, na hipótese de atraso ou descumprimento do TAC, deverá a ANAC: (I) intimar o agente para, no prazo de 15 (quinze) dias, contado da data da assinatura do Aviso de Recebimento (AR), manifestar-se sobre os motivos do seu descumprimento; (II) emitir Certificado de Descumprimento, caso consideradas improcedentes as alegações da intimada, fixando a multa correspondente, sem prejuízo de outras providências administrativas cabíveis; (III) comunicar ao agente quanto à emissão de Certificado de Descumprimento, fixando-lhe prazo de 10 (dez) dias, contado da data de assinatura do AR correspondente, para o pagamento do valor da multa previsto no TAC, sob pena de inscrição do devedor no Cadastro Informativo de Créditos Não Quitados de Órgãos e Entidades Federais (CADIN), nos termos da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, e posterior encaminhamento à Procuradoria para inscrição do valor correspondente na Dívida Ativa e respectiva execução, nos termos da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980 (art. 9º). Segundo o § 2º do art. 9º, o valor da multa será atualizado pela taxa SELIC ou outra que venha a substituí-la.

O art. 10 da Resolução nº 199, de 13 de setembro de 2011, impõe que o descumprimento do TAC impedirá a celebração de novo ajustamento de conduta, sobre qualquer objeto, no prazo de 1 (um) ano, contado da data da emissão do Certificado de Descumprimento do TAC, salvo se o novo TAC, justificadamente, for proposto pela ANAC e aprovado pela Diretoria Colegiada.

Há também a Resolução nº 629, de 16 de dezembro de 2013, da ANATEL, única a aplicar tanto a multa moratória (cláusula penal) como a multa cominatória (*astreintes*). O art. 13, inc. V, dessa Resolução estabelece que o TAC deverá conter cláusula sobre multas aplicáveis pelo descumprimento de cada item do cronogra-

ma de metas e condições dos compromissos, inclusive diárias pelo atraso na sua execução (ANATEL, 2013).

Segundo a normativa, constatados indícios de descumprimento a item do cronograma de metas e condições dos compromissos, o agente regulado será intimado a apresentar alegações no prazo de 15 (quinze) dias, cabendo à Superintendência de Controle de Obrigações (SCO) a análise das razões apresentadas e a proposta de aplicação de multa diária pelo Conselho Diretor (art. 25). A procuradoria, neste caso, poderá ou não ser ouvida.

Conforme dispõe o art. 26 dessa Resolução, a mora na execução de item do cronograma de metas e condições dos compromissos acarretará a incidência de multa diária correspondente, em relação a qual se aplicam as seguintes regras:

“(I) a multa incidirá desde o dia seguinte ao do inadimplemento das respectivas obrigações, independentemente de prévia notificação do interessado, até o efetivo cumprimento das metas, ou até a primeira decisão do Conselho Diretor, o que ocorrer primeiro; (II) terá como teto o equivalente a, no mínimo, 2 (duas) vezes o valor correspondente ao item do cronograma de metas e condições descumprido; (III) o pagamento do valor correspondente ao somatório das multas diárias aplicadas deverá ser efetuado no prazo de 30 (trinta) dias, contado do recebimento da notificação acerca da decisão de aplicação de sanção; (IV) sobre a multa incidirá a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (Selic) desde o inadimplemento das obrigações, na forma do art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e do art. 37-A da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002; e, (V) quando não houver pagamento da multa no prazo de 30 (trinta) dias da notificação da decisão definitiva, o seu valor deverá ser acrescido dos encargos do art. 36 do Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas, aprovado pela Resolução nº 589, de 7 de maio de 2012” (ANATEL, 2013).

Todavia, se constatados indícios de descumprimento do TAC, a Superintendência de Controle de Obrigações (SCO) deverá, segundo o art. 27, intimar o agente regulado para, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, manifestar-se sobre a constatação; e, caso consideradas improcedentes as alegações, opinar sobre o descumprimento do TAC e encaminhar o respectivo processo administrativo à deliberação do Conselho Diretor, com proposta de emissão do Certificado de Descumprimento, ouvida a Procuradoria Federal Especializada junto à ANATEL.

Considera-se inadimplida a obrigação do TAC quando, ao término da vigência do termo de compromisso, não for integralmente cumprida (art. 28) ou se, ainda durante sua vigência, ocorra atraso ou descumprimento de obrigações correspondentes a mais de 50% (cinquenta por cento) do Valor de Referência do TAC (art. 29).

Fica clara a existência das duas espécies de multas no disposto no art. 30 da Resolução nº 629, de 16 de dezembro de 2013, que prescreve que o inadimplemento de qualquer obrigação prevista no TAC importará na incidência da multa correspondente ao Valor de Referência a ela atribuído, sem prejuízo da multa diária correspondente à mora em sua execução e da decisão de descumprimento do TAC, a ser considerada quando ocorrer inadimplemento de obrigações correspondentes ao patamar igual ou inferior a 50% (cinquenta por cento) do Valor de Referência do TAC, não sanado integralmente no prazo de 6 (seis) meses após o término de sua vigência. Ademais, o adimplemento da obrigação após o término de vigência do TAC não afasta a mora nem exclui a incidência da multa prevista pelo seu descumprimento.

O Valor de Referência a ser dado ao TAC, para fins de execução em caso de eventual descumprimento, corresponderá à soma dos valores das multas aplicadas e estimadas dos processos administrativos a que ele se refere ou, caso não se trate de processo administrativo sancionador em trâmite, à estimativa da sanção que seria cabível pelo descumprimento objeto do ajustamento (art. 14).

Termina instituindo, em seu art. 31, que, em casos de descumprimento do TAC, será emitido Certificado de Descumprimento pelo conselho diretor; desse modo, deve a Superintendência de Controle de Obrigações (SCO) comunicar a decisão ao agente econômico, para que este pague, no prazo de 30 (trinta) dias, contado do recebimento da notificação, o valor apurado em liquidação correspondente às multas cabíveis.

Por fim, estabelece o art. 6º da resolução que não será admitido requerimento de TAC quando a prestadora houver descumprido outro TAC há menos de 4 (quatro) anos, contados da data da emissão do respectivo Certificado de Descumprimento, bem como quando houver, ainda durante sua vigência, atraso ou descumprimento de obrigações correspondentes

a mais de 50% (cinquenta por cento) do Valor de Referência do TAC, há menos de 8 (oito) anos, contados da data da emissão do respectivo Certificado de Descumprimento. Além dessas duas hipóteses relacionadas ao descumprimento, não se admitirá requerimento de TAC quando a proposta apresentada tiver por objetivo corrigir o descumprimento de outro TAC (ANATEL, 2013).

9. Valor dos TACs

Como o TAC é um ato administrativo negocial, por meio do qual o agente econômico assumirá certas obrigações, inclusive com cominações pelo seu descumprimento, sendo considerado tal acordo um título executivo extrajudicial, exige-se o estabelecimento de certas condições de certeza e exigibilidade, sendo uma delas o valor do TAC, que, no caso, deve ser certo e determinado e corresponder às obrigações assumidas.

A necessidade de o TAC conter valor assenta-se na própria segurança da execução do compromisso enquanto título executivo extrajudicial, uma vez que, do mesmo modo que o devedor da obrigação não pode furtar-se a cumprir o avençado tal como consta no título, o credor não pode exigir do devedor mais do que se encontra representado economicamente no título.

Ao determinar que o ajustamento de conduta tem como natureza constituir-se em acordo, de cunho contratual, o instituto deve obediência ao regime civil da transação no que lhe couber, dada sua atipicidade, a teor dos arts. 840 e seguintes do Código Civil.

Entende-se que, quando o TAC tiver natureza substitutiva, o seu valor deverá ser proporcional àquele do acordo ou transação, correspondendo, dessa forma, ao valor das obrigações assumidas pelos agentes econômicos no TAC, não devendo, portanto, ser equivalente ao das multas aplicadas ou previstas pelas agências reguladoras no âmbito dos procedimentos sancionadores.

10. Prazo máximo para a vigência dos TACs

Como o TAC é considerado título executivo extrajudicial, exige-se, para sua certeza e liquidez, além do valor, o estabelecimento de condições de tempo (prazo), modo e lugar de cumprimento, incluindo a vigência. Todavia, conforme mencionado, diante da inexistência de legislação específica dispendo sobre a matéria, competirá às agências reguladoras, quando da regulamentação do TAC, a definição e o estabelecimento das condições que entenderem necessárias ao atendimento do interesse público, podendo, se preciso for, fixar em resolução eventual limitação

legal ao prazo de vigência do TAC (discricionariedade consentânea ao interesse público que se deve proteger).

Entretanto, podem as agências reguladoras preferir não proceder dessa forma; afinal, a fixação do prazo de vigência do termo deverá ser aquela necessária ao efetivo cumprimento de todas as obrigações assumidas. Isso porque quanto mais rígido for o regulamento, maior será a dificuldade das agências de equalizá-lo à realidade, ao momento e às circunstâncias fáticas do negócio a ser entabulado, por conseguinte, tornando, em alguns casos, inviável a celebração do TAC.

O regulamento do TAC deve prever condições mínimas que tornem a sua celebração atraente para os agentes econômicos, de forma associada à finalidade de possibilitar um melhor atendimento de interesses públicos. Assim, pode-se apresentar mais plausível à realidade do setor que as condições de vigência de determinado TAC levem em consideração a viabilidade técnica, operacional e financeira das obrigações a serem assumidas, as quais somente serão passíveis de definição no momento da celebração do ajustamento, não sendo factível sua previsão rígida em regulamento.

De forma prática e específica, o TAC deverá considerar, em cada caso, a viabilidade técnica, operacional e financeira das obrigações a serem assumidas, o nível dos investimentos necessários para o cumprimento das obrigações assumidas, a área geográfica de execução do compromisso, a complexidade técnica-operacional, entre outras circunstâncias, que só podem ser aferidas e definidas observando-se a realidade do caso e das obrigações que serão impostas à iniciativa privada.

Justamente em função disso, o art. 4º-A da Lei nº 9.469/1997, com a redação dada pela Lei nº 12.249/2010, não prescreveu prazos de vigência fixos para os TACs, pois reconhece que referidos prazos não podem ser estáticos para todas as situações. Dessa forma, sendo verificada a necessidade/conveniência de se firmar o TAC, apenas nesse momento será possível avaliar as obrigações que serão impostas *vis-à-vis* aos prazos suficientes e necessários ao cumprimento destas (BRASIL, 1997). Vê-se, pois, que grande parte das agências reguladoras que já regulamentaram os TACs não previram, em seus regulamentos, limitação legal ao prazo de vigência dos mesmos, sendo essa limitação dada conforme as particularidades do caso.

A Resolução de Diretoria Colegiada – RDC nº 57, de 19 de fevereiro de 2001, da ANS, por exemplo, regula, em seu art. 5º, inc. IV, a obrigatoriedade de cláusula que estabeleça a vigência do termo de compromisso. O mesmo é estipulado pela ANAC (art. 6º, inc. IV, da Resolução nº 199, de 13 de setembro de 2011). Não existe, como pode ser percebido, um prazo máximo que necessariamente deve ser cumprido. Parece, portanto,

acertada a conduta da ANS e da ANAC em determinar apenas a obrigatoriedade de um prazo, afinal, existe previsão expressa nestas agências de que o TAC é um título executivo extrajudicial (respectivamente, art. 14 e art. 6º, inc. VIII).

Também há previsão quanto à vigência como cláusulas obrigatórias nos TACs realizados pela ANEEL (art. 10, inc. IV, da Resolução Normativa nº 333, de 7 de outubro de 2008). A diferença é que a ANEEL não coloca de forma expressa o caráter de título executivo extrajudicial.

Tal linha de raciocínio, porém, não foi seguida pela ANATEL que, na Resolução nº 629, de 16 de dezembro de 2013, estabeleceu, em seu art. 13, inc. VIII, obrigatoriedade de cláusula contendo a vigência do TAC, cujo prazo será improrrogável e não poderá ser superior a 4 (quatro) anos.

11. Confissão das infrações

A partir da premissa de que o TAC é um ato administrativo negocial, constitutivo, emanado com discricionariedade e com efeitos substitutivo ou suspensivo, haja vista ser um instrumento cuja função precípua é incentivar a consensualidade, assim, tendo como objetivo uma maior eficácia e celeridade na preservação e restauração de bens protegidos, bem como a inibição/cessão de supostas violações às disposições legais, regulamentares e contratuais, sendo sabedor de que, para que esse ato bilateral ocorra, deve existir reciprocidade de ônus e vantagens, entende-se que a assinatura do TAC não deve implicar, por parte dos agentes econômicos, o reconhecimento de ilícitos de qualquer natureza, pois a matéria de fato é posta em segundo plano diante da atuação negocial da administração pública, com isso, objetivando outros fins – via mais consentânea com o interesse público – não relacionados à confissão da infração (MOREIRA NETO, 2003, p. 157). Nesse sentido, cumpre destacar que essa tem sido a posição adotada pelas agências reguladoras.

A Lei nº 9.656/1998 determina, em seu art. 29, § 3º, que a assinatura do termo de compromisso de ajuste de conduta pela ANS não importa confissão do compromissário quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta em apuração. Além da previsão legal, a Resolução de Diretoria Colegiada – RDC nº 57, de 19 de fevereiro de 2001, em seu art. 3º, apresenta previsão idêntica.

Outra resolução que trata do tema é a Resolução Normativa nº 333, de 7 de outubro de 2008, da ANEEL, que, em seu art. 8º, dispõe que a assinatura do TAC não importa confissão do agente quanto à matéria de fato, nem o reconhecimento de ilicitude da conduta em apuração.

Ainda, pode-se citar a previsão na Resolução nº 199, de 13 de setembro de 2011, que, em seu art. 4º, prevê que a proposição do TAC e a sua

celebração não importam confissão do agente quanto à matéria de fato, nem o reconhecimento de ilicitude da conduta em apuração, que seguirá o procedimento administrativo previsto nas normas da ANAC.

Por fim, a última agência que dispõe tal previsão de forma expressa é a ANATEL, que, na Resolução nº 629, de 16 de dezembro de 2013, em seu art. 5º, § 1º, prescreve que o requerimento de TAC e a sua celebração não importam em confissão da compromissária quanto à matéria de fato, nem no reconhecimento de ilicitude da conduta em apuração.

Assim, seguindo o já regulamentado pela maioria das agências reguladoras, entende-se que a celebração de um TAC não deve importar confissão das infrações.

12. Alteração das condições pactuadas nos TACs durante a sua vigência

As agências reguladoras devem eleger, consensualmente, com os agentes econômicos, a via mais adequada para atingir o interesse público que elas devem proteger. Ao longo da vigência do TAC, as agências têm o dever não apenas de fiscalizar o seu cumprimento, mas, sobretudo, de verificar se as obrigações assumidas pelos agentes regulados estão efetivamente atendendo ao interesse público que se visa proteger. Afinal, esta é a finalidade última do TAC.

Nesse sentido, é importante lembrar que é perfeitamente possível que, ao longo da vigência de um TAC, uma ou mais obrigações assumidas possam se tornar inexecutáveis. Levando-se em conta a aplicação das regras do Código Civil aos TACs, caso isso venha a ocorrer, a obrigação será resolvida (art. 248), razão pela qual não se poderá, evidentemente, cogitar da aplicação de qualquer sanção ao agente econômico nessa hipótese. Por sua vez, o interesse público visado não terá sido atingido.

Assim, caso as agências verifiquem, no decurso da vigência dos TACs, que as obrigações assumidas pelos agentes econômicos não atingirão o fim público ao qual se destinavam, quer porque seu cumprimento se tornou inviável ou extremamente oneroso, quer porque as condições fáticas inicialmente previstas mudaram ao longo do tempo, entende-se que as agências, em vez de aguardarem o descumprimento do TAC para, posteriormente, aplicarem as sanções nele previstas, podem antecipar-se e, de comum acordo com as entidades, aditar o instrumento, adequando-o na medida necessária ao atingimento do interesse público, tendo em vista não apenas a sua finalidade, mas, também, a sua natureza negocial. Isso porque, uma vez reconhecido que o TAC é a melhor alternativa para atingir o interesse público, as agências devem procurar preservá-lo, desse modo, evitando retornar ao estado anterior de litigiosidade, que se daria caso o TAC deixasse de ser cumprido e as agências voltassem a aplicar uma multa ao agente econômico.

Entende-se que essa postura vai ao encontro da concepção consensualista da atuação administrativa, que visa a conferir um resultado positivo para a sociedade (dever de boa administração e de administração de resultado).

Conclusões

Sabe-se que ao regulador cabe o papel de ponderação dos vários interesses em questão. A passagem da relação de simples supremacia para uma complexa relação de ponderação é uma das marcas do atual estágio evolutivo do direito administrativo. A intensificação da participação e a multiplicação das figuras consensuais de Administração, também, são fatores que registram essas mudanças nessa área jurídica.

No âmbito regulatório, a promoção do interesse público dá-se pela função normativa

administrativa, seja em abstrato, seja em concreto; a função de satisfação do interesse público se dá pela função executiva administrativa das decisões abstrata ou concretamente tomadas; e a função de recuperação do interesse público se realiza pela função judicativa administrativa, pela qual se reaprecia a juridicidade das decisões normativas administrativas, das decisões executivas e das decisões judicativas de que caibam recursos.

Como quaisquer delas, admite atuação consensual, e, dessa forma, abrem-se respectivamente: um campo de administração normativa concertada, um campo de administração executiva concertada e um campo de administração judicativa concertada – todas as possibilidades com o objetivo de sempre maximizar resultados de interesse comum com menores custos e o mais celeremente possível.

A ideia que subjaz nessas novas formas de administrar é a de fortalecer a prevenção administrativa dos conflitos, que se multiplicam nas sociedades contemporâneas e geram uma avalanche de litígios contra o Poder Público, abarrotando as prateleiras dos escritórios de justiça com milhares de processos que poderiam ser evitados. A busca do incremento dessa atuação preventiva e de composição de conflitos administrativos já instaurados é uma das mais importantes conquistas da cidadania e da sociedade em geral; e tudo isso se dá graças à possibilidade de utilização do consenso como modalidade substitutiva/suspensiva da ação unilateral e imperativa do Estado.

Em outras palavras, presencia-se a evolução da decisão administrativa tradicional (ato administrativo) e também a do processo administrativo imperativo ou de parte dele para se adotarem processos abertos, dotados de procedimentos de contraditório ampliados ou, pelo menos, ampliáveis, e de negociação, podendo-se destacar, com nitidez, dois tipos de

processos preventivos pelos quais se procura antecipar a eclosão de um conflito, o qual se revele iminente, e, assim, dar-lhe solução cautelar: da comissão de conflito e do acordo substitutivo/suspensivo. São instrumentos ainda pouco praticados, não obstante tenham um imenso potencial, notadamente na administração setorial autônoma, como a que pretende ver praticada no âmbito do direito regulatório.

O atraso na aceitação das vantagens das vias negociais nas atividades estatais muito se deve à visão imperativa da administração pública a reboque da interpretação absoluta que se conferia à indisponibilidade do interesse público, segundo a qual negociar na esfera administrativa seria o transacionar com a substância do interesse público, o que proscreveria todos os instrumentos do gênero: a conciliação, a mediação, a arbitragem, os ajustes de conduta, etc. Ora, em todas as modalidades preventivas e de composição de conflitos em que se envolva a administração pública, no âmbito do direito administrativo, jamais se cogita de negociar a substância do interesse público, mas sim de flexibilizar a forma de alcançá-lo, de modo a atingi-lo com maior eficiência.

O caso é que coexiste, sempre, com o interesse público deduzido no conflito, o interesse público, não menos importante, de compô-lo e, dessa forma, de lograr resultados na realização da justiça e da paz social. E esses interesses em prevenir e dirimir conflitos no âmbito administrativo e de, com isso, retomar a normalidade nas relações sujeitas à sua disciplina própria, indubitavelmente, é da maior importância tanto na esfera social como na econômica, o que justifica plenamente que sejam encontrados caminhos alternativos de atendimento ao interesse público envolvido, que não aqueles que deveriam ser unilateralmente aplicados pelo Poder Público por simples subsunção a normas legais quase sempre incompletas e

defasadas, pela impossibilidade de os parlamentos acompanharem os desdobramentos relacionais conflitivos abertos pela complexidade da vida contemporânea.

São essas atuações de vanguarda que exigem atuação ponderada por parte da administração pública neste terceiro milênio, sob pena do esmagamento institucional pelo peso dos conflitos que se multiplicam. Sob outro ângulo pelo qual se pode apreciar a questão da ampliação modal da administração pública, tem-se que a busca da efetividade, com o firme propósito de realização do interesse público específico, ultrapassa a ideia de lograr-se a mera eficácia dos atos do poder público. Isso porque se acresce a exigência de apreciação do resultado concreto da ação, e não apenas a de apreciação de sua aptidão para alcançá-lo em abstrato.

Assim, ao se considerar a importância de aferir o resultado da ação estatal, notadamente na administração pública, torna-se imprescindível aditar a característica finalística da eficiência. A preocupação não se dá apenas com o ato de decisão, como era da tradição administrativa, mas, bem mais além, com o resultado do decidido.

A utilidade da menção a esses recentes e judiciosos ensinamentos é a de demonstrar que a Administração não só está autorizada como tem o dever de ponderar entre os custos e benefícios da aplicação da norma, bem como o de evitar excessos, para tanto, adotando medidas que não se compatibilizem com esse dever de ponderação.

Especificamente, em se tratando da imposição de penalidades, por óbvio, extrai-se, das lições citadas e da própria essência do instituto da regulação, que, no processo administrativo sancionatório, as sanções aplicáveis em tese, mesmo que situadas abaixo do limite máximo previsto na moldura regulatória, não apenas podem como devem ser substituídas com vantagem por obrigações alternativas sempre que disso resulte ampliação dos benefícios aos destinatários da regulação – no caso, o público, os usuários ou consumidores do serviço.

No acordo substitutivo/suspensivo, a Administração flexibiliza sua atuação imperativa (sem flexibilizar o interesse) – que lhe é própria e serve-lhe de modo geral de atuação – para adotar uma atuação consensual – que lhe passa a ser aberta em hipóteses legais para servir-lhe de modo especial de atuação – sempre que for motivadamente possível demonstrar que o interesse público primário a seu cargo possa ser atendido mais eficientemente ou mais celeremente por esse modo, bem como de fazê-lo sem infligir prejuízo a outros interesses juridicamente protegidos, que possam ser igualmente ponderados em uma relação conflituosa ou pré-conflituosa que se estabeleça processualmente e com plena visibilidade.

Tal é a flexibilidade instrumental do acordo substitutivo/suspensivo que tanto pode ser aplicado a uma específica relação questionada e,

nesse caso, terá eficácia restrita entre as partes, como pode ser aplicado a relações homogêneas, caso em que o processo deverá ser aberto aos interessados, e, por sua vez, a Administração as regulará também de modo homogêneo, produzindo eficácia genericamente ampliada.

Para compor essas relações, singular ou coletivamente consideradas, por meio do emprego de acordos substitutivos/suspensivos, a Administração deverá exarar decisão motivada, em que, como condição de validade do ato, demonstre a ponderação de interesses por ela desenvolvida, apontando as vantagens da solução a que chegou pela via da negociação, tendo em vista todos os interesses relevantes envolvidos.

A via negocial está implícita ao deslegalizar determinado setor da administração pública para submetê-lo a um regime *regulatório*, caso em que uma ampla competência negocial e arbitral do regulador será uma normal consequência desse regime, quando deva atuar no regular desempenho da modalidade parajurisdicional de regulação.

Não se trata de um contrato, mas de um ato administrativo negocial regido pelo direito administrativo, não se confundindo com a transação, que, conquanto seja também um instituto que privilegia a via do consenso, é um instituto processual civil.

Dessa forma, o TAC, pela via consensual, como forma de resolução de conflitos e realização do interesse público, mostra-se uma solução adequada à reversão imediata da sanção aplicada em medida benéfica para a sociedade, sendo um importante instrumento de composição de conflitos e regulação do setor, pois confere maior eficiência à coercividade estatal, de modo a possibilitar e assegurar a cessação da prática investigada com a reparação de seus efeitos lesivos, ainda que em potencial. Ademais, diminui o tempo necessário que o regulador leva para adequar a conduta à norma, aumenta a efetividade das decisões administrativas, reduz as chances de questões regulatórias serem transferidas para o Poder Judiciário e, por conseguinte, minora os custos do *enforcement* e do órgão regulador em investigar práticas supostamente ilícitas.

Referências

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL – ANAC. Resolução n. 199, de 13 de setembro de 2011. Estabelece os procedimentos para a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta no âmbito da ANAC.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL. Resolução normativa n. 63, de 12 de maio de 2004. *Diário Oficial da União*, 13 maio 2004.

_____. Resolução normativa n. 333, de 7 de outubro de 2008. Estabelece critérios e procedimentos para celebração de Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta entre

a ANEEL e as concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços e instalações de energia elétrica, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 10 out. 2008.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR – ANS . Resolução de diretoria colegiada n. 57, de 19 de fevereiro de 2001. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/index.php?option=com_legislacao&view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=360>. Acesso em: 2 mar. 2015.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES – ANATEL. Resolução n. 589, de 7 de maio de 2012. Aprova o Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas. *Diário Oficial da União*, 10 maio 2012.

_____. Resolução n. 629, de 16 de dezembro de 2013. Aprova o Regulamento de celebração e acompanhamento de Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC). *Diário Oficial da União*, 18 dez. 2013.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS – ANTAQ. Resolução n. 987, de 14 de fevereiro de 2008. *Diário Oficial da União*, 19 fev. 2008. Disponível em: <<http://www.antaq.gov.br/portal/pdfSistema/publicacao/0000000591.pdf>>. Acesso em: 2 mar. 2015.

_____. Resolução n. 3.259, de 30 de janeiro de 2014. *Diário Oficial da União*, 3 fev. 2014. Disponível em: <<http://www.antaq.gov.br/portal/pdfSistema/Publicacao/0000006315.pdf>>. Acesso em: 2 mar. 2015.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES – ANTT. Resolução n. 152, de 16 de janeiro de 2003. *Diário Oficial da União*, Brasília, 23 jan. 2003. Disponível em: <http://appweb2.antt.gov.br/resolucoes/00200/resolucao152_2003.htm>. Acesso em: 2 mar. 2015.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Mecanismos de consenso no direito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). Direito Administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. A consensualidade no direito administrativo. *Boletim de Licitações e Contratos* – BLC, Curitiba, ano 19, n. 9, set. 2006.

Brasil. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. [Lei de ação civil pública]. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 25 jul. 1985.

_____. Lei n. 9.469, de 10 de julho de 1997. Regulamenta o disposto no inciso VI do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; dispõe sobre a intervenção da União nas causas em que figurarem, como autores ou réus, antes da administração indireta; regula os pagamentos devidos pela Fazenda Pública em virtude de sentença judiciária; revoga a Lei nº 8.197, de 27 de junho de 1991, e a Lei nº 9.081, de 19 de julho de 1995, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jul. 1997.

_____. Lei n. 9.656, de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. *Diário Oficial da União*, 4 jun. 1998.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 169.057. Relator: Sálvio de Figueiredo Teixeira. DJ, 16 ago. 1999.

_____. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1º fev. 1999.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 2002.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 422.966. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. DJ, 23 set. 2003. *Diário da Justiça*, 1º mar. 2004.

_____. Recurso especial n. 1.073.094/PR. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. DJ, 17 set. 2009. *Diário da Justiça Eletrônico*, 23 set. 2009.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Ação Cautelar n. 200438020037467. Relator: Desembargador Federal Fagundes de Deus. *Diário da Justiça Federal da Primeira Região*, 7 out. 2011. p. 404.

- CAMMELLI, Marco. Amministrazione di risultato. In: AA. VV. *Anuario dell'associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 2002.
- CORSO, G. Amministrazione di risultati. In: AA. VV. *Anuario dell'associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 2002.
- CUNHA, Paulo César Melo. *A regulação jurídica da saúde suplementar no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- FERRARA, Rosario. *Introduzione al diritto amministrativo*: le pubblicazioni amministrative nell'era della globalizzazione. Roma-Bari: Laterza, 2003.
- FINK, Daniel Roberto. Alternativa à ação civil pública ambiental: reflexões sobre as vantagens do termo de ajustamento de conduta. In: MILARÉ, E. (Org.). *Ação Civil Pública*: lei 7.347/1985: 15 anos. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.
- GONÇALVES, Pedro. Direito administrativo da regulação. In: MIRANDA, Jorge (Coord.). *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano: no centenário do seu nascimento*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006. 2v.
- IANNOTTA, Lucio. La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dell'interesse legittimo al buen diritto. In: AA. VV. *Diritto processual amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1998.
- _____. Costruzione del "futuro" delle decisioni e giustizia nell'Amministrazione di risultato. In: AA. VV. *Economia, diritto e politica nell'amministrazione di risultato*. Torino: G. Giappichelli, 2003.
- _____. Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative: l'arte di amministrare. *Diritto processual amministrativo*, Milano, v. 23, n. 1, p. 1-51, 2005.
- IRELLI, Vincenzo Cerulli; LUCANI, Fabrizio. La semplificazione dell'azione amministrativa. *Diritto amministrativo*: rivista trimestrale, Milano, ano 1, n. 3/4, p. 617-656, jul./dez. 2000.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção. *Revista Brasileira de Direito Público* – RBDP, Belo Horizonte, v. 8, n. 31, p. 51-68, out. 2010.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *O inquérito civil*: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política*: legislativa, administrativa, judicial: fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.
- _____. *Direito político*: uma democracia em vias de transformação. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 6, 2000.
- _____. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- _____. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- ONOFRE, Thaiz Rodrigues. A natureza jurídica do termo de ajustamento de conduta. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2785, 15 fev. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18488>>. Acesso em: 27 fev. 2013.
- PEREZ, Marcos Augusto. A administração pública democrática. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- PROENÇA, Luis Roberto. Compromisso de Ajustamento de Conduta. In: PROENÇA, L.R. *Inquérito civil*: atuação investigativa do Ministério Público a serviço da ampliação do acesso à Justiça. São Paulo: RT, 2001.
- 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, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2002.

SPASIANO, Mario Rosário. *Funzione amministrativa e legalità di risultato*. Torino: Giappichelli, 2003.

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.

TASSONE, A. Romano. Sulla formula “amministrazione per risultati”. In: AA. VV. *Scritti in onore di Elio Casetta*. Napoli: Jovene, 2001.