

**Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP**  
**Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em**  
**Direito Administrativo**

**Daniel Ricardo Lemos Linder**

**Acordo substitutivo na ação regulatória:  
o Termo de Ajuste de Conduta – TAC no  
âmbito da Agência Nacional de Transportes  
Terrestres – ANTT**

**Brasília – DF**  
**2012**

**Daniel Ricardo Lemos Linder**

**Acordo substitutivo na ação regulatória:  
o Termo de Ajuste de Conduta – TAC no  
âmbito da Agência Nacional de Transportes  
Terrestres – ANTT**

Monografia apresentada como  
requisito parcial à obtenção do título  
de Especialista em Direito  
Administrativo do Instituto  
Brasiliense de Direito Público – IDP

Brasília – DF

2012

## RESUMO

Os acordos substitutivos de processos administrativos sancionatórios constituem alternativa à tradição da “sanção pela sanção”. As Agências Reguladoras, ao adotar tais instrumentos de composição consensual de conflitos, passam a identificar o interesse público afetado no caso concreto e, em consenso com o infrator, estabelecer formas de correção da conduta irregular que beneficiem os usuários dos serviços regulados. No caso específico da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, a experiência da celebração de Termo de Ajuste de Conduta – TAC provou-se bem sucedida ao garantir investimentos para melhoria do serviço regulado em substituição à aplicação de multas ao infrator.

**Palavras-chave:** Acordo substitutivo, TAC. Agência reguladora, ANTT.

## ABSTRACT

The substitutive agreements in the administrative process for imposition of sanctions are an alternative to the tradition of applying fines. The Regulatory Agencies adopted this tool of consensual resolution of conflicts and therefore became able to identify the public interest afflicted by some misconduct in order to settle the matter with the offender while assuring some benefit for the users of regulated services. In the case of National Ground Transportation Agency – NGTA, the experience of signing a Conduct Adjustment Agreement – CAA proved to be successful, assuring new investments for service improvement instead of applying fines towards the offender.

**Keywords:** Substitutive agreement. Regulatory Agency. Conduct Adjustment Agreement.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	6
1. AGÊNCIAS REGULADORAS E ADMINISTRAÇÃO CONSENSUAL.....	8
1.1. Agências Reguladoras na atualidade.....	12
1.2. O despertar da Administração consensual .....	17
2. ACORDO SUBSTITUTIVO NA AÇÃO REGULATÓRIA .....	24
2.1. O caminho da juridicidade.....	28
2.2. A identificação do interesse público .....	34
3. O TERMO DE AJUSTE DE CONDUTA – TAC NO ÂMBITO DA AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES – ANTT .....	40
3.1. O Termo de Ajuste de Conduta – TAC .....	41
3.2. Caso concreto: ECOSUL .....	45
CONCLUSÃO.....	48
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	50
ANEXO A – TAC ANTT/ECOSUL .....	53

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho acadêmico tem por finalidade apresentar o Termo de Ajuste de Conduta – TAC da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, como exemplo bem sucedido de adoção de acordo substitutivo a processo administrativo sancionatório no âmbito da Administração Pública.

Com as transformações pelas quais passa o mundo contemporâneo, sobretudo a partir do fenômeno da globalização, da revolução das telecomunicações e da emergência de organizações sociais de alcance mundial, não passou o Direito Administrativo incólume a esses processos.

Como fruto dessas transformações, a Constituição, e não mais a lei em sentido estrito, passa a figurar como fundamento central do Direito Administrativo, vindo com seus princípios a flexibilizar diversos dos dogmas até então vigentes na tradição administrativista romanística.

A legalidade se vê substituída pela juridicidade, o ato administrativo unilateral é destronado pelo processo administrativo de matiz participativa, a vinculação passa de regra a exceção, superada pela discricionariedade com base em conceitos normativos abertos, a Administração tem sua estrutura centralizada transmutada em policêntrica e o interesse público deixa pra trás noções genéricas e abstratas para ser ponderado e identificado no caso concreto.

Dentro desse turbilhão de transformações, exsurge a figura das Agências Reguladoras, instituições importadas da tradição anglo-saxônica e que já nascem dentro desse novo paradigma do Direito Administrativo, no qual a consensualidade e a participação social não parecem uma ameaça à Administração, mas o firme fundamento de validade da atuação regulatória.

Ainda assim, ocupadas por operadores de Direito formados no século passado, as Agências Reguladoras preservam algum apreço por institutos unilaterais como a sanção, impedindo maior difusão de instrumentos regulatórios consensuais, ainda que reste comprovada a baixa efetividade do instrumento sancionatório tradicional: a multa.

Consoante levantamento do relatório do Tribunal de Contas da União – TCU, referente às contas do Governo Federal no exercício de 2011<sup>1</sup>, feito junto a 17 órgãos e entidade de regulação e fiscalização federal, entre os anos de 2008 e 2011 foram aplicadas cerca de 997 mil multas, correspondendo a aproximadamente R\$29 bilhões em penalidades dos quais apenas R\$1,7 bilhão foram efetivamente pagos, ou seja um índice de apenas 5,7% de efetividade.

Questiona-se então se o modelo de sanção clássico atende de fato ao interesse público ou somente ao afã arrecadatório da Administração Pública, o que ante a ineficiência reiterada do instrumento parece-nos levar a uma resposta negativa a ambas as dúvidas.

Alternativamente, sugere-se a adoção do modelo de Administração Consensual, o qual detém no acordo substitutivo seu principal instrumento para correção de irregularidades, cessação de condutas e reparação de danos.

É nesse contexto que a utilização da ferramenta pelas Agências Regulatórias contribui para sua consagração, vez que a essas entidades não apenas é dado o poder normativo necessário para balizá-lo, como a participação social inerente a sua atuação contribuição para a identificação do real interesse público a ser satisfeito como fruto da avença entre Administração e infrator.

Com vistas a apresentar o instituto e mostrar sua importância para o Direito Administrativo contemporâneo o presente trabalho foi dividido em três capítulos: i) trata do papel das Agências Reguladoras no contexto da Administração Consensual; ii) apresenta as características dos acordos substitutivos, bem como as críticas feitas ao instrumento; e, iii) descreve o exemplo do Termo de Ajuste de Conduta – TAC da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, com caso concreto de sua celebração.

Ao final, apresentar-se-á conclusão a todo o exposto, mas desde já, resta nossa expectativa de que a Administração Consensual venha realmente a se consagrar como o paradigma da Administração Pública brasileira, garantindo meios de participação e controle social cada vez mais amplos aos seus administrados.

---

<sup>1</sup> TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Relatório e parecer prévio sobre as contas do Governo da República – exercício de 2011. Disponível em <[http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/contas/contas\\_governo/Contas2011/index.html#tab7](http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/contas/contas_governo/Contas2011/index.html#tab7)> Acesso em: 31 ago. 2012

## 1. AGÊNCIAS REGULADORAS E ADMINISTRAÇÃO CONSENSUAL

Surgido como resposta jurídica ao arbítrio estatal pós-Revolução Francesa (MELLO, 2007, p. 39), o Direito Administrativo, dentro da tradição romano-germânica, foi lapidado até o século XX, majoritariamente, pela constante atuação do Conselho de Estado da França, sedimentando a supremacia do interesse público sobre o interesse privado, a indisponibilidade do interesse público e, hodiernamente, a sujeição da atuação estatal à legalidade estrita, como baluartes desse ramo do Direito Público.

Sob o prisma de seus institutos, constituintes do chamado regime jurídico-administrativo, fundou-se o Direito Administrativo no conceito de *ato administrativo*, classicamente entendido como o ato unilateral de vontade do Estado, no exercício da função pública, manifestado por meio de seus agentes em consonância com o disposto em lei (MELLO, 2007, p 370).

Destaque-se que a concepção continental europeia do ato administrativo surgiu como construto jurídico com vistas à submissão do poder estatal ao império da lei, abolindo-se das relações entre Estado e Sociedade a arbitrariedade característica do Antigo Regime, todavia, ainda assim, reforçou-se o traço autoritário da unilateralidade em tais atos, no que se distanciou do conceito adotado na tradição anglo-saxônica, consoante afirmam SCHIRATO & PALMA (2009, p. 68):

Diversamente do sistema anglo-saxão de Direito Administrativo, cuja construção histórica alicerça-se na contenção dos *atos autoritários* do Poder Público, o sistema romanístico delineou seu regime jurídico-administrativo pela afirmação de tais atos, reconhecidos como legítimos *atos administrativos*.

Ocorre que, dependendo o regime jurídico-administrativo de comandos normativos expressos, sob pena de impedir a ação da Administração quando não prescrita em lei a conduta adequada para uma situação qualquer, restou ao legislador a tarefa hercúlea de estabelecer regras para a quase totalidade das ações humanas relevantes ao Direito, implicando na desmesurada produção legislativa verificada ao longo do século XX, inclusive no Brasil.

Inobstante, consistindo em verdadeira utopia o esforço legislativo no sentido de normatizar todas as relações humanas, sobretudo diante da crescente



complexidade das interações sociais, inclusive em âmbito internacional, após a II Guerra Mundial, começou-se a verificar uma tendência ao descompasso entre diplomas legais e as situações fáticas às quais se destinavam.

Soma-se a isso o surgimento de grupos sociais cada vez mais organizados, aptos a expressar e defender seus interesses perante a sociedade, e que demonstram descontentamento com o legislador ordinário, o qual não mais se apresenta como agente capaz de representar os interesses da coletividade.

Diante de tais circunstâncias históricas, passa-se a falar em um cenário de “crise da lei”. Segundo BINENBOJM (2008, p. 35):

(...) é fato notório que a segunda metade do século XX assistiu a um processo de desprestígio crescente do legislador e de *erosão da lei formal* – a chamada *crise da lei* – caracterizado pelo desprestígio e descrédito da lei como expressão da vontade geral, pela sua politização crescente ao sabor dos sucessivos governos, pela crise da representação, pelo incremento progressivo da atividade normativa do Poder Executivo e pela proliferação das agências reguladoras independentes.

Como resposta ao momento de crise do Direito Administrativo, passa-se a defender a emergência de novos paradigmas para esse ramo do Direito, falando-se em Constitucionalização do Direito Administrativo (BINENBOJM, 2008), contexto em que se passa a questionar seus fundamentos por meio da sujeição da Administração Pública diretamente à Constituição, de modo que não mais se pautem sua atuação com fulcro apenas na lei em sentido estrito, mas na interpretação constitucional da norma.

Como pontos focais dessa mudança paradigmática, figuram a i) gradual submissão do princípio da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade; ii) a sujeição da atuação administrativa ao princípio da juridicidade, em detrimento da legalidade estrita; iii) a superação da dicotomia entre atos vinculados e discricionários, adotando-se a teoria dos graus de vinculação à juridicidade; e, iv) a admissão da Administração Pública policêntrica como estrutura do Poder Executivo, em substituição ao modelo centralizador (BINENBOJM, 2008).

Ainda que a alteração da estrutura da Administração Pública não configure derradeira mudança paradigmática, é a partir dela que surge a figura das Agências Reguladoras Independentes no ordenamento jurídico pátrio, entidades descentralizadas, possuidoras de parte das competências da Administração Central

para controlar setores da economia relevantes à sociedade e resolver as questões regulatórias características ao dinamismo das relações de mercado<sup>2</sup>.

Nesse sentido o entendimento de MARQUES NETO (2006, p. 82):

A especialidade, a complexidade, a multiplicidade e a velocidade do surgimento das *questões regulatórias* determinam a necessidade de que parcela significativa da regulação estatal seja delegada ao órgão regulador. Até porque nestes espaços se torna possível (mediante os instrumentos de mediação e interlocução internos ao *locus* regulatório) a produção de regras, instrumentos e decisões com muito maior possibilidade de operacionalização (eficácia) e de implementação (efetividade).

Como se verá nesse capítulo, as funções administrativas, normativas e decisórias das Agências Reguladoras atendem a um bloco de legalidade, sujeitando-se à conformidade com dispositivos desde a sede Constitucional até a infralegal, que compõe esse novo paradigma da juridicidade administrativa, de modo que mesmo seus atos supostamente discricionários sujeitam-se ao controle social e judicial, validando-se somente enquanto conformes às balizas definidas por suas leis de criação e regulamentos<sup>3</sup>.

Sobre o exercício do poder discricionário no âmbito da atividade administrativa, dada considerável ampliação dos espaços de discricção dos administradores com a emergência das Agências Reguladoras, válido o ensinamento de MARQUES NETO (2006, p. 573):

(...) o legislador estabelece margens de discricionariiedade quando confere à autoridade a prerrogativa de escolher uma dentre outras opções para concretizar a finalidade do mandamento legal. A discricionariiedade poderá advir 1) da deslegifcação (conferência de margens de liberdade para a administração concretizar normativamente naquilo que o legislador se abster – tácita ou expressamente – de fazê-lo por não ser possível prever todas as hipóteses de incidência da competência administrativa); 2) da utilização pelo legislador de fórmulas amplas cuja concretização depende de uma avaliação subjetiva do agente competente para aplicar a lei); 3) da prescrição de poderes implícitos<sup>4</sup> (quando a lei prescreve uma competência,

<sup>2</sup> Segundo SELZNIK: (...) por 'regulação' deve entender-se um controle prolongado e localizado, exercitado por uma agência pública, sobre uma atividade à qual uma comunidade atribui relevância social. (MARQUES NETO, 2006, p. 84)

<sup>3</sup> Para BINENBOJM (2008, p. 39-40): A emergência da noção de *juridicidade administrativa*, com a vinculação direta da Administração à Constituição, não mais permite falar, tecnicamente, numa autêntica dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, mas, isto sim, em *diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade*. A discricionariiedade não é, destarte, nem uma liberdade decisória externa ao direito, nem um campo imune ao controle jurisdicional. Ao maior ou menor grau de vinculação do administrador à juridicidade corresponderá, via de regra, maior ou menor grau de controlabilidade judicial dos seus atos.

<sup>4</sup> Sobre a teoria dos poderes implícitos, leciona CUNHA (2010, p. 13): A teoria dos poderes implícitos (*inherent powers*) surgiu nos Estados Unidos por conta de construções da Suprema Corte Americana,

prevê a finalidade justificadora de seu manejo, mas ou se omite em determinar a conduta a ser adotada para sua consecução ou arrola uma série de medidas possíveis à escolha do administrador); por fim, 4) da prescrição autorizativa expressa (conferência direta e expressa de uma autorização para a administração, diante do caso concreto, decidir pela utilização, total ou parcial, de suas competências).

Ante o exposto, interessante como as Agências Reguladoras parecem dispor de discricionariedade ampla em seu poder normativo, vez que se enquadram, em maior ou menor grau, nas quatro hipóteses apresentadas no excerto supra. Todavia, mister ressaltar que o exercício dessa discricionariedade jamais poderá fugir ao crivo da juridicidade administrativa, bem como da validação social, caracterizada pela necessária realização de audiências e consultas públicas quando da edição de atos normativos pela agências, sob pena de invalidade dos atos.

Esse espaço de validação social inerente à atuação das Agências Reguladoras, associado a ações de boa governança e transparência, aproxima o Poder Público dos administrados, ao menos no que atine aos agentes relacionados a setores regulados por essas entidades, permitindo a emergência de nichos para desenvolvimento da hodierna Administração Consensual, seja em sede de atuação administrativa, normativa ou decisória, incluindo-se nessa última os atos sancionatórios, objeto específico do presente trabalho.

Sendo assim, exsurge necessidade de analisar ao menos brevemente a atual conformação das Agências Reguladoras brasileiras para então adentar a temática dos espaços de participação social disponíveis nas mesmas, *loci* característicos da ainda inovadora Administração Consensual, em oposição à clássica Administração Unilateral.

---

no que são paradigmáticos os julgados *Mcculloch v. Maryland* (1819), *Myers v. United States* (1926) e *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer* (1952), todos discutindo a utilização pelo Executivo de poderes não explicitados pela Constituição mas essenciais para o atingimento de finalidades constitucionais.

## 1.1. Agências Reguladoras na atualidade

As Agências Regulatórias são figura importada do direito anglo-saxão, tendo sua origem na estadunidense *Interstate Commerce Commission* – ICC, de 1887, criada para regular o setor de transporte ferroviário.

No Direito Administrativo brasileiro a figura das agências reguladoras independentes surge a partir do movimento de desestatização promovido pelo Governo Federal nos anos 90 do século passado, com vistas a regular os setores de serviços públicos outorgados à iniciativa privada (Energia Elétrica, Telecomunicações, Transportes Terrestres etc.), ou serviços privados que por sua importância social mereciam a intervenção regulatório estatal (Vigilância Sanitária, Saúde Suplementar).

Importante salientar que a despeito do setor que venha a regular, essas entidades, seja na esfera federal, estadual ou municipal, participam de uma relação tripartida de poder, constituída pelos interesses de Estado, Prestadores de Serviço e Usuários, motivo pelo qual possuem dentre suas funções precípua a mediação dessas relações<sup>5</sup>.

A função de harmonizar as relações entre o Estado (no seu afã de promover políticas públicas setoriais), Prestadores de Serviço (ávidos pela maximização de lucros) e Usuários (pleiteantes de melhores serviços a preços módicos), dá origem à famosa imagem do triângulo no qual os vértices são ocupados por esses agentes e em cujo centro figura a Agência Reguladora.

Essa função de mediação constante é destacada por MARQUES NETO & CYMBALISTA (2010, p. 53):

Do ponto de vista dos interesses que incumbe proteger pode-se dizer que as agências se prestam, basicamente, a: i) mediar interesses específicos existentes no segmento regulado; ii) implementar políticas públicas definidas pelos espaços decisórios do poder político; iii) tutelar e proteger os interesses dos segmentos hipossuficientes encontrados no setor. Segue daí que sua atividade revelar-se-á na perspectiva de uma “mediação ativa”, ou seja, uma atividade que, paralelamente à necessária mediação dos interesses dos operadores, dos usuários (consumidores), e do poder político

---

<sup>5</sup> Consoante destaca MARQUES NETO (2006, p. 85): Tratando-se de serviços públicos ou atividades de relevância coletiva, de elevado impacto social, teremos sempre uma relação tripartida. Há: i) o produtor da utilidade pública; ii) o seu consumidor; e, iii) o Poder Público (que será titular último ou da rede necessária a essa produção ou do monopólio de sua exploração).

implemente as metas da política pública vigente no setor, viabilizando em especial o atendimento das parcelas mais vulneráveis da sociedade (interesses hipossuficientes).

Por óbvio, a relação tripartida de poderes mencionada acima tende a ser desigual, na medida em que Estado e Prestadores de Serviço detêm maiores possibilidades de fazer valer seus interesses, ao passo que os Usuários, seja em virtude de sua hipossuficiência econômica ou técnica, ou mesmo organizacional, vez que são titulares de direitos difusos de difícil representação.

Cabe então às Agências Reguladoras, no desempenho de suas funções regulatórias, agir de forma a mitigar tais disparidades e garantir a prestação de serviços de qualidade, mediante uso dos instrumentos regulatórios disponibilizados pelo legislador em sua lei de criação, sobretudo aqueles que garantam participação e controle sociais aptos a legitimar suas ações.

Para tanto, foram essas entidades constituídas, no Direito Administrativo pátrio, sob a roupagem de autarquias especiais, especialidade essa marcada por caracteres do que se convencionou chamar *autonomia reforçada* (também tratada por parte da doutrina como independência, por força da origem anglo-saxônica das agências), definida nos seguintes termos por BINENBOJM (2008, p. 255-256):

- 1º) *independência política dos dirigentes*, nomeados por indicação do Chefe do Poder Executivo após aprovação do Poder Legislativo, investidos em seus cargos a termo fixo, com estabilidade durante o mandato. Isto acarreta a impossibilidade de exoneração *ad nutum* pelo Presidente;
- 2º) *independência técnica decisional*, predominando as motivações técnicas para seus atos, que não se sujeitam a *recurso hierárquico impróprio*. Isto gera como consequência a impossibilidade de revisão das decisões das agências pelos Ministérios e mesmo pelo Presidente;
- 3º) *independência normativa*, necessária à disciplina dos serviços públicos e atividades econômicas submetidos ao seu controle, e caracterizada, segundo parte da doutrina, pelo fenômeno da *deslegalização*. Para parte da literatura brasileira (com a qual não se está de acordo), por meio de deslegalização as agências passam a gozar de amplo poder normativo, apto, inclusive, a revogar leis anteriores;
- 4º) *independência gerencial, orçamentária e financeira ampliada*, por força de rubricas orçamentárias próprias e de receitas atribuídas pela lei às agências.

Somente com os traços de autonomia listados acima poderia uma entidade da Administração Pública fazer frente aos interesses do próprio Estado, em sua atuação política, quando estes se mostrarem desmesurados ou tendentes a tolher direitos e garantias de Prestadores de Serviços ou Usuários.

Dentre os traços de autonomia reforçada das Agências Reguladoras, merece destaque, para os fins do presente trabalho, o *poder normativo* conferido pelo legislador com vistas a garantir que as agências disciplinassem os setores regulados de modo adequado e compatível com a dinâmica das atividades econômicas inerentes aos serviços, inclusive no que concerne a evoluções tecnológicas.

No exercício desse poder normativo, o regulador tem como limites obrigatórios a lei de criação da entidade, diploma do qual retira não apenas a previsão de tal prerrogativa, mas também seus liames e finalidades, intrinsecamente vinculadas à melhor prestação do serviço regulado.

Têm-se na espécie diplomas de baixa densidade normativa<sup>6</sup>, em relação aos quais cabe complementação pela via regulamentar, com vistas a dar concretude às finalidades para as quais foi criado o próprio órgão regulador.

Sobre o assunto, muito se discutiu na doutrina, ainda que sem um parecer definitivo ou entendimento jurisprudencial pacífico<sup>7</sup>, acerca da constitucionalidade da atribuição, pelo legislador ordinário, de prerrogativa normativa tão ampla a entidade da Administração Pública, seja ela direta ou indireta.

Aderindo à corrente segundo a qual a adaptação da figura das agências ao ordenamento nacional também importou a noção de estabelecimento de *standards*, pelo legislador, ou seja, de limites de competência para atuação das entidades e utilização plena de suas prerrogativas normativas, defendemos aqui a

---

<sup>6</sup> Sobre o assunto, assevera ARAGÃO *apud* SCHIRATO (2008, p. 110): (...) pode-se vislumbrar a existência de leis (i) com densidade normativa exaustiva, que são leis formais que preveem exaustivamente todas as condutas possíveis, por exemplos, as leis penais e as leis que instituem tributos, (ii) com grande densidade normativa, que são leis formais que regulam grande parte da matéria que constitui seu objeto, mas que ainda permite certo espaço para regulamento sobre temas específicos e secundários (regulamentos meramente executivos), e (iii) com baixa densidade normativa, que apenas estabelecem as linhas mestras (parâmetros gerais) da matéria regulada, demandando profunda regulamentação infralegal.

<sup>7</sup> Sobre o fenômeno da legitimidade do poder normativo das Agências Reguladoras, CARDOSO (2006, p. 198) aponta para a existência de três grandes correntes de pensamento: Analisadas objetivamente, três posições básicas podem ser encontradas, buscando a definição da natureza do poder de emitir normas pelas agências, e o reflexo em seus limites. A primeira, identifica as normas das agências como decorrentes da atividade regulatória, com *status* de lei – denominam direito regulatório; a segunda vislumbra espécie de regulamento conferido às agências; a terceira, mais restritiva, vislumbra nas agências um ente com poderes normativos inferiores ao regulamento, equiparando seus atos aos demais atos administrativos normativos.

constitucionalidade das respectivas leis de criação das Agências Reguladoras, na medida em que balizam de forma suficiente o escopo desse poder normativo<sup>8</sup>.

Ainda assim, mister expor que a conferência de poder normativo não implica em concessão de maior poder discricionário aos organismos reguladores, os quais poderiam, supostamente, no uso de tal prerrogativa, ampliar seus poderes de intervenção sobre os setores regulados para além do preconizado pelo legislador, exorbitando o feixe de competências herdados da Administração Pública Direta.

Assertiva nesse sentido não apenas é inverídica como diametralmente oposta à realidade de atuação dessas entidades, vez que o exercício do poder normativo atua no sentido de restringir progressivamente o espaço de discricionariedade das agências, as quais passam a ter o exercício de suas funções vinculados não apenas aos parâmetros de suas respectivas leis de criação, mas também aos regulamentos infralegais exarados mediante sua função normativa.

Curiosamente, nascidos sob a égide do princípio da juridicidade administrativa, na prática, com o uso do poder normativo, o que fazem as agências reguladoras é se submeter casa vez mais ao princípio da legalidade estrita, consubstanciado em suas próprias regulamentações.

Tal posicionamento, acerca da redução de discricionariedade por meio do exercício de poder normativo, é professado por MARQUES NETO (2006, p. 572):

(...) as Agências possuem uma discricionariedade (entendida em sentido amplo) menor do que aquelas tradicionalmente conferida aos órgãos administrativos. (...) Primeiro, porque suas competências vêm melhor definidas nas leis que lhes instituem (a partir da preocupação de delimitar o núcleo de competências a ser exercido com autonomia reforçada – ou com independência como prefiro – em face da Administração Direta, o legislador é obrigado a precisar melhor competências). Segundo, porque ao editar normas gerais, como aludi acima, o regulador é obrigado a reduzir sua margem de liberdade, vinculando-se material e procedimentalmente às suas próprias normas. Terceiro, porque em regra não remanesce ao regulador uma margem de liberdade no sentido de decidir se atua ou não, pois no geral está subsumido ao princípio da função e ao dever de decidir (...). Por fim, porque sua atuação subsumida que está ao princípio da proporcionalidade, se encontra permanentemente sob o crivo da aferição da necessidade, adequação e ponderação das medidas adotadas, o que oferece um linde à discricionariedade pelo controle *a posteriori* dos atos.

---

<sup>8</sup> Esse o entendimento defendido por SUNDFELD (2006, p. 27-28): A constitucionalidade da lei atributiva depende de o legislador haver estabelecido *standards* suficientes, pois do contrário haveria delegação pura e simples de função legislativa.

O fenômeno acima descrito constitui-se em verdadeira dupla vinculação à legalidade por parte das Agências Reguladoras, a uma por deterem sua atuação, sobretudo no que atine aos espaços de discricionariedade, limitada pelos *standards* previstos em suas leis de criação, e a duas por autolimitarem sua função regulatória cada vez que exaram atos normativos regulamentares, passando a deter o dever de agir segundo os parâmetros neles descritos.

Opera-se assim uma “vinculação derogatória da margem de discricionariedade” (MARQUES NETO, 2006, p. 581), ou seja, uma autovinculação<sup>9</sup> das Agências Reguladoras a seus próprios atos normativos com vistas a garantir a segurança jurídica necessária ao bom desempenho das atividades econômicas dos setores regulados, sem que venham a ser surpreendidos por alterações súbitas nas políticas regulatórias.

Nesse ponto, válido apontar para o fato de que o exercício do poder normativo pelo regulador, também chamado poder “quase-legislativo”, por força da influência anglo-saxônica do instituto, resulta na criação de normativos de sede regulamentar em face da lei de criação das entidades, aos quais também correspondem sanções por seu descumprimento, penalidades essas cujas espécies devem vir previstas na lei originária sob pena de violação ao princípio da tipicidade, ainda que o mesmo seja flexibilizado em sede administrativa, consoante se verá mais adiante.

Assim, atualmente, incumbe aos organismos reguladores não apenas a função de mediação e de normatização dos setores regulados, mas também a função decisória, também chamada “quase-jurisdicional”, na qual a aplicação de sanção, mediante o devido processo administrativo sancionatório, também consubstancia instrumento regulatório apto a induzir condutas, corrigir irregularidades e cessar infrações, aspectos a serem discutidos quando da análise do espaço discricionário existente na aplicação de sanções.

Por fim, dentro desse panorama, não se poderia deixar de destacar a relevância da participação e do controle sociais no âmbito regulatório, sendo crescente o número de instrumentos pelos quais a sociedade, seja de forma

---

<sup>9</sup> Reforçando seu posicionamento, no sentido da atividade normativa autolimitadora das Agências Reguladora, afirma MARQUES NETO (2006, p. 582-583): (...) ao disciplinar normativamente (portanto de forma geral e abstrata) os critérios, procedimentos e conceitos que adotará em uma determinada ação concreta, o regulador estará se vinculando ao conteúdo desta norma. O regulamento editado pelo regulador vincula-o, implicando a prática na autolimitação da margem de discricionariedade que antes lhe fora conferida pela Lei.



individual ou coletiva, apresenta pleitos e defende interesses perante o órgão regulador quando do exercício da função administrativa, da função normativa ou mesmo da função sancionatória.

São ferramentas consagradas desse impulso participativo as consultas e audiências públicas, atualmente realizadas, inclusive, no decorrer de processos específicos dos Poderes Legislativo e Judiciário, constituindo-se em desafio para o adequado aproveitamento desses espaços os métodos de legitimação dos interessados em determinada matéria, bem como a garantia de respostas fundamentadas por parte da autoridade, após considerar as manifestações de todos os participantes, integrando essas respostas a própria motivação do ato que se pretende formar.

Ademais, ainda que sejam populares tais formas de participação social na atividade regulatória, possível ainda vislumbrar participação social no âmbito do processo administrativo sancionatório, geralmente de forma individualizada, mediante a contribuição do infrator na constituição de sua própria penalidade, situação na qual se garante maior aderência da atuação punitiva ao princípio da proporcionalidade, bem como, maior probabilidade de cumprimento da sanção estabelecida.

Surgem nesse íterim os acordos substitutivos, instituto a ser analisado em capítulo mais adiante, restando por ora a consciência de sua existência, que ao lado dos instrumentos consagrados de participação e controle social, tais como consultas e audiências públicas, permitem revelar nas Agências Reguladoras atuais uma faceta de fundamental importância para os novos paradigmas do Direito Administrativo, qual seja a emergência de uma Administração Consensual, na qual os administrados tendem a, cada vez mais, participar da formação dos atos administrativos.

## **1.2. O despertar da Administração consensual**

Ao falar da “crise da lei”, apontamos para o fato de que não se pode mais negar a crescente complexidade das relações sociais que caracterizaram o final do

século XX e agora são realidade no início do século XXI. A globalização, a difusão massiva dos meios de comunicação, o fenômeno das redes sociais, a emergência de ONG's de alcance mundial, colocam em cheque o modelo clássico de representação política, no qual os cidadãos, por não deterem os meios para defender seus interesses, indicavam representante para fazê-lo em seu nome perante o Poder Público.

Na aldeia global dos dias atuais, nunca fez tanto sentido o Estado Democrático de Direito, como espaço de garantia e efetivação dos direitos fundamentais, de modo que não pode mais a Administração Pública permanecer alheia aos acontecimentos e permanecer autoritariamente a decidir seus atos vinculando-se tão somente à letra fria da lei, sem que democraticamente afira, no caso concreto, o que é o interesse público, qual a parcela da sociedade afetada e o melhor modo de se atingir ao fim que se destina o ato.

Sobre o tema, é relevante a lição de MARQUES NETO (2006, p. 79):

Uma primeira consequência desse processo é que o Estado tem que se afastar do seu caráter autoritário. Tem que abandonar a perspectiva da unilateralidade em favor da transação; o *poder extroverso*, confrontado com um crise de efetividade, tem de se transmutar, no exercício de algumas de suas funções, em *poder consensado*, em mediador ativo das relações sociais e econômicas. Isso torna necessário que a atividade regulatória estatal: i) passe a ter uma maior preocupação com a motivação, não meramente formal, de seus atos; ii) tenha um caráter marcadamente procedimental, processualizado, com sua subordinação a regras, ritos e procedimentos claros e preestabelecidos; iii) envolva fortemente os administrados – mormente os atores relacionados ao setor específico objeto da regulação – no processo decisório; mediante o recurso a consultas e audiências públicas, por exemplo; iv) não possa se desenvolver sem uma radical transparência, traduzida na radicalização do princípio da publicidade e na introdução de efetivos mecanismos de controle pelos sujeitos e interessados no exercício desta atividade.

A noção de poder consensado, apresentada supra, compõe o caráter marcante da chama Administração Consensual, em oposição à tradicional Administração Unilateral. Nesse novo paradigma da ação estatal, são flexibilizados os clássicos princípios da supremacia do interesse público e da legalidade, gradualmente substituídos pela construção democrática do interesse público, em concreto, e pela vinculação ao princípio da juridicidade, sujeitando a legalidade estrita ao filtro constitucional, com vistas à concreção dos princípios fundamentais.

Para tanto, consoante apontado no excerto ora em apreço, mister maior esforço da Administração no sentido de processualizar ou procedimentalizar a

formação de sua “vontade”, até então expressa unilateralmente via ato administrativo, em sua clássica acepção de ato unilateral emitido sob o regime de Direito Público no exercício da função administrativa<sup>10</sup>.

Ainda que parte da doutrina permaneça fiel à unilateralidade como característica inerente ao ato administrativo, importante destacar que a natureza jurídica de determinado instituto não deve ser aferida a partir de sua forma, mas de sua substância, haja vista a possibilidade de formação de atos jurídicos da mesma natureza por meios distintos.

Nesse sentido, valiosa a contribuição de SCHIRATO & PALMA (2009, p. 78):

Pode-se dizer que os atos administrativos têm um caráter material (são exarados no âmbito do exercício de função administrativa típica) e um caráter formal (dependem de forma específica prevista em lei). No entanto, não há, necessariamente, uma vinculação do caráter formal à unilateralidade. Apenas haverá quando a lei assim expressamente dispuser e exigir.

Ora, mesmo perante a concepção administrativista clássica do instituto, correspondendo sua a vinculação à legalidade ao atendimento da forma descrita em determinado diploma, não há que se falar em unilateralidade como característica intrínseca ao ato administrativo, salvo determinação legal expressa, de modo que, inexistindo tal prescrição, não haveria óbice a sua formação de maneira bilateral ou multilateral, vez que tais características não retirariam do ato administrativo sua essência (SCHIRATO; PALMA, 2009, p. 78).

Destarte, o método de formação do ato administrativo não o desfigura, desde que mantida sua essência de ato voltado à função administrativa, exarado por agente capaz, balizado pelo Direito Público, sujeito ao controle jurisdicional em sua aderência à lei e à constituição, e voltado a uma finalidade de interesse público.

---

<sup>10</sup> Gradualmente o caráter unilateral do ato administrativo vai sendo retirado das definições expressas na doutrina pátria, ainda que não o tenha sido completamente, senão vejamos alguns exemplos: “(...) declaração unilateral do Estado no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante comandos concretos complementares da lei (...) expedidos a título de lhe dar cumprimento e sujeitos a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.” (MELLO, 2007, p. 370); “Ato administrativo é uma manifestação de vontade funcional apta a gerar efeitos jurídicos, produzida no exercício de função administrativa”. (JUSTEN FILHO, 2011, p.350); “(...) a exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que, sob regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público”. (CARVALHO FILHO, 2008, p. 96); “Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade no exercício de função administrativa que tenha por fim imediato criar, modificar ou extinguir direitos ou obrigações”. (ARAGÃO, 2012, p. 142); “(...) pode-se definir o ato administrativo como a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário”. (DI PIETRO, 2010, p. 196).

Considerando-se tais requisitos, não se revela vedada ou sequer desaconselhável a formação de tais atos por meio de consenso com a coletividade a que se destinam, atendendo esse tom de bilateralidade a pressuposto objetivo do ato administrativo, qual seja seu procedimento de formação<sup>11</sup>, substituindo-se uma noção abstrata de interesse público, finalidade maior do agir administrativo, por uma noção concreta, procedimentalmente construída.

Para tanto, ganha destaque a função do processo ou procedimento administrativo como espaço para a formação de soluções consensadas entre Administração e Sociedade, tendo em conta os fins a que se destina o ato administrativo, argumentação defendida por SUNDFELD (2006, p. 46):

A grande ideia do processo é fazer com que haja participação, com que os que têm interesses direta ou indiretamente atingidos, dialoguem, aberta e integralmente. Mas é fundamental que também a autoridade que decide seja obrigada não só a ouvir, mas a dialogar.

Ao dialogar com a Sociedade, legitima a Administração sua forma de produção de atos administrativos, bem como tende a fundamentar adequadamente a tomada de decisões, dado o papel do processo como fragmentador da construção de um resultado<sup>12</sup>, que passa então a ser entendido como a soma de atos sucessivos com vistas a um fim, passíveis de maior controle a posteriori.

A conferência ao processo administrativo dessa função de composição de interesses é apontada como forma de racionalizar e otimizar decisões, consoante assevera GONÇALVES LOUREIRO, citado por FERRAZ & DALLARI (2002, p.26):

“É nesse contexto que o procedimento, quer em sentido jurídico, quer na perspectiva da ciência da Administração ou, de uma forma mais geral, da teoria da decisão, aparece revalorizado como autônomo mecanismo de composição de interesses, de garantia de democrática, com funções legitimatórias, como mecanismo de tutela dos cidadãos, como instrumento

---

<sup>11</sup> Conforme SCHIRATO & PALMA (2009, p. 80): (...) seguindo as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, vemos o consenso e a negociação como partes integrantes dos pressupostos formalísticos e procedimentais do ato administrativo a ser produzido de forma bilateral.

<sup>12</sup> Assim a definição de JUSTEN FILHO (2011, p. 306): O procedimento configura-se numa fragmentação da competência decisória, a qual é pulverizada em uma pluralidade de atos formalmente diversos, mas logicamente inter-relacionados. O procedimento impõe que a função administrativa se traduza numa série de atos dissociados, o que pode envolver inclusive a produção de atos por particulares. A complexidade da questão a ser decidida será solucionada a partir de decisões limitadas. Há um ato decisório final, mas seria juridicamente impossível dissociar esse ato daqueles que o antecederam. O ato final é o resultado das etapas anteriores, de modo inclusive a impedir que a validade dele seja avaliada sem considerar o conjunto dos atos praticados.

de racionalização e otimização das decisões, como operador relevante na realização dos direitos fundamentais.”

Gradualmente, com a emergência da Administração Consensual, desloca-se o processo administrativo para o centro do conceito de ato administrativo, como método mais adequado para sua formação consensada, substituindo-se a unilateralidade pela bilateralidade na relação Administração-Sociedade, seja na tomada de decisões, no exercício da função administrativa ou na resolução de conflitos (SCHIRATO; PALMA, 2009, p. 70).

Como vantagens desse movimento em direção à consensualidade na atuação administrativa possível apontar a maior eficácia das decisões, dado haver maior aderência ao cumprimento das mesmas por aqueles que tenham participado de sua criação<sup>13</sup>, fator que, associado à procedimentalização, confere caracteres de validade e eficácia ao ato administrativo resultante<sup>14</sup>.

Em tal contexto, novamente adquirem as Agências Reguladoras um papel relevante, entidades que incluem no seu atuar administrativo cotidiano diversos processos de participação social, dentre os quais se destacam não apenas audiências e consultas públicas, mas também acordos substitutivos de sanção e ações de transparência.

Os atos administrativos exarados pelos órgãos reguladores tendem a incluir em seu processo de informação espaços de contribuição comumente utilizados pelos agentes que venham a ser atingidos pelo resultado, tais como Prestadores de Serviços, associações de Usuários ou mesmo entidades estatais, como Governos Estaduais ou Municipais, dentre outros.

Ações assim contribuem para legitimar os atos do regulador, consoante ensinamento de MARQUES NETO (2006, p. 91-92):

Os órgão reguladores de nova geração substituem a *autoridade unilateral* e adjudicatória pela *autoridade negocial*, permanentemente construída. (...) a

---

<sup>13</sup> Segundo SCHIRATO & PALMA (2009, p. 71): Mostra-se, neste cenário, paulatinamente mais eficaz e mais necessária a adoção de mecanismos consensuais pela Administração Pública na realização de suas atividades, com a finalidade de se garantir maior eficácia às relações jurídico-administrativas, uma vez que decisões formadas por consenso tendem a ser menos desrespeitadas do que decisões impostas unilateralmente.

<sup>14</sup> Assim assevera KELSEN, citado por SCHIRATO & PALMA (2009, p. 81): “Destarte, caso a norma hierarquicamente superior (lei ou regulamento, conforme o caso) venha a determinar que o ato dependerá da forma bilateral, formado após processo de negociação, serão a negociação e a forma bilateral condições de validade do ato e a concordância de todas as partes e a ocorrência de todas as condições eventualmente existentes requisitos de eficácia do ato”.

legitimação desta autoridade terá que se dar muito menos pela presunção da supremacia e inoponibilidade do poder estatal (poder extroverso), e muito mais: i) pelo respeito às regras do jogo; ii) pela clareza dos objetivos e princípios estabelecidos pelo setor; iii) pela transparência do procedimento regulatório; iv) pela capacidade de interlocução com os diversos atores envolvidos; e v) pela detenção do conhecimento técnico aplicável ao setor.

Ainda que existam tais espaços, inclusive como requisito legal de atos decisórios que afetem direitos de agentes do setor regulado, válido destacar o apelo desses pela ampliação de tais ambientes negociais, sobretudo em sede de processos administrativos sancionatórios, como ocorreu na Consulta Pública nº 847/07, promovida pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, com vistas para colher manifestações para seu novo regulamento de infrações<sup>15</sup>.

O espaço consensual no âmbito dos processos sancionatórios ganhou contornos mais precisos com a prática dos acordos substitutivos em âmbito regulatório, denotando efetiva emergência de uma Administração Consensual<sup>16</sup> no Brasil.

Em conclusão ao tema da consensualidade, aponta a doutrina que esse movimento reforça a quebra da clássica oposição entre Estado e Sociedade, os quais passam a deter o diálogo, viabilizado pelo processo administrativo como maior ferramenta de concreção do interesse público, tal qual ensina Odete Medauar, citada por MARQUES NETO (2006, p. 95):

(...) mediante a colaboração individual ou coletiva de sujeitos no processo administrativo, realiza-se a aproximação entre Administração e cidadãos. Rompe-se, com isso, a ideia de Administração contraposta à Sociedade; muda a perspectiva do cidadão visto em contínua posição de defesa contra o Poder Público que age de modo autoritário e unilateral; quebra-se a tradição de interesse público oposto a interesse privado.

Desse modo, resta evidente serem as Agências Reguladoras entidades de vanguarda no que atine aos parâmetros de uma Administração Consensual, superando a tradição do ato administrativo unilateral pela prática do processo

<sup>15</sup> Em análise ao Relatório Final da referida Consulta Pública, concluiu PALMA (2010, p. 17): Da leitura exaustiva da CP nº 847/07 extraem-se três demandas regulatórias patentes: i) demanda por amenização da intensidade da regulação, ii) demanda por redução de discricionariedade conferida pelo projeto de regulamento de aplicação de sanções administrativas ao regulador e iii) demanda por instrumentos consensuais.

<sup>16</sup> Assim o entendimento de SCHIRATO & PALMA (2009, p. 69): O movimento pró-consenso atualmente verificável é apontado como decorrência de a celebração de acordos no âmbito da Administração Pública se coadunar com as demandas, cada vez mais incisivas, por celeridade no provimento administrativo, participação do administrado na tomada de decisões administrativas e eficiência quanto à conformação da atuação administrativa.

administrativo comercial, incluído no exercício de suas funções administrativas, normativas e decisórias, até mesmo quando da apuração e aplicação de penalidade, consoante se verá adiante.

## 2. ACORDO SUBSTITUTIVO NA AÇÃO REGULATÓRIA

Os acordos substitutivos surgem no contexto da Administração Consensual, em um ambiente no qual o Estado substitui gradualmente sua atuação unilateral por uma atuação negocial, por meio de processos que envolvem a participação direta dos agentes interessados no resultado final do ato administrativo, submetendo-se à juridicidade e à persecução do interesse público relevante em concreto, em detrimento das tradicionais noções de legalidade estrita e interesse público em abstrato.

Como visto no capítulo anterior, as Agência Reguladoras figuram como entidades centrais nesse novo paradigma consensual da Administração Pública, seja por seu vanguardismo na adoção de mecanismos de participação e controle social, seja pela tendência de incorporação de novas ferramentas negociais com os setores regulados, inclusive em sede de processos sancionatórios.

Para tanto, necessário entender do que se tratam acordos substitutivos e em que medida o ordenamento jurídico permite sua aplicação às situações em que se verificam infrações administrativas.

Nesse sentido, válido começar pela conceituação doutrinária do que sejam acordos substitutivos, valendo-nos para tanto do magistério de SUNDFELD & CÂMARA (2011 p. 133):

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.

Da definição decorre que os acordos substitutivos são instrumentos consensuais de tomada de decisão e composição de conflitos entre a Administração e infratores, alternativos ao processo sancionatório, mas ainda assim, guardando a natureza de ato processual (SCHIRATO; PALMA, 2009, p.73), razão pela qual devem sujeitar-se ao crivo da juridicidade, da proporcionalidade e do devido processo, como formas de controle no intuito de identificar se da negociação resultou solução vantajosa ao interesse público específico.



Ademais, análise semântica da expressão permite retirar os dois caracteres essenciais a tais instrumentos, quais sejam a consensualidade, inerente a um acordo, e a alternatividade, necessária à substituição. Em relação à consensualidade, dado ter sido tema explorado no capítulo anterior, será apenas eventualmente complementado ao longo do atual.

Já no que atine à alternatividade, interessa ao presente trabalho a alternatividade do acordo em relação a um processo administrativo sancionatório, o que somente é possível caso o ordenamento assim o permita, revelando-se ilegal caso o normativo que prescreva a penalidade determine sua aplicação como única opção caso subsumido o tipo infracional, em detrimento de facultar seu modo de aplicação.

No primeiro caso, de imposição rígida da sanção como única forma de agir, tem-se um *sistema normativo fechado*, no qual resta afastada do julgador qualquer discricionariedade quanto à forma de aplicação de penalidade. Por outro lado, caso seja autorizada a *modulação em concreto* da sanção, mediante negociação com o infrator, tem-se um *sistema normativo aberto*, o qual deve prever os parâmetros gerais da penalidade (SUNDFELD; CÂMARA, 2011 p. 133-134).

Quando se tem em mente uma Agência Reguladora, verifica-se que essa figura administrativa faz parte de um sistema normativo aberto, cabendo à norma de criação estabelecer apenas alguns *standards* dentro dos quais deve ser exercido o poder normativo regulamentar da entidade, a qual então complementa discricionariamente os espaços deixado pelo legislador, com vistas a adequar o arcabouço regulatório às constantes alterações do setor regulado<sup>17</sup>.

Consistindo em leis gerais e abstratas, as normas de criação das Agências Reguladoras, ao prescrever sanções, limitaram-se a estabelecer espécies punitivas aplicáveis ao setor regulado (advertência, multa, suspensão, cassação, declaração de inidoneidade etc.) e alguns critérios para sua aplicação, todavia sem determinar correspondência entre as penalidades e os tipos de infração, tarefa atribuída ao regulador no uso de seu poder normativo.

---

<sup>17</sup> Para ARAGÃO, citado por CUNHA (2010, p. 23): (...) as leis instituidoras das agências reguladoras integram, destarte, a categoria das leis-quadro (*lois-cadre*) ou standartizadas, próprias das matérias de particular complexidade técnica e dos setores suscetíveis a constantes mudanças econômicas e tecnológicas.

Assim, surgiram nos órgãos reguladores regulamentos prescrevendo obrigações cujo descumprimento acarretaria aplicação de uma das espécies sancionatórias descrita na lei ou, celebração de acordo substitutivo.

O grau de discricionariedade conferida ao regulador para celebrar tais acordos permanece à disposição enquanto a lei de criação da agência, ou seus próprios regulamentos, não determinarem a sanção como única “solução” jurídica para a ocorrência de um ato infracional pelos regulados.

Passa assim, ao lado da sanção, o acordo substitutivo a figurar no rol de instrumentos regulatórios das agências, aptos a induzir comportamentos no intuito de cessar condutas, corrigir irregularidades e reparar danos, todavia de forma consensual, em detrimento de imperativa, como sói ocorrer com a sanção<sup>18</sup>.

Com a opção pelo instrumento consensual, deve visar o regulador à satisfação das finalidades específicas do setor regulado, sobretudo no que atine à qualidade do serviço e seu acesso aos usuários, o que pode ser feito por meio de negociação no sentido de estabelecer obrigações de fazer, não-fazer ou indenizar (PALMA, 2010, p. 25).

Inobstante seja uma opção do regulador, não há garantias de que o acordo substitutivo tenha adesão do infrator, vez que, como ato bilateral que é, não obriga sua participação, sobretudo caso não tenha incentivos para tanto, preferindo a via litigiosa do processo sancionatório em sede administrativa e, eventualmente, em impugnação judicial superveniente, associada à demora comumente esperada dessa via na prática nacional.

Assim, há pressupostos não apenas legais, mas circunstanciais para a celebração de acordos substitutivos de sanção, apontando MARQUES NETO & CYMBALISTA (2010, p. 53) como sendo os principais:

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

---

<sup>18</sup> Para PALMA (2010, p. 30): Com a ascensão da consensualidade no Direito Regulatório e o reconhecimento dos acordos substitutivos como efetivos instrumentos regulatórios, os mecanismos consensuais podem ser empregados para terminação consensual do processo sancionador em detrimento i) do prosseguimento do processo para apuração de eventual infração administrativa e aplicação da correspondente sanção ou ii) da aplicação da sanção administrativa se restar configurada infração administrativa.

parcial à aplicação de uma sanção, seja em natureza, seja ainda em volume (montante).

O primeiro pressuposto apresentado usualmente consubstancia-se na suspensão do processo sancionatório enquanto da celebração ou da vigência de acordo substitutivo. O segundo pressuposto diz respeito à prescrição de obrigações, sejam de fazer ou não-fazer, internamente ao acordo, e que devem ser mais vantajosas ao interesse público específico do que a aplicação da sanção, justificando então sua eleição. E o terceiro pressuposto consiste na concessão de incentivo à adesão do infrator ao acordo, normalmente consubstanciado em desconto no valor esperado caso aplicada sanção.

Como se verá adiante, os acordos substitutivos encontram como empecilhos constantes questionamentos em virtude de suposta violação aos princípios clássicos da supremacia do interesse público e da legalidade. Nesse sentido, afirma PALMA (2010, p. 36):

De todas as dificuldades que os acordos substitutivos possam eventualmente se deparar, certamente a barreira cultural é a que mais tolhe o aproveitamento da potencialidade dos instrumentos consensuais. Ainda remanesce muito forte no subconsciente coletivo o dever de sancionar (punir) – nessa linha, o emprego de instrumentos consensuais sofre grande resistência e até mesmo preconceito, pois visualizados como instrumentos de “impunidade”.

A despeito do esperado preconceito com o qual sofrem as inovações em campos do conhecimento conservadores como o Direito, ao invés de consistirem em instrumentos viabilizadores de impunidade na seara administrativa, especificamente no âmbito regulatório, os acordos substitutivos se apresentam como ferramentas exemplares para atuação da Administração Consensual, dentro dos novos paradigmas de Direito Administrativo, observando fielmente ao princípio da juridicidade e contribuindo para a satisfação do interesse público em concreto, temas que serão explorados a seguir.

## 2.1. O caminho da juridicidade

Dentre as críticas à adoção, pela Administração Pública, de instrumentos negociais para tomada de decisões, composição de conflitos ou imposição de penalidades, é recorrente o argumento segundo o qual tais mecanismos violariam o princípio da legalidade, dada ausência de previsão legal para sua utilização e o fato do ato sancionatório importar em ato vinculado, impassível de substituição a critério do administrador.

A primeira parte do argumento não poderia ser mais equivocada, vez que o próprio ordenamento pátrio prevê, em diversos normativos, a existência de instrumentos consensuais nos moldes de acordos substitutivos, inclusive para correção de irregularidades e retorno de condutas aos parâmetros legalmente definidos, sendo, em tal ponto, a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, a Lei de Ação Civil Pública, explícita na previsão do chamado compromisso de ajustamento de conduta<sup>19</sup>, senão vejamos:

§ 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.

Inobstante, possível ainda verificar a existência de diversas outras espécies do gênero acordo substitutivo no ordenamento vigente, tais como o termo de compromisso de cessação, da Lei de Concorrência (Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994), o termo de compromisso, da Lei de criação da Comissão de Valores Mobiliários – CVM (Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976), o termo de compromisso de ajuste de conduta, da Lei de criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS (Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998), dentre outros.

---

<sup>19</sup> Segundo afirmam FARIAS & PINHO (2009, p. 33): (...) o termo de ajustamento de conduta, já previsto no artigo 211 da lei 8069/90, passa a ser regulamentado nos termos do artigo 113 do Código de Defesa do Consumidor, instrumento que veio a introduzir o parágrafo 6º no artigo 5º da Lei 7347/85 (Lei da Ação Civil Pública), pelo que a nova disposição passou a ser aplicável aos direitos coletivos *lato sensu*, ou seja, aos direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, considerada a norma do artigo 117 do Código de Defesa do Consumidor, que acrescentou o artigo 21 à Lei da Ação Civil Pública.

Ademais, com a produção normativa das Agências Reguladoras, passaram a figurar no âmbito infralegal outros espécies de acordos<sup>20</sup>, tais como o Termo de Ajustamento de Conduta – TAC, da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, previsto em sua Resolução nº 442, de 17 de fevereiro de 2004, a ser estudado no capítulo 3, ou o recentíssimo compromisso de ajustamento de conduta da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, aprovado pela Resolução nº 589, de 7 de maio de 2012<sup>21</sup>.

Válido destacar que, mesmo na ausência de regulamentos próprios prevendo a hipótese de celebração de acordos substitutivos, poderiam as Agências Reguladoras, na qualidade de autarquias que são, fazer uso da autorização genérica conferida pela Lei de Ação Civil Pública aos entes autárquicos para, observado o critério da pertinência temática, em defesa de algum interesse difuso, tais como são os de usuários de serviços públicos, e firmar compromissos de ajustamento de conduta com infratores.

Resta, portanto, evidente a existência de ao menos três fundamentos normativos para a celebração de acordos substitutivos pela Administração, consoante elencam SUNDFELD & CÂMARA (2011, p. 141-142):

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

Dessa forma, os acordos substitutivos, seja ao deterem previsão normativa expressa, seja ao decorrerem de exercício do poder regulamentar, não apenas observam ao princípio da legalidade, como ao princípio da juridicidade, o qual

---

<sup>20</sup> Nesse sentido o entendimento de SUNDFELD & CÂMARA (2011, p. 137): (...) regulamentos editados por agências reguladoras setoriais podem instituir hipóteses específicas de acordos substitutivos, com base no mesmo poder normativo em que se baseiam para editar os regulamentos responsáveis pela constituição de deveres e proibições específicos, e, portanto, pela definição das infrações e sanções correspondentes.

<sup>21</sup> Merece ser reforçada nesse ponto a tese da autovinculação das Agências, consoante leciona MARQUES NETO (2006, p. 584): Esta autovinculação é inerente ao princípio da legalidade. Quando o ente da Administração que recebeu competências normativas do legislador edita um regulamento, esta norma infralegal (regulamentar) passa a integrar a lei como se nela houvesse sido inserida. O regulamento passa a integrar a norma legal conferindo à lei maior textura normativa.

engloba o primeiro, dado decorrer diretamente da interpretação de regras e princípios de ordem constitucional (BINENBOJM, 2008, p. 37), sujeitando-se a Administração Consensual não mais apenas à lei, mas ao Direito como um todo<sup>22</sup>.

Tal assertiva é importante para refutar a segunda parte do argumento contrário aos acordos substitutivos, qual seja o de que a sanção, como ato administrativo unilateral e imperativo não poderia ser discricionariamente substituído por ato consensual, sob pena de nova violação ao princípio da legalidade, considerando estar a aplicação de penalidade vinculada à ocorrência de um determinado ilícito administrativo.

Novamente o argumento parece equivocado, sobretudo ao se considerar o caráter de “vinculação negativa da Administração Pública à lei estrita no tema da consensualidade” (SCHIRATO; PALMA, 2009, p. 89), de modo que não sendo expressamente vedada a celebração de acordos substitutivos, como ocorre na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, art. 17, §1º), figuram os meios de formação consensual dos atos administrativos como ferramentas válidas e acessíveis ao administrador.

Também nesse sentido o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal – STF em sede das razões de decidir do Recurso Extraordinário nº 235.885, citado por SCHIRATO & PALMA (2009, p. 90-91):

(...) a previsão autorizativa legal expressa apenas será imprescindível à celebração de acordos pela Administração Pública quando o conteúdo dos mesmos importar em renúncia a direitos, alienação de bens ou assunção de obrigações extraordinárias pela Administração. (...) a indisponibilidade do interesse público pode ser atenuada quando a Administração Pública puder melhor atender à ultimização desse interesse.

Reforçada tese de que não depende de previsão legal expressa a celebração de acordos pela Administração, mas tão somente sua vedação, deve-se afastar a tese de que a sanção é consequência diretamente vinculada à verificação de ilícitos administrativos.

---

<sup>22</sup> Essa a lição de ARAGÃO, citado por SCHIRATO (2008, p. 115): Evoluiu-se para se considerar a Administração Pública vinculada não apenas à lei, mas a todo um bloco de legalidade, que incorpora os valores, princípios e objetivos jurídicos maiores da sociedade, com diversas Constituições (por exemplo, a alemã e a espanhola) passando a submeter a Administração Pública expressamente à “lei e ao Direito”, o que também se infere implicitamente da nossa Constituição e expressamente da Lei de Processo Administrativo Federal (art. 2º, Parágrafo Único, I). A esta formulação dá-se o nome de Princípio da Juridicidade ou da legalidade em sentido amplo.

Para tanto, mister identificar qual seja a função da sanção administrativa, de molde a constatar se sua previsão legal vincula realmente o agir administrativo ou apenas confere faculdade ao administrador, no que teria tons de discricionariedade.

Adotaremos aqui a definição de sanção administrativa apresentada por PALMA (2010, p. 9), para quem:

Consiste a sanção administrativa em efetivo instrumento regulatório, fundado no exercício do poder sancionador, com vistas a satisfazer as finalidades ínsitas ao setor regulado por meio da repressão a práticas infracionais. Trata-se de ato administrativo unilateral e imperativo, pois seu conteúdo impõe-se independentemente da aquiescência do sancionado, com quem termina por travar uma relação vertical de autoridade.

Da definição se extrai que mesmo em seus traços de unilateralidade e imperatividade, a sanção administrativa se revela como mero instrumento para consecução de uma finalidade de interesse público (traço de atos típicos do que se convencionou chamar *hard law* ou *hard regulation* na tradição jurídica anglo-saxônica), em detrimento um mister punitivo do Estado em desfavor de seus administrados.

Admitir que um instrumento administrativo qualquer tem seu uso vinculado à mera subsunção de determinada conduta equivale a reconhecer que tal instrumento detém um fim em si mesmo. Em outras palavras, ao se admitir a sanção como única resposta a um dado ilícito administrativo, admite-se que a sanção detém por finalidade sancionar<sup>23</sup>, o que fere de morte o princípio da finalidade, pressuposto dos atos administrativos válidos.

Inafastável da concepção de ato sancionatório, no Direito Administrativo hodierno, o caráter instrumental, em detrimento do caráter finalístico inerente às arbitrariedade do Estado Policial, no qual se verificava a dinâmica da sanção pela sanção, sem que isso decorresse da persecução de qualquer finalidade identificável com interesse público, senão o da própria Administração<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> Corroborar tal entendimento ARAGÃO, citado por PALMA (2010, p. 32): A sanção é mero instrumento para atingimento das finalidades primárias do órgão (...) a finalidade da atividade regulatória estatal não é a aplicação das sanções e sim a obtenção das metas, pautas e finalidades que o legislador eleger como relevante alcançar.

<sup>24</sup> Nesse sentido lecionam MARQUES NETO & CYMBALISTA (2010, p. 61): A mudança de perspectiva faz com que o procedimento destinado a apurar a perpetração de uma infração deixe de ser visto como palco para a reconstrução da soberania administrativa ofendida, para ser encarado simplesmente como um mecanismo – dentre outros, mais econômicos, eficazes e consensuais – para a reparação do dano causado e para o restabelecimento dos comportamentos almejados pela regulação.

A refutação da sanção como fim em si, sobretudo no âmbito das Agências Reguladoras, é expressa em voto do então Diretor da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, José Guilherme Silva Menezes Senna, citado por MARQUES NETO & CYMBALISTA (2010, p. 62):

Tem-se que não é função primordial do órgão regulador sancionar por sancionar e muitas vezes o interesse público é mais bem atendido pelas medidas de aprimoramento da qualidade do serviço prestado, inclusive para além do previsto no contrato, do que a arrecadação. Contudo, a alternatividade à imposição de multa que se encerra no TAC não é recurso que tem lugar em substituição a todo e qualquer comportamento contrário à legislação. Bem de se ver que a transmutação desmedida de penalidades em TAC's desvirtuaria o instituto e enfraqueceria a função fiscalizatória do órgão regulador, que dispõe das sanções administrativas para constranger os administrados a praticar as condutas obrigatórias e desestimular a as condutas censuradas.

Na oportunidade do voto acima, decidiu-se pela celebração de Termo de Ajuste de Conduta – TAC entre aquela Agência e o administrado infrator, sendo importante apontar para a ressalva no sentido de que mesmo o instrumento consensual não deveria ser usado indiscriminadamente, sob pena de sua própria desvirtuação, circunstância que revela algum espaço de discricionariedade do administrador na escolha do instrumento adequado à espécie determinada.

Com vistas a balizar o agir discricionário na eleição do instrumento regulatório adequado (unilateral ou consensual) ao caso concreto, deve o regulador, dentro da perspectiva de sujeição à lei e ao Direito, ponderar os seguintes princípios, no entender de MARQUES NETO (2006, p. 579):

Particularmente em sede de juízos discricionários o administrador deverá observar a adequação, necessidade e a ponderação da medida adotada (*princípio da proporcionalidade*, com o dever de razoabilidade que lhe é inerente); a adstrição entre sua opção e a finalidade legal para a qual foi-lhe atribuída aquela competência específica (*princípio da finalidade*); a vedação de que sua decisão confira tratamentos desuniformes em relação àqueles que se encontram em mesma condição (dever de equidade inerente ao princípio da isonomia); o balizamento de sua decisão pelos *standards*, padrões e pautas de conduta esperados do administrador (*princípio da moralidade*); e pela obrigação de expor circunstanciada e tempestivamente os fundamentos de sua opção (*princípio da motivação*).

A submissão do ato regulatório ao bloco de legalidade representado pelos princípios elencados supra, tende não apenas a limitar o grau de discricionariedade da Administração na espécie, mas também permite alguma objetivação quando do



sujeição ao controle a posteriori do ato, o qual deve ser, ainda assim, constituído mediante processo administrativo.

Destarte, ainda em resposta às críticas da discricionariedade supostamente excessiva, válido apontar para o fato de que, mesmo quando da aplicação de uma sanção administrativa expressamente prevista em lei, confronta-se a Administração com alguma margem de liberdade decisória<sup>25</sup>, como nos momentos de escolha da sanção aplicável, de interpretação acerca da correta caracterização da conduta e de gradação da penalidade (CUNHA, 2010, p. 27).

Decorre essa discricionariedade dos tipos abertos e conceitos indeterminados que permeiam o Direito Administrativo Sancionador<sup>26</sup>, prolíficos em sede de regulação, haja vista a dinâmica de constantes mudanças econômicas e tecnológicas intrínseca aos setores regulados.

Ademais, ainda que se argumente configurar a opção pelo acordo substitutivo uma espécie de renúncia da receita decorrente de multas, portanto prejudicial ao interesse patrimonial público, deve ser afastada tal hipótese em virtude de critério objetivo, qual seja o de que a celebração de acordos substitui não a multa, mas sua formação. Em outras palavras, não há qualquer direito de crédito perfeito apto a cobrança pela Fazenda Pública.

Como se verá mais adiante, mesmo do ponto de vista econômico, os acordos substitutivos tendem a ser mais vantajosos ao interesse público, haja vista trocarem a incerteza de uma multa, a qual, inclusive, pode nunca vir a ser paga, pela certeza de uma obrigação de fazer ou não-fazer, ainda que correspondendo a valor algo inferior ao esperado caso a multa fosse paga um dia.

---

<sup>25</sup> A *contrario sensu* apresenta MARQUES NETO (2006, p. 573): É por esta adstrição, mesmo no campo de aplicação da discricionariedade, à finalidade constante da lei que fixou a competência (poder-dever) ao administrador que alguns autores sustentam que a atividade administrativa do Estado é sempre vinculada, cabendo falar em atividades totalmente vinculadas (vinculação absoluta), relativas àquelas em que inexiste margem de opção conferida ao administrador e parcialmente vinculadas (vinculação relativa), ou seja, aquelas em que existe uma margem de opção para o administrador mas na quais remanesce uma vinculação às finalidades e aos motivos ensejadores da competência administrativa.

<sup>26</sup> Para OSÓRIO (2009, p. 208): um ponto que distingue sanções penais e administrativas – em matéria de reserva de lei, competências sancionadoras e alcance da legalidade – é a maior amplitude das sanções administrativas em termos de alcance material, com o que a legalidade opera funções distintas. (...) As leis administrativas mudam com grande rapidez, tendem a proteger bens jurídicos mais expostos à velocidade dos acontecimentos e transformações sociais, econômicas, culturais, (...) Nesse passo, a legalidade das infrações e sanções é composta, no mais das vezes, por conceitos ou termos jurídicos altamente indeterminados, cláusulas gerais, princípios e descrição de valores superiores que outorgam amplos espaços à autoridade julgadora, seja ela administrativa ou judicial.

Desse modo, tendo em mente que tanto a sanção quando o acordo substitutivo visam a uma finalidade de interesse público, cabe ao regulador sopesar no caso concreto de qual instrumento lançar mal para atingir tal fim, o qual, não custa reafirmar, sempre deverá estar pautado pelo princípio da juridicidade.

## **2.2. A identificação do interesse público**

O interesse público é conceito de difícil definição, sendo célebre a teoria de ALESSI, citado por JUSTEN FILHO (2011, p. 112), segundo a qual haveria inclusive não um, mas dois tipos de interesse público, um primário, referente aos reais anseios da sociedade em um dado tempo e situação, e outro secundário, vinculado à “vontade” da Administração Pública como pessoa jurídica, de modo que nem sempre os interesses primário e secundário viriam a coincidir no caso concreto.

Ademais, para o administrativismo clássico, o interesse público deveria ser definido pelo legislador, de forma geral e abstrata, na lei, como se as demandas sociais pudessem ser plasmadas em um diploma, em determinado espaço temporal, e produzirem efeitos ao longo dos anos, desconsiderando quaisquer eventuais alterações sociais, econômicas ou tecnológicas.

A noção do interesse público associada às disposições um diploma legal somente passou a ser aceitável com o surgimento dos sistemas normativos abertos, nos quais o legislador, abdicando de sua pretensa onisciência dos comportamentos, passa a adotar a técnica legiferante dos comandos abertos e conceitos indeterminados, cabendo então à Administração à complementação regulamentar de tais dispositivos para aplicação à realidade, no que se inclui o trabalho de atualização do arcabouço infralegal quando necessário.

Decorre daí que a ponderação passa a ser adotada como técnica obrigatória na definição do interesse público pela Administração, vez que, em um caso, tal interesse pode corresponder à garantia de um direito fundamental, enquanto em outro, pode corresponder à limitação do mesmo direito (BINENBOJM, 2008, p. 31).

Ainda assim, retomando a abordagem dos acordos substitutivos na ação regulatória, sujeita-se o regulador, para a adoção de tais instrumentos em detrimento

da sanção tradicional, a questionamento sobre violação ao princípio da indisponibilidade do interesse público, haja vista estar supostamente abrindo mão da imperatividade estatal, consubstanciada na penalidade, para então adotar um método consensual de resolução de conflito.

Em todos os casos que se possa verificar a crítica, refutam seus fundamentos SCHIRATO & PALMA (2009, p. 86):

Segundo entendemos, a celebração de acordos em substituição a atos unilaterais não importa, em caso algum, em qualquer forma de disposição do interesse público. Muito ao contrário, uma vez que (i) os atos bilaterais têm exatamente os mesmos conteúdos e se prestam exatamente às mesmas finalidades dos atos unilaterais, (ii) são, em regra, mais eficientes e menos sujeitos a transgressões por parte de seus destinatários e (iii) são celebrados em valorização de direitos fundamentais consagrados no Estado de Direito, tais como o devido processo legal e a proporcionalidade das decisões da Administração Pública.

Do excerto acima, possível verificar referência à tese de que a bilateralidade ou unilateralidade, quando da formação do ato administrativo, não desvirtuam sua natureza ou, principalmente sua finalidade, qual seja o interesse público em concreto.

Além disso, ao se considerar os princípios da eficiência, do devido processo e da proporcionalidade, este em suas três dimensões (adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*), resta clara a subordinação de tais atos à juridicidade e, conseqüentemente, ao interesse público, dado terem de atender a todos esses princípios de ordem constitucional para validade da avença.

Inobstante, caso se tenha em mente que a indisponibilidade decorreria da renúncia a recursos financeiros oriundos do pagamento de multa, há que ponderar a Administração se o caso concreto permite identificar o interesse público com um afã de ordem monetária ou se, ao invés, era preferível a correção espontânea de uma conduta, ou ainda, o reconhecimento da validade de um dever jurídico até então contestado e que pela via negocial passa então a ser implantado. (SUNDFELD, 2011, p. 146).

Ademais, válido apontar para o fato de que o valor da multa sujeita à substituição não se constitui em direito de crédito líquido e certo em favor da Administração (SUNDFELD; CÂMARA, 2011, p. 143), dado o acordo substitutivo ser celebrado ainda quando de sua formação, podendo a sanção ainda ter validade e mesmo *quantum* contestados em sede administrativa ou judicial, de modo que não

sendo ato jurídico perfeito, configura equívoco equiparar o acordo a ato de renúncia de recursos.

Ainda assim, tal como visto no tópico anterior, tanto a sanção como o acordo substitutivo constituem instrumentos regulatórios, meios com vistas a um fim de interesse público em concreto, todavia, enquanto a primeira ferramenta integra o modelo clássico de *hard regulation*, a segunda consta do rol da chama *soft regulation*, definida por PALMA (2010, p. 26) como<sup>27</sup>:

A regulação pela via do consenso integra o modelo de *soft regulation*, caracterizado pela ordenação das atividades com menor incidência da imperatividade estatal, pois a satisfação das finalidades públicas antecede a afirmação da própria Administração Pública, em uma lógica verdadeiramente consequencialista.

A definição corrobora a ideia segundo a qual a consequência dos acordos substitutivos, e não a bilateralidade quando de sua celebração, deve ser o aspecto considerado para aferir se há efetiva violação ao princípio da indisponibilidade do interesse público, vez que, atingindo a *soft regulation*, pela via negocial, os mesmos resultados da *hard regulation*, verifica-se certa fungibilidade entres os instrumentos.

Na prática, a *soft regulation*, ao trazer o infrator para discussão do modo de correção de sua conduta, em detrimento de dispor do interesse público, identifica-o em concreto e individualiza a resposta estatal<sup>28</sup>, no que tende a superar em adequação e eficácia o instrumento abstrato e genérico representado pela *hard regulation*.

Ora, se o interesse público buscado na atuação regulatória do Estado equivale à cessação de irregularidades, à correção de condutas e à reparação de danos, com vistas à preservação da qualidade dos serviços regulados, nada nos parece mais adequado ao interesse público do que a aproximação entre Agência Reguladora e infrator para determinar a forma mais eficaz de resolução do conflito

---

<sup>27</sup> Em outros termos, *soft regulation* é definida por JUSTEN FILHO (2002, p. 46) como: “uma declaração cujo intento é normativo (no sentido de dirigir-se a influenciar a conduta dos destinatários), a mais das vezes adotadas pela Administração Pública ou por organizações internacionais, mas definidas (geralmente pelos próprios autores) como carentes de uma plena força jurídica vinculante”.

<sup>28</sup> Esse o magistério de MARQUES NETO & CYMBALISTA (2010, p. 56-57): Revela-se, então, uma outra perspectiva da prática de aplicação do termo de afastamento de consulta: o fato de que ele consubstancia uma ferramenta de *individualização* da resposta estatal ao descumprimento da norma, de forma a aumentar sua eficácia, maximizar os efeitos positivos da medida e evitar seus efeitos negativos (sob o ponto de vista do interesse público, evidentemente).

no caso específico<sup>29</sup>, o que também não implica em abrir mão da sanção, a qual permanece à disposição do regulador caso fracasse a via consensual.

Em termos de adequação, mister ponderar, quando da eleição de um acordo substitutivo, acerca das vantagens que a avença proporcionará, em oposição aos eventuais efeitos de uma sanção, já que o interesse público deverá ser satisfeito da forma mais eficiente.

Partindo-se do pressuposto de que na realidade nacional, consoante destacado desde a introdução do presente, o pagamento de multas administrativas revela-se quase como uma exceção, parece prudente que a Administração adote a via consensual como forma de resolução de conflitos com os administrados, haja vista os benefícios que a participação do ofensor oferece para a obtenção de uma solução mais adequada ao problema, tal qual afirma (RODRIGUES, 2011, p. 115):

A participação na formação da decisão daqueles que por ela se obrigam é uma nota relevante para o sucesso dessa justiça consensual. O transgressor ou iminente transgressor tem necessariamente seu ponto de vista considerado na elaboração das cláusulas do ajuste, o que pode ser fundamental para que não venha a descumpri-lo. Ao reconhecer que deve assumir tais obrigações, de forma espontânea e sem uma ordem de autoridade, o sistema o admite na formulação do compromisso, ainda que a margem de conformação da justa forma de conciliação seja pequena, devido às características já anotadas da tutela desses direitos.

A aderência do infrator ao acordo substitutivo e sua participação na formação do ato decisório, tal como visto, induz a um maior nível de concordância com a Administração no caso concreto, resultando, na maioria das vezes, na adoção de soluções mais eficazes e vantajosas ao interesse público afetado.

A utilização de tais instrumentos no âmbito regulatório, no qual deve ser constantemente considerado o aspecto econômico do setor regulado, permite ponderações inclusive de ordem econômica, ainda que não de forma redutivista, consoante asseveram MARQUES NETO & CYMBALISTA (2010, p. 64):

Contudo, ainda que se adotasse raciocínio estritamente econômico – não se pode negar que eficiência e economicidade são vetores da ação

---

<sup>29</sup> A sistemática de celebração do acordo é assim descrita por SUNDFELD & CÂMARA (2008, p. 90-91): Trata-se de dotar o órgão público de instrumento consensual que viabilize a pronta adoção, pelo particular, de comportamentos desejados. Privilegiou-se o *resultado* à busca incerta e demorada de sanções na via judicial. (...) Não se trata de instrumento de punição, mas de indução de comportamentos concretos. (...) Quando firma o compromisso, o interessado se vincula a um dado plexo de obrigações, passando o pacto a constituir, por si só, um título executivo, independentemente de ação judicial de caráter constitutivo.

administrativa -, ter-se-ia que se reconhecer que o acordo substitutivo ora discutido tende a apresentar ganhos econômicos significativos para a Agência envolvida. Com efeito, ele pressupõe a extinção de contencioso relevante e volumoso, o que tende a representar expressiva economia dos recursos escassos da Agência, que poderá direcioná-los para outras prioridades.

Despiciendo afirmar que a redução de custos para a própria Administração, atende plenamente aos princípios da eficiência e da economicidade, basilares para aprimoramento agir estatal contemporâneo. Ademais, os ganhos são mútuos<sup>30</sup>, ganhando a Administração em eficiência e o infrator em uma forma menos invasiva e mais adequada de corrigir sua conduta.

Ainda assim, mister ressaltar que parte dos ganhos auferidos pelo infrator decorre da concessão de incentivos para que o mesmo adira ao acordo substitutivo, vez que sem tais incentivos o acordo fracassaria, seja pela persistência do medo da sanção, no que equivaleria ao método de *hard regulation*, seja pela previsão de obrigações inexecutáveis ou irreais.

A forma mais comum de incentivo à participação do infrator no acordo substitutivo consiste no oferecimento de desconto no valor esperado da multa que seria aplicada caso o processo sancionatório prosseguisse, de modo que as obrigações estabelecidas na avença devem considerar esse decréscimo, aspecto enfatizado por (SUNDFELD; CÂMARA, 2011 p. 146):

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

Economicamente, o custo da incerteza de confirmação da penalidade equivale ao custo transacional que deveria ser suportado tanto por Administração

---

<sup>30</sup> Aplicando alguns conceitos da microeconomia ao acordo, lecionam COOTER & ULEN (2010, p. 429): O retorno conjunto da cooperação é maior do que a soma dos retornos individuais sem cooperação. Para induzir uma das partes a cooperar, é preciso receber pelo menos tanto quanto seria obtido sem cooperação, o chamado *valor da ameaça*. A soma dos valores de ameaça é igual ao valor *não cooperativo* do jogo. A diferença entre o retorno conjunto da cooperação e o valor não cooperativo do jogo é igual ao *excedente cooperativo*. Para que haja cooperação, ambas as partes devem concordar em dividir o excedente cooperativo.

quanto pelo infrator, de modo que reduzido esse custo, justifica-se o desconto oferecido ao infrator para aderência ao acordo substitutivo.

Consistindo em instrumento regulatório, o acordo substitutivo ainda pode ser usado pela Agência Reguladora como forma de aprimoramento do serviço regulado, sendo possível, como exemplo, o estabelecimento de obrigação de investimentos no setor em valor equivalente ao da multa, já considerado o desconto oferecido como incentivo à avença.

Por suposto, a opção pela realização de investimentos no setor deve prever investimentos extraordinários àqueles que deveriam ser realizados obrigatoriamente pelo infrator (SUNDFELD; CÂMARA, 2011 p. 148), sob pena de, aí sim, caracterizar-se disposição do interesse público, haja vista em tal situação o infrator, além de deixar de ser penalizado, ainda auferir benefício para executar obrigação pré-existente.

No caso concreto a ser apresentado no capítulo seguinte, verificou-se sucesso na negociação de acordo substitutivo de processo administrativo sancionatório, restando o infrator, mediante o oferecimento de desconto no valor esperado das penalidades suspensas pelo acordo, obrigado a realizar investimentos extraordinários no bem público objeto da concessão, favorecendo o interesse público, consubstanciado na espécie pelo interesse de usuários diretos e indiretos do serviço.

Desse modo, não se verificando disponibilidade de interesse público pela simples adoção de instrumento consensual para formação de decisão administrativa, não há óbice a celebração dos mesmos, sobretudo no âmbito regulatório, condensando-se nossa conclusão nos dizeres de Marcus Vinícius Corrêa Bittencourt, citado por FERREIRA (2009, p. 349):

Torna-se viável, portanto, a utilização de tais instrumentos para melhor adequação da atividade prestada pelo particular infrator, uma vez que essas providências se encontram em sintonia com a correta missão do poder concedente de aprimorar a prestação do serviço. Seja pela suspensão do processo, em consenso com o infrator, desde que deveres previamente estabelecidos sejam cumpridos, seja pela substituição das sanções tradicionais, por penas alternativas, traduzindo-se em benefício aos usuários.

### **3. O TERMO DE AJUSTE DE CONDUTA – TAC NO ÂMBITO DA AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES – ANTT**

A Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT foi criada por meio da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, é a Agência Reguladora a quem compete a regulação dos setores de transporte rodoviário e ferroviário interestadual e internacional de passageiros e cargas, bem como dos setores de exploração de infraestrutura ferroviária, rodoviária e dutoviária federais concedidas.

Considerando seus princípios gerais de atuação, figura a proteção dos interesses dos usuários quanto à qualidade e oferta de serviços de transportes (Lei nº 10.233/2001, art. 11, III) como fim último de sua atuação enquanto Agência Reguladora, devendo identificar caso a caso a melhor forma de preservar tais interesses no âmbito de cada um dos setores regulados.

Ademais, dentre suas competências legais, estabeleceu o legislador ordinário as seguintes atribuições, constantes de sua lei de criação:

Art. 24. Cabe à ANTT, em sua esfera de atuação, como atribuições gerais:  
(...)

IV – elaborar e editar normas e regulamentos relativos à exploração de vias e terminais, garantindo isonomia no seu acesso e uso, bem como à prestação de serviços de transporte, mantendo os itinerários outorgados e fomentando a competição;

(...)

VIII – fiscalizar a prestação dos serviços e a manutenção dos bens arrendados, cumprindo e fazendo cumprir as cláusulas e condições avençadas nas outorgas e aplicando penalidades pelo seu descumprimento;

Decorrem dos dispositivos supra, respectivamente, o poder normativo e o poder sancionatório da entidade, este último somente passível de exercício para aplicação das penalidades de advertência, multa, suspensão, cassação ou declaração de inidoneidade, consoante rol do art. 78-A, da Lei nº 10.233, de 2001.

No uso de seu poder normativo, a ANTT aprovou a Resolução nº 442, de 17 de fevereiro de 2004, que dispõe sobre seu processo administrativo para apuração de infrações e aplicação de penalidades, e apresenta o seguinte dispositivo:

Art. 16. Com a finalidade de corrigir pendências, irregularidades ou infrações, a ANTT, por intermédio da Superintendência competente, poderá, antes ou depois da instauração de processo administrativo, convocar os



administradores e os acionistas controladores das empresas concessionárias, permissionárias ou autorizadas para prestação de esclarecimentos e, se for o caso, celebração de Termo de Ajuste de Conduta (TAC).

A prescrição supra insere no âmbito do processo sancionatório da ANTT a figura dos acordos substitutivos, apresentada no capítulo anterior, conferindo ao regulador, diante do caso concreto, a discricionariedade para, com a finalidade de “corrigir pendências, irregularidades ou infrações”, celebrar Termos de Ajuste de Conduta – TAC com infratores, alternativamente ao processo tradicional de aplicação de uma sanção determinada.

Em face do exposto, apresentaremos a seguir as características dessa espécie de acordo substitutivo, alternativa ao processo sancionatório, passando então à apresentação de caso concreto a título de exemplo.

### **3.1. O Termo de Ajuste de Conduta – TAC**

O Termo de Ajuste de Conduta – TAC consiste em espécie do gênero acordo substitutivo, introduzida na ordem constitucional vigente por meio da Lei nº 8.069, de 11 de setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor – CDC que ao introduzir o parágrafo 6º no artigo 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, a Lei de Ação Civil Pública, previu expressamente a figura do compromisso de ajustamento de conduta, acordo apto a ajustar situações de irregularidade às exigências legais.

Doutrinariamente, o referido compromisso restou definido por CARVALHO FILHO, citado por FARIS & PINHO (2009, p. 36), como:

(...) o ato jurídico pelo qual a pessoa, reconhecendo implicitamente que sua conduta ofende interesse difuso ou coletivo, assume o compromisso de eliminar a ofensa através da adequação de seu comportamento às exigências legais.

Nesse sentido, o compromisso atua no sentido de “fomentar a adoção espontânea de comportamentos relacionados a interesses difusos ou coletivos” (SUNDFELD; CÂMARA, 2008, p. 90), provocando o retorno de uma situação

irregular à normalidade mediante uma solução consensualmente construída, em detrimento da imposição unilateral de uma penalidade ou ação judicial.

Consoante leciona RODRIGUES (2011, p. 105):

O compromisso de ajustamento de conduta surgiu no contexto de se procurar meios alternativos de proteção de direitos transindividuais, de forma a contribuir para uma tutela mais adequada desses direitos. Podemos dizer que integra a terceira onda de acesso à justiça. O ajuste de conduta não objetiva substituir a atividade jurisdicional, que inclusive já conta com mecanismos mais eficientes para a garantia desses direitos, mas complementá-la nos casos em que a solução negociada se revele mais apropriada.

Sobre as características do TAC, válidos os apontamentos de

Aparentemente, não possui o TAC características distintas daquelas apresentadas quando tratamos dos acordos substitutivos, no capítulo anterior, todavia essa aparente similitude é superada ao perceber-se que, com fulcro no dispositivo previsto na Lei de Ação Civil Pública, o termo detém eficácia de título executivo extrajudicial.

Ora, sendo autarquias como as Agências Reguladoras legitimadas a celebrar compromissos de ajustamento de conduta, como o TAC, isso equivale a dizer que, no descumprimento de obrigações assumidas pelo compromissário, pode ser desde logo ajuizada ação de execução, sem necessidade de prévio processo de conhecimento<sup>31</sup>.

Ainda assim, impende ressaltar que, não sendo causa de extinção, a priori, de processo administrativo sancionador (SUNDFELD; CÂMARA, 2008, p. 92), mas tão somente de sua suspensão, inclusive de sua prescrição, o TAC integra o processo no qual as obrigações alternativas à sanção foram constituídas, e enquanto não cumpridas integralmente tais obrigações permanece a possibilidade de retomada do processo para aplicação de sanção, ainda que executado judicialmente o termo (PALMA, 2010, p. 27).

---

<sup>31</sup> Como características essenciais do TAC, apontam FARIAS & PINHO (2009, p. 36-37): São seis as características do termo de ajustamento de conduta comumente apontadas pela doutrina. Assim: a) dispensa testemunhas instrumentárias, bastando que conste no título a assinatura do compromitente e do compromissário; b) o título gerado é extrajudicial; c) mesmo que verse apenas sobre ajustamento de conduta, passa a ensejar execução por obrigação de fazer ou não fazer; d) na parte em que comine sanção pecuniária, permite execução por quantia líquida em caso de descumprimento da obrigação de fazer; e) mesmo que verse apenas acerca de obrigação de fazer, pode ser executado independentemente da prévia ação de conhecimento; f) é imprescritível.

Sistematizando os efeitos da celebração de TAC, FARIAS & PINHO (2009, p. 42) apontam para quatro passos no iter procedimental:

- a) Determinação da responsabilidade do obrigado pelo cumprimento do ajustado;
- b) Formação de título executivo extrajudicial;
- c) Suspensão do procedimento administrativo no qual foi tomado ou para o qual tenha repercussão;
- d) Encerramento da investigação após seu cumprimento.

No âmbito da ANTT, a celebração de TAC é pautada pelos artigos 17 e 18 da Resolução nº 442, de 2004, que assim prescrevem:

Art. 17. O TAC conterà:

I - data, assinatura e identificação completa das partes;

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

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

§ 1º O prazo a que se refere o inc. III será estabelecido pelo Superintendente competente, considerando as particularidades do caso, podendo ser prorrogado por decisão da Diretoria da ANTT.

§ 2º No transcurso do prazo fixado, o processo administrativo, se instaurado, ficará suspenso.

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

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

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

Como visto, os dispositivos indicam expressamente a necessidade de especificação da conduta irregular, do estabelecimento de obrigações tendentes a corrigi-la, de previsão de prazo para cumprimento do termo, durante o qual se suspende o andamento do processo administrativo sancionatório, e de arquivamento do mesmo, desde que efetivamente cumprido o compromisso.

Ainda assim, não restam claras as balizas a serem consideradas pelo regulador quando da celebração do TAC, tais como a descrição de que incentivos pode oferecer ao infrator para aderir ao acordo, dos limites das obrigações a exigir do compromissário ou mesmo de que obrigações seriam essas, dos prazos para cumprimento de termo, dentre outros.

Consoante visto no capítulo anterior, é de fundamental importância para a aderência de um acordo substitutivo ao princípio da juridicidade administrativa que o mesmo venha a atender um interesse público concreto e seja devidamente motivado com vistas a controle a posteriori. Nesse sentido, mister voltar à lei de criação da Agência Reguladora para identificar os objetivos primordiais da mesma e encontrar nos mesmos os limites para celebração do TAC.

No caso da ANTT, tendo como princípio maior a proteção de interesses dos usuários dos transportes terrestres, tal qual citado anteriormente, há que se ponderar no caso concreto a obrigação que melhor vá de encontro a esse objetivo.

Ademais, mostramos no capítulo anterior que os incentivos conferidos ao infrator para adesão ao TAC devem ser proporcionais aos ganhos esperados para a coletividade em virtude da solução negociada, em detrimento da espera pela conclusão do processo sancionatório. Para tanto, o custo transacional envolvido na “antecipação” do atendimento ao interesse público, até então identificado com o pagamento de sanção pecuniária, e não sua mera aplicação, pode ser utilizado na oferta de desconto ao infrator no montante esperado da sanção.

Tal valor constituir-se-ia então em parâmetro monetário para estabelecimento das obrigações de fazer ou não-fazer a serem assumidas pelo compromissário, figurando como exemplos sua aplicação na modicidade tarifária, na atualização tecnológica do serviço, na realização de obras, dentre outros, desde que já não figurassem como obrigações ordinárias do infrator.

Corroboram com a tese da compensação entre valores de multa e assunção de obrigações, SUNDFELD & CÂMARA (2011 p 149):

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

Para a ANTT, a tese não apenas se mostrou legal como viável, tendo sido aplicada em caso concreto apresentado a seguir, no qual o montante equivalente ao valor esperado de multas, após oferecimento de desconto, foi substituído, mediante TAC, pela realização de investimentos em obras pela Concessionária, contribuindo para a melhoria da qualidade do serviço regulado.

### 3.2. Caso concreto: ECOSUL<sup>32</sup>

Em 15 de julho de 1998, foi celebrado o Contrato de Concessão nº PJ/CD/215/98 entre o Poder Público e a Empresa Concessionária de Rodovias do Sul S.A. – ECOSUL, para exploração do complexo rodoviário do pólo de Pelotas/RS, constituído pelas rodovias federais BR-116, BR-293 e BR-392, totalizando um trecho de 623,8km de extensão.

Com o advento da Lei nº 10.233, de 2001, que criou a ANTT, foi a supervisão do instrumento de outorga, no papel de Poder Concedente, repassado à competência da Agência Reguladora (Lei nº 10.233/2001, art. 24, VI).

Ocorre que ao longo da outorga do trecho rodoviário, foram verificadas diversas irregularidades ao contrato de concessão e aos atos regulatórios exarados pela ANTT, resultando na aplicação de sanções e abertura de diversos processos de apuração de infração ainda em curso.

Em face do exposto, reunindo setenta e cinco desses processos de apuração de infração e aplicação de penalidade, sugeriu a Agência a celebração de um Termo de Ajuste de Conduta – TAC com a concessionária, com fulcro no artigo 16 da Resolução nº 442, de 2004, no intuito de corrigir as irregularidades verificadas no curso do referidos processos.

Para celebração do TAC, a ANTT utilizou como base de cálculo, com vistas ao estabelecimento de parâmetros para valorar o acordo, estimativa do montante total de multas que seria devido pela ECOSUL, caso os processos sancionatórios ainda em andamento resultassem na aplicação de penalidade.

Considerando totalizarem os referidos processos um total de 23.299URT (Unidade de Referência de Tarifa) e valendo cada URT, à época, R\$267,61 (duzentos e sessenta e sete reais e sessenta e um centavos), chegou-se ao montante total de R\$6.235.045,39 (seis milhões, duzentos e trinta e cinco mil e quarenta cinco reais e trinta e nove centavos) como valor base para estabelecimento das obrigações a serem previstas no TAC.

Ademais, considerando as circunstâncias do caso concreto e atendendo à dinâmica de oferecimento de incentivo ao infrator para adesão ao compromisso,

---

<sup>32</sup> Consta do ANEXO – A cópia integral do TAC, também disponível eletronicamente em <<http://www.antt.gov.br/index.php/content/view/9645/ECOSUL.html>>. Acessado em: 31 ago. 2012.

ante a substituição da incerteza da constituição de crédito a partir das multas, e seu efetivo pagamento, pela certeza imediata das obrigações a serem assumidas no TAC, ofereceu a ANTT um desconto de 30% (trinta por cento) no valor da avença.

Com o desconto, ficou estipulado o valor do compromisso em R\$4.364.552,68 (quatro milhões, trezentos e sessenta e quatro mil quinhentos e cinquenta e dois reais e sessenta e oito centavos).

Inobstante, fez-se necessário ponderar qual seria o interesse público a ser satisfeito na espécie com a utilização do valor especificado acima, o que, em se considerando tratar de serviço de exploração de infraestrutura rodoviária, logo foi identificado como os interesses de usuários e habitantes de municípios limítrofes à via objeto da outorga.

Verificando-se então a necessidade de realização de obras para melhoria da qualidade do serviço, obras estas extraordinárias àquelas descritas no Plano de Exploração da Rodovia – PER, anexo ao Contrato de Concessão, apontou-se cinco trechos nos quais deveriam ser investidos o valor da avença e, caso os investimentos viessem a custar menos que o estimado, deveria ser a diferença revertida à modicidade tarifária.

Complementarmente, estipulou-se o prazo de 120 (cento e vinte) dias para apresentação do cronograma das obras e de três anos para conclusão dos trabalhos, ao final dos quais, caso cumprida a obrigação, seriam arquivados os processos sancionatórios. Do contrário, caso descumprido o TAC, revogar-se-ia a suspensão dos processos, bem como a redução dos valores de multa, passando-se à apuração regular das infrações.

Nos termos acima expostos, foi o TAC assinado pela ECOSUL, em 24 de maio de 2012, e atualmente se encontra em fase de apresentação do cronograma das obras indicadas pela ANTT.

Despiciendo afirmar que a solução negocial representada pelo termo em comento atende diretamente ao interesse público relevante no caso concreto, identificado com os benefícios a serem auferidos por usuários e habitantes das áreas limítrofes à rodovia, bem como à finalidade da Agência Reguladora, no que atine à qualidade do serviço regulado.

Ademais, a vantagem do TAC na espécie é ainda mais explícita ao se considerar a alternativa tradicional, ou seja a aplicação de multa, cujo valor após recolhimento aos cofres públicos, caso viesse a ser paga, após encerramento da

contestação administrativa e, eventualmente, judicial, dificilmente reverteria aos usuários do serviço administrado pela outorgada infratora, dada impossibilidade de aplicação de recursos públicos diretamente em bens sob concessão.

## CONCLUSÃO

Ao longo do presente trabalho acadêmico, procuramos apresentar instrumento típico da nova Administração Consensual: o acordo substitutivo, o qual, a despeito de figurar no ordenamento jurídico pátrio desde 1990, com a alteração promovida pelo Código de Defesa do Consumidor na Lei de Ação Civil Pública, nunca foi tão debatido até sua adoção pelas Agências Reguladoras, especificamente como alternativa a seus processos administrativos sancionadores.

Como a participação e o controle social são tônica da atuação regular das Agências Reguladoras, do que faz prova a necessidade de realização de audiências e consultas públicas para aprovação de seus atos normativos (quando afetem direitos dos regulados), pareceu natural a adoção por essas entidades de método alternativo, consensual, para correção de irregularidades verificadas nas condutas do setor regulado.

A consensualidade no âmbito da atuação regulatório, ao contrário de constituir ameaça à autoridade das agências, constitui-se em fundamento de validade e eficácia de seus atos, de modo que a substituição de processos sancionatórios em curso por compromissos de ajustamento conduta colabora para a individualização do agir administrativo na espécie, bem como permite identificar o interesse público que deve ser satisfeito como resultado da avença com o infrator.

Nesse ponto, revela-se o acordo substitutivo como verdadeira ferramenta na descoberta do interesse público, em oposição ao interesse público genérico e abstrato retirado das normas, muitas vezes confundido com os interesses da Administração Pública em detrimento daquele vantajoso para a coletividade.

Ademais, não é por caber ao regulador a eleição da sanção ou do acordo como instrumento do agir administrativo que essa discricionariedade foge ao crivo do princípio da legalidade e da indisponibilidade do interesse público.

Englobados tais princípios pelo princípio da juridicidade, deverá o regulador vincular sua escolha aos *standards* previstos na lei de criação da Agência, aos regulamentos expedidos pela mesma, bem como à verificação da proporcionalidade em suas três dimensões e, sobretudo, se o interesse público será satisfeito, de modo que, na prática, não há tanta discricionariedade em tal ato.



Destacamos ainda a necessidade de oferecimento de incentivos para que se garanta a aderência do infrator ao acordo substitutivo e seus termos, incentivos esses usualmente consubstanciados em descontos no valor total esperado para multas que poderiam ser aplicadas, bem como possibilidade de indicação pelo infrator do meio mais eficaz para ajustamento de sua conduta e cumprimento das obrigações estabelecidas negocialmente com o Poder Público.

Os dividendos do acordo substitutivo, em verdade, são distribuídos aos usuários do serviço regulado, vez que ao se celebrar acordos o valor de multas que não necessariamente reverteria aos cofres públicos, ou desses ao serviço regulado, pode ser destinado a intervenções diretas para melhoria da qualidade dos serviços, aumento da oferta ou redução de tarifa, extraordinárias às obrigações do infrator.

Cabe ao regulador a ponderação, na espécie, de que tipo de intervenção será mais benéfica aos usuários do serviço, acordando então sua execução com o infrator e acompanhando seu andamento, sob pena de que, descumprido o acordo, voltem a correr os processos sancionatórios suspensos pelo termo de ajustamento.

No âmbito da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, objeto de análise no capítulo 3, a experiência demonstrou que a celebração de Termo de Ajuste de Conduta – TAC permite o melhor atendimento aos interesses dos usuários dos serviços regulados, em oposição à aplicação de multas que não apenas deixavam de corrigir a conduta, como não sendo pagas, tornavam ineficaz o instrumento.

Prova isso o caso do TAC celebrado entre ANTT e a empresa ECOSUL, a qual em troca de desconto num montante de mais de R\$6 milhões de reais que teria de pagar a título de multas, caso concluídos os processos sancionatórios em andamento, aceitou realizar obras na rodovia objeto da concessão, em trechos acordados com a Administração e que não estavam previstos no instrumento de outorga, beneficiando diretamente os usuários pela melhoria no acesso ao serviço.

Sendo assim, deve a Administração fomentar a adoção de instrumentos consensuais como forma de identificar e satisfazer o interesse público afetado por uma conduta irregular, e se espera que, para tanto, com o exemplo das Agências Reguladoras, a cobrança para difusão de meios consensuais de atuação administrativa venha da própria sociedade organizada, a fim de que veja garantidos seus direitos fundamentais perante o Poder Público.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

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

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. 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*, Brasília, 25 jul. 1985.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 6 jun. 2001. Seção 1, p. 1.

\_\_\_\_\_. Agência Nacional de Transportes Terrestres. Resolução nº 442 de 17 de fevereiro de 2004. Aprova o Regulamento disciplinando, no âmbito da ANTT, o processo administrativo para apuração de infrações e aplicação de penalidades decorrentes de condutas que infrinjam a legislação de transportes terrestres e os deveres estabelecidos nos editais de licitações, nos contratos de concessão, de permissão e de arrendamento e nos termos de outorga de autorização. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 mar. 2004. Seção 1, p. 124.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

CUNHA, Carlos Eduardo Bergamini. Discricionariedade administrativa, regulação econômica e a proposta de regulamento de aplicação de sanções administrativas da ANATEL. *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações – RDIT*, Belo Horizonte, ano 5, n. 9, p. 9-32, jul./dez. 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FARIAS, Bianca Oliveira de; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. O compromisso de ajustamento de conduta no direito brasileiro e no projeto de lei da ação civil pública. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, v. 4, p. 29-57, jul./dez. 2009.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002.

FERREIRA, Daniel. *Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 7ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

\_\_\_\_\_. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

MARQUES Neto, Floriano de Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 72-98.

\_\_\_\_\_. Discricionariedade e regulação setorial – O caso do controle dos atos de concentração por regulador setorial. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 569-604.

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, ano 8, n.31, p. 51-68, out./dez. 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22ªed. São Paulo: Malheiros, 2007.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Processo regulatório sancionador e consensualidade: análise do acordo substitutivo no âmbito da Anatel. *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações – RDIT*, Belo Horizonte, ano 5, n. 8, p. 7-38, jan./jun. 2010.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Discricionariedade e poder sancionador: uma breve análise da proposta de regulamento da ANATEL. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 6, n.23, p. 103-121, out./dez. 2008.

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.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 17-38.

\_\_\_\_\_. Processo administrativo: um diálogo necessário entre Estado e cidadão. *A& C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, p. 39-51, jan./mar. 2006.

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.

\_\_\_\_\_. O devido processo administrativo na execução de termo de ajustamento de conduta. *A& C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 8, n. 31, p. 90-95, jan./mar. 2008.

## **ANEXO A – TAC ANTT/ECOSUL**

**Termo de Ajuste de Conduta – TAC celebrado em 24 de maio de 2012 entre a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e a Empresa Concessionária de Rodovias do Sul S.A. – ECOSUL**