

corresponderá a um percentual do benefício obtido. Se o particular não obtiver a economia que se comprometeu a proporcionar, poderá ter uma redução na sua remuneração ou ainda poderá sofrer a aplicação de uma sanção por inexecução contratual⁴⁷⁰.

Em linhas gerais, portanto, a contratação integrada, a remuneração variável e os *contratos de eficiência* constituem mecanismos que visam a incentivar a eficiência nas contratações públicas, a partir da lógica dos *contratos de risco*, como maneira de vincular a aplicação de recursos públicos à obtenção de vantagens efetivas à Administração, ou seja, ao resultado que a Administração espera obter quando celebra o contrato com o particular. Na medida em que há maior transferência de risco ao contratado, o qual fica sujeito a ter ao menos parte de sua remuneração atrelada à obtenção de certos resultados, nota-se, também nestas espécies de ajustes, uma aparente redução da ingerência da Administração na condução da execução contratual pelo contratado. Até porque não seria coerente e justo admitir a intromissão do Poder Público durante o desenvolvimento do contrato, alterando o cenário de risco considerado na proposta econômica que sustentou a contratação e reduzindo, com isso, a eficiência do contratado e a sua base de remuneração.

3.7. Contratualidade em funções de típica autoridade estatal (o contrato como alternativa ao ato administrativo unilateral)

Ao lado das manifestações da *contratualidade* nos campos em que a atuação estatal pela via contratual é aceita sem maior dissensão – onde houve, como se viu, uma significativa evolução a partir da introdução de figuras novas e da aparente atenuação do regime rígido do contrato administrativo clássico –, a maior expressão do sentido de *contratualidade* adotado na presente obra ocorre, sem dúvida, em searas onde a atuação estatal se dá, tradicionalmente, de modo imperativo e assimétrico em face dos particulares, como único meio possível de assegurar a plena satisfação dos princípios vetores do regime jurídico-administrativo: a supremacia e a indisponibilidade do interesse público.

470 SCHWIND, Rafael Wallbach. *Remuneração variável e contratos de eficiência no Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC)*. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 13, n. 70, p. 221-251, nov./dez. 2011.

Trata-se da inserção da *contratualidade* em funções típicas de autoridade estatal, nas quais a Administração atua pela via do ato administrativo unilateral, sem a participação ou o consenso dos destinatários. Este é o modo tradicionalmente adotado no domínio do poder de polícia estatal⁴⁷¹, na regulação econômica⁴⁷², na defesa da concorrência, no controle da Administração, no processo administrativo punitivo e disciplinar, entre outras searas. Em todas elas, em maior ou menor grau, assiste-se hoje, também no Brasil – certamente por inspiração da experiência estrangeira –, uma progressiva abertura às formas alternativas de atuação estatal, admitindo-se a sua substituição por fórmulas que buscam privilegiar o consenso em detrimento do ato unilateral.

Nesses casos, em geral, a Administração continua detentora do poder de decidir unilateralmente e de impor à outra parte a sua vontade, independentemente do acordo com o destinatário, mas prefere substituir o exercício dessa prerrogativa pelo resultado obtido com o consenso. A medida insere-se no contexto da transição da Administração autoritária para a Administração consensual aludida no capítulo II e, ao menos potencialmente, traz como resultado maior eficiência e redução da litigiosidade entre a Administração e os administrados. Segundo MENEZES DE ALMEIDA: “O *recuso ao módulo convencional substitutivo da decisão unilateral tem, portanto, o sentido finalístico de aproveitarem-se os benefícios inerentes aos aspectos funcionais da essência contratual, propiciando a pacificação social a partir*

471 Para um conceito amplo de “poder de polícia”, como “*limitação do exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público*”, ver DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25^a ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 123. No Código Tributário Nacional, Art. 78, pode ser encontrado o conceito positivo do poder de polícia no Direito brasileiro: “*Considera-se poder de polícia atividade administrativa pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos*”.

472 Embora a atividade de regulação se aproxime do poder de polícia, a regulação justifica um comportamento em apartado dentro de uma lógica de que a relação do indivíduo com a administração não se trata de uma relação de sujeição geral, como ocorre no poder de polícia. A relação do regulado com a autoridade do estado passa por um acordo de premissas (pacto regulatório) dentro do sistema regulado, por isso a proposta de tratar do poder de polícia na regulação de modo apartado. Na regulação, o exercício vertical da autoridade há de ser exceção, enquanto no poder de polícia comum seja uma regra, ainda que se possa utilizar a consensualidade.

do respeito à confiança e à palavra consensualmente dada – além de potenciais vantagens pragmáticas à celeridade e eficiência das medias almejadas⁴⁷³.

Antes de percorrermos as principais modalidades de contratos (na acepção ampla aqui adotada) celebrados como alternativa ao ato administrativo unilateral no Direito Administrativo brasileiro, convém tecermos breves considerações acerca da experiência internacional que influenciou o nosso ordenamento nesta matéria.

3.7.1. Breve relato da experiência estrangeira

O primeiro sistema jurídico a prever a possibilidade da Administração optar pela celebração de contrato administrativo como alternativa ao ato administrativo unilateral foi o Direito alemão. Neste país, a Lei de Processo Administrativo de 1976, em seu §54, admite expressamente a figura do *contrato de direito público*, cabível sempre que a autoridade administrativa utiliza o meio contratual ao invés de optar pela expedição de um ato administrativo, nos seguintes termos: “*uma relação jurídica do âmbito do direito público pode ser constituída, modificada ou extinta por um contrato (contrato de direito público), desde que a lei não o proíba*”.

Na realidade, lembre-se que o sentido de contrato administrativo na Alemanha é restrito a estas espécies de ajustes (substitutivos de atos unilaterais), não havendo, como no Brasil, a figura do contrato administrativo para a contratação de bens ou serviços. Tais contratações são regidas, na Alemanha, pelo Direito privado⁴⁷⁴, razão pela qual Mark Bobela-Mota KIRKBY esclarece que o permissivo contido na Lei de Processo Administrativo alemã instituiu a fungibilidade entre as figuras do ato e do contrato administrativo naquele sistema jurídico:

“O referido preceito, consagra, portanto de forma ampla, um princípio de autonomia pública contratual, que confere à Administração uma margem de discricionariedade optativa no que concerne à escolha do

473 MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Teoria do contrato administrativo: uma abordagem histórico-evolutiva com foco no direito brasileiro**. São Paulo, 2010, 380f. Tese de livre docência – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. p. 294.

474 Curioso notar que a figura dos contratos substitutivos de atos unilaterais tenha surgido na Alemanha, cujo sistema sempre se mostrou refratário, como vimos, à ideia de negociação sobre os poderes estatais, tanto que houve forte resistência à possibilidade da Administração celebrar contratos e, mesmo quando o faz, admite-se que a atuação pela via contratual se dá no âmbito do Direito privado, justamente por ser inadmissível negociar com o interesse público. Para mais, ver ESTORNINHO, Maria João. **Réquiem pelo Contrato Administrativo. Reimpressão**. Coimbra: Almedina, 2003.

instrumento através do qual pretende exercer as suas competências dis-positivas. Acto e contrato passam a ser, salvo excepção, duas vias funci-veis de atuação administrativa⁴⁷⁵.

Após inaugurado o tema pelo Direito alemão, a possibilidade de celebração de contratos sobre o exercício de poderes públicos passou a ser admitida em outros ordenamentos europeus, como na Itália, na Espanha e em Portugal, sob diferentes designações e abrangências. Na Itália, a Lei nº 241, de 7 de agosto de 1990, prescreve em seu art. 11 que “*a Administração competente pode concluir, sem prejuízo dos direitos de terceiros, e sempre em atendimento ao interesse público, acordos com os interessados, com o fim de determinar o conteúdo discricionário da decisão final ou, nos casos previstos em lei, a substituição da mesma*”⁴⁷⁶.

O citado artigo 11 da Lei italiana estabelece duas modalidades de acordos: os acordos integrativos (*accordi integrativi*), celebrados entre a Administração e o particular no curso do procedimento administrativo, com o objetivo de determinar o conteúdo discricionário da decisão final, sem que haja prejuízo para terceiros; e os acordos substitutivos do procedimento (*accordi sostitutivi di provvedimento*), através dos quais a Administração e o particular podem prede-terminar, de forma vinculante, o conteúdo futuro da decisão administrativa. Em que pese a previsão legal expressa dessas espécies de acordos, vale ressaltar que, na Itália, parte da doutrina nega a natureza de contrato de Direito público desses instrumentos⁴⁷⁷, ainda que não se negue a sua eficácia vinculante.

Na Espanha, o art. 88.1 da Lei 30/1992 (Lei do Regime Jurídico das Ad-ministrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum – LRJ-PAC) configura-se como um permissivo genérico da adoção de contratos pela Admi-nistração Pública sobre o exercício da função administrativa, mediante termi-nação convencional do processo⁴⁷⁸. Ao lado dos pactos, convênios e contratos,

475 KIRKBY, Mark Bobela-Mota. *Contratos sobre o exercício de poderes públicos: o exercício contratualizado do poder administrativo de decisão unilateral*. Coimbra Editora, 2011, p. 148.

476 OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *Arbitragem e as Parcerias Público-Privadas*. Revista Trimestral de Direito Público nº 48/2004, São Paulo: Malheiros Editores, pp. 210-232, 2004, p. 219.

477 Mark Bobela-Mota KIRKBY afirma, inclusive, que são minoritárias na doutrina as vozes que defendem a natureza contratual de Direito público dos acordos previstos no Art. 11 da Lei nº 241/1990. *Contratos sobre o exercício de poderes públicos: o exercício contratualizado do poder administrativo de decisão unilateral*. Coimbra Editora, 2011, p. 148.

478 O mencionado dispositivo legal estipula que “*as Administrações Públicas poderão celebrar acordos, pactos, convênios ou contratos com pessoas de direito público ou de direito privado, sempre que não sejam*

os acordos administrativos foram previstos nesse artigo da lei espanhola de forma ampla e atípica, e são admitidos sempre que não contrariem o ordenamento jurídico, não tratem sobre matérias insuscetíveis de transação e visem ao atendimento de um interesse público.

A propósito do tema, o autor espanhol Luciano Parejo ALFONSO observa que a peculiaridade do ato administrativo consensual está em ser um exercício da atividade administrativa com relevância jurídica imediata, cuja consequência é a aplicabilidade do regime da atividade unilateral com as modulações impostas pela natureza *contratual* do ato administrativo consensual⁴⁷⁹. Com isso, ao invés de compreender-se o interesse público como aquele declarado pelo Estado, que implicaria na prevalência *a priori* de um interesse público invocado pela autoridade de acordo com o princípio da supremacia, a atuação administrativa consensual considera não apenas o ato administrativo como expressão do interesse público, mas também o acordo firmado entre Administração e administrado, obtido a partir da negociação da prerrogativa pública (imperativa) com a Administração.

Por sua vez, o Código de Procedimento Administrativo de Portugal reconhece a existência dos chamados “*contratos administrativos com objeto passível de acto administrativo*” (Art. 185, 3, ‘a’, com redação alterada pelo Decreto-Lei nº 6/1996), assim definidos por José Manuel SÉRVULO CORREIA em sua obra intitulada “Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos”, em contraposição aos contratos com objeto passível de contrato de direito privado. Mais recentemente, com a aprovação do Código dos Contratos Públicos – CCP, por meio do Decreto-Lei nº 18/2008, o Art. 179 do CPA foi revogado e seu conteúdo foi transportado para o Art. 278, nos seguintes termos: “*na prossecução das suas atribuições ou dos seus fins, os contraentes públicos podem celebrar quaisquer contratos administrativos, salvo se outra coisa resultar da lei ou da natureza das relações a estabelecer*”. Ao interpretar tal dispositivo, Diogo Freitas do AMARAL asseverou:

*contrários ao ordenamento jurídico, nem versem sobre matérias não suscetíveis de transação e tenham por objeto satisfazer o interesse público a elas confiado, com o alcance, efeitos e regime jurídico específico que em cada caso preveja a disposição que o regule, podendo tais atos representar o término dos procedimentos administrativos, ou inserir-se nos mesmos em caráter prévio, vinculante ou não, à decisão que os finalize”. Cf. OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. **Arbitragem e as Parcerias Público-Privadas**. Revista Trimestral de Direito Público nº 48/2004, São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 219.*

479 ALFONSO, Luciano Parejo. **Los Actos Administrativos Consensuales en el Derecho Español**, in Revista de Direito Constitucional & Administrativo, nº 13, Belo Horizonte: Fórum, julho a setembro de 2003, p. 15.

“[...] o artigo 278º do CCP confere à Administração uma habilitação genérica para, em vista da prossecução das suas atribuições, recorrer à via contratual. Os únicos limites são a lei e a natureza das relações a estabelecer. Se não existir nenhuma disposição legal que proíba expressa ou implicitamente (através da imposição da utilização do acto administrativo) o recurso à figura do contrato administrativo, e se, por outro lado, a natureza da relação a estabelecer for compatível com tal forma de actuação (o que não sucederá, tipicamente, no domínio sancionatório), a Administração pode, em princípio, utilizar o módulo contratual em alternativa ao acto administrativo para constituir, modificar ou extinguir relações jurídicas administrativas”⁴⁸⁰.

Destaque-se que, no Direito português, ao contrário da Itália e da Espanha, foi reconhecida no plano normativo e doutrinário a regra da fungibilidade entre as figuras do ato e do contrato administrativo enquanto instrumentos ordinários da atuação administrativa⁴⁸¹, confirmando-se a natureza jurídica de contrato administrativo dessas espécies de pactos consensuais substitutivos de atos unilaterais, nota que aproxima o sistema português do marco inaugural alemão⁴⁸².

Entretanto, em que pese os exemplos da experiência estrangeira, o fato é que no Brasil – assim como na França⁴⁸³ – inexistente um permissivo genérico para a Administração substituir o ato unilateral pela figura do acordo, pacto ou, como quiser, pelo contrato. Não há por aqui, como existe na Alemanha,

480 AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. com a colaboração de Pedro Machete e Lino Torgal. Coimbra: Almedina, 2011, p. 559-560.

481 É o que explica SÉRVULO CORREIA: “A primeira parte desta disposição reconhece expressamente a designada ‘autonomia pública contratual da Administração’, ou seja, a possibilidade genérica de qualquer entidade pública recorrer aos contratos administrativos para realizar as atribuições que estiverem a ser cargo, ainda que o efeito jurídico pretendido não esteja especificamente previsto na lei como podendo ter por fonte um contrato desta natureza – o conceito de autonomia pública contratual tem portanto um âmbito idêntico ao (conceito paralelo) de autonomia administrativa, entendida como a capacidade de que desfrutam as pessoas colectivas públicas de praticar actos administrativos (capacidade formal). (...) O contrato administrativo apresenta-se como “um modelo ou forma de acção administrativa que, como regra geral, pode ser usada em alternativa, quer ao acto administrativo, que ao contrato de direito privado, o que dá lugar, respectivamente aos contratos administrativos com objeto passível de acto administrativo e aos contratos administrativos com objeto passível de contrato de direito privado”. SÉRVULO CORREIA, José Manuel. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coleção teses. Coimbra: Almedina, 2003, p. 36-37.

482 MATOS, Frederico Nunes de. **O contrato administrativo como alternativa ao ato administrativo unilateral: breve análise jurídico-comparada**. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 12, n. 138, p. 9-22, jun. 2013.

483 KIRKBY, Mark Bobela-Mota. **Contratos sobre o exercício de poderes públicos: o exercício contratualizado do poder administrativo de decisão unilateral**. Coimbra Editora, 2011, p. 107.

Itália, Espanha e Portugal, cláusula geral que habilite a Administração Pública a recorrer ordinariamente ao contrato administrativo enquanto via alternativa à atuação unilateral⁴⁸⁴. É o que veremos a seguir.

3.7.2. O contrato como alternativa ao ato unilateral no Brasil

Embora há tempos existam leis prevendo a possibilidade de celebração de acordos administrativos em caráter substitutivo à decisão unilateral (a exemplo da desapropriação amigável, prevista no Decreto-Lei nº 3.365/41⁴⁸⁵, e do termo de compromisso previsto do Decreto nº 94.764/87 em matéria ambiental⁴⁸⁶), foi a partir da década de 90 do século XX que o tema ganhou mais expressão entre nós, a partir da multiplicação de instrumentos consensuais em inúmeras normas esparsas e da maior atenção da doutrina em relação ao fenômeno consensual⁴⁸⁷. As possibilidades, contudo, são autorizadas caso a caso através de leis

484 Com exceção da Lei de processo administrativo de São Paulo, de aplicação restrita a este Estado, ver subtópico 3.7.2.2.2.

485 O Decreto-Lei nº 3.365/41 é considerado o precursor da adoção do contrato como alternativa ao ato unilateral no Direito Administrativo brasileiro, quando em seu art. 10 assim autoriza: “A desapropriação deverá efetivar-se mediante acordo ou intentar-se judicialmente dentro de 5 (cinco) anos, contados da data da expedição do respectivo decreto e findos os quais este caducará. Neste caso, somente decorrido 1 (um) ano, poderá ser o mesmo bem objeto de nova declaração”.

486 Por meio do Decreto nº 94.764/87, a Lei de Política Nacional (Lei 6.938/81) e a Lei de Estações Ecológicas e Área de Proteção Ambiental (Lei ° 6.902/81) foram alteradas para que nelas passasse a ser prevista a possibilidade de celebração de termo de compromisso entre a autoridade ambiental competente e o infrator, mediante o qual a multa poderia ser reduzida em até 90% (noventa por cento) caso o infrator adotasse as medidas para cessar e corrigir a degradação ambiental previstas no acordo.

487 Importante ressaltar que, neste período, o aumento do uso do recurso consensual não foi exclusividade do Direito Administrativo. Como anota Juliana Bonacorsi de PALMA: “De fato, a recorrente preocupação com a eficácia dos provimentos ganha força na década de 1990 e se projeta como relevante pauta de alteração de leis processuais civis, penais e administrativas. Tomada em sentido amplo, a consensualidade passou a ser considerada como mecanismo de promoção das almeçadas celeridade e eficácia das decisões processuais e, nessa medida, determinou diversas reformas legislativas para positivação de termos de compromisso, termos de ajustamento de conduta, mediação, conciliação e arbitragem”. **Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador.** Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, 2010, p. 172-173. Nesse sentido, a autora cita, entre as principais normas processuais editadas nessa época: (i) a Lei nº 9.099/95, que instituiu os Juizados Cíveis e Criminais e criou os instrumentos da *conciliação* e da *transação penal*; (ii) a Lei 10.259/01, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Justiça Federal, e prevê, no parágrafo único do seu Art. 10, a possibilidade da Administração Pública federal direta e indireta conciliar, transigir e desistir nos processos julgados nos Juizados Especiais; (iii) as Leis nºs 8.952/94, 8.953/94, 9.245/95 e 9.307/96, que alteraram o Código de Processo Civil para, entre outras questões, detalhar a conciliação judicial e incluir preceitos relativos à arbitragem; (iv) a Lei nº 8.197/91, que expressamente previu a

específicas que delimitam as hipóteses em que o acordo será ou não permitido, apesar da doutrina mais recente admitir a celebração desses pactos mesmo na ausência de expressa previsão legal⁴⁸⁸ (sobre este tema, ver tópico 5.1.).

A seguir, o objetivo será demonstrar como o ordenamento jurídico nacional tem contemplado a possibilidade de utilização do contrato como alternativa ao ato unilateral em inúmeras legislações esparsas, sem, contudo, uma maior preocupação em delimitar um regime jurídico geral destas espécies de pactos; sem uma dedicação voltada à sistematização das hipóteses de aplicação; e pior, sem uma maior preocupação da doutrina com a identificação da natureza jurídica destas espécies de acordos administrativos. O resultado disso, como se verá, é o tratamento desuniforme e confuso dessa nova forma de atuar da Administração que a cada dia ganha mais relevo na prática administrativa⁴⁸⁹.

3.7.2.1. Contratos regulatórios no âmbito das Agências

Na atividade de regulação estatal sobre a economia (Art. 174 da CF), as próprias mudanças assistidas na atividade do Estado como agente econômico nos últimos anos são, ao mesmo tempo, a causa e também o efeito da maior permeabilidade ao *consenso* nesse campo de atuação estatal. Dizemos isto porque a passagem do Estado-provedor das necessidades coletivas para o Estado-regulador da ordem econômica coloca-nos diante “*da necessidade de se construir uma teoria da regulação*” que não seja baseada “*nos institutos clássicos pelos quais nós,*

possibilidade de celebração de acordos judiciais pela Administração Pública federal, posteriormente revogada pela Lei nº 9.469/97, que disciplinou a questão de modo mais detalhado.

488 Nesse sentido, ver: MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Teoria do contrato administrativo: uma abordagem histórico-evolutiva com foco no direito brasileiro**. São Paulo, 2010, 380f. Tese de livre docência – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. p. 278; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma Administração Pública mais democrática**. São Paulo: Quartier Latin, 2007; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; e CYMBALISTA, Tatiana Matiello. **Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção**. RBDP, ano 8, n.º 31. Out/Dez. 2010.

489 Para facilitar a didática, a disposição dos tópicos está ordenada de acordo com a natureza dos instrumentos, e não da atividade estatal respectiva (como fizemos até aqui), porque há instrumentos de natureza semelhante (acordos substitutivos de sanção, p. ex.) em mais de uma atividade estatal (na regulação e no processo administrativo disciplinar, p. ex.). Por isso, optou-se desse modo para facilitar a compreensão das diferentes espécies de contratos alternativos a atos unilaterais presentes no ordenamento jurídico nacional.

os *administrativistas, lidamos com o tema*⁴⁹⁰. Não cabe aqui discorrer sobre esta nova teoria. Convém apenas destacar que, diferentemente do modelo de regulação pautado na imposição vertical do interesse público aplicado aos setores regulados, abre-se caminho para a construção de “*espaços em que sejam possíveis a articulação e a mediação de interesses, em que seja viável a interlocução com os diversos pólos de poder político existentes na sociedade contemporânea*”⁴⁹¹.

No ambiente econômico regulado por agências independentes, abre-se espaço para a introdução de técnicas consensuais do agir administrativo, que busquem a mediação e a composição de interesses entre a autoridade reguladora e os agentes econômicos regulados, em lugar da imposição do interesse público a ser tutelado de modo autoritário e unilateral. No âmbito desta nova regulação econômica, destaca MARQUES NETO, “*a unilateralidade e a exorbitância tradicionais no exercício da autoridade pública (poder extroverso) tem que dar lugar à interlocução, à mediação e à ponderação entre interesses divergentes, sem descuidar, por óbvio, da proteção da coletividade contra abusos dos agentes econômicos*”⁴⁹². Disso resulta, segundo o autor, a alteração radical da forma de interação entre o Estado-regulador e os agentes econômicos privados, com a superação de um “*vetor vertical, impositivo e unilateral*” para um modo de atuar da Administração “*predominantemente horizontal, negocial, permeado por negociações e concessões recíprocas*”⁴⁹³.

490 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Limites à abrangência e à Intensidade da Regulação Estatal**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, Nov/dez 2005, jan 2006. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 13 de setembro de 2013.

491 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo Marques. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 199.

492 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Poder de sanção – órgão Regulador – ANEEL**. Parecer. Revista de Direito Administrativo – RDA, Vol. 221, 2000, p. 355.

493 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Regulação estatal e autorregulação na economia contemporânea**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 9, n. 33, jan./mar. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/>>. Acesso em: 13 set. 2013. Para uma reprodução mais fiel do pensamento autor, confira-se o seguinte trecho: “*A atividade de regulação pressupõe, a meu ver, a noção de equilíbrio. Opõe-se, frontalmente, à unilateralidade típica presente na ideia de autoridade estatal tradicional. Mais do que isso, o exercício da regulação importa, necessariamente, a composição dos interesses emredados em um dado segmento da atividade econômica ou social, sem descuidar nesta composição de interesses difusos, gerais ou titularizados por hipossuficientes, interesses estes necessariamente à cura da autoridade estatal. A atividade regulatória, deixe-se claro desde logo, não exclui a presença da autoridade do Estado. Ao contrário, admite-a e mesmo exige sua presença, como mais adiante detalharei. O que se altera, contudo, é o modo de exercício desta autoridade. Em vez de se relacionar com os agentes privados exclusivamente pelo vetor vertical, impositivo e unilateral, interage com eles num vetor predominantemente horizontal, negocial, permeado por negociações e*

Isto ocorre porque a regulação independente pressupõe a busca por uma situação de equilíbrio entre os diferentes interesses do setor regulado, forçando com que a regulação seja permanentemente aberta e permeável aos interesses do sistema regulado, com a manutenção de permanentemente diálogo visando ao cumprimento mais eficiente dos objetivos setoriais. Por isso é que a regulação não pode ser meramente negativa, mas tem que combinar a aplicação de mecanismos de autoridade com a lógica da composição dos interesses a partir da ponderação e do procedimento para obtenção do consenso⁴⁹⁴. Embora a busca pelo consenso não elimine o poder de decisão da autoridade estatal, a regulação estatal através de entidades reguladoras independentes está baseada na noção de diálogo regulatório em que permanentemente o regulador procura não apenas ponderar os interesses envolvidos (mecanismos de participação procedimental), mas implementar de maneira efetiva o resultado do diálogo entre os interesses regulados através da introdução de instrumentos (acordos, pactos, negociações, contratos) na atividade regulatória, por meio dos quais o regulador negocia com os regulados os objetivos de políticas públicas a serem atingidos.

O ambiente regulatório é terreno fértil, portanto, para a adoção de decisões concertadas e melhor motivadas, onde a posição definida pelo regulador seja resultado das pautas de discussões havidas com a pluralidade de atores de um dado setor regulado, envolvendo ente regulador, agentes econômicos, sociedade civil interessada, grupos representantes de interesses difusos e coletivos etc, de modo a gerar, com isso, uma decisão mais aderente ao interesse público prevalecente em dada situação concreta. Neste contexto surgem os instrumentos consensuais tratados a seguir.

3.7.2.1.1 *Regulação negociada (a “reg-neg” do Direito norte-americano)*

Previamente à abordagem dos instrumentos de regulação contratual já presentes no ordenamento jurídico nacional, cabe fazer breve nota sobre a

concessões recíprocas. Ademais, há um traço necessário de responsabilidade no manejo desta autoridade que não mais estabelece normas e padrões de conduta a partir apenas de sua leitura do que seja o interesse público, mas se impõe como objetivo manter equilibrados os interesses envolvidos naquela dada relação econômica de modo que, a um só tempo, possa perseguir os interesses (públicos) alvitrados sem sacrificar demasiados interesses dos particulares e sem comprometer a reprodução e preservação das relações econômicas reguladas”.

494 BLACK, Julia. **Procedimentalizando a Regulação**. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coordenador). Diogo R. COUTINHO, Jean Paul Cabral VEIGA DA ROCHA, Marina Mota PRADO, Rafael OLIVA (organizadores). **Regulação econômica e democracia. O debate europeu**. São Paulo: Singular, 2006, p. 141-203.

distinção – bem esclarecida por Pedro GONÇALVES⁴⁹⁵ – entre a “regulação administrativa por contrato” e a “regulação administrativa negociada”. Segundo o autor, “*a este último conceito reconduzimos os esquemas, de variado recorte, que promovem uma abordagem consensual na formulação ou na implementação da regulação*”⁴⁹⁶, os quais se desenvolvem num contexto de diálogo regulatório marcado pelo consenso e pela negociação da regulação, mas que não resultam, contudo, na celebração de acordos consensuais ou contratos.

A nota é relevante para melhor situarmos a *contratualidade* administrativa no ambiente regulatório – à luz do conceito adotado no presente estudo. Embora se reconheça, também no Brasil, uma maior abertura ao consenso e à participação dos regulados e da sociedade em geral no processo de formação da decisão a ser adotada pela autoridade regulatória (através dos mecanismos de consultas públicas, audiências públicas, conselhos consultivos), tal permeabilidade à participação não deve ser vista como manifestação da contratualidade enquanto *escolha da via contratual alternativamente ao ato administrativo unilateral*.

Quer-se com isso dizer que, apesar da maior participação no processo decisório consistir, sem dúvida, uma expressão da consensualidade no cenário regulatório brasileiro – e aqui reside a importância de sua menção neste tópico –, o fato dela [a participação] não resultar na formatação de um instrumento consensual – ou, como quiser, de um contrato na acepção ampla aqui defendida –, afasta estas ferramentas de ação participativa da noção restrita de contratualidade ora tratada, enquanto modo alternativo ao ato unilateral. Feitos estes esclarecimentos que julgamos pertinentes, impende agora tratarmos dos módulos contratuais no cenário regulatório presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

495 GONÇALVES, Pedro António P. Costa. **Regulação administrativa e contrato**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, jul./set. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/>>. Acesso em: 11 set. 2013.

496 O autor refere-se ao direito norte-americano, onde existe, desde 1990, um *Negotiated Rulemaking Act*. Sobre o tema, explica Rodrigo Pagani de SOUZA que: “*Uma das práticas para promover a participação pública nos processos normativos das agências nos Estados Unidos tem sido o “procedimento negociado”, isto é, a “regulatory negotiation” ou simplesmente “reg-neg”. Trata-se de um procedimento em que, antes da publicação do projeto normativo, a Administração convoca representantes dos principais interesses envolvidos para sessões de negociação conduzidas por um mediador - que pode ser a própria Administração ou um terceiro imparcial por ela designado. O objetivo é que todos examinem em comum as questões suscitadas pela norma que se pretende editar e cheguem a um acordo formal acerca de seu conteúdo*”. **Participação pública nos processos decisórios das agências reguladoras: reflexões sobre o Direito brasileiro a partir da experiência norte-americana**. Fórum Administrativo - Direito Público - FA, Belo Horizonte, ano 2, n.16, jun. 2002. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/>>. Acesso em: 13 set. 2013.

3.7.2.1.2. Contratos regulatórios

Diferentemente dos mecanismos de participação na atividade regulatória, os contratos regulatórios consistem em ajustes celebrados no processo jurídico de formulação ou implementação de normas regulatórias, celebrados entre as autoridades públicas responsáveis por organizar a regulação de um determinado mercado ou as autoridades reguladoras independentes (Agências) e os operadores da atividade econômica regulada. Trata-se aqui de um genuíno fenômeno de contratualização da regulação pública⁴⁹⁷, como alternativa ou complemento de um modelo de regulação “tradicional”, baseado num sistema hierárquico de imposição de normas e emissão de atos unilaterais. A respeito desta nova maneira de exercer a competência regulatória, Pedro GONÇALVES salienta que:

“Em geral, o emprego da instituição contratual nos domínios da administração reguladora não tem nada de surpreendente, se tivermos presente que vivemos um tempo caracterizado pela disseminação da cultura do contrato e do consenso na actuação das entidades públicas e pelo tópicio do Estado Contratante. A ideia, generalizada, de governação e de administração por contrato, a tendência para fazer do contrato o mecanismo primacial da acção pública e a defesa de uma ‘situação de preferência pelo contrato administrativo’ no contexto das formas de acção administrativa encontram uma repercussão em todas as esferas de intervenção da Administração, incluindo, claro, a regulação pública. Com efeito, neste ambiente, a regulação administrativa por contrato e, por consequência, o contrato regulatório impõem-se, com toda a naturalidade, como modelos de partilha do poder de administrar e de regular entre agências e regulados⁴⁹⁸.”

497 Cf. William F. PEDERSEN. **Contracting with regulated for better regulations**. *Administrative Law Review*, vol. 53, 2001, p. 1067 e ss. O autor propõe o conceito de “*regulatory reform contract*” no quadro de uma nova abordagem da regulação, a partir da ideia de que o legislador deve fixar as finalidades da regulação e deixar para o processo regulatório uma margem para a definição dos meios mais eficientes para alcançá-las. A Agência Reguladora, neste sentido, teria maior liberdade para, diante de cada circunstância, debater com os regulados as alternativas para a regulação consideradas mais adequadas e eficazes para o caso concreto.

498 GONÇALVES, Pedro António P. Costa. **Regulação administrativa e contrato**. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, jul./set. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/>>. Acesso em: 17 set. 2013. O autor lembra ainda que: “*se considerarmos as três dimensões fundamentais da actividade regulatória — edição de normas, fiscalização do cumprimento de normas e sancionamento da infracção às normas —, conclui-se que o contrato se mostra apto em qualquer dos três domínios*”.

Na medida em que a Agência Reguladora passa a ficar vinculada a agir conforme o que consensualmente estabeleceu no acordo, o contrato regulatório tem o efeito de reduzir a discricionariedade regulatória em relação aos regulados (a discricionariedade é exercida no momento da celebração do acordo), diminuindo assim as incertezas no âmbito do mercado regulado e favorecendo, com isso, a realização de investimentos e a entrada de novos atores econômicos nesse mercado. É nesta medida que estas espécies de ajustes são consideradas como contratos alternativos a atos administrativos unilaterais.

No Brasil, uma forma de contratualização da ação regulatória consiste nos acordos regulatórios celebrados como condição para a prática de um determinado ato administrativo pela Agência Reguladora, que traga alguma espécie de benefício à operadora. Um exemplo desse mecanismo consensual ocorre no âmbito da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), onde a Resolução Normativa 19/02 determina que o ato de Revisão Técnica⁴⁹⁹ do contrato ficará sujeito à assinatura de termo de compromisso para implantação de Programa de Reestruturação Gerencial pela operadora, com o objetivo de condicionar o reequilíbrio econômico dos planos privados de assistência à saúde ao cumprimento de prazos, ações e metas qualitativas e quantitativas pelas operadoras⁵⁰⁰.

O contrato regulatório também tem lugar quando um determinado ato de autorização da Agência Reguladora fica condicionado à celebração de um acordo prévio com o regulado. É o caso, por exemplo, do ato de autorização para ampliação e operação de novas instalações no âmbito das atividades submetidas à regulação da Agência Nacional do Petróleo (ANP). Nos termos da Portaria 91/04, o Diretor-Geral da Agência delega competência ao titular da Superintendência de

499 Nos termos do Art. 2º desta Resolução: "Define-se por Revisão Técnica a correção de desequilíbrios constatados nos planos privados de assistência a saúde a que se refere o art. 1º, mediante reposicionamento dos valores das contraprestações pecuniárias, mantidas as condições gerais do contrato".

500 Art. 7º. A ANS determinará, nas situações de desequilíbrio em que for identificada deficiência nos métodos gerenciais, associadas ou não a desequilíbrio em outras carteiras que não sejam objeto desta Resolução, a implantação de um Programa de Reestruturação Gerencial, com assinatura de Termo de Compromisso, que irá prever: I - as ações a serem implementadas e as metas qualitativas e quantitativas a serem atingidas; II - os prazos para cumprimento das metas estabelecidas; III - a obrigação, por parte da operadora, de apresentar relatórios periódicos sobre sua gestão, desempenho econômico-financeiro, rede de serviços, mecanismos de regulação e outros dados e indicadores que forem definidos pela ANS e permitam a aferição dos resultados obtidos com o programa; e IV - as conseqüências para os casos de descumprimento injustificado do programa. Parágrafo Único. O Programa poderá incluir a recomendação de renegociação de contratos da carteira de planos coletivos para correção de eventual desequilíbrio observado no curso da análise das informações.

Refino e Processamento de Gás Natural da ANP para autorizar a modificação de refinarias e de unidades de processamento de gás natural pela ampliação de capacidade, bem como a operação destas instalações, mediante assinatura de termo de compromisso com os interessados. Ainda no âmbito desta Agência, a Portaria nº 25/08 prevê que “a autorização de operação fica condicionada à assinatura de termo de compromisso entre ANP e a requerente” quando se constatar risco à segurança operacional e à saúde dos trabalhadores ou ao meio ambiente.

Há também outros exemplos de contratos regulatórios como as contratações híbridas e a chamada regulação positiva, “em que o regulado obtém acessos a mercados mediante o atendimento de metas de atendimento a grupos de usuários social ou geograficamente desatendidos”. São ações visando ao “atingimento de objetivos de interesse público para os quais se faça necessária alguma coordenação ou condução do processo econômico”⁵⁰¹ pelo órgão regulador. Ainda, há inúmeras modalidades de acordos de cessação ou substitutivos de sanção na atividade fiscalizatória exercida pelas Agências Reguladoras Independentes, previstos em leis ou regulamentos expedidos pelas próprias agências. Para facilitar a didática, tais modalidades serão abordadas como espécies do gênero “contratos substitutivos de sanções”, dentro deste módulo dos “contratos como alternativa ao ato unilateral” no Direito brasileiro.

3.7.2.2. Contratos substitutivos de sanções

No caminho pela substituição da sanção pelo contrato, o Direito brasileiro contempla inúmeras autorizações legais ou infralegais para a celebração de algumas espécies do gênero *contratos substitutivos de sanções*. São exemplos as diversas modalidades de Termos de Ajustamento de Condutas; os Termos de Cessação de Conduta e o Acordo de Leniência no âmbito do CADE; os acordos substitutivos de sanções nos serviços públicos regulados; os termos de compromisso em processo sancionador da CVM; os acordos celebrados no âmbito de processos administrativos disciplinares, entre outros exemplos, todos representando manifestações contratualizadas do exercício da função de repreensão de práticas contrárias ao ordenamento e de indução de comportamentos aderentes às finalidades legais.

501 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Limites à abrangência e à Intensidade da Regulação Estatal*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, Nov/dez 2005, jan 2006. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 13 de setembro de 2013.

3.7.2.2.1. Termos de Ajustamento de Conduta (TAC)

A figura do compromisso de ajustamento de conduta teve origem, entre nós, com o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), que em seu Art. 211 autorizou aos órgãos públicos legitimados a “*tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, o qual terá eficácia de título executivo extrajudicial*”. Pouco tempo depois, o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) alterou a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) para incluir o §6º ao seu art. 5º, permitindo a utilização desse instrumento consensual por quaisquer dos órgãos públicos legitimados para propor a Ação Civil Pública, em relação a qualquer matéria passível de controle por meio dessa ação, nos seguintes termos: “*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*”. Como anotam Carlos Ari SUNDFELD e Jacintho Arruda CÂMARA:

“O objetivo da lei é evidente. 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. A celebração do termo de ajustamento de conduta também é um modo mais rápido para assegurar a aplicação efetiva da norma em discussão. Não se trata de instrumento de punição, mas de indução de comportamentos concretos. O termo constitui uma ferramenta para transformar em realidade abstratas prescrições legais. 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”⁵⁰².

O caráter consensual do TAC está manifestado quando a Lei da Ação Civil Pública não impõe o conteúdo que deve conter o compromisso a ser assumido pela parte interessada, o que confere certa margem de discricionariedade à autoridade na fixação do conteúdo das obrigações a serem assumidas pela parte interessada no acordo. A verdade é que tal margem de liberdade encontra

502 SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. **O devido processo administrativo na execução de termo de ajustamento de conduta**. A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, p. 115-120, abr./jun. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/>>. Acesso em: 16 set. 2013.

limites na própria finalidade do TAC e na negociação dos seus termos com a parte interessada na sua celebração, pois: (i) o instrumento não pode ser utilizado para fins outros que não a o “ajustamento” da conduta irregular praticada e a reparação dos danos havidos – razão pela qual a inclusão de obrigações alheias a este propósito deve ser rechaçada, sob pena de desvio de finalidade –; e (ii) o interessado não está obrigado a celebrar o TAC caso as obrigações e demais condições propostas pelo Ministério Público no termo de acordo não lhe aparentem mais vantajosas do que o curso normal do processo judicial sancionador. Isto porque o termo de ajustamento de conduta, enquanto espécie do gênero negócio jurídico, deve representar a vontade das partes no momento de sua celebração, sob pena de nulidade⁵⁰³.

Uma vez celebrado e cumpridas as obrigações combinadas, o TAC representa um importante instrumento da atividade concertada e contratualizada da Administração, na medida em que “*ao celebrar um TAC, a Administração está, por acordo de vontades, substituindo sua decisão unilateral de não tomar certa*

503 Em obra dedicada especificamente a este tema, Geisa de Assis RODRIGUES assenta: “(...) *Como todo negócio jurídico, o ajustamento de conduta pode ser compreendido nos planos de existência, validade e eficácia. Essa análise pode resultar em uma fragmentação artificial do fenômeno jurídico, posto que a existência, a validade e a eficácia são aspectos de uma mesmíssima realidade. Todavia, a utilidade da mesma supera esse inconveniente. (...) Para existir o ajuste carece da presença dos agentes representando dois centros de interesses, ou seja, um ou mais compromitentes e um ou mais compromissários; tem que possuir um objeto que se consubstancie em cumprimento de obrigações e deveres; deve existir o acordo de vontades e ser veiculado através de uma forma perceptível (...)*”. **Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 198. O tema foi enfrentado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp n.º 802.060/RS, sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, publicado no DJ em 22.02.2010. Em resumo, o recurso desafiava a homologação de termo de ajustamento de conduta no qual a compromissária manifestou sua vontade de desistir do pacto, antes da avaliação do Conselho Superior. Nesta ocasião, o STJ entendeu que a manifestação de vontade da parte interessada deveria ser respeitada diante do contexto fático apresentado, nos seguintes termos: “O Tribunal a quo à luz do contexto fático-probatório encartado nos autos, insindicável pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, consignou que: (a) o Termo de Ajustamento de Conduta in foco não transpõe a linde da existência no mundo jurídico, em razão de o mesmo não refletir o pleno acordo de vontade das partes, mas, ao revés, imposição do membro do Parquet Estadual, o qual oficiara no inquérito; (b) a prova constante dos autos revela de forma inequívoca que a notificação da parte, ora Recorrida, para comparecer à Promotoria de Defesa Comunitária de Estrela-RS, para ‘negociar’ o Termo de Ajustamento de Conduta, se deu à guisa de incursão em crime de desobediência; (c) a Requerida, naquela ocasião desprovida de representação por advogado, firmou o Termo de Ajustamento de Conduta com o Ministério Público Estadual no sentido de apresentar projeto de reflorestamento e doar um microcomputador à Agência Florestal de Lajeado, órgão subordinado ao Executivo Estadual do Rio Grande do Sul; (e) posteriormente, a parte, ora Recorrida, sob patrocínio de advogado, manifestou sua inconformidade quanto aos termos da avença celebrada com o Parquet Estadual, requerendo a revogação da mesma, consoante se infere do exerto do voto condutor dos Embargos Infringentes à fl. 466”.

*medida visando à aplicação da sanção jurídica à outra parte*⁵⁰⁴. Significa dizer: o compromisso colhido via Termo de Ajustamento de Conduta viabiliza a negociação entre autoridades administrativas e particulares a respeito do cumprimento de exigências impostas por lei, autorizando o acordo como via legítima para modular o cumprimento de deveres legalmente constituídos.

A figura do Termo de Ajustamento de Conduta nos moldes previstos na Lei da Ação Civil Pública foi amplamente aceita no ordenamento nacional e na prática administrativa⁵⁰⁵. Hoje existem inúmeras normas específicas disciplinando os TACs nos mais diversos campos de atuação estatal, ora preservando a nomenclatura utilizada pela Lei nº 7.347/85, ora com pequenas variações, mas todas com o sentido de acordo celebrado em substituição à aplicação de uma sanção. Exemplos desses termos podem ser encontrados no Direito ambiental, onde o Decreto nº 99.274/90, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, e do Decreto nº 3.179/99, substituído pelo Decreto nº 6.514/08, que disciplina as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, prevêem, respectivamente, o *termo de compromisso* para redução do valor da multa em até 90%⁵⁰⁶ caso sejam cumpridas pelo compromissário as medidas para cessar ou recompor a degradação ambiental (seguindo a tendência inaugurada pelo Decreto nº 94.764/87), e o *termo de compromisso de reparação de dano*⁵⁰⁷, assinado pelo infrator para a cessação ou regularização das situações no lugar da aplicação da multa diária.

504 MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Teoria do contrato administrativo: uma abordagem histórico-evolutiva com foco no direito brasileiro**. São Paulo, 2010, 380f. Tese de livre docência – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 299.

505 Especialmente no Direito Ambiental e no Direito do Trabalho.

506 Art. 42. As multas poderão ter a sua exigibilidade suspensa quando o infrator, por *termo de compromisso* aprovado pela autoridade ambiental que aplicou a penalidade, se obrigar à adoção de medidas específicas para cessar e corrigir a degradação ambiental. Parágrafo único. Cumpridas as obrigações assumidas pelo infrator, a multa será reduzida em até noventa por cento.

507 Art. 146. Havendo decisão favorável ao pedido de conversão de multa, as partes celebrarão termo de compromisso, que deverá conter as seguintes cláusulas obrigatórias: I - nome, qualificação e endereço das partes compromissadas e dos respectivos representantes legais; II - prazo de vigência do compromisso, que, em função da complexidade das obrigações nele fixadas, poderá variar entre o mínimo de noventa dias e o máximo de três anos, com possibilidade de prorrogação por igual período; III - descrição detalhada de seu objeto, valor do investimento previsto e cronograma físico de execução e de implantação das obras e serviços exigidos, com metas a serem atingidas; IV - multa a ser aplicada em decorrência do não-cumprimento das obrigações nele pactuadas, que não poderá ser inferior ao valor da multa convertida, nem superior ao dobro desse valor; e V - foro competente para dirimir litígios entre as partes. § 1º A assinatura do termo de compromisso implicará renúncia ao direito de recorrer administrativamente. § 2º A celebração do termo de compromisso não põe fim ao processo administrativo, devendo a autoridade competente

Há ainda, na esfera ambiental, o termo de compromisso celebrado entre pessoas físicas ou jurídicas responsáveis pela construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores, previsto no Art. 79-A da Lei nº 9.605/1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente⁵⁰⁸.

Outras modalidades de compromissos com a mesma natureza jurídica são encontradas em legislações ou atos normativos específicos, a exemplo de algumas leis de processos administrativos; de atos normativos de Agências Reguladoras Independentes; de leis que regulam o sistema de defesa da concorrência; ou, ainda, de normas expedidas para regulamentar o exercício da função de controle sobre a Administração Pública. Alguns desses instrumentos consensuais, devido à sua especificidade e importância, serão tratados com maior detalhe a seguir.

3.7.2.2.2. *Lei de Processo Administrativo Federal e do Estado de São Paulo*

A Lei nº 9.784/99, que disciplina a processo administrativo no âmbito da Administração Pública federal, trouxe, inegavelmente, alguns avanços em matéria de participação administrativa, tais como as consultas (artigo 31) e audiências públicas (artigo 32) e outros meios de participação dos administrados na conformação de decisões administrativas (artigo 33). No entanto, apesar dos citados avanços, a Lei

monitorar e avaliar, no máximo a cada dois anos, se as obrigações assumidas estão sendo cumpridas. § 3o O termo de compromisso terá efeitos na esfera civil e administrativa. § 4o O descumprimento do termo de compromisso implica: I - na esfera administrativa, a imediata inscrição do débito em Dívida Ativa para cobrança da multa resultante do auto de infração em seu valor integral; e II - na esfera civil, a imediata execução judicial das obrigações assumidas, tendo em vista seu caráter de título executivo extrajudicial. § 5o O termo de compromisso poderá conter cláusulas relativas às demais sanções aplicadas em decorrência do julgamento do auto de infração. § 6o A assinatura do termo de compromisso tratado neste artigo suspende a exigibilidade da multa aplicada.

508 Art. 79-A. Para o cumprimento do disposto nesta Lei, os órgãos ambientais integrantes do SISNAMA, responsáveis pela execução de programas e projetos e pelo controle e fiscalização dos estabelecimentos e das atividades suscetíveis de degradarem a qualidade ambiental, ficam autorizados a celebrar, com força de título executivo extrajudicial, termo de compromisso com pessoas físicas ou jurídicas responsáveis pela construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores. (Incluído pela Medida Provisória no 2.163-41, de 23.8.2001). §1o O termo de compromisso a que se refere este artigo destinar-se-á, exclusivamente, a permitir que as pessoas físicas e jurídicas mencionadas no caput possam promover as necessárias correções de suas atividades, para o atendimento das exigências impostas pelas autoridades ambientais competentes (...).

nº 9.784/99 não fez nenhuma previsão expressa de módulos convencionais substitutivos de decisão administrativa unilateral (ao contrário, como vimos, das leis de procedimento administrativo da Alemanha, da Itália, da Espanha e de Portugal).

O grande problema disso é que a citada Lei Federal é referência legislativa no âmbito da processualística administrativa, pois, já em seu Art. 1º, a lei se afirma como instituidora de *normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta*, aplicável subsidiariamente a toda espécie de processo administrativo com regulamentação específica (Art. 69). Assim, a ausência de previsão de instrumentos consensuais no âmbito do processo administrativo federal de certo modo impede a evolução da matéria em termos de teoria geral do processo administrativo⁵⁰⁹.

Nada obstante a inexistência de autorização na esfera federal, pode-se afirmar que o Estado de São Paulo contempla um verdadeiro permissivo genérico para a celebração de termos de ajustamento de conduta pela Administração. Trata-se do Decreto nº 52.201/07⁵¹⁰, segundo o qual os TACs na esfera Estadual poderão ser celebrados pelas Secretarias de Estado; pelas autarquias, inclusive de regime especial, exceto as Universidades Públicas estaduais; pelas empresas

509 Para mais, ver: ALMEIDA, Natália Silva Mazzutti; MELO, Luiz Carlos Figueira de. **A consensualidade como elemento do processo administrativo federal brasileiro**. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 14, n. 75, out./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/>>. Acesso em: 11 set. 2013.

510 Confira-se o inteiro teor do Decreto Estadual em comento: Artigo 1º - Os Termos de Ajustamento de Conduta - TAC's passam a ser celebrados com observância no disposto neste decreto. Artigo 2º - Os termos de que trata o artigo anterior poderão ser celebrados: I - pelas Secretarias de Estado; II - pelas autarquias, inclusive de regime especial, exceto as Universidades Públicas estaduais; III - pelas empresas públicas e sociedades de economia mista, sob o controle do Estado pela sua Administração centralizada ou descentralizada; IV - pelas fundações instituídas ou mantidas pelo Estado. Artigo 3º - A celebração dos termos de ajustamento de conduta pelos órgãos e entidades de que trata o artigo 2º deste decreto dependerá necessariamente de prévia manifestação da Procuradoria Geral do Estado. Artigo 4º - Os processos e expedientes respectivos deverão ser enviados ao Gabinete do Procurador Geral do Estado, instruídos com: I - manifestação conclusiva dos órgãos técnicos e jurídicos competentes; II - manifestação conclusiva do Secretário de Estado, do Superintendente da autarquia, do Presidente da empresa ou sociedade de economia mista, do Presidente da fundação ou autoridade competente equivalente, sobre a conveniência de ser firmado o termo de ajustamento de conduta; III - estudos que levaram à apresentação da minuta do termo de ajustamento de conduta. Parágrafo único - Os processos e expedientes oriundos das entidades de que tratam os incisos II a IV do artigo 2º deste decreto deverão ser remetidos ao Gabinete do Procurador Geral do Estado por intermédio do Titular da Pasta a que estejam vinculadas. Artigo 5º - O Gabinete da Procuradoria Geral do Estado devolverá de plano os processos e expedientes que não observarem o disposto no artigo 4º deste decreto. Artigo 6º - Este decreto entra em vigor na data de sua publicação.

públicas e sociedades de economia mista, sob o controle do Estado pela sua Administração centralizada ou descentralizada; ou pelas fundações instituídas ou mantidas pelo Estado (Art. 2º). De acordo com norma, a celebração dos termos de ajustamento de conduta pelos órgãos e entidades referidos dependerá apenas de prévia manifestação da Procuradoria Geral do Estado, após: (i) a manifestação conclusiva dos órgãos técnicos e jurídicos competentes; (ii) a manifestação conclusiva do Secretário de Estado, do Superintendente da autarquia, do Presidente da empresa ou sociedade de economia mista, do Presidente da fundação ou autoridade competente equivalente, sobre a conveniência de ser firmado o termo de ajustamento de conduta; e (iii) a realização de estudos que levaram à apresentação da minuta do termo de ajustamento de conduta (Arts. 3º e 4º).

Interessante notar que a norma em questão não define as matérias sobre as quais os compromissos poderão tratar e nem ao menos quais obrigações podem ser previstas no instrumento de compromisso, evidenciando o caráter amplo e aberto em que a celebração do acordo pode se dar, bem como a natureza eminentemente consensual de seu conteúdo.

3.7.2.2.3. *Acordos substitutivos de sanções nos serviços públicos regulados*

Ainda no âmbito da atividade de regulação – conforme já adiantamos –, há inúmeras modalidades de acordos de cessação ou substitutivos de sanção na atividade fiscalizatória exercida pelas Agências Reguladoras Independentes, previstos, em geral, nas normas regulamentadoras expedidas pelas próprias agências⁵¹¹. Sem

511 Seguindo o influxo de procedimentalização da atividade administrativa, muitas autoridades reguladoras criaram uma disciplina própria para exercer a atividade fiscalizatória e sancionatória em face dos regulados submetidos à sua alçada, através de atos normativos específicos que preveem a possibilidade de substituição da sanção por termos de compromisso assinados junto aos regulados, muitas vezes sem previsão expressa de sua possibilidade na Lei instituidora da Agência. Num primeiro momento, a ausência de previsão legal poderia suscitar dúvidas quanto a possibilidade/legalidade de adoção desse instrumento, por dever de obediência à legalidade estrita. No entanto, ao analisar este tema ainda diante da ausência de regulamento permissivo no âmbito da ANATEL, bem advertiram Carlos Ari SUNDFELD e Jacintho Arruda CÂMARA: “A LGT é uma lei-quadro, não uma lei substantiva. Não se encontram nela própria as normas especificadoras de deveres e obrigações (seus conteúdos, seus condicionamentos, seus prazos, seus sujeitos), das medidas administrativas de acompanhamento e cobrança (registros, constatações, notificações, ordens, ajustes, etc.), das infrações (condições de ocorrência, causas excludentes, classificação), e da imposição de sanções (determinação da específica sanção que pode ser imposta a que específica infração, das causas excludentes, atenuantes, agravantes, etc.). Tudo isso ficou para ser definido em plano infraregular pela Anatel (LGT, art. 19, entre outros dispositivos), a partir da moldura legal. As normas realmente substantivas de telecom estão nos regulamentos da Anatel, e nos atos deles decorrentes. Não se encontra na LGT a

pretender esgotar todos os exemplos presentes no ordenamento setorial brasileiro, cumpre apenas descrever o tratamento conferido aos instrumentos substitutivos de sanções em alguns atos normativos regulamentares atualmente vigentes.

No contexto dos serviços de Energia Elétrica, há competência para a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL firmar acordos substitutivos com as prestadoras, optando pela adoção consensual de medidas de interesse do setor preferencialmente à aplicação de penalidades. É o que lhe autoriza o Art. 3º, inciso I da Resolução Normativa nº 333/08⁵¹². Com base no normativo, a ANEEL está autorizada a celebrar acordos com os regulados com os concessionários, permissionários e autorizatários de serviços públicos de energia elétrica, visando à substituição da sanção cabível pelo compromisso de cumprimento de obrigações que possibilitem a correção da prática dos atos contrários ao regulamento dos serviços. Uma vez celebrado o termo de compromisso de ajustamento de conduta previsto na norma, e constatado o cumprimento de todas as obrigações assumidas pelo compromissário, o processo fiscalizatório correspondente será arquivado quanto ao seu objeto.

Interessante observar que a justificativa exposta pela ANEEL para aprovar a Resolução em questão fundamenta-se no melhor atendimento ao interesse público e nos resultados positivos que a medida pode trazer para o desenvolvimento do setor. Segundo a fundamentação exposta pelo relator da Resolução citada: *“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”*⁵¹³.

especificação dos fatores exatos que exigem a aplicação de sanções, tampouco a previsão das alternativas capazes de evitá-las. A regulamentação é que trata disso tudo. Portanto, é da Anatel a competência normativa para dizer se, e em que condições, um acordo substitutivo é uma causa excludente da aplicação ou execução de sanções. Em outros termos, é à regulamentação da Anatel que cabe definir como fechado ou aberto o sistema normativo sancionatório das telecomunicações”. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, abr./jun. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/>>. Acesso em: 16 set. 2013.

- 512 Art. 3º A solicitação [de celebração de TAC] será encaminhada ao Superintendente de Fiscalização da ANEEL a quem a matéria seja afeta, que deverá elaborar análise técnica sobre o pedido, observado que: I – se favorável, indicará as condições para a formalização do TAC, incluindo o cálculo da multa passível de ser aplicada, quando for o caso, para fins de ajustamento de um Plano de Ações e/ou Investimentos a serem realizados pela interessada e posterior submissão da proposta resultante para deliberação da Diretoria.
- 513 Análise do Diretor José Guilherme Silva Menezes Senna no Processo nº 48500.006379/2005-26 da ANEEL. Citado por MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; e CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção. RBDP, ano 8, n.º 31. Out/Dez. 2010.

Outra Agência que regulamentou a aplicação do Termo de Ajustamento de Conduta foi a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), por meio da Resolução nº 152/03, que prevê a possibilidade de celebração desse instrumento “*para correção de irregularidades ou pendências, visando assegurar a normalidade dos serviços prestados e resguardar o interesse público*”, nos termos do Regulamento de Termo de Ajuste de Conduta - RTAC anexo. Referido regulamento estabelece os critérios e procedimentos para a elaboração do TAC entre a Agência e as concessionárias e permissionárias de serviços públicos de transportes terrestres, dentre os quais as suas cláusulas obrigatórias: (i) data e qualificação das partes; (ii) indicação da irregularidade ou pendência, com a respectiva fundamentação legal; (iii) os termos ajustados para a correção da irregularidade ou pendência; e (iv) o prazo para correção.

De acordo com o regulamento, se comprovado o atendimento ao compromisso assumido pela concessionária ou permissionária, no prazo estabelecido, o procedimento será arquivado. Porém, se comprovado o não atendimento do compromisso assumido pela concessionária ou permissionária, a Superintendência, de ofício, adotará as providências necessárias à instauração de processo administrativo destinado a apurar responsabilidades e aplicar as devidas penalidades relacionadas às pendências ou irregularidades objeto do TAC. O interessante a notar é que, mesmo diante destas disposições, a Resolução estabelece, contraditoriamente, que a celebração do TAC não impedirá que a ANTT possa, se assim entender, deflagrar o processo administrativo para apurar as mesmas irregularidades (Art. 5º).

Já no âmbito da ANS, a Resolução de Diretoria Colegiada nº 57/01 detalhou a aplicação do termo de compromisso de ajuste de conduta (TCAC) introduzido na Lei nº 9.656/97 pela Medida Provisória nº 2.177/01, que pode ser proposto pela ANS para ser firmado com os operadores de planos privados de saúde em processo administrativo que tenha por base o auto de infração, a representação ou a denúncia positiva dos fatos irregulares, com a finalidade de permitir a adequação da conduta à legislação pertinente e às diretrizes gerais estabelecidas para o setor de saúde suplementar.

A celebração do TCAC, por meio do qual o operador se obriga a cessar a prática dos atos sob investigação, corrigir as irregularidades averiguadas e reparar os danos eventualmente causados (Art. 4º), acarreta a imediata suspensão do processo administrativo sancionador e a sua extinção posterior, caso sejam integralmente cumpridas as condições fixadas no ajuste (§1º do Art. 4º e Art. 8º), sem importar em confissão da operadora quanto à matéria de fato, nem o reconhecimento de

ilicitude da conduta em apuração (Art. 3º). De acordo com o Art. 5º da Resolução, o TCAC deverá conter, obrigatoriamente, cláusulas dispondo sobre: (i) a obrigação da operadora de cessar a prática da conduta, corrigir as irregularidades e indenizar os prejuízos; (ii) o dever da operadora de informar o ocorrido a todos os usuários alcançados pelas irregularidades, bem como as medidas adotadas para a sua correção; (iii) a suspensão do processo administrativo; (iv) os critérios de fixação do valor da multa a ser aplicada no caso de descumprimento total ou parcial do termo de compromisso; e (v) a vigência do termo de compromisso.

Ainda, é possível defender-se a possibilidade de aplicação de mecanismos consensuais substitutivos de sanções no setor de telecomunicações, a teor do disposto no Art. 5º da Resolução nº 589/12, que confere à ANATEL competência para, a seu critério, com vistas ao melhor atendimento do interesse público, celebrar com os infratores compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais. Embora o tema ainda seja objeto de discussão diante da ausência de permissivo expresso na Lei Geral de Telecomunicações, a aprovação recente da Resolução confere maior segurança para a adoção de alternativas capazes de evitar a aplicação ou execução de sanções pela Agência⁵¹⁴.

3.7.2.2.4. Termo de Compromisso de Cessação (TCC) no âmbito do CADE

A *contratualidade* enquanto modo substitutivo de sanção (ato unilateral) está presente na função de Defesa da Concorrência exercida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e pela Secretaria de Direito Econômico (SDE)⁵¹⁵. Nos termos da Lei nº 8.884/94, confere-se a possibilidade

514 Para melhor conhecer o debate estabelecido antes ainda da Resolução nº 589/12, ver SUNDFELD, Carlos Ari; e CÂMARA, Jacintho Arruda. **Acordos substitutivos nas sanções regulatórias**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, abr./jun. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/>>. Acesso em: 16 set. 2013.

515 Para Floriano de Azevedo MARQUES NETO, esta atividade está inserida no conceito amplo de regulação estatal adotada pelo autor, a qual compreenderia “*toda a atividade estatal sobre o domínio econômico que não envolva a assunção direta da exploração de atividade econômica (em sentido amplo). Filio-me àquele segundo sentido dentre os três indicados por Vital MOREIRA, ademais aquele mais frequente na doutrina. (...) Dá porque não separo, ao tratar da regulação estatal da economia, a regulação setorial (que pode recair sobre serviços públicos ou atividades econômicas específicas) da regulação geral (onde insiro o antitruste e a defesa do consumidor)*”. **Limites à abrangência e à Intensidade da Regulação Estatal**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, Nov/dez 2005, jan 2006.

de celebração de termos de *compromisso de cessação de prática sob investigação*, o qual implica, segundo a melhor doutrina, na “*sustação de investigações ou processos administrativos*” por parte da Administração e, quanto ao particular, “*a alteração de condutas até então praticadas para realizá-las conforme as diretrizes fixadas pelos órgãos de defesa da concorrência*”⁵¹⁶. A mesma lei autoriza ainda a celebração de *acordo de leniência* no âmbito do processo administrativo de repressão às infrações contra a ordem econômica, que será visto na sequência. Em comum, as duas hipóteses consistem em típica substituição de atos unilaterais por modalidades concertadas de ação estatal na repressão de práticas indesejadas e nocivas ao princípio da livre concorrência (Art. 170 da CF).

O termo de compromisso de cessação (TCC) encontra-se atualmente regulamentado pela Lei nº 12.529/11 (que revogou a Lei 8.884/94⁵¹⁷), quando em seu Art. 85 estabelece a possibilidade do CADE “*tomar do representado compromisso de cessação*”

Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 13 de setembro de 2013. Apesar de não discordarmos do autor, os temas da regulação econômica e da defesa da concorrência estão tratados de modo segregado no presente trabalho apenas por preocupação didática.

- 516 MEDAUAR, Odete. *Nota sobre a contratualização na atividade administrativa*. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 241-249, mar./ago. 2012.
- 517 A Lei 8.884/94 já previa o termo de compromisso de cessação em seu Art. 53, nos seguintes termos: “Art. 53. Em qualquer das espécies de processo administrativo, o CADE poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, entender que atende aos interesses protegidos por lei. (Redação dada pela Lei nº 11.482, de 2007) §1º Do termo de compromisso deverão constar os seguintes elementos: I - a especificação das obrigações do representado para fazer cessar a prática investigada ou seus efeitos lesivos, bem como obrigações que julgar cabíveis; II - a fixação do valor da multa para o caso de descumprimento, total ou parcial, das obrigações compromissadas; III - a fixação do valor da contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos quando cabível. §2º Tratando-se da investigação da prática de infração relacionada ou decorrente das condutas previstas nos incisos I, II, III ou VIII do caput do art. 21 desta Lei, entre as obrigações a que se refere o inciso I do § 1o deste artigo figurará, necessariamente, a obrigação de recolher ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos um valor pecuniário que não poderá ser inferior ao mínimo previsto no art. 23 desta Lei. § 3o A celebração do termo de compromisso poderá ser proposta até o início da sessão de julgamento do processo administrativo relativo à prática investigada. §4º O termo de compromisso constitui título exclusivo extrajudicial. § 5º O processo administrativo ficará suspenso enquanto estiver sendo cumprido o compromisso e será arquivado ao término do prazo fixado se atendidas todas as condições estabelecidas no termo; § 6º A suspensão do processo administrativo a que se refere o § 5o deste artigo dar-se-á somente em relação ao representado que firmou o compromisso, seguindo o processo seu curso regular para os demais representados; §7º Declarado o descumprimento do compromisso, o CADE aplicará as sanções nele previstas e determinará o prosseguimento do processo administrativo e as demais medidas administrativas e judiciais cabíveis para sua execução; §8º As condições do termo de compromisso poderão ser alteradas pelo CADE se comprovar sua excessiva onerosidade para o representado, desde que a alteração não acarrete prejuízo para terceiros ou para a coletividade; §9º O CADE definirá, em resolução, normas complementares sobre cabimento, tempo e modo da celebração do termo de compromisso de cessação”.

da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, entender que atende aos interesses protegidos por lei". Conforme determina a lei, deste compromisso deverão constar, no mínimo, os seguintes elementos: (i) a especificação das obrigações do representado no sentido de não praticar a conduta investigada ou seus efeitos lesivos, bem como obrigações que julgar cabíveis; (ii) a fixação do valor da multa para o caso de descumprimento, total ou parcial, das obrigações compromissadas; (iii) a fixação do valor da contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos quando cabível (§1º).

A própria lei deixa claro o caráter consensual deste termo de compromisso quando estabelece que "a proposta de celebração do compromisso de cessação de prática será indeferida quando a autoridade não chegar a um acordo com os representados quanto aos seus termos" (§13). O TCC constitui título executivo extrajudicial (§8º) e suspenderá o processo administrativo enquanto estiver sendo cumprido, ficando o seu arquivamento condicionado à verificação do cumprimento de todas as condições estabelecidas no termo no prazo fixado (§9º). Uma vez descumpridas as condições do termo, o CADE aplicará as sanções nele previstas e determinará o prosseguimento do processo administrativo e as demais medidas administrativas e judiciais cabíveis para sua execução (§11).

As principais vantagens da adoção do termo de compromisso de cessação pelo CADE são geralmente relacionadas com a maior celeridade e com o recolhimento de valores ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, além da redução da litigiosidade no Judiciário⁵¹⁸, fatores que tornam os termos de compromisso de cessação de prática sob investigação cada vez mais corriqueiros no âmbito dos processos administrativos para tutela da ordem econômica, denotando a preferência das autoridades administrativas pela adoção de técnicas consensuais como forma de assegurar a participação dos investigados nos processos administrativos e, com isso, promover o rigoroso cumprimento dos objetivos da Lei com maior celeridade e eficiência, em benefício do interesse público.

518 Nesse sentido, Shirlei Silmara de Freitas MELLO, Michelle Malaquias ROMANICHEN e Auranda Blumenschein ANDRADE salientam que: "[...] a celebração de TCC reduz consideravelmente o tempo gasto com as investigações da prática infringente à ordem econômica e o dispêndio de recursos públicos, havendo o recolhimento imediato de multa pecuniária. A economia de recursos e tempo, que é incrementada pelo fato de o investigado não precisar recorrer do Poder Judiciário, possibilita a ampliação do número de investigações". **Processo administrativo antitruste e antidumping: estudo comparativo do aspecto consensual no exercício da função administrativa no acordo de leniência e no compromisso de preços**. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, v. 33, n. 2, p. 199-219, jul./dez. 2009. Disponível em: <<http://www.revistas.ufg.br/>>. Acesso em: 16 set 2013.

3.7.2.2.5. Acordo de leniência no âmbito do CADE

À semelhança da Lei nº 8.884/94, a nova Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência preservou vigente o Programa de Leniência, por meio do qual permite-se ao CADE, por intermédio da Superintendência-Geral, a celebração de acordo de leniência que resulte na “*extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte: (i) a identificação dos demais envolvidos na infração; e (ii) a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação*” (Art. 86 da Lei nº 12.529/11).

Para a celebração do acordo, a legislação exige o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos: (i) que a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação; (ii) que a empresa cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo; (iii) que a Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física por ocasião da propositura do acordo; e, por fim, (iv) que a empresa confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

A celebração do acordo de leniência não importará em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada (§10), competindo ao Tribunal, por ocasião do julgamento do processo administrativo, verificar o cumprimento do acordo e decretar a extinção da ação punitiva da Administração Pública em favor do infrator, nas hipóteses em que a proposta de acordo tiver sido apresentada à Superintendência-Geral sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada; ou, nas demais hipóteses, reduzir de 1 (um) a 2/3 (dois terços) as penas aplicáveis (§4º), observados os elementos levados em consideração na dosagem pena: a gravidade da infração; a boa-fé do infrator; a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; a consumação ou não da infração, o grau de lesão, ou perigo de lesão; à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros, os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado; a situação econômica do infrator; a reincidência, conforme dispõe art. 45 da Lei nº 12.529/11.

O acordo de leniência consiste, portanto, em um exemplo nacional de conduta consensual da Administração, uma vez que prioriza o diálogo para o alcance do interesse público, com a pretensão de tornar-se um meio mais eficaz e célere no combate às infrações contra a ordem econômica, de modo a garantir a condenação da prática abusiva de modo sistêmico e global (evitando-se a punição de indivíduos e a impunidade de cadeias articuladas de atores econômicos infratores). Nesta medida, o acordo de leniência pode ser uma demonstração concreta de como a postura consensual da Administração – em substituição à postura autoritária de outros tempos – pode ser benéfica ao exercício mais eficiente da função administrativa.

3.7.2.2.6. Acordo em controle de concentrações

Curioso notar que uma terceira modalidade de acordo viria prevista na nova Lei do CADE, não fosse o veto presidencial. Tratava-se do denominado acordo em controle de concentrações, previsto para ser incluído no âmbito do Sistema Nacional de Defesa da Concorrência no Art. 92 da Lei nº 12.529/11⁵¹⁹. Referido dispositivo, contudo, foi vetado pela Presidência da República por meio da mensagem de veto nº 536, de 30 de novembro de 2011.

O interessante a notar é que, ao contrário do que se poderia suspeitar, as razões do veto não indicaram uma retração do governo brasileiro aos módulos consensuais de ação administrativa. Pelo contrário, o fundamento do veto presidencial demonstrou uma preferência pela amplitude e pela maior abrangência da celebração de acordos administrativos no âmbito da apuração de práticas lesivas à ordem econômica, confira-se: “Os dispositivos restringem a possibilidade

519 O dispositivo estava assim redigido: Art. 92. A Superintendência-Geral poderá, na forma previamente fixada pelo Tribunal, antes de impugnar a operação, negociar acordo com os interessados que submetam atos a exame, na forma do art. 88 desta Lei, de modo a assegurar o cumprimento das condições legais para a respectiva aprovação. § 1º Uma vez negociado o acordo, minuta de seu inteiro teor deverá ser disponibilizada para consulta pública por prazo não inferior a 10 (dez) dias, devendo as respectivas manifestações merecer apreciação motivada. § 2º Constarão dos acordos de que trata o caput deste artigo as cláusulas necessárias à eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica, devendo ser estabelecidos prazos pré-definidos para o seu cumprimento, que será fiscalizado pela Superintendência-Geral. § 3º O descumprimento do acordo referido neste artigo implicará a revisão da respectiva aprovação pelo Cade e a abertura de processo administrativo para a adoção das demais medidas cabíveis. § 4º O Conselheiro-Relator do processo, escolhido na forma do inciso III do art. 10, participará do processo de negociação do acordo. § 5º O acordo negociado pela Superintendência-Geral deverá ser submetido à aprovação do Tribunal, que deliberará no prazo de 30 (trinta) dias úteis.

de celebração de acordos à etapa de instrução dos processos, limitando indevidamente um instrumento relevante para atuação do Tribunal na prevenção e na repressão às infrações contra a ordem econômica”. A análise do veto evidencia, portanto, a necessidade de reconhecer-se o caráter abrangente que a nova Lei do CADE pretendeu dar aos instrumentos consensuais de ação administrativa nesta importante tarefa de defesa da livre concorrência.

3.7.2.2.7. Termo de compromisso em processo sancionador da CVM

No âmbito da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), a Lei nº 9.457/97 alterou a Lei nº 6.385/76 para incluir a possibilidade de celebração de termo de compromisso pelo indiciado ou acusado de prática de infrações no mercado de capitais, do seguinte modo: “a Comissão de Valores Mobiliários poderá suspender, em qualquer fase, o procedimento administrativo, se o indiciado ou acusado assinar termo de compromisso, obrigando-se a (...)”. Posteriormente, referido dispositivo foi substituído pela nova redação conferida pela Lei nº 9.873/99 e Decreto nº 3.995/01: “a Comissão de Valores Mobiliários poderá, a seu exclusivo critério, se o interesse público permitir, suspender, em qualquer fase, o procedimento administrativo instaurado para a apuração de infrações da legislação do mercado de valores mobiliários, se o investigado ou acusado assinar termo de compromisso, obrigando-se a (...)”.

Assim, também no domínio do mercado de capitais, confere-se à CVM, às Bolsas de Valores e às entidades do mercado de balcão organizado, a possibilidade de substituir a aplicação de sanções, mediante a suspensão do processo administrativo sancionador, pelo compromisso assinado pelo investigado de cumprir determinadas obrigações e de cessar a prática da atividade contrária às normas e regulamentos do mercado de capitais, sem que isso importe em confissão quanto à matéria de fato ou reconhecimento da ilicitude de sua conduta (Art. 11, §6º). A medida consensual, aliás, vem sendo adotada na prática administrativa da Comissão de Valores Mobiliários⁵²⁰.

520 Alguns exemplos dessa prática foram citados por Julya Sotto Mayor WELLISCH e Alexandre Pinheiro dos SANTOS em artigo intitulado **O termo de compromisso no âmbito do mercado de valores mobiliários**. Interesse Público - IP, Belo Horizonte, ano 11, n. 53, jan./fev. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/>>. Acesso em: 16 set. 2013. Entre os casos citados pelos autores, destaca-se: (1) o PAS CVM RJ nº 2006/6235, que tinha por objeto a acusação de aplicação automática de saldos de contas correntes em fundo de investimento, com remuneração reduzida em razão da cobrança de taxa de administração variável. Nessa oportunidade, os acusados se comprometeram a: (i) não mais constituírem fundos de investimentos com as mesmas características daquele que foi objeto da atuação sancionadora da CVM; (ii) entregar

Repare-se que, de acordo com os dispositivos legais acima referidos, o termo de compromisso pode ser celebrado *em qualquer fase* do procedimento, embora a CVM, por meio da Deliberação CVM nº 390/01 (com redação alterada pela Deliberação CVM nº 657/11), tenha estabelecido que o interessado deve manifestar a sua *intenção* de celebrar termo de compromisso no máximo até o término do prazo para a apresentação da sua defesa, e sem prejuízo do ônus de apresentação desta, sendo que a *proposta* completa de termo de compromisso deve ser apresentada no máximo até 30 (trinta) dias após a apresentação de defesa. A mesma resolução admite ainda a apresentação de proposta de celebração de termo de compromisso ainda na fase de investigação preliminar, ou até mesmo fora do prazo regulamentar, nos casos excepcionais em que “*se entenda que o interesse público determina a análise de proposta de celebração de termo de compromisso apresentada fora do prazo, tais como os de oferta de indenização substancial aos lesados pela conduta objeto do processo e de modificação da situação de fato existente quando do término do referido prazo, o Colegiado examinará o pedido*” (§4º do Art. 7º).

3.7.2.2.8. Suspensão de Processo Administrativo Disciplinar (SUSPAD)

Inspirada na suspensão do processo penal (Art. 89 da Lei nº 9.099/95⁵²¹), a Suspensão do Processo Administrativo Disciplinar (SUSPAD) é figura de consensualidade introduzida no Estatuto dos Servidores do Município de Belo

aos condôminos do Fundo o valor correspondente à diferença entre a rentabilidade bruta auferida pelo Fundo e a rentabilidade bruta média ponderada dos fundos com características similares administrados por outras instituições financeiras, montante que foi estimado em R\$28.000.000,00; e (iii) pagar à CVM o valor de R\$1.500.000,00, como condição para celebração do termo de compromisso; (2) o PAS CVM RJ nº 2007/11.305, quando o então Governador do Estado de São Paulo, no ano de 2006, foi acusado, na qualidade de acionista controlador do Banco Nossa Caixa S.A, de não ter preservado sigilo de informação antes da divulgação de determinado Fato Relevante, nem ter comunicado ao Diretor de Relações com Investidores a mesma informação, em infração, respectivamente, aos arts. 8º e 3º, §1º da Instrução CVM nº 358/02. Nesta ocasião, o interessado apresentou proposta de celebração de Termo de Compromisso, na qual se comprometia a publicar declaração reconhecendo a importância de as informações sensíveis e relevantes serem informadas corretamente, no seu devido tempo e de acordo com as normas que regulam a divulgação de informações. Embora o Comitê de Termo de Compromisso tenha, inicialmente e em razão da inexistência de precedentes a respeito do tema, rejeitado a proposta apresentada, o Colegiado da Autarquia entendeu que a proposta se mostrava conveniente e oportuna, e que, apesar de não contemplar prestação pecuniária, justificava-se, no caso, a sua substituição por medida que igualmente se prestaria a desestimular a prática de condutas semelhantes.

521 Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo,

Horizonte (Art. 225-A⁵²²) pela Lei Municipal nº 9.310/07 e regulamentada pelo Decreto nº 12.636/07⁵²³. Anota Luciano FERRAZ que a inovação no processo administrativo disciplinar do Município de Belo Horizonte tem como objetivos centrais: (i) “desburocratizar e tornar menos dispendiosos os processos de controle disciplinar no âmbito da Administração Pública”; (ii) “conferir maior celeridade aos processos instaurados pela Corregedoria – princípio da economia processual”; e (iii) “permitir a auto-recuperação do servidor nas infrações de baixo potencial lesivo à disciplina interna da Administração”⁵²⁴.

De acordo com a lei, a SUSPAD desenvolve-se do seguinte modo: no momento da instauração do processo administrativo disciplinar ou da sindicância

por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena.

522 Art. 225A da Lei Municipal nº 7.169/96 (Estatuto dos Servidores do Município de Belo Horizonte): Nas infrações disciplinares, o Corregedor-Geral do Município, no momento da instauração do processo administrativo disciplinar ou da sindicância a que se refere o art. 221, V desta Lei, poderá propor a suspensão do processo disciplinar - SUSPAD-, pelo prazo de 1 (um) a 5 (cinco) anos, conforme a gravidade da falta, e desde que o servidor não tenha sido condenado por outra infração disciplinar nos últimos cinco anos. § 1º - Aceita a proposta, o Corregedor-Geral do Município especificará as condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do servidor, incluída a reparação do dano, se houver. § 2º - A suspensão será revogada se, no curso de seu prazo, o beneficiário vier a ser processado por outra falta disciplinar ou se descumprir as condições estabelecidas na forma do § 1º, prosseguindo-se, nestes casos, os procedimentos disciplinares cabíveis. § 3º - Expirado o prazo da suspensão e cumprindo o beneficiário as suas condições, o Corregedor-Geral do Município declarará extinta a punibilidade. § 4º - O beneficiário da SUSPAD fica impedido de gozar o mesmo benefício durante o seu curso e durante o dobro do prazo da suspensão, contado a partir da declaração de extinção da punibilidade, na forma do parágrafo anterior. § 5º - Não correrá prescrição durante o prazo da SUSPAD. § 6º - Não se aplica o benefício previsto no *caput* deste artigo às infrações disciplinares que correspondam a crimes contra a Administração Pública, a crimes aos quais seja cominada pena mínima igual ou superior a 1 (um) ano, a atos de improbidade administrativa e nos casos de abandono de cargo ou emprego. § 7º - O Prefeito expedirá normas complementares necessárias à aplicação deste dispositivo, inclusive para aplicação da SUSPAD aos procedimentos disciplinares em curso.

523 Art. 2º - O Corregedor-Geral do Município poderá propor ao agente público a suspensão do processo disciplinar - Suspad - por meio do Termo de Proposta da Suspensão do Processo Disciplinar, no qual serão estabelecidos o prazo de sua vigência e as condições a serem cumpridas. § 1º - O Termo a que se refere o *caput* deste artigo deverá ser assinado pelo agente público, por seu procurador e pelo Corregedor-Geral do Município, publicando-se o respectivo extrato no Diário Oficial do Município. § 2º - Havendo recusa do agente público em aderir à Suspad, a Corregedoria-Geral do Município dará continuidade ao processo disciplinar. § 3º - A adesão à Suspad não configura confissão do agente público.

524 Na verdade, o SUSPAD pode ser considerado obra deste autor, que o concebeu enquanto ocupante do cargo de Controlador Geral do Município de Belo Horizonte. FERRAZ, Luciano. **Controle consensual da administração pública e suspensão do processo administrativo disciplinar (SUSPAD) - A experiência do município de Belo Horizonte**. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 9, n. 44, jul./ago. 2007.

por infrações disciplinares (exceto nas condutas tipificadas no Estatuto como crimes contra a Administração Pública com pena mínima igual ou superior a um ano, ou atos de improbidade administrativa e abandono de cargo), o Corregedor-Geral do Município poderá propor a SUSPAD pelo período de um a cinco anos conforme a gravidade da infração e desde que o servidor não tenha sido condenado por outra infração disciplinar nos últimos cinco anos. Para tanto, o Corregedor-Geral do Município apontará as condições a serem observadas pelo infrator para permitir a suspensão do processo, que serão fixadas de acordo com o fato e com a situação pessoal do servidor, incluída a previsão de reparação do dano, se houver (Art. 225A da Lei Municipal nº 7.169/96 – Estatuto dos Servidores do Município de Belo Horizonte).

As condições que podem ser estabelecidas pelo Corregedor-Geral do Município estão indicadas no Art. 4º do Decreto nº 12.636/07, e podem consistir em: (i) comparecimento bimestral na sede da Corregedoria-Geral do Município, fora do horário de trabalho, para apresentar declaração de cumprimento dos deveres e o não cometimento de infração disciplinar, bem como o desempenho satisfatório das principais atribuições que lhe forem conferidas; (ii) a prestação de serviços voluntários à comunidade em entidades cadastradas no Município de Belo Horizonte designadas pela Corregedoria-Geral do Município, em horários compatíveis com a sua jornada de trabalho; (iii) a reparação do dano, quando houver, com a devolução dos valores indevidamente auferidos; e (iv) a renúncia de direitos, tais como vantagens pecuniárias e alterações funcionais. Uma vez expirado o prazo da suspensão e cumprindo o beneficiário as suas condições, o Corregedor-Geral do Município declarará extinta a punibilidade, ficando o beneficiário impedido de gozar o mesmo benefício durante o curso da SUSPAD e durante o dobro do prazo da suspensão, contado a partir da declaração de extinção da punibilidade.

Trata-se, portanto, a toda evidência, de uma inovação marcada pela consensualidade que altera, por isso, a lógica dos mecanismos de controle tradicionais, os quais, segundo o próprio idealizador da medida, “*deixam de ser visualizados numa vertente estritamente sancionatória - visão típica do Direito concebido como ordem de coerção - , para se afirmar como meio de pacificação negociada das controvérsias na ordem interna, na conformidade do que preceitua o Preâmbulo da Constituição da República de 1988 (CR)*”⁵²⁵.

525 FERRAZ, Luciano. Controle consensual da administração pública e suspensão do processo administrativo disciplinar (SUSPAD) - A experiência do município de Belo Horizonte. Interesse

Após a experiência bem sucedida do Município de Belo Horizonte, a suspensão do processo administrativo disciplinar vem sendo adotada – ainda de modo bastante tímido, é verdade – por outros entes da Administração Pública. Em Niterói-RJ, por exemplo, a Lei Municipal nº 3.032/13 acrescenta à Lei 531/85 o art. 245-A, que dispõe sobre a instituição da SUSPAD e trata do procedimento a ser adotado pela Comissão Processante⁵²⁶. Outro exemplo é o Município de Londrina-PR, onde a Lei Municipal 10.564/08 institui a SUSPAD em seus artigos 92-A a 92-K, disciplinando as condições para obtenção do benefício, o procedimento a ser observado pelo Corregedor Geral do Município e os possíveis prazos de duração da suspensão⁵²⁷.

Vale notar que, no âmbito federal, a legislação disciplinadora do assunto (Lei nº 8.112/90 – Estatuto dos Servidores Públicos Federais), que dispõe acerca do rito a ser seguido para a apuração dos fatos e da aplicação de penalidades, não contempla dispositivos que permitam uma forma alternativa de solução do problema, como, por exemplo, a possibilidade de suspensão do processo disciplinar, o que, segundo Rodrigo Gama CROCHES e Mariana Lemos de CAMPOS, reclama a necessidade de aprimorar a legislação federal para incorporar dispositivos que confirmam a possibilidade de celebração de termos de ajustamento de conduta pelos servidores que eventualmente transgridam algum dever funcional passível de punição administrativa⁵²⁸.

Público – IP, Belo Horizonte, ano 9, n. 44, jul./ago. 2007. O autor demonstra neste estudo, por meio de levantamento quantitativo e qualitativo da demanda dos processos administrativos disciplinares no Município de Belo Horizonte, que após a incorporação da SUSPAD os resultados já se manifestam satisfatórios em termos de celeridade, eficiência e efetividade no cumprimento das decisões pelos infratores.

526 Art. 245-A. Nas infrações disciplinares, o Presidente da Comissão Processante da COPAD, no momento da instauração do processo administrativo disciplinar ou da apuração sumária a que se refere o art. 221 desta Lei, nos casos de apuração de falta sujeita às penas de advertência, repreensão, multa ou suspensão, deverá propor a suspensão do processo disciplinar - SUSPAD, pelo prazo de 1 a 5 anos, conforme a gravidade da falta, e desde que o servidor não tenha sido condenado por outra infração disciplinar nos últimos 5 anos.

527 Art. 92-A Fica instituída a “Suspensão Condicional do Processo Administrativo Disciplinar/SUSPAD” – que é instrumento que visa beneficiar o servidor público municipal que responde a um processo administrativo disciplinar por prática de falta que, em tese, tenha como penalidade máxima cabível a repreensão.

528 CROCHES, Rodrigo Gama, CAMPOS, Mariana Lemos de. **Processo administrativo disciplinar: suspensão do processo e consensualidade (Lei nº 8.112/90)**, Disponível em <http://www.cgu.gov.br/eventos/SDD/Painel>.

3.7.2.2.9. Termo de Compromisso no âmbito da função de Controle

Na mesma linha da SUSPAD, o Termo de Compromisso de Gestão (TCG) foi concebido como instrumento de controle consensual para o âmbito financeiro, orçamentário, patrimonial, operacional e do cumprimento das finalidades sociais da Administração Municipal de Belo Horizonte, previsto no Decreto Municipal nº 12.634/2007⁵²⁹. De acordo com o Art. 12, o Termo de Compromisso de Gestão - TCG poderá ser celebrado entre a autoridade máxima do órgão, entidade, programa ou projeto auditado e a Controladoria-Geral do Município, e deverá conter: (i) a identificação sucinta das autoridades e da administração envolvidas; (ii) obrigações e metas assumidas pelas autoridades diante das recomendações do Controlador-Geral do Município; (iii) indicação dos prazos para implementação das obrigações assumidas; e (iv) outros elementos necessários para seu fiel cumprimento.

A celebração do TCG obriga as autoridades signatárias à adoção das recomendações formuladas pelo Controlador-Geral e será monitorado regularmente pela Auditoria-Geral do Município, a qual poderá solicitar informações periódicas sobre seu adimplemento. O não cumprimento das obrigações previstas no Termo de Compromisso de Gestão - TCG pelas autoridades signatárias provoca sua automática rescisão, autorizando o Controlador-Geral do Município a dar ciência do fato ao Prefeito e ao TCEMG, sem prejuízo das responsabilidades funcionais pertinentes.

Em 2012, a possibilidade de celebração do TCG foi incorporada na Lei Complementar Estadual nº 102/08 por meio da Lei Complementar nº 120, que adicionou dois novos artigos ao regimento do Tribunal de Contas do Estado (Arts. 93-A e 93-B) para instituir os denominados Termos de Ajustamento de Gestão (TAG), com o objetivo de regularizar atos e procedimentos dos Poderes, órgãos ou entidades sujeitos ao Controle Externo exercido pela Corte de Contas. Assim como nos TCGs, a assinatura de Termo de Ajustamento de Gestão (TAG) tem o efeito de suspender a aplicação de penalidades ou sanções, conforme condições e prazos nele previstos, sendo vedada a assinatura de TAG nos casos em que esteja previamente configurado o desvio de recursos públicos e nos casos de processos

529 Art. 11 (...) Parágrafo único - O relatório conclusivo proporá os seguintes instrumentos de controle: (...) II - celebração de Termo de Compromisso de Gestão - TCG, na hipótese de constatação de irregularidades, sem evidência de má-fé dos responsáveis e sem prejuízo deliberado ao erário; (...). O referido Decreto foi alterado pelo Decreto nº 15.276, de 12/7/2013, o qual, no entanto, manteve inalteradas as disposições relativas ao TCG nos Arts. 12 e 15.

com decisão definitiva irrecurável. Uma vez cumpridas as obrigações previstas no termo, o processo relativo aos atos e procedimentos objeto do termo será arquivado. Observe-se que, segundo a Resolução nº 01/12 do TCE-MG, o TAG (Termo de Ajustamento de Gestão) é expressamente conceituado como “*instrumento de controle consensual, celebrado entre o Tribunal de Contas e o responsável pelo Poder, órgão ou entidade submetido ao seu controle*”, evidenciando se tratar da introdução normativa de técnica contratualizada de ação administrativa na atividade de controle externo exercida pela Corte de Contas.

A disseminação dos TAGs ainda é incipiente, mas está acontecendo em nível nacional. Atualmente, dos trinta e quatro Tribunais de Contas brasileiros, ao menos cinco já possuem normas versando sobre a matéria, quais sejam, os de Minas Gerais (conforme exposto acima), Rio Grande do Norte⁵³⁰, Pernambuco⁵³¹, Sergipe⁵³², Goiás⁵³³. Na esfera federal, embora inexistente permissivo similar vigente no âmbito do Tribunal de Contas da União ou da Controladoria Geral da União⁵³⁴, o Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública Federal prevê que os órgãos de controle possam propor a assinatura de TAGs para efeito de afastar a aplicação

530 A Lei Complementar nº 464/2012 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte) estabelece, em seu art. 122, que o Ministério Público poderá propor a assinatura de Termo de Ajustamento de Gestão para adequar atos e procedimentos dos Poderes, Órgãos e Entidades controladas aos padrões de regularidade, instrumento que deverá ser submetido à homologação pela Câmara respectiva e publicado no Diário Oficial Eletrônico do TCE/RN.

531 A Lei nº 14.725/12 acrescentou à Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco o art. 48-A, para estabelecer que o Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, através do Conselheiro Relator, a qualquer momento, poderá propor ao representante do jurisdicionado Termo de Ajuste de Gestão, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, de ambas as partes, entender que atende aos interesses protegidos por lei.

532 A recente alteração da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe (Lei Complementar nº 205/2011), incluiu a possibilidade do Tribunal, de forma alternativa ou cumulativa às providências mencionadas nos arts. 50 e 51, celebrar com a autoridade competente, para o desfazimento e/ou saneamento do ato ou negócio jurídico impugnado, Termo de Ajustamento de Gestão – TAG, conforme disposto neste artigo, no Regimento Interno e na legislação correlata (Art. 52).

533 Por meio da Resolução Normativa nº 006/12, o Tribunal de Contas do Estado de Goiás regulamentou a figura do Termo de Ajustamento de Gestão – TAG, aplicável para o efeito de afastar a aplicação de penalidades ou sanções e adequar os atos e procedimentos do órgão ou entidade sujeita ao seu controle aos padrões de regularidade (Art. 1º).

534 No âmbito da CGU há apenas uma figura bastante menos abrangente denominada Termo Circunstanciado Administrativo (TCA), instituída pela IN-CGU nº 4/2009, com a finalidade de racionalizar os procedimentos administrativos em caso de extravio ou dano a bem público que implicar em prejuízo de pequeno valor.

de penalidades e adequar os seus atos e procedimentos aos padrões de regularidade, sem que haja supressão ou limitação de competências discricionárias do gestor público, nem a imposição de obrigações para os particulares, por via direta ou reflexa (Art. 57 e Parágrafo único do Anteprojeto de Lei para reforma da organização da Administração Pública brasileira⁵³⁵). Trata-se, enfim, de uma tendência no contexto do controle-consensual da Administração Pública⁵³⁶.

3.8. Contratualidade na resolução de litígios

É possível incluir-se ainda, num conceito mais alargado de contratualidade, as formas alternativas de resolução de litígios envolvendo a Administração, sempre quando a Administração compactua em afastar ou relativizar a competência do Poder Judiciário para decidir os seus conflitos. A hipótese ocorre tanto nos casos em que a solução de conflitos envolvendo os concessionários e permissionários de serviços públicos regulados é conferida a Agências Reguladoras Independentes, que atuam no exercício de seus poderes quase-jurisdicionais⁵³⁷, quanto nas hipóteses em que há permissivo legal para a adoção de mecanismos alternativos como a concilia-

535 MODESTO, Paulo (Coord.) **Nova organização administrativa brasileira: estudos sobre a proposta da Comissão de Especialistas constituída pelo Governo federal para reforma da organização administrativa brasileira**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 335.

536 Cf. FERRAZ, Luciano. **Controle consensual da administração pública e suspensão do processo administrativo disciplinar (SUSPAD) - A experiência do município de Belo Horizonte**. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 9, n. 44, jul./ago. 2007. Para uma visão mais abrangente dos desafios do controle da Administração Pública na atualidade, ver: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Os grandes desafios do controle da Administração Pública**. In: MODESTO, Paulo (Coord.) **Nova organização administrativa brasileira: estudos sobre a proposta da Comissão de Especialistas constituída pelo Governo federal para reforma da organização administrativa brasileira**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 196 e ss.

537 Convém lembrar que, dentre os principais poderes conferidos às Agências Reguladoras Independentes, incluem-se: poder de editar normas abstratas e gerais (poder normativo); poder de emitir licenças e autorizações a particulares (poder de outorga); poder de monitorar as atividades objeto de regulação e de impedir o descumprimento de regras ou objetivos de regulação (poder de fiscalização); poder de aplicar penalidades e compelir o infrator a reparar os danos ou corrigir os efeitos de uma determinada conduta (poder sancionatório); poder de mediar interesses dos grupos que compõem a cadeia econômica regulada (poder de conciliação); e poder de orientar e informar a Administração central, recomendando medidas a serem implantadas através de políticas públicas (poder de recomendação). Ver: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências Reguladoras Independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 59-67.