

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO

MARIANA ALMEIDA KATO

OS *ACORDOS SUBSTITUTIVOS* E O TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA
(LEI N. 7.347/85)

CURITIBA

2012

MARIANA ALMEIDA KATO

OS *ACORDOS SUBSTITUTIVOS* E O TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA
(LEI N. 7.347/85)

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Doutor Egon Bockmann Moreira.

CURITIBA

2012

TERMO DE APROVAÇÃO

MARIANA ALMEIDA KATO

OS *ACORDOS SUBSTITUTIVOS* E O TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA
(LEI N. 7.347/85)

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:

Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira
Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Membros:

Prof. Alexandre Ditzel Faraco
Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Prof. Rodrigo Luís Kanayama
Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Curitiba, 14 de dezembro de 2012.

À minha mãe, por
ter dado à minha razão um
pouco mais de emoção.

Ao meu pai, por ter
dado à minha razão a
resistência dos
inconformados.

Aos dois, que me
ensinaram a vencer
os desafios da vida
– porque para viver
é preciso lutar.

RESUMO

O Direito Administrativo, já marcado em sua essência pelas constantes *mutações* que sofreu ao longo de sua existência, vivencia hoje a inserção de instrumentos de *consenso* em sua atuação. Tais instrumentos – dentre os quais se inserem os *acordos substitutivos* – transformam não só o modo como a Administração Pública atua, mas o próprio papel que o particular assume no Direito Administrativo. Nesse contexto, são inauguradas também novas *relações jurídicas administrativas* que em nada se assemelham às que existiam anteriormente. É nessa perspectiva que se insere o Termo de Ajustamento de Conduta (Lei 7.347/85) como um desses *instrumentos* de inserção do *consenso* na atuação da Administração. Trata-se de espécie do gênero *acordo substitutivo* que tem assumido especial importância na proteção de *interesses difusos*, no qual se destaca o meio ambiente.

Palavras-chave: atuação administrativa consensual, acordos, termo de ajustamento de conduta.

ABSTRACT

The Administrative Law, marked in its essence for the constant mutations it has suffered through its own existence, experiences today the insertion of mutual arrangements tools in its scope. Such tools – one of them being the substitute agreement – change not only the way the Public Administration acts, but also the role a private entity plays before Administrative Law. In this context, new administrative legal relationships, which do not hold any similarity to the previously existent ones, arise. The Adjustment of Conduct Agreement (Law 7.347/85) inserts itself in this perspective as one of those mutual arrangements tools at the Public Administration disposal. It's a species that integrates the substitutive agreement genre, which has become especially important in the protection of the *diffuse* interests which environment plays a major role.

Key-words: consensual administrative action, arrangements, Adjustment of Conduct Agreement.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. A ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA CONSENSUAL	7
1.1 AS MUTAÇÕES DO DIREITO ADMINISTRATIVO.....	7
1.2 O CONSENSO NA ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA: UMA DEMANDA POR LEGITIMIDADE E EFICIÊNCIA NA PROMOÇÃO DOS DIREITOS DE TERCEIRA GERAÇÃO.....	9
1.3 OS INSTRUMENTOS DA ADMINISTRAÇÃO CONSENSUAL.....	14
2. OS ACORDOS ADMINISTRATIVOS PROCESSUAIS SUBSTITUTIVOS COMO INSTRUMENTOS DE CONCERTAÇÃO	18
2.1 ACORDOS ADMINISTRATIVOS: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	18
2.2 O PROCESSO ADMINISTRAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO CONSENSUAL E OS ACORDOS ADMINISTRATIVOS SUBSTITUTIVOS.....	21
2.3 NATUREZA JURÍDICA DOS ACORDOS ADMINISTRATIVOS SUBSTITUTIVOS.....	24
2.4 O FUNDAMENTO DE VALIDADE PARA CELEBRAÇÃO DE ACORDOS ADMINISTRATIVOS SUBSTITUTIVOS NO BRASIL.....	29
2.4.1 Acordos de previsão legal específica.....	29
2.4.2 Acordos de previsão regulamentar.....	32
2.4.3 Acordos de previsão legal genérica.....	34
3. O TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA (LEI 7.347/85)	35
3.1 O TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA COMO ACORDO SUBSTITUTIVO DE PREVISÃO LEGAL GENÉRICA.....	35
3.2 PRESSUPOSTOS PARA CELEBRAÇÃO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA.....	37
3.2.1 O objeto do termo de ajustamento de conduta: a tutela de direitos transindividuais.....	37
3.2.2 Os legitimados para propositura do termo de ajustamento de conduta.....	39
3.3 PROCESSO DE FORMAÇÃO DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA.....	42
3.3.1 O dever de celebração do termo de ajustamento de conduta.....	42
3.3.2 A definição das cláusulas do ajuste.....	45

3.4	EFEITOS DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA	47
	CONCLUSÃO	50
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	52

INTRODUÇÃO

As demandas sociais e o aumento da complexidade das funções assumidas pelo Estado estimulam a dimensão dinâmica do Direito Administrativo, sua mutação e evolução, fazendo com que seus institutos, normas e instrumentos sejam constantemente revistos.¹ Não por acaso, nos últimos tempos, tem adquirido especial relevo a atuação negocial da Administração Pública, outrora inadmissível para parte da doutrina administrativista. Essa nova era de inserção de instrumentos negociais na Administração Pública tem levado a uma releitura do Direito Administrativo, com sua aproximação ao Direito Privado e seus instrumentos.

O gênero *acordo substitutivo*², que se situa neste âmbito de negociação da Administração Pública, comporta diversas espécies. No direito da concorrência, por exemplo, é possível citar o Termo de Cessação de Conduta (12.529/2011); no âmbito da CVM, o Termo de Compromisso (Lei nº 6.385/76). Todavia, a espécie que merece maior destaque é o Termo de Ajustamento de Conduta, previsto no artigo 5º, § 6º, da Lei da Ação Civil Pública. E os motivos são claros: o caráter geral da norma e a abertura do preceito legal permitem sua utilização nos mais diversos contextos, desde que em vista da proteção dos chamados *direitos difusos*. Em vista desses aspectos, pode-se afirmar que o Termo de Ajustamento de Conduta é um estandarte das mutações privatísticas que o direito administrativo vem sofrendo. É com base nessas considerações e questionamentos que se pretende, no presente trabalho, investigar o Termo de Ajustamento de Conduta como um mecanismo negocial da Administração Pública.

¹ORTEGA, Ricardo Rivero. *Administraciones Públicas y derecho privado*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1998, p. 13.

² SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, jan./mar. 2011, p. 137.

1. A ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA CONSENSUAL

1.1 AS MUTAÇÕES DO DIREITO ADMINISTRATIVO

O Direito Administrativo, como os demais ramos do Direito, não está isento das transformações históricas, culturais, sociais e políticas da sociedade. Pelo contrário: tais transformações o afetam substancialmente, pois exigem não só uma nova interpretação normativa, como também criação de instrumentos capazes de responder às novas demandas. Como afirma Ricardo Rivero Ortega, “variações sociais, políticas e econômicas incidem sobre a organização e a atividade administrativa, estimulando ao mesmo tempo a evolução de seu ordenamento regulador”.³

Essa constante e inevitável *mudança* do Direito Administrativo é revelada pela sua história, que “se desdobra em fases sucessivas em paralelo com o desenvolvimento político, econômico e social”.⁴ Não por outra razão, os *atos unilaterais*, os *contratos* e, mais recentemente, os *acordos substitutivos* têm sempre sua razão de ser justificada também em fatos e dados que extrapolam o mundo do Direito e são contextualizados historicamente. Tal constatação é fundamental para que se possa ler e aplicar o Direito Administrativo sempre aos olhos do presente. Como Agustín Gordillo já alertava, “nenhuma justificativa pode haver, nem jurídica, nem política, e muito menos ética, para pretender aplicar ao Estado moderno os critérios com os quais funcionaram os governos absolutistas no passado.”⁵

Nessa perspectiva, o *ato administrativo unilateral* instrumento típico do Estado Liberal – tinha sua razão de ser em um Estado preocupado apenas com Direitos de 1ª Geração⁶ e ainda marcado pelo Absolutismo.⁷ Isso porque, de um lado, há o absentismo do

³ Livre tradução de RIVERO ORTEGA, Ricardo. *Administraciones Públicas...cit.*, p. 13. No original: “variables sociales, políticas y económicas inciden sobre la organización y la actividad administrativas, estimulando al mismo tiempo la evolución de su ordenamiento regulador”. No mesmo sentido, Prosper Weil e Dominique Pouyaud afirmam “L’evolution ne s’est pas faite selon un processus purement endogène. Les facteurs nés au sein même de l’ordre administratif ont dû se combiner avec des contraintes nées de la transformation du monde extérieur.” (*Le droit administratif*. Paris: Presses Universitaires de France, 2010, p. 22)

⁴ TÁCITO, Caio. Transformações no direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, n. 214, out./dez. 1998, p. 30.

⁵ Livre tradução de GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 1, 7ª ed., Buenos Aires / Belo Horizonte, Del Rey / Fundación de Derecho Administrativo, 2003, p. II-12. No original: “ninguna justificación, ni jurídica ni política y menos aun ética, puede haber para pretender aplicar al Estado moderno los criterios con los cuales funcionaron los gobiernos absolutistas del pasado.”

⁶É o que afirma Caio Tácito: “no esquema inicial, a autoridade pública condiciona a prática de atividade privada das pessoas físicas e jurídicas à ação do poder de polícia, tanto decisório como normativo, firmando critérios e

Estado: este se destina a assegurar a liberdade e a propriedade, mas não lhe cabem direitos prestacionais. De outro, permanece, seu *ius imperium*, sem espaço para uma participação do cidadão na esfera decisória da Administração.⁸ O maior exemplo dessa atuação do Estado está no Direito Administrativo Sancionador. Como afirma Alejandro Nieto “o poder sancionador [...] não é outra coisa senão a legitimação da violência do Poder.”⁹

Trata-se, portanto, de atos que constituem relações jurídicas em que o particular é apenas objeto, ou um “receptor de actos”.¹⁰ É, na expressão utilizada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o Direito Administrativo como “*direito do Estado enquanto administrador*”.¹¹

Do mesmo modo, o *contrato administrativo*¹² sempre se justificou em vista de um Estado Social, nitidamente marcado por direitos de 2ª Geração, que não mais se contentava em *laissez faire*, mas que se propunha a *faire ele-même*.¹³ É o aumento do rol de atividades do Estado e da complexidade de suas funções¹⁴ que evidenciou não só a inadequação do *ato administração* a esse novo contexto, mas também a necessidade de se recorrer a instrumentos de Direito Privado. Como Ricardo Rivero Ortega leciona, “o fato de a Administração recorrer ao Direito Privado é mais uma consequência da ampliação das finalidades do Estado e sua ‘fome por novas formas’ para cumprir tais fins que não haviam sido convenientemente satisfeitas pelo Direito público.”¹⁵

requisitos para o exercício de direitos e liberdades individuais, particularmente os direitos de propriedade e da personalidade.” (Transformações no direito administrativo...*cit.*, p. 29).

⁷ É o que dispõe Diogo de Figueiredo Moreira Neto: “Na relativamente breve mas fascinante trajetória bicentenária do Direito Administrativo podemos distinguir uma nítida evolução conceptual em que a Disciplina surge, em seu período de formação, no Estado Páleo-Liberal, ainda pouco desvincilhada das instituições da monarquia absoluta.” (*Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 33).

⁸ Como destaca Maria João Estorninho: “sendo a Administração do Estado Liberal encarada como inevitavelmente agressiva dos direitos dos particulares, o núcleo fundamental da própria Ciência do Direito Administrativo não podia deixar de incidir sobre o acto administrativo, enquanto manifestação de autoridade.” (*A fuga para o direito privado*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 33).

⁹ Livre tradução de *Derecho administrativo sancionador*. 3ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2002, p. 26. No original: “la potestad sancionadora [...] no es otra cosa que la legitimación de la violencia del Poder.”

¹⁰ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. *El derecho administrativo privado*. Madrid: Editorial Montecorvo, 1996, p. 654.

¹¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo...cit.*, p. 33. É essa também a afirmação de Paulo Otero que afirma que “só por manifesta ilusão de óptica ou por equívoco se poderá vislumbrar uma gênese garantística no Direito Administrativo: o Direito Administrativo surge como o Direito da Administração Pública e não como o Direito dos administrados” (*Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 281).

¹² O termo contrato administrativo é aqui utilizado em sua concepção tradicional e típica. Não envolve, portanto, considerações e análise dos contratos de concessão ou parcerias-público privadas que escapam dessa visão tradicional.

¹³ ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 36.

¹⁴ Na lição de Caio Tácito, “no segundo tempo da história, ao Estado prestador de serviços cumpre intervir para eliminar conflitos na sociedade e suprir necessidades coletivas até o limite da socialização” (TÁCITO, Caio. *Transformações no direito administrativo...cit.*, p. 29-30)

¹⁵ Tradução livre de RIVERO ORTEGA, Ricardo. *Administraciones Públicas...cit.*, p. 13-14. No original: “el que la Administración recurra al Derecho privado es una secuela más de la ampliación de los fines del Estado y de

Sucedeu-se, então, o Direito Administrativo como “*direito do Estado e dos administrados*”.¹⁶ Agora se instalam relações jurídico administrativas em que o particular possui direitos frente à Administração e pode exigi-los. O particular passa a ser participante de uma relação jurídica, e não mais mero objeto.¹⁷

Essa análise, ainda que simplista dessas fases históricas do direito administrativo, como já afirmado, é reveladora da mutação que inerente à própria razão de ser do Direito Administrativo.¹⁸ Note-se que o *contrato administrativo* não veio simplesmente a ocupar um papel subsidiário em relação ao *ato administrativo*, mas a efetivamente substituí-lo em sua posição de “protagonista” do Direito Administrativo. O ato passou a ser protagonista tão somente de outro momento histórico.¹⁹ É evidente que essa sucessão não se deu sem discussões e resistências por parte da doutrina, até pela nova leitura que exigiu do Direito Administrativo²⁰ – mas hoje se reconhece amplamente seu papel. Até porque, na seara do já dito: a condição de sua permanência é sua capacidade de se adaptar e de se transformar constantemente.

É nesse contexto que hoje se insere o Direito Administrativo Consensual que, aproveitando-se do espaço aberto pelo *contrato administrativo*, passa inserir mais participação dos cidadãos em sua esfera decisória. Até porque, como já lecionava Caio Tácito, fato é que “o direito administrativo tende ao abandono da vertente autoritária com a acolhida da participação democrática na sociedade”.²¹ O consenso nada mais é do que essa acolhida da participação democrática no âmbito de atuação da Administração Pública.

1.2 O CONSENSO NA ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA: UMA DEMANDA POR LEGITIMIDADE E EFICIÊNCIA NA PROMOÇÃO DOS DIREITOS DE TERCEIRA GERAÇÃO

O surgimento do Estado Democrático de Direito, que tem em sua base a afirmação do

su “hambre de nuevas formas” para cumplimentarlos, que no ha sido convenientemente satisfecha por el Derecho público.”

¹⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo...cit.*, p. 33.

¹⁷ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. *El derecho administrativo privado...cit.*, p. 654.

¹⁸ Aprofundar em: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Participação popular na Administração Pública. Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, n. 191, jan./mar./1993, p. 26/39.

¹⁹ *Requiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 1990, p. 63/65.

²⁰ NABAIS, José Casalta. *Contratos fiscais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 17/48.

²¹ *Transformações no direito administrativo...cit.*, p. 30.

constitucionalismo, ensejou também uma nova atuação da Administração Pública. Isso porque na medida em que ideia de *legalidade* (típica do Estado de Direito, que se iniciou no liberalismo e adquiriu maior intensidade no Estado Social) evolui para a ideia de *legitimidade* (que insere na locução “Estado de Direito” o termo “Democrático”), exige-se a inserção no Direito Administrativo de mecanismo que permitam uma maior e mais efetiva participação popular.²²

As decisões além estarem de acordo com o Direito (*legalidade*), passam a ter que estar também de acordo com a vontade dos cidadãos (*legitimidade*). E essa exigência por *legitimidade*, ressalte-se, não se esgota nas vias representativas: exige a compreensão de que democracia não é só representatividade, mas também participação (democracia participativa). Como Agustín Gordillo afirma:

Já não basta o império da autoridade de quem exerce ocasionalmente o poder; já não satisfaz a voz de autoridade, seja quem for que manda, e menos ainda satisfaz se não for este uma autoridade eletiva. Agora se intenta conseguir uma sociedade cada vez mais participativa. Os esquemas clássicos da democracia representativa não são rechaçados, mas se postulam insuficientes: *há que se criar novas e adicionais formas de participação do povo no poder*, de modo que sua influência nele não se limite a eleição de candidatos eleitorais.²³

Mas não há apenas a inserção de *legitimidade* ao lado da *legalidade*, pois a ideia de *legalidade* também passa a ser compreendida de outro modo. Em uma noção clássica, a *legalidade* é compreendida de forma *restrita*²⁴, dando origem ao que se denominou de *legalismo* (a lei é justa por ser lei) e ao *formalismo excessivo*.²⁵ Contudo, esse modo de

²² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo...cit.*, p. 16. No mesmo sentido Vitor Rhein Schirato e Juliana Bonacorsi de Palma afirmam: “A ascensão do *Estado Democrático de Direito* implica na valorização da figura do administrado nas relações envolvendo a Administração Pública. Assim, a democracia representativa já não se mostra suficiente à sociedade mais amadurecida e ansiosa por *participar* da condução da máquina pública.” (Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao direito. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE*, Salvador, n. 24, dez./fev. 2011, p. 2). Sobre o tema, ver também: ARAGÃO, Alexandre Santos. A consensualidade no direito administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos. *Revista de Direito do Estado – RDE*, Rio de Janeiro, n. 1, jan./mar. 2006, p. 158.

²³ Livre tradução de *Tratado de Derecho Administrativo...cit.*, 7ª ed., p. II-14. No original: “Ya no basta el imperio de la autoridad de quien ejerce ocasionalmente el poder; ya no satisface la voz de mando, sea quien fuere el que manda y mucho menos si no es una autoridad electiva. Ahora se intenta conseguir una sociedad cada vez más participativa. Los esquemas clásicos de la democracia representativa no se rechazan, pero se postulan como insuficientes: *hay que crear nuevas y adicionales formas de participación del pueblo en el poder*, de modo que su influencia en él no se limite a la elección de candidatos electorales.”

²⁴ CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 137.

²⁵ Como afirma Odete Medauar ao tratar das razões para a renovação do princípio da legalidade: “A própria sacralização da legalidade produziu um desvirtuamento denominado *legalismo* ou *legalidade formal*, pelo qual as leis passaram a ser vistas como justas por serem leis, independentemente do conteúdo. Outro desvirtuamento: formalismo excessivo dos decretos, circulares e portarias, com exigências de minúcias irrelevantes.” (*Direito administrativo moderno*. 12ª ed. São Paulo: Editora RT, 2008, p. 122).

compreensão tinha lugar em um Direito Administrativo com relações menos complexas e modos de atuação mais rígidos.

A abertura da Administração à participação e o aumento da complexidade das relações e dos direitos não só demonstrou a incapacidade da lei (em sentido estrito) dispor sobre esse leque de situações jurídicas que constantemente se renovam (incapacidade de resposta através do *formalismo excessivo*), mas também evidenciou que a rigidez nos modos de atuação da Administração poderiam tornar sua atuação – muito embora *legal*, ineficiente ou insatisfatória em relação aos direitos por ela tutelados. Como afirma Mark Bobela-Mota Kirkby:

A lei deixou de ter aptidão intrínseca para limitar o papel da Administração Pública a uma mera execução dos seus comandos, ou seja, à estrita realização no concreto de determinadas tarefas geral e abstractamente delineadas pela lei. É tal o distanciamento da lei relativamente às realidades sobre as quais a Administração tem que intervir que aquela revela uma incapacidade congénita para antecipar, através da regulação geral e abstracta, o extenso seque de ponderações operativas que a Administração vai ter que desenvolver na busca da realização do interesse pública que a lei, ela própria, define.²⁶

Daí a necessidade de se compreender a legalidade em uma perspectiva mais ampla, no sentido de significar não o primado da lei (em sentido estrito), mas do Direito. Trata-se de “assentar o princípio da legalidade em bases valorativas, sujeitando as atividades da Administração não somente à lei votada pelo Legislativo, mas também aos preceitos fundamentais que norteiam todo o ordenamento.”²⁷

Trata-se também de inserir no âmbito da *legalidade* também o princípio da *eficiência*.²⁸ Como afirma Tercio Sampaio Ferraz Junior, “o princípio da eficiência tem por característica disciplinar a atividade administrativa *nos seus resultados* e não apenas na sua consistência interna (legalidade estrita, moralidade, impessoalidade).”²⁹ Daí que tal princípio, no entendimento do doutrinador, também promove uma nova compreensão da legalidade “enquanto relação solidária entre meios e fins”.³⁰ Mas, ressalte-se: essa demanda por *legitimidade* e, posteriormente, por *eficiência* não exclui de forma alguma a observância da *legalidade* pela Administração. É essa a lição de Adilson Abreu Dallari:

Fique perfeitamente claro que não se está pretendendo dizer que, atualmente, seja possível à Administração Pública atuar livremente, divorciando-se do princípio da

²⁶ *Os contratos de adaptação ambiental (a concertação entre a Administração Pública e os particulares na aplicação de normas de polícia administrativa)*. Lisboa: A.A.F.D.L., 2006, p. 48.

²⁷ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno... cit.*, 12ª ed., p. 122.

²⁸ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno... cit.*, 12ª ed., p. 128.

²⁹ *Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas*. Barueri: Manoli, 2007, p. 379.

³⁰ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Direito constitucional... cit.*, p. 379.

legalidade, que determina sua submissão à lei. O que se sustenta é que não se pode mais aceitar uma submissão absoluta à letra da lei, em detrimento da realização dos fins a que ela se destina. (...) Não basta atuar de maneira conforme a lei. Não faz sentido emperrar a administração para dar estrito cumprimento à literalidade da lei. Agora é preciso mais: a administração deve buscar a forma mais eficiente de cumprir a lei, deve buscar, entre as soluções teoricamente possíveis, aquela que, diante das circunstâncias do caso concreto, permita atingir os resultados necessários à satisfação do interesse público.³¹

É essa *mutação* também de um dos princípios basilares do Direito Administrativo, com uma nova compreensão de seu sentido e alcance, que permite a inserção do *consenso* e de novos instrumentos no modo de atuar da Administração, e dá espaço para serem privilegiados outros princípios, como o da eficiência.

Mas, como já colocado no início deste capítulo, as mudanças sociais também exercem um papel fundamental nas mutações que o Direito Público sofre. Nessa perspectiva, não se pode deixar de destacar o papel que a chamada “Era das Comunicações” teve no aumento da demanda social por mais *legitimidade*³²; ou o papel que o aumento da complexidade das relações sociais, os direitos de 3ª geração e a multiplicidade de interesses públicos deles resultantes teve na inserção de mecanismos que pudessem conciliar os mais diversos interesses.³³ Até porque, como bem destacou Mark Bobela-Mota Kirby, esses “direitos de 3ª geração” exigem igualmente “instrumentos de 3ª geração” para que possam ser efetivados.³⁴

É nesse contexto jurídico e social surge a ideia do *consenso* na atuação da Administração Pública. Como destaca Mark Bobela-Mota Kirby “[A]a Administração cedo vai aperceber-se de que a realização das suas novas tarefas de conteúdo prospectivo não pode ser cabalmente conseguida sem a colaboração espontânea dos particulares.”³⁵ Daí que esses “novos fatores mudam o foco do Direito Administrativo, como práxis e como ciência, que deixa de ser fundado exclusivamente na imperatividade para passar também a ser centrado no consenso do cidadão e da sociedade.”³⁶ Trata-se, em outras palavras, da inserção de uma

³¹ Acordo para recebimento de crédito perante a Fazenda Pública. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, jan./mar./2005, p. 22.

³² Isso porque a velocidade com que se propagam as informações na sociedade não só eleva o nível de conhecimento e educação dos cidadãos, mas desperta uma nova consciência sobre seu papel frente ao Estado. (NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo...cit.*, p. 12). No mesmo sentido: OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *Revista de Direito do Estado – RDE*, Rio de Janeiro, n. 10, abr./jun. 2008, p. 273.

³³ SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi. Consenso e legalidade....cit., p. 2.

³⁴ *Os contratos de adaptação ambiental...cit.*, p. 48.

³⁵ *Contratos administrativos de subordinação (natureza, funções e limites)*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade Direito Lisboa, 2002, p. 23.

³⁶ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Políticas públicas e parcerias: juridicidade, flexibilidade negocial e tipicidade na administração consensual. *Revista de Direito do Estado – RDE*. Rio de Janeiro, n. 1, jan./mar. 2006, p. 111.

“forma de negociar entre a sociedade e o Estado qual o melhor método de atendimento de necessidades coletivas”.³⁷ Por tal razão a afirmativa de Norberto Bobbio no sentido de que o Estado “desenvolve a função de mediador e de garante mais do que a de detentor do poder de império”.³⁸

Dá-se início, assim, a sua mais recente fase, marcada não mais por um Direito Administrativo “do Estado enquanto administrador” ou do “Estado e dos administrados”, mas sim por um Direito Administrativo como “um *direito comum dos administrados* face do Estado administrador.”³⁹ Como afirma Jacques Chevallier, trata-se da “administré-citoyen”.⁴⁰ O particular agora assume posição fundamental e central no Direito Administrativo.

Essa nova qualificação de “Estado mediador”⁴¹ passa a lhe estabelecer determinadas incumbências que, de um lado *derrogam* (ainda que não completamente, como será visto adiante) o *ius imperium* do Estado⁴² e; de outro, *complementam* o “Estado Garantidor”. Isso porque suas competências “passam a ser, não somente as de estabelecer e conferir eficácia aos canais de participação e de interlocução com os indivíduos e grupos sociais, mas a de com eles constantemente interagir, instituindo e mantendo vínculos robustos e duradouros.”⁴³

Como Gustavo Justino de Oliveira e Cristiane Schwanka afirmam, “essa orientação gerou expressões como Administrar por contrato, Administrar por acordos, Administração paritária, Administração dialógica, e mais recentemente, Administração consensual.” Todas essas expressões – em maior ou menor grau - evidenciam essa nova forma de atuar da Administração Pública que tem agora como palavras-chave *acordo, negociação, coordenação, cooperação, colaboração, diálogo, conciliação e transação*.⁴⁴

Tais mudanças de perspectivas do Direito Administrativo conferem também novos contornos à relação jurídica que se instala entre a Administração e os administrados. Note-se que em suas raízes mais remotas sequer era possível verificar a existência de uma relação jurídica administrativa ou de direitos dos particulares frente ao Estado, pois vigorava a máxima de que “o particular é um objeto do poder estatal, não um sujeito que se relaciona com ele.”⁴⁵ Na Administração Consensual instalam-se verdadeiras *relações jurídicas*

³⁷ SOUTO, Marcos Juruena. *Direito administrativo em debate*. 2ª série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 32.

³⁸ *Estado, governo e sociedade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 26.

³⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo...cit.*, p. 33.

⁴⁰ *Science administrative*. 4ª ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2007, p. 437.

⁴¹ OLIVEIRA, Gustavo Justino. *Contrato de gestão*. São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 28.

⁴² *Estado, governo e sociedade...cit.*, p. 26.

⁴³ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual...cit., p. 272.

⁴⁴ A administração consensual... cit., p. 277.

⁴⁵ Livre tradução de GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo...cit.*, 7ª ed., p. II-1. No original: “el particular es un objeto del poder estatal, no un sujeto que se relaciona con ele.”

multipolares entre Estado-cidadão, ou “relações jurídicas de caráter complexo”, ou seja, aquelas nas quais há inúmeros destinatários (diretos ou indiretos) da relação jurídica da qual a Administração é parte.⁴⁶

Não há mais um administrado meramente receptor de atos, ou detentor de direitos subjetivos individuais frente à Administração. A complexidade das relações e a multiplicidade dos interesses da sociedade fazem com que esses modelos de relações jurídicas, típicas de outros instrumentos administrativos, não mais sejam suficientes para representar a relação Administração-Cidadão que hoje vigora. Como destaca Luis Ortega Álvarez: “As relações da Administração com os cidadãos vinham variando ao mesmo tempo em que se evoluíam os elementos políticos, sociais e culturais que marcavam o modelo de Estado”.⁴⁷

O Direito Administrativo torna-se, nesse momento e mais do que nas demais fases, um verdadeiro sistema de relações jurídicas, nenhuma delas definidas aprioristicamente quanto ao seu sujeito (como ocorre nos contratos administrativos típicos). Tudo isso a demonstrar a virada que sofre o Direito Administrativo com a inserção de maior participação da sociedade. Santiago González-Varas Ibáñez afirma que as características dessas relações jurídicas “converteram esta em uma instituição capaz de adequar o Direito administrativo à realidade social atual, caracterizada pela inter-relação de inúmeros interesses, diferenciados entre si, e, inclusive, divergentes e contraditórios.”⁴⁸

A inserção da *legitimidade*, *eficiência* e, conseqüentemente, do *consenso* na forma de atuação da Administração Pública trazem novamente a necessidade de se reler o Direito Administrativo em seus princípios (como o da *legalidade*) e formas de expressão (como o *ato administrativo*) e também de se criar novas alternativas – tudo a permitir uma Administração cada vez mais participativa.

1.3 OS INSTRUMENTOS DA ADMINISTRAÇÃO CONSENSUAL

⁴⁶ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. *El derecho administrativo privado...cit.*, p. 664.

⁴⁷ Livre tradução de PAREJO ALFONSO, Luciano; JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio; ORTEGA ÁLVAREZ, Luis. *Manual de derecho administrativo (parte general)*. Barcelona: Editorial Ariel, 1998, p. 432. No original: “Las relaciones de la Administración con los ciudadanos han ido variando al mismo tiempo que evolucionaban los elementos políticos, sociales y culturales que enmarcaban el modelo de Estado.”

⁴⁸ Livre tradução de GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. *El derecho administrativo privado...cit.*, p. 660. No original: “convierten a ésta en una institución capaz de adecuar el Derecho administrativo a la realidad social actual, caracterizada por la interrelación de numerosos intereses, diferenciados entre sí e, incluso, divergentes e contradictorios.”

A Administração Consensual utiliza-se dos mais diversos instrumentos para inserir mais *participação e legitimidade* às suas decisões – seja no âmbito interno (de cooperação entre agentes da Administração Pública), seja no âmbito externo (de colaboração entre a Administração Pública e pessoas privadas).⁴⁹ Contudo, fato é que há variações significativas na doutrina quanto aos instrumentos que podem ser incluídos nessa categoria e quanto à classificação.

Juliana Bonacorsi de Palma afirma que há duas formas de compreensão do tema na doutrina brasileira: a primeira, envolvendo apenas os acordos de vontades (corrente majoritária); e a segunda, envolvendo toda e qualquer forma de participação dos particulares da Administração Pública (corrente minoritária).⁵⁰ Fato é que a corrente majoritária, muito embora analise o tema do consenso sob uma perspectiva mais restritiva, por conseguinte acaba analisando o tema dos acordos sob uma perspectiva demasiadamente ampla – o que prejudica sua análise e compreensão conforme será explorado adiante. Por tal razão e em vista do foco do presente trabalho ser o tema dos acordos, optou-se por uma análise mais ampla do tema da consensualidade na Administração Pública.

Partindo-se de parte da doutrina de Jacques Chevallier, os instrumentos de inserção do consenso serão aqui classificados em três diferentes tipos – os quais demonstram apenas esses principais instrumentos, pois há outros modos de inserção do consenso que não necessariamente se enquadram nessa classificação. Estes, por sua vez, também não são excludentes. Ou seja, a utilização de um não exclui a utilização dos demais, podendo inclusive haver diferentes instrumentos utilizados na produção de um mesmo resultado.

Assim, há em primeiro lugar, as *consultas e audiências públicas*⁵¹ - ou “la consultation”.⁵² Estas, já utilizadas âmbito das agências reguladoras e mesmo no processo de elaboração do orçamento, abrem espaço para a participação popular seja na edição de atos normativos, seja nas decisões a serem tomadas no curso de um processo administrativo. Como afirma Lucia Valle Figueiredo, “sua finalidade precípua é a ampla discussão, a ampla transparência, para

⁴⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo...cit.*, p. 31.

⁵⁰ PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 84. Dessa corrente minoritária pode-se destacar FIGUEIREDO, Lucia Valle. Instrumentos da administração consensual. A audiência pública e sua finalidade. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, n. 230, out./dez. 2002, p. 237/250.

⁵¹ Sobre o tema ver: SOUTO, Marcos Jurueña Villela. Audiência pública e regulação. *Revista de direito público da economia - RDPE*, Belo Horizonte, v.1, n.4, out./dez. 2003, p. 145/168; FIGUEIREDO, Lucia Valle. Instrumentos da administração consensual...cit., p. 237/250; MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Agências reguladoras e democracia: participação pública e desenvolvimento, p. 204/230 In: SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002.

⁵² *Science administrative...cit.*, 4ª ed., p. 438.

que sejam exibidos os fundamentos necessários para o modelo escolhido e para que se ouça e se questione a possibilidade da proposição de outras formas.”⁵³ Ou, nas palavras de Jacques Chevallier, “uma vez que a consulta é efetuada quando da preparação de um projeto, os interesses tem a possibilidade de influenciar na sua concepção e assim influenciar o seu resultado.”⁵⁴

Não é demais ressaltar que não basta a existência da audiência ou da consulta: é preciso que os participantes tenham ampla liberdade de se manifestar e que a Administração igualmente responda, motivadamente, sobre a aceitação ou rejeição do que lhe for proposto. Caso contrário, trata-se de mero procedimento legitimador de decisões tomadas (desde sua formação) unilateralmente pela Administração.

Em segundo lugar, há “la délégation”, tratada por Jacques Chevallier como uma das facetas da Administração Consensual, ou em uma perspectiva mais ampla que o presente trabalho propõe, as novas *relações contratuais*. Nestes, como Jacques Chevallier afirma, a ruptura entre o público e o privado deixa de existir, as diferenças são atenuadas e há uma integração institucional.⁵⁵ Nesse caso, a figura do contrato administrativo se expande para novos campos, de modo que “a utilização dos contratos administrativos deixa de se fazer apenas no âmbito em que até então era típico do fenômeno da contratualização administrativa.”⁵⁶

Porém, expandindo a categoria de Jacques Chevallier, inserem-se nessa hipótese também outros tipos de contrato, como os contratos de gestão, os termos de parceria, os consórcios públicos, os contratos de programa, as concessões patrocinadas, entre outros.⁵⁷ Todos estes demonstram “que os contratos da administração pública cada vez mais vão saindo do eixo comum da Lei dos Contratos Administrativos e ganham uma nova vida, uma formatação diferenciada, negociada com a sociedade”.⁵⁸ É também no âmbito de formação destes contratos que as consultas e as audiências públicas tratadas anteriormente se inserem.

⁵³ Instrumentos da administração consensual...*cit.*, p. 241.

⁵⁴ Livre tradução de *Science administrative...cit.*, 4ª ed., p. 440. No original: “lorsque la consultation est effectuée au moment de la préparation même du projet, les interesses ont la possibilite d’influer sur as conception, et donc de peser sur son aboutissement.”

⁵⁵ *Science administrative...cit.*, 4ª ed., p. 440.

⁵⁶ KIRKBY, Mark Bobela-Mota. *Contratos administrativos de subordinação...cit.*, p. 26.

⁵⁷ Sobre esses novos contratos ver: SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo das concessões: concessões, terceirizações, convênios, consórcios e acordos, outras formas de gestão associada*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 417/463; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006, *passim*; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Contrato de gestão...cit.*, *passim*; DALLARI, Adílson Abreu. Licitação: consórcio. *Revista trimestral de direito publico - RTDP*, São Paulo, v. 10, 1995, pp. 67/77; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os consórcios públicos. *Revista de Direito do Estado - RDE*, Rio de Janeiro, v.1, n.2, abr./jun. 2006, pp. 289/342.

⁵⁸ *Direito administrativo em debate...cit.*, p. 3.

Por fim, em *terceiro lugar*, estaria o que Jacques Chevalier denomina de “*la concertation*”. Nesse caso, há um “processo de elaboração conjunta: a decisão não é mais fruto de uma iniciativa unilateral da administração, mas resultado de um compromisso.”⁵⁹ Trata-se da *concertação*, da *consensualização* em uma perspectiva mais estrita: refere-se à composição do particular conjuntamente com a Administração de uma solução para o caso discutido processo (ou a ser discutido) no âmbito de um que, a priori, encerrar-se-ia com uma decisão unilateral da Administração.

O destaque está justamente no fato de que o poder de decidir um processo – especialmente um processo sancionador – é uma das maiores evidências do poder de império ou da autoridade da Administração. Por tal razão que inserir participação também no âmbito da Administração Sancionadora evidencia ainda mais intensamente essa era consensual do Direito Administrativo.

⁵⁹ Livre tradução de *Science administrative...cit.*, 4ª ed., p. 440. No original: “processus d’élaboration conjointe: la décision n’est plus le fruit d’une initiative unilatérale de l’administration, mais l’expression d’un compromise.”

2. OS ACORDOS ADMINISTRATIVOS PROCESSUAIS SUBSTITUTIVOS COMO INSTRUMENTOS DE CONCERTAÇÃO

2.1 ACORDOS ADMINISTRATIVOS: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Como afirmado anteriormente, na classificação acima proposta foi tratada a *concertation* como uma das facetas da Administração Consensual. Na seara do exposto, trata-se da busca de soluções e decisões de forma conjunta entre Administração-administrados. Na doutrina brasileira pode-se utilizar o termo “acordar” para definir a *concertation* tratada por Jacques Chevallier.⁶⁰

Nessa perspectiva, faz-se necessário estabelecer algumas premissas necessárias ao desenvolvimento trabalho no que se refere ao tema dos *acordos* da Administração. A primeira questão a ser analisada diz respeito ao que são os *acordos administrativos*. Tal questão pode ser analisada sob duas óticas – uma mais ampliativa e outra mais restritiva.

A mais ampliativa segue a corrente doutrinária tratada anteriormente que tende a considerar o tema da consensualidade no Direito Administrativo como o tema dos acordos. Já a mais restritiva explora o tema do consenso sob uma perspectiva mais ampla e o tema dos acordos em uma perspectiva mais restrita.

Na primeira delas (sentido amplo), acordos (ou pactos) seriam manifestações do modo de atuar de forma consensual (no sentido de harmonizar vontades e interesses da Administração e do particular). Como já afirmado, nessa hipótese, o *acordo administrativo* confunde-se com a própria ideia de consensualidade, pois ela seria entendida como “*acordos de vontades* entre Administração Pública e pessoas de direito público ou de direito privado, quando da avença de contratos administrativos ou de outras fórmulas negociais.”⁶¹

Juliana Bonacorsi de Palma afirma esse é o critério mais adotado pela doutrina nacional sobre o tema, segundo o qual a consensualidade dar-se-ia pelo recurso a instrumentos tipicamente privados⁶² – os quais podem ser entendimentos como “acordos” (em sentido amplo). É recorrente ainda o uso do termo *contratualização* para referir-se a essa nova

⁶⁰ *Science administrative...cit.*, 4ª ed., p. 440.

⁶¹ PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atuação administrativa consensual... cit.*, p.84.

⁶² PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atuação administrativa consensual... cit.*, p.85.

forma de atuar. Daí o porquê de, por essa ótica, tanto o *contrato administrativo* e suas espécies seriam consideradas formas de acordos⁶³. (contrato administrativo como resultado de um *acordo de vontades*), quanto o *acordo substitutivo* (*acordo substitutivo* como resultado de um *acordo de vontades*). Nesse caso, para determinados autores também o contrato de gestão⁶⁴, os convênios e os consórcios públicos⁶⁵ poderiam ser considerados como *acordos administrativos*.

Contudo, fato é que há uma ampla discussão quanto as quais seriam estes *acordos* da Administração. Como Juliana Bonacorsi de Palma afirma que “embora a corrente majoritária integre contratos e acordos na noção de consensualidade, é notável o esforço de significativa parcela dos administrativistas em diferenciar acordos, mecanismos de concertação, de contratos administrativos.”⁶⁶

Portanto, muito embora haja uma análise restrita do tema da consensualidade, o tema dos acordos é tratado sob uma ótica demasiadamente ampla. Com base nessa ótica, a doutrina trata dos acordos e dos contratos como instrumentos de consenso, pertencentes a uma mesma categoria jurídica (dos acordos de vontade da administração) e por vezes ainda os utiliza como sinônimos.⁶⁷ Por outro lado, contraditoriamente, insiste a todo o tempo em apresentar uma diferenciação entre contrato e acordo, que não satisfaz. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, por exemplo, os diferencia com base no fato de no contrato existir interesses distintos e no acordo interesses comuns.⁶⁸ Fato é que, muito embora possa haver casos em que tal distinção seja satisfatória, nos acordos substitutivos de sanções (por exemplo) essa distinção não se mostra adequada.⁶⁹

⁶³ *Contrato de gestão...cit.*, p. 251. Nesse sentido também afirma: CORREIRA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 344.

⁶⁴ OLIVEIRA, Gustavo Justino. *Contrato de gestão...cit.*, p.253. No mesmo sentido: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Coordenação gerencial na Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, 214, out./dez. 1998, p. 44.

⁶⁵ Como afirma Hely Lopes Meirelles: “*Convênios administrativos* são acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes.” e “*Consórcios administrativos* são acordos firmados entre entidades estatais, autárquicas, fundacionais ou paraestatais, *sempre da mesma espécie*, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes.” (*Direito administrativo brasileiro*, 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 371/373). No mesmo sentido: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Coordenação gerencial na Administração...cit., p. 44.

⁶⁶ PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atuação administrativa consensual... cit.*, p.84.

⁶⁷ A título de exemplo, pode-se destacar o uso da expressão “contratualização” para referir-se à Administração Consensual, o que abrange acordos e contratos (PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atuação administrativa consensual... cit.*, p.85). Pode-se também citar o enquadramento dos acordos substitutivos de sanções como uma categoria pertencente à dos contratos administrativos (SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi. *Consenso e legalidade...cit.*, p. 15).

⁶⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Coordenação gerencial na Administração ...cit., p. 44/45.

⁶⁹ Isso porque se entende que no acordo substitutivo também existem interesses contrapostos. O particular, de um lado, pretende obter o menor gravame possível a sua atividade; a Administração, de outro, pretende assegurar o interesse público e a proteção de direitos como o meio ambiente. O interesse em comum nesse caso seria

Assim, é certo que a partir de uma compreensão terminológica do termo *acordo*, um contrato de gestão⁷⁰ pode ser entendido como um acordo (considerando-se que todo contrato é um acordo de vontades). Porém, a amplitude dessa compressão acaba por incluir em uma mesma categoria diversas espécies de acordos ou contratos que podem não ter nada em comum além do fato de resultarem da composição de vontades opostas – do Administrador e do administrado.

Daí que essa perspectiva macro acaba por não fazer a devida diferenciação entre institutos que são absolutamente diversos e para tanto, merecem ser enquadrados em naturezas diversas para que tenham o regime jurídico que lhes é adequado.⁷¹ E note-se que não se está a afirmar que seria errôneo fazer uma análise ampla do que seriam esses acordos: a opção foi puramente metodológica e necessária para que o tema pudesse ser analisado de modo a evitar algumas das questões não solucionadas acerca dessa “terra incógnita dos acordos”⁷² e a evitar algumas das inconsistências na doutrina que trata do tema.

Portanto partir-se-á da perspectiva de que os acordos administrativos são entendidos apenas como aqueles que se inserem no âmbito de um processo administrativo de modo a substituir atos que, a princípio, seriam tipicamente unilaterais.

Esses acordos podem ser tanto *terminativos de processos* (quando são destinados à definir consensualmente parte ou todo o conteúdo do ato administrativo decisório final do processo), quanto de *trâmite procedimental* (quando se inserem no curso do processo em relação a questões incidentais e conferem à decisão final unilateral uma base consensual).⁷³ Os acordos são assim um instrumento da Administração consensual, assim como os diferentes tipos de contratos – que, contudo, são estudados como outro tipo de instrumento, a merecer um estudo também autônomo.

unicamente o de obter a solução que melhor atenda aos interesses das partes. Contudo, tal situação não é diferente em um contrato de prestação de serviços, por exemplo. O particular, de um lado, pretende contratar com a Administração nas condições que lhe ofereça maior lucro; a Administração, de outro, pretende contratar o serviço mais adequado e no melhor preço. Há ainda um interesse comum: o de efetuar a contratação.

⁷⁰ OLIVEIRA, Gustavo Justino. *Contrato de gestão...cit.*, p.253. No mesmo sentido: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Coordenação gerencial na Administração...cit.*, p. 44.

⁷¹ Até porque, a razão pela qual se procura definir a natureza jurídica dos institutos é exatamente essa: compreender da forma mais ampla possível seu significado, suas características e, conseqüentemente, o regime jurídico que lhe é aplicável. Como afirma Marçal Justen Filho: “a natureza jurídica consiste numa qualidade ou característica reputada como ‘essencial’ do objeto de estudo. Sob esse ângulo, a relevância da natureza jurídica se relaciona com o conhecimento dos objetos juridicamente relevantes. A descoberta das características essenciais acarreta ampliação do conhecimento acerca do objeto estudado.” (*O direito das agências reguladoras*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 381).

⁷² GONÇALVES, Pedro. *O contrato administrativo: uma instituição do direito administrativo do nosso tempo*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 24.

⁷³ KIRKBY, Mark Bobela-Mota. *Os contratos sobre o exercício de poderes públicos: o exercício contratualizado do poder administrativo de decisão unilateral*. Coimbra: Coimbra Ed., 2011, p. 280/281. Também nesse sentido: OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública... cit.*, p. 839.

Desse modo, o presente trabalho dedica-se à análise dos *acordos* que se inserem no âmbito de um processo e que se destinam a por termo a ele (ou mesmo evitar sua instauração), substituindo a decisão final unilateral da Administração (acordos administrativos substitutivos ou terminativos de processos). Assim, quando se falar em *acordo administrativo* no presente trabalho, está-se apenas a analisar esse *acordo substitutivo*, excluindo-se da análise que seguirá adiante outras figuras que possuem características consensuais e são também tratadas como espécies de acordos por alguns doutrinadores.

2.2 O PROCESSO ADMINISTRAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO CONSENSUAL E OS ACORDOS ADMINISTRATIVOS SUBSTITUTIVOS

Os *acordos administrativos substitutivos* são aqueles que se inserem no âmbito de um processo administrativo (ou no momento anterior a sua instauração), especialmente sancionatório, e que substituem uma decisão final que seria, a princípio, resultado de um *ato administrativo unilateral* típico. Tal acordo é uma forma de encerrar um processo administrativo – tal como a decisão terminativa unilateral – contudo, de forma acordada com o particular que é parte desse processo. Nas definição de Luciano Parejo Alfonso:

O acordo de vontades entre uma Administração Pública e um ou vários sujeito(s) de Direito, regulado pelo Direito Administrativo, celebrado no âmbito de um procedimento administrativo, através do qual a Administração Pública exerce um poder ainda administrativo para a terminação ou a preparação – em termos vinculantes – do encerramento desse processo, o qual está dirigido à constituição, modificação ou extinção de uma relação jurídica.⁷⁴

Daí que passa a existir (em determinados processos administrativos mais específicos, pois dependem de previsão legal) dois modos diversos de terminação do processo: através de uma decisão tomada unilateralmente, ou através de um acordo. Como afirmam Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara: “acordos substitutivos são alternativas a atos

⁷⁴ Livre tradução de PAREJO ALFONSO, Luciano. Los Actos Administrativos Consensuales en el Derecho Español. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional - A&C*. Belo Horizonte, n. 13, Jul. / Set. 2003, p. 5/6. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=12631>>. Acesso em: 19 de julho de 2012. No original: “el acuerdo de voluntades entre una Administración pública y uno o varios sujetos de Derecho, regulado por el Derecho administrativo, celebrado en el contexto de un procedimiento administrativo a través del que aquélla deba ejercer una potestad asimismo administrativa y para la terminación o la preparación – en términos vinculantes – de la terminación de éste, que está dirigido a la constitución, modificación o extinción de una relación jurídica.”

administrativos sancionadores”.⁷⁵

Essa nova possibilidade de terminação de um processo administrativo é resultado também de uma nova forma de compreender o processo, outrora reservado especialmente para concretização e defesa de direitos de primeira dimensão (liberdade e propriedade), e com acentuada carga sancionatória. Como afirma Egon Bockmann Moreira, “há mais espécies de processos administrativos do que outrora imaginado”.⁷⁶

No direito brasileiro e como será examinado adiante, os *acordos substitutivos* inserem-se no âmbito de processos sancionatórios para defesa de direitos que fogem à categoria dos direitos de primeira geração. Aqueles direitos (ex. meio ambiente, consumidor, saúde), por sua vez, exigem instrumentos também de segunda e terceira dimensões para que possam ser efetivados. Como bem afirma Mark Bobela-Mota Kirkby:

Acresce que, a partir do momento em que é lançado à Administração um desafio de eficácia, exigindo-se-lhe resultados concretos na execução do programa que lhe é legalmente adstrito, torna-se insustentável a situação de permanente conflitualidade com os particulares que era característica do Estado Liberal. A Administração vai, então, procurar desenvolver mecanismos que lhe permitam obter dos administrados a aceitação antecipada das soluções que preconiza, tendo em vista a criação de consensos e diminuição dos níveis de litigiosidade.⁷⁷

Nesse contexto o *processo administrativo* assume papel primordial na medida em que permite que sejam encontradas soluções consensuais que deem maior efetividade aos valores e direitos que se pretende proteger. Estamos aqui diante “de processos que possuem como preocupação primária os direitos de segunda e terceira gerações – aqueles imediatamente vinculados a interesses coletivos, a benefícios sociais e à participação dos cidadãos na formação da vontade estatal.”⁷⁸ São estes direitos que exigiram “profundas alterações nos processos administrativos gracioso e contencioso, que (...) foram sendo adaptados a esta nova realidade, pela consagração de formas de legitimidade mais alargadas e novos mecanismos de intervenção de particulares (...)”⁷⁹.

Essas novas espécies de processo, é certo, não fogem aos princípios que regem os demais processos administrativos (contraditório e ampla defesa, publicidade, moralidade, etc), mas exigem um tratamento diferenciado pela Administração. Não serve a esse processo a compreensão típica do Direito Administrativo de primeira geração: não pode pretender a Administração apenas e tão-somente a sanção unilateral do particular.

⁷⁵ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Acordos substitutivos nas sanções...cit.*, p. 133.

⁷⁶ *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/99*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 15.

⁷⁷ *Contratos administrativos de subordinação...cit.*, p. 24.

⁷⁸ MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo: princípios constitucionais ...cit.*, p. 15.

⁷⁹ KIRKBY, Mark Bobela-Mota. *Os contratos de adaptação ambiental...cit.*, p. 24.

É necessário que haja uma abertura no processo – e aí reside a importância da mudança de compreensão da Administração – que permita maior participação do particular e a tomada de decisões que escapem à decisão tradicional (unilateral e sancionatória). Como bem afirmam Sergio Ferraz e Adilson Abreu Dallari:

O acerto da ponderação é inequívoco: em síntese, é imperioso que, ao lado do processo corretivo, repressivo, da atividade administrativa, de índole judicial, se consagre um processo administrativo que, sobre poder ser também saneador de erros, canalize a participação e a contribuição numa senda de criação.⁸⁰

Portanto, muito embora a Administração e o particular representem figuras opostas no processo administrativo (especialmente o sancionador), a colaboração entre Administração-particular é essencial para que se possa obter a solução mais *efetiva* ao caso, permitindo a substituição “de uma relação jurídica litigiosa por outra relação que elas mesmas definem no contrato de transação.”⁸¹ A relação litigiosa que existia “porque cada uma delas – partes – entende de um modo diferente suas relações jurídicas e a partir delas formula suas pretensões, que se opõem umas as outras”⁸², cede aos poucos espaço a uma relação de cooperação: os interesses anteriormente contrapostos passam a convergir e a figurar no *acordo*.

Portanto, e como afirma Egon Bockmann Moreira:

O processo administrativo não mais se caracteriza como uma singela forma de a pessoa privada defender-se ante os *atos administrativos* do Estado (solucionando as questões concretas), mas igualmente se transformou num instrumento de criação de normas genéricas e abstratas, destinadas não só aos envolvidos na relação processual (interessados e partes).⁸³

Se prevalecer o pensamento de outrora, no sentido de que somente a sanção pode encerrar satisfatoriamente o processo administrativo, outros valores do Direito Administrativo acabam sendo ignorados. Note-se que entre os anos de 2008 e 2011 o governo federal recebeu apenas 5,7% das multas aplicadas por seus órgãos de regulação e fiscalização⁸⁴. A constatação é bastante expressiva para o presente contexto.

Sendo a multa aplicada pela Administração não suportada pelo particular, certo é que

⁸⁰ *Processo administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 22.

⁸¹ Livre tradução de HUERGO LORA, Alejandro. *Resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 2000, p. 32. No original: “de una relación jurídica litigiosa por otra relación que ellas mismas definen en el contrato de transacción.”

⁸² Livre tradução de HUERGO LORA, Alejandro. *Resolución extrajudicial de conflictos...cit.*, p. 32. No original: “porque cada una de ellas – partes – entiende de un modo diferente sus relaciones jurídicas y formula a partir de ellas pretensiones que se oponen a las de la otra.”

⁸³ *Processo administrativo: princípios constitucionais...cit.*, p. 19.

⁸⁴ VILLAVERDE, João; SIMÃO, Edna. Governo só recebe 5,7% das multas aplicadas. Valor Econômico. Brasília, 21.6.2012, p. A5.

ela não está cumprindo sua função. Por tal razão a necessidade de abertura do processo para que possam ser utilizados meios alternativos para solução dos casos postos à apreciação da Administração, para tornar mais *efetiva* sua atuação – seja na responsabilização do particular, seja na proteção dos direitos a serem tutelados através do processo. É essa compreensão do processo administrativo que permite que os *acordos substitutivos* sejam uma forma alternativa de encerramento dos processos administrativos sancionadores.

2.3 NATUREZA JURÍDICA DOS ACORDOS ADMINISTRATIVOS SUBSTITUTIVOS

Muito embora não haja maiores dificuldades na definição dos *acordos substitutivos*, fato é que o mesmo não ocorre no que se refere à definição de sua natureza jurídica. Como afirma Luciano Parejo Alfonso, “a figura apresenta, sem dúvidas, dificuldades para sua plena integração em um esquema jurídico-administrativo estabelecido, assim como para a sua prática.”⁸⁵

Essa dificuldade decorre, sobretudo, do fato de que esses *acordos substitutivos* não se encaixam bem em nenhuma das figuras administrativas já consolidadas, pois não é evidente sua unilateralidade – típica dos atos administrativos, ou bilateralidade – típica dos contratos administrativos. Nas palavras de Andreia Cristina Bagatin:

A definição da natureza do exercício contratualizado das competências inicialmente unilaterais é, a mesmo tempo, difícil e relevante. Difícil, porque há evidente aproximação entre as características dos atos e contratos administrativos. Eventualmente, poderá implicar o reconhecimento de que os critérios de distinção não são suficientes para identificar os atos praticados pela Administração Pública atual. Relevante, porque a identificação do instituto jurídico de que se trata tem repercussões claras sobre o regime jurídico que incidirá em face de determinada atividade administrativa.⁸⁶

⁸⁵ Livre tradução de PAREJO ALFONSO, Luciano; JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio; ORTEGA ÁLVAREZ, Luis. *Manual de derecho administrativo...cit.*, p. 751.No original: “la figura plantea, sin duda, dificultades para su plena integración en el esquema jurídico-administrativo establecido y su desembarazado y normal juego en la práctica.”

⁸⁶ BAGATIN, Andreia Cristina. A natureza jurídica dos “acordos” previstos pela Lei nº 8.884/94. In: MOREIRA, Egon Bockmann; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (Coord.). *Direito Concorrencial e regulação econômica*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 197. Também nesse sentido Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva afirma: “Saber se uma determinada actuação administrativa é de natureza unilateral ou contratual pode não ser tao fácil como parece, à primeira vista.” (*Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 473).

Portanto, a questão reside especialmente em “saber se se trata ainda de actos administrativos, ou se se está perante uma nova espécie de contratos, ou ainda se há que criar uma nova modalidade de actuação de carácter misto.”⁸⁷

Parcela da doutrina trata de tais acordos como uma nova espécie de *contrato administrativo*.⁸⁸ Tal compreensão resulta do fato de que tais acordos seriam resultado da composição dos interesses de duas partes opostas e resulta daquela compreensão ampla do tema dos acordos tratada no item anterior. Esse entendimento também possui bastante aceitação no direito espanhol, de modo que a maior parte dos autores espanhóis reconhece esse carácter contratual dos acordos.⁸⁹

Contudo, fato é que ainda que considerássemos o contrato administrativo em um sentido amplo (tudo que resulte da manifestação de vontade de partes opostas), ainda não haveria bilateralidade suficiente para entendê-lo como tal, até porque o particular não dispõe de um efetivo poder de negociação (inclusive ele sequer pode optar por participar ou não da relação jurídica administrativa: ou ela acorda, ou ele se submete a uma decisão unilateral – o que é diverso de um contrato administrativo em que o particular decide participar da licitação, por exemplo). Assim, muito embora estes em um sentido *lato* possam ser considerados como contratos – no sentido de composição de interesses, acordo de vontades, entende-se que não é essa a mais adequada classificação.

Por outro lado, poder-se-ia entender que esse acordo seria *ato administrativo*, porque desenvolvido no bojo de competências tradicionalmente autoritárias e unilaterais da Administração Pública. Contudo, não há a declaração autoritária característica desses atos e a própria unilateralidade também é enfraquecida pelo alcance da participação do particular. Ou seja, aqui é ainda mais evidente a inadequação da proposta em vista da participação do particular do âmbito de formação, à execução e extinção do acordo.

Daí que, a introdução dessa nova figura – que não se enquadra estritamente como ato administrativo ou contrato administrativo na acepção tradicional⁹⁰ – faz com que seja

⁸⁷ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. *Em busca do acto administrativo...cit.*, p. 473.

⁸⁸ Nesse sentido: SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi. *Consenso e legalidade...cit.*, p. 15. É interessante também destacar que os autores utilizam do termo “ato administrativo bilateral” para designar esses acordos que se situam no âmbito de um processo administrativo, mas ao final definem sua natureza jurídica como sendo contratual. Entende-se que essa compressão seria contraditória e equivocada, pois acabar por colocar um ato administrativo como espécie de um contrato. Tal fato apenas demonstra a confusão que existe na doutrina a respeito do tema: afinal, esses acordos seriam atos ou contratos? Também defendendo a natureza contratual do acordo: GRINOVER, Ada Pellegrini. O termo de ajustamento de conduta no âmbito da defesa da concorrência. *Revista do IBRAC*. São Paulo, vol. 16, n. 01, 2009, p. 193/195.

⁸⁹ HUERGO LORA, Alejandro. *Resolución extrajudicial de conflictos...cit.*, p. 29.

⁹⁰ Tradicionalmente, conceitua-se ato administrativo como “declaração unilateral do Estado no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante comandos concretos complementares da lei (ou, excepcionalmente,

necessário admitir e aceitar a inserção de meios consensuais, negociações em competências tradicionalmente unilaterais.⁹¹ Trata-se, como já exposto, de aceitar uma modalidade diversa de atuação da Administração. Tal modalidade é, na seara do exposto por Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva e Luciano Parejo Alfonso um *ato administrativo consensual*.⁹²

Como exposto, a Administração Consensual trata não apenas de trazer novos instrumentos ao Direito Administrativo – como as consultas e audiências públicas, mas também de expandir a aplicação dos instrumentos já disponíveis – como o ato e o contrato administrativo, acrescentando-lhes novos elementos. Como afirma Pedro Gonçalves: “A expansão do consenso na acção administrativa, se é verdade que cria condições para o alargamento da aplicação do contrato nas relações jurídicas públicas, está contudo longe de implicar a abolição do acto administrativo, seja porque, por si mesmo, também o próprio acto pode ser o produto de um consenso.”⁹³

Não se tratam, contudo, de mudanças se sobrepõem ao que já existia. Pelo contrário: trata-se de um processo em que se somam novas características aos instrumentos já disponíveis à Administração, de modo a permitir que ela acompanhe os novos desafios que lhe são constantemente apresentados. O consenso, portanto, longe de afastar a aplicabilidade do ato, atribui-lhe uma nova função e exige sua renovação. Por tal razão Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva destaca:

Estamos, pois, perante uma radical transformação da função do acto administrativo que, de instrumento de imposição de condutas e de agressão da esfera privada dos particulares, se transforma em mecanismo de colaboração e de concertação com esses mesmos particulares.⁹⁴

Tal fato traz duas inevitáveis consequência para a teoria dos atos administrativos. A primeira, a constatação de que tal teoria possui diversas limitações que hoje são insuficientes para explicar a real amplitude que o ato administrativo adquiriu. A segunda, a de trazer a

da própria Constituição, aí de modo plenamente vinculado) expedidos a título de lhe dar cumprimento e sujeitos a controle de legitimidade por órgão jurisdicional” Por sua vez, entende-se o contrato administrativo como o “tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado. (DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 386-387/620-621).

⁹¹ BAGATIN, A natureza jurídica dos “acordos”...*cit.*, p. 197.

⁹² *Em busca do acto administrativo...cit.*, p. 47; PAREJO ALFONSO, Luciano; JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio; ORTEGA ÁLVAREZ, Luis. *Manual de derecho administrativo...cit.*, p. 750. Também nesse sentido: BAGATIN, A natureza jurídica dos “acordos”...*cit.*, p. 214.

⁹³ GONÇALVES, Pedro. *O contrato administrativo...cit.*, p. 25.

⁹⁴ *Em busca do acto administrativo...cit.*, p. 471.

necessidade de transformação e ampliação do sua compreensão e de suas espécies.⁹⁵ É o que já pensava Jean Rivero ao questionar se tais acordos não seria uma nova categoria de atos da Administração.⁹⁶

E a razão pela qual se define tais acordos como uma nova espécie de atos administrativos – negocial – e não como uma nova espécie de contrato reside no fato de que estes se inserem no âmbito de uma competência decisória, tipicamente instrumentalizada por meio de um ato administrativo. Quer-se dizer: em um processo administrativo o poder decisório é única e exclusivamente da Administração, que o instrumentaliza através desse ato administrativo decisório. Esse ato decisório ainda permanece mesmo quando se utiliza o acordo, pois o que ocorre é a inserção do consenso nesse ato. Como dispõe Andreia Cristina Bagatin, “[a] expressão parece adequada, pois, ao mesmo tempo em que destaca a faceta negocial da atuação administrativa nessas situações, não perde de vista que tal concerto paira sobre competências que originalmente deveriam ser exercidas unilateralmente.”⁹⁷

Tal constatação implica em compreender que, muito embora o conteúdo do acordo seja resultado do consenso, a “a ‘fonte de validade’ (e de eficácia) de tais decisões não é o consenso das partes, mas a manifestação de vontade unilateral da Administração”.⁹⁸ Ou seja, quem decide por apurar e regular determinada conduta do particular é a Administração. E, muito embora seja necessário o consentimento do particular para que o acordo seja firmado, sem ele a Administração não vai deixar de regular sua conduta: apenas o fará de modo diverso – através de uma decisão unilateral, que poderia inclusive impor obrigações para o particular similares ao que teria sido acordado.

Por outro lado, o junção da palavra *negocial* à expressão é necessário para diferenciar tal ato dos demais, pois o acordo tem em seu conteúdo o “resultado das concessões e dos intercâmbios realizados no transcurso do processo de negociação que antecedeu ao compromisso”⁹⁹, o que significa que este é composto sempre com a participação da

⁹⁵ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. *Em busca do acto administrativo...cit.*, p. 473 e 477. É de se destacar que muito embora o ato consensual seja evidenciado em um acordo substitutivo, por exemplo, há atos ainda considerados como unilaterais que, contudo, tem em sua formação algum âmbito de negociação. Segundo afirma André Holleaux: “Les décrets, et plus généralement les textes unilatéraux, sont truffés de dispositions concertées. Si on pouvait les passer à la radioscopie comme le font les laboratoires de musées qyu reconstituent l’histoire d’un tableau en faisant apparaître les repeints successifs, on verrait que les livraisons du *Journal officiel* qui ont une apparence d’airain buriné, dissimulent les montagens de compromis, de <<consensus>> échangés et parfois des diktats de groupement puissants ou obstines.” (“Vers um ordre juridique conventionnel”. *Bulletin de l’IIAP*, 1974, P. 61 *apud* DEPUIS, Georges; GUÉDON, Marie-José; CHRÉTIEN, Patrice. *Droit administratif*. 7ª ed. Paris: Armand Colin, 2000, p. 457.

⁹⁶ *Direito Administrativo*. Trad. Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981, p. 105.

⁹⁷ BAGATIN, Andreia Cristina. A natureza jurídica dos “acordos”...*cit.*, p. 199.

⁹⁸ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. *Em busca do acto administrativo...cit.*, p. 471.

⁹⁹ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual...*cit.*, p. 277.

Administração e do particular.

Não é demais destacar que também um dos aspectos dessa consensualidade está no fato de que há renúncia do exercício de determinados direitos por ambas as partes: o direito de a Administração prosseguir ou instaurar o processo administrativo e proferir uma decisão unilateral e, eventualmente, impor a sanção aplicável; e de outro o direito do particular provar sua inocência.

Tais constatações fazem com que “as relações a que se dá lugar são perceptíveis como tais em sua existência e desenvolvimento, não só através de instantâneas referências a momentos especialmente significativos juridicamente (os atos)”.¹⁰⁰ Ou seja, o ato administrativo negocial possui um processo de formação que se distingue em absoluto do ato administrativo unilateral. E, considerando que “o conteúdo do intercâmbio constitui (...) o aspecto essencial do acordo”¹⁰¹, como afirma Sabino Cassese, não se pode negar que esse acordo substitutivo tem em sua essência a negociação, a consensualidade.

Assim, pode-se afirmar que tais acordos processuais são atos administrativos especialmente pelo seu fundamento de validade e eficácia (decorre unicamente da Administração), e adquirem o caráter consensual ou negocial no que tange ao seu conteúdo e processo de formação (decorre da concertação com os particulares).¹⁰² Daí a razão pela qual se exige que este seja considerado como uma nova figura da Administração.

Essa constatação tem especial relevo para a definição do regime jurídico de tais acordos. De um lado, implica afirmar que tais acordos não são regidos pela Lei 8.666/93 – ao contrário do que afirmam aqueles que defendem os acordos como contratos. De outro, implica afirmar que também eles também não se submetem às normas que dispõem acerca do tratamento dos atos administrativos unilaterais típicos – até porque, não existe um só regime para os atos administrativos, como se só houvesse uma espécie de ato. Cada espécie desse acordo, aqui entendido como *ato administrativo negocial*, terá seu regime específico – como será demonstrado adiante, de modo a efetivamente retratar essa espécie de ato que foge ao já estabelecido.

¹⁰⁰ Livre tradução de PAREJO ALFONSO, Luciano; JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio; ORTEGA ÁLVAREZ, Luis. *Manual de derecho administrativo...cit.*, p. 752. No original: “las relaciones a que da lugar son perceptibles como tales em su existencia y desarrollo u no sólo a través de instantâneas referidas a momentos especialmente significativos juridicamente (los actos).”

¹⁰¹ Livre tradução de *La crisis del Estado*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003, pp. 115/116. No original: “el contenido del intercambio constituye (...) el aspecto esencial del acuerdo.”

¹⁰² SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. *Em busca do acto administrativo...cit.*, p. 475.

2.4 O FUNDAMENTO DE VALIDADE PARA CELEBRAÇÃO DE ACORDOS ADMINISTRATIVOS SUBSTITUTIVOS NO BRASIL

Esses *acordos administrativos substitutivos* têm sido amplamente utilizados no Brasil, especialmente no âmbito das chamadas agências reguladoras.¹⁰³ Como destaca Marcos Juruena Vilella Souto “se regulação é ponderação, e a ponderação entre interesses exige que eles sejam conhecidos, só existe regulação válida se houver um cenário onde essa participação possa apresentar quais são os conflitos para que eles possam ser ponderados pela autoridade administrativa, que deve decidir à luz dessas manifestações.”¹⁰⁴

Há três possíveis fontes de validade para tais acordos: (i) *previsão legal específica*, (ii) *previsão regulamentar* e (iii) *previsão legal genérica*.¹⁰⁵

Como já tratado, o princípio da *legalidade* adquiriu novos contornos nessa nova fase do Direito Administrativo. Tal fato, contudo, não afastou a incidência desse princípio na atuação da Administração. Pelo contrário: lhe conferiu novos contornos de modo a assegurar sua *efetividade*. Daí que para celebração de qualquer *acordo substitutivo* entende-se que é necessária *previsão legal* (*genérica* ou *específica*) ou mesmo *regulamentar*.

2.4.1 Acordos de previsão legal específica

Nos casos de *previsão legal* – seja ela *genérica* ou *específica* – “autoriza-se o acordo para *modular o cumprimento de deveres constituídos diretamente por lei*.”¹⁰⁶ Essa é a razão pela qual, na lição de Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara, o *acordo* tem *previsão legal* – por afastar a aplicação de uma sanção prevista em lei, sua *previsão* não pode ser senão *legal*. Como exemplos dessas hipóteses, pode-se citar os acordos celebrados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, pelo Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência – CADE e pela Comissão de Valores Mobiliários – CVM.

¹⁰³ SOUZA, Luciana Moessa de. *Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial*, Curitiba: Fórum, 2012, p. 201.

¹⁰⁴ *Direito administrativo em debate*. 2ª série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 29.

¹⁰⁵ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Acordos substitutivos nas sanções...cit.*, p. 142.

¹⁰⁶ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Acordos substitutivos nas sanções...cit.*, p. 137.

No âmbito da ANS, o Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta foi introduzido na Lei 9.656/1998 através da Medida Provisória 2.177-44 de 2001. Possui, portanto, *previsão legal específica e regulamentar*. Nos termos do parágrafo primeiro do artigo 29, “O processo administrativo, antes de aplicada a penalidade, poderá, a título excepcional, ser suspenso, pela ANS, se a operadora ou prestadora de serviço assinar termo de compromisso de ajuste de conduta [...]” Como Paulo César Melo da Cunha afirma:

Na prática, constata-se uma irregularidade formal ou material que (...) ensejaria a aplicação de uma sanção ou um conjunto de sanções (...) mas que, em razão das modernas formas de solução de conflitos e com o devido lastro legal, permite-se a harmonização dos interesses regulatórios com os empresariais, suspendendo-se aquele processo sancionador e adotando-se estas medidas alternativas.¹⁰⁷

Assim, trata-se de um *acordo substitutivo* de sanção, através do qual o particular autuado obriga-se a cessar a prática supostamente ilícita investigada (art. 29, §1º, I), corrigindo as supostas irregularidades e indenizando os prejuízos eventualmente causados (art. 29, §1º, II). Até seu cumprimento, o processo administrativo permanece suspenso. Caso o *acordo* seja descumprido, há a incidência de multa, o processo é reativado e o particular fica impedido de celebrar novo *acordo* por dois anos (art. 29, §2º, II, §4º e §7º). Assim, o *acordo* só se concretiza após o cumprimento das obrigações nele assumidas, quando o processo deixa de ser suspenso para ser extinto.

O Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta da ANS, portanto, possui uma *maior densidade normativa*. Não só há lei específica dispendo acerca de sua celebração, cláusulas obrigatórias e efeitos, como também dispendo acerca de necessidade de regulamentação pela ANS, conforme se verificou na Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 57, de 19 de fevereiro de 2001 e posteriormente na Instrução Normativa nº 10, de 10 de agosto de 2010.

No âmbito do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência – CADE os acordos também possuem *previsão legal específica*. Assim, o artigo 85 da Lei 12.529/2011 estabelece que o CADE pode “tomar do representado 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.” Aqui, o *acordo* tem previsão legal - contudo, quem lhe confere maior densidade normativa é o Regimento Interno do CADE.

Trata-se de *acordo substitutivo de sanção* que se insere no âmbito de um processo administrativo concorrencial e que permite que no transcurso do processo de apuração de

¹⁰⁷ *Regulação jurídica da saúde suplementar no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 213/214.

conduta o particular assuma determinadas obrigações destinadas à cessação da prática supostamente anticoncorrencial, tal como se dá no âmbito da ANS. Como afirma Andreia Cristina Bagatin, “há um acordo, já que a Administração cede para ter a garantia de que a eventual prática anticoncorrencial será efetivamente suspensa e o particular cede porque não há como se garantir que o resultado final lhe será favorável.”¹⁰⁸

O caráter *substitutivo* do acordo adquire concretude quando o particular cumpre os termos acordados e o processo é arquivado. Importante ressaltar que também “o acordo não implica confissão quanto à matéria de fato nem reconhecimento da ilicitude da conduta objeto do processo administrativo, do inquérito administrativo ou do procedimento preparatório de inquérito administrativo” (art. 179, §5º, do Regimento Interno do CADE).

Sua celebração se sujeita a “um juízo de oportunidade e conveniência a ser exercido pelo Cade ao analisar requerimentos de celebração desse compromisso”¹⁰⁹, tal como dispõe o Regimento Interno do CADE.¹¹⁰ Até porque, “a conveniência da celebração do compromisso deve ser sopesada com o momento processual”, pois “os benefícios advindos da celebração do compromisso, e conseqüente descontinuidade da conduta ilícita, somente serão percebidos e alcançados se considerados em proporção aos efeitos já produzidos no mercado e no ambiente onde se travam as relações de consumo e concorrência.”¹¹¹

As razões para sua celebração, conforme dispõe a Secretaria de Direito Econômico - SDE, são (i) a econômica de tempo e de recursos, (ii) a melhor instrução do processo administrativo, com mais celeridade e eficiente e, nos casos de cartel, (iii) o imediato recolhimento de contribuição pecuniária.¹¹² Nesse caso, merece especial destaque o fato do Regimento Interno do CADE dispor sobre os parâmetros a orientar a celebração o acordo e a direcionar a decisão da autoridade concorrencial.

Por sua vez, a CVM também está autorizada, por *previsão legal específica*, a celebrar Termo de Compromisso. Nos termos do art. 11, §5º, da Lei 6.385/76 (alterada pela Lei 9.873/99) a CVM “poderá, a seu exclusivo critério, se o interesse público permitir, suspender,

¹⁰⁸ BAGATIN, Andreia Cristina. A natureza jurídica dos “acordos...*cit.*”, p. 213.

¹⁰⁹ GILBERTO, André Marques. *O processo antitruste sancionador: aspectos processuais na repressão das infrações à Concorrência no Brasil*. São Paulo: Lex Editora, 2010, p. 293.

¹¹⁰ Art. 180. Cada representado deverá apresentar seu próprio requerimento do Termo, podendo o Conselheiro-Relator, a seu juízo de conveniência e oportunidade, negociar de forma conjunta os diversos requerimentos relacionados a um mesmo processo. (Regimento Interno consolidado em 29 de março de 2012).

¹¹¹ FURLAN, Fernando de Magalhães. *Questões polêmicas em direito antitruste*. São Paulo: Lex Editora, 2004, p. 128.

¹¹² Conforme documento intitulado de “Política da SDE para emitir parecer sobre proposta de TCC em cartéis.” Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={9F537202-913E-4969-9ECB-0BC8ABF361D5}&Team=¶ms=itemID={597B15F3-5E70-4344-8D2E-1D00D14E5804};&UIPartUID={2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26}>. Acesso em 27.9.2012.

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 [...].”

Com sua celebração, o processo administrativo é suspenso. Na hipótese de não cumprimento, ele é reativado para aplicação das penalidades previstas em lei pela autoridade; no caso de cumprimento, o processo é arquivado definitivamente. Como condição de sua celebração, nesse acordo o particular também deve cessar a prática supostamente ilícita, corrigindo as irregularidades e indenizando os prejuízos (art. 11, §5º, inc. I e II) – muito embora ele não importe em confissão da ilicitude (art. 11, §6º).

2.4.2 Acordos de previsão regulamentar

Além das hipóteses dos acordos de previsão legal específica, há também aqueles que podem decorrer de previsão *regulamentar*. Isso se dá nos casos em que o a disciplina acerca da sanção é feita através de norma infralegal. Na lição de Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara:

Regulamentos editados por agências reguladoras setoriais podem instituir hipóteses específicas de acordos substitutivos, com base no mesmo poder normativo em que se baseiam para editar os regulamentos responsáveis pela constituição de deveres e proibições específicos, e, portanto, pela definição das infrações e sanções correspondentes.¹¹³

A título de exemplo, cabe analisar os casos da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL e da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT. O tema das infrações e penalidades, por força da Lei 9.472/1997, é de competência regulamentar. A Lei Geral de Telecomunicações estabelece como competência da ANATEL a definição no plano infralegal de temas como infrações (Art. 19, XVIII), administração de conflitos entre prestadoras de serviço de telecomunicações (art. 19, XVII), entre outros. Nessa perspectiva, “é o regulamento que disciplina o modo de evitar as sanções, pela superação adequada e suficiente da eventual infração.”¹¹⁴

¹¹³ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções...*cit.*, p. 137.

¹¹⁴ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções... *cit.*, p. 136.

Ora, em sendo o regulamento a disciplinar as sanções – também será o regulamento que disciplinará a possibilidade de celebrar *acordos* que as substituam. Como afirmam Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara: “(...) como os deveres e as infrações são decorrentes de especificações infralegais, e não de especificações diretamente legais, os acordos substitutivos entre regulador e regulado dependem apenas de autorização regulamentar (...).”¹¹⁵ Contudo, apesar da necessidade apenas dessa previsão regulamentar, fato é que a ANATEL utiliza como fundamento de validade uma previsão legal genérica, a ser examinada a seguir.

Situação similar ocorre com a ANEEL, que apesar da competência para estabelecer acordos por previsão infralegal, também utiliza como fundamento de validade um permissivo legal genérico. Nesse caso, contudo, ressalte-se que a ANEEL possui Resolução disciplinando critérios e procedimentos para celebração do Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta (Resolução nº 333 de 7 de outubro de 2008).

Nos termos do seu art. 1º: “A ANEEL poderá, alternativamente à imposição de penalidade, firmar Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta – TAC com as concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços e instalações de energia elétrica, com vistas a adequar a conduta desses agentes às disposições legais, regulamentares ou contratuais.” A decisão – fundamentada - pela celebração ou não do acordo é da Diretoria Colegiada da ANEEL, em observância ao interesse público (art. 4º).

Diversamente dos outros acordos, sua assinatura já acarreta o arquivamento do processo (art. 5º). Há ainda previsão de cláusulas obrigatórias que disponham sobre as obrigações da concessionária/permissionária/autorizada, cronograma de ações/investimentos, multa pelo descumprimento do acordo (em valor 20% superior ao que seria aplicado no caso desenvolvimento regular do processo), entre outros (art. 10). É claro pelo teor do seu art. 9º que a celebração do *acordo* visa não só a cessação da conduta supostamente ilícita e sua correção, como a melhoria do serviço prestado, pois é obrigatório ao agente particular a realização de investimentos e ações (art. 9º, inc. IV).

Por fim, merece especial destaque o acordo previsto pela ANTT, na Resolução de nº 152, de 16 de janeiro de 2003, com base nas competências atribuídas à agência pela Lei nº 10.233/2001.

Nos termos da referida Resolução, ficou instituído o Termo de Ajuste de Conduta “para correção de irregularidades ou pendências, visando assegurar a normalidade dos

¹¹⁵ Acordos substitutivos nas sanções...*cit.*, p. 140.

serviços prestados e resguardar o interesse público.” (art. 1º).¹¹⁶ Nessa hipótese, ao tomar conhecimento de irregularidade na atuação das concessionárias ou permissionárias, a ANTT deve convocar os seus representantes para prestar esclarecimentos e, diante destes, *poderá* firmar o acordo (art. 3). Nele serão previstos o *quando* e o *como* para correção da irregularidade. A peculiaridade desse acordo reside no fato de que ele é prévio à instauração do processo administrativo sancionatório (art. 4º), que pode ser instalado mesmo com sua celebração (art. 5º) – o que reduz o interesse do particular no acordo ou mesmo no seu cumprimento.

2.4.3 Acordos de previsão legal genérica

Por fim, ainda há as hipóteses de previsão legal *genérica*. É o caso do Termo de Ajustamento de Conduta previsto na Lei 7.347/85. Dada a amplitude da norma, que permite que esse *acordo* seja celebrado em diversos contextos, essa previsão legal genérica serve de fundamento também para as agências reguladoras que celebram acordos sem que haja previsão legal *específica* (a exemplo da ANTT).¹¹⁷ Como afirmam Vitor Rhein Schirato e Juliana Bonacorsi de Palma:

Trata-se de um verdadeiro permissivo genérico do qual decorre a legitimidade de os órgãos da Administração Direta ou os entes da Administração Indireta celebrarem TAC com os administrados, desde que preservado o critério de pertinência temática legalmente estipulado, tanto em processos judiciais quanto em processo administrativos.¹¹⁸

É essa multiplicidade de direitos que podem ser objeto do Compromisso de Ajustamento de Conduta e de órgão legitimados que lhe conferem um especial relevo no tema dos *acordos substitutivos* do Direito Brasileiro, o qual será examinado a seguir.

¹¹⁶ Esse acordo também está disciplinado na Resolução 442, de 17 de fevereiro de 2004.

¹¹⁷ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções...*cit.*, p. 140.

¹¹⁸ SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi. Consenso e legalidade...*cit.*, p. 7.

3. O TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA (LEI 7.347/85)

3.1 O TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA COMO ACORDO SUBSTITUTIVO DE PREVISÃO LEGAL GENÉRICA

Como tratado acima, há previsões legais *genéricas, específicas* e inclusive *regulamentares* para celebração dos acordos substitutivos. Apesar da existência de diversos acordos na Administração mencionados no capítulo anterior, estes não afastam as controvérsias a respeito do tema. De um lado, há diversos questionamentos a respeito do fundamento de validade para celebração desses acordos – na hipótese de previsão *regulamentar*, a exemplo da ANTT; de outro, há inúmeras dúvidas de aspectos práticos sobre *como* ou *quando* celebrar, quais cláusulas estipular, entre outros.

Tais dúvidas a respeito dos casos de previsão regulamentar envolvem especialmente o tema do poder normativo das Agências Reguladoras, que tem tratamento doutrinário extenso e foge ao escopo do presente trabalho.¹¹⁹ Por outro lado, as que se referem aos aspectos práticos decorrem do fato de que tal tema não possui extenso tratamento legal. Pelo contrário: é um fenômeno que decorre antes da prática do que do legislador.¹²⁰

Muito embora haja normas disciplinando um pouco mais intensamente esses acordos (a exemplo da ANS), fato é que ainda assim restam dúvidas pela complexidade da figura.¹²¹ De todo modo, o Termo de Ajustamento de Conduta da Lei 7.347/85, que é o acordo de maior expressão em nosso ordenamento, é o que possui menor densidade normativa. E aí reside o paradoxo da afirmação: é o acordo com maior expressão exatamente pela abertura do preceito legal e por essa baixa densidade normativa que permite que seja utilizado nos maior diversos casos (previsão legal genérica).

¹¹⁹ Sobre o tema ver: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). O poder normativo das agências reguladoras . Rio de Janeiro: Forense, 2006, *passim*; CUÉLLAR, Leila. As agências reguladoras e seu poder normativo . São Paulo: Dialética, 2001, *passim*; SCHWIND, Rafael Wallbach. Poder normativo das agências reguladoras, apreciações técnicas e controle jurisdicional. *Revista de direito público da economia - RDPE*, Belo Horizonte: Fórum, v.2, n.8, out./dez. 2004, p. 231-252.

¹²⁰ KIRKBY, Mark Bobela-Mota. *Os contratos de adaptação ambiental... cit.*, p. 16.

¹²¹ No contexto do Direito Português e especificamente quanto aos contratos de adaptação ambiental, Mark Bobela-Mota Kirkby faz crítica que pode ser bem aplicável também ao nosso Direito: “Com efeito, o art. 78º, que tem por epígrafe ‘contratos de adaptação ambiental’ tem nada menos do que onze números, onde o legislador pretende tratar todo o regime jurídico da nova figura contratual, cuja complexidade, de resto, poderia justificar, senão um diploma, pelo menos um capítulo ou secção própria, em que os diferentes aspectos do regime em causa fossem tratados artigo a artigo, epígrafe a epígrafe.” (*Os contratos de adaptação ambiental... cit.*, p. 74).

É certo que há ou pode haver, no âmbito de cada um dos legitimados para sua celebração, normas legais ou infralegais disciplinando esse acordo. Tal se dá, a título de exemplo, no âmbito da ANEEL (já exposto acima), e também da Advocacia-Geral da União (Lei 9.469/69, art. 4º-A). Contudo, não há uma norma dispendo de modo *uniforme* sobre como todos os legitimados irão atuar na celebração do acordo.

Nos termos do art. 5º, §6º, da Lei 7.347/85, com alteração pela Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor): “[O]s 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.” É essa toda a disciplina legal do Termo de Ajustamento de Conduta.

A ausência de uma norma geral a disciplinar especificamente seu regime jurídico, seu processo de formação, é certo que pode tornar a celebração do acordo um tanto controverso. Até porque, pelos direitos que a norma se destina a proteger (difusos e coletivos), um deficiente processo de formação do acordo pode representar “uma arma apontada aos direitos subjectivos de terceiros que por eles possam ser afectados.”¹²²

Por outro lado, é uma necessidade que decorre desses mesmos direitos postos em jogo. A densidade da norma não pode ser tamanha a ponto de engessar a atuação da administração. Por isso, o espaço deixado pelo norma é antes uma necessidade do que um problema. Na lição de Mark Bobela-Mota Kirkby:

Essa constatação, que, num primeiro momento, dá lugar à disseminação de esquemas informais de relacionamento da Administração com os particulares, que muitas vezes se situam no limiar na legalidade, implica, num segundo momento, uma diminuição da própria carga hetero-determinadora da norma legal, no sentido de uma menor densidade normativa que permita uma maior abertura à busca de soluções adaptadas ao caso concreto por parte da Administração.¹²³

Exatamente essa compreensão acerca dos perigos envolvendo a celebração de acordos em relação aos direitos protegidos pela Lei 7.347/85 e a necessária ausência de conformação legal de todo o processo de formação e celebração destes que torna o tema de maior importância. Não obstante tal constatação, a doutrina ainda é tímida no tratamento prático do assunto, destinando-se antes a discutir sua validade do que seu regime jurídico.¹²⁴

¹²² KIRKBY, Mark Bobela-Mota. *Os contratos de adaptação ambiental...cit.*, p. 25.

¹²³ KIRKBY, Mark Bobela-Mota. *Os contratos de adaptação ambiental... cit.*, p. 49.

¹²⁴ No Direito Português a situação não é diversa: “O escasso tratamento doutrinário de que o tema em apreço tem sido alvo (que começou, recentemente, a ser gradualmente ultrapassado) deixa por fazer todo um trabalho de determinação do regime jurídico dos contratos ambientais, na perspectiva do enquadramento dos seus tipos específicos nos regimes administrativos gerais aplicáveis, mormente, nos regimes de formação contratual, de validade e contencioso.” (KIRKBY, Mark Bobela-Mota. *Os contratos de adaptação ambiental...cit.*, p. 17).

Contudo, fato é que é possível pré-determinar alguns aspectos quanto aos seus pressupostos, processo de formação e efeitos. Não que a análise que se seguirá esgotará o tema ou as dúvidas que possam surgir sobre o acordo, mas trazem algumas considerações a indicar um procedimento a ser seguido quando da sua celebração.

3.2 PRESSUPOSTOS PARA CELEBRAÇÃO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

O acordo previsto na Lei 7.347/85 tem previsão em único artigo (5º, §6º), que apesar da pouca densidade, abriga dois elementos essenciais, os quais podem ser classificados como *pressupostos* para celebração do acordo: o objeto do acordo (*quais* direitos?) e os legitimados a sua celebração (*quem* pode celebrar?).

3.2.1 O objeto do termo de ajustamento de conduta: tutela de direitos transindividuais

Nos termos do art. 1º da referida Lei, o termo de ajustamento de conduta pode ser celebrado em processos envolvendo (i) meio ambiente, (ii) consumidor, (iii) bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, (iv) quaisquer outros interesses difusos ou coletivos, (v) infrações à ordem econômica, e (vi) infrações à ordem urbanística. Trata-se, portanto, da tutela de direitos *transindividuais*, que extrapolam a figura do indivíduo e envolvem toda a coletividade (ou parcela significativa da sociedade).¹²⁵ Nas palavras de Lúcia Valle Figueiredo, são direitos “*de todos e cada um, de cada um e de todos.*”¹²⁶ Tal constatação abriga algumas constatações relevantes para o presente trabalho.

Em *primeiro lugar*, essa *transindividualidade* dos direitos que podem ser objeto da ação civil pública e, conseqüentemente, do termo de ajustamento de conduta, faz com que os *acordos* celebrados – muito embora resultado da composição de interesses de partes determinadas (Ministério Público e determinada empresa, por exemplo) – instalem

¹²⁵ FERRAZ, Antônio Augusto Melo de Camargo; MILARÉ, Édís; NERY JUNIOR, Nelson. *A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 56.

¹²⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Direitos difusos e coletivos*. São Paulo: RT, 1989, p. 15.

verdadeiras relações *jurídicas multipolares*. Isso porque há um número não identificável de sujeitos envolvidos na relação, que embora não figurem como parte ativa no acordo, tem seus interesses e direitos ali representados. Nas palavras de Mark Bobela-Mota Kirkby:

Quer isso dizer que, a partir do momento em que o exercício das competências administrativas em matéria de polícia ambiental pode ter um pacto directo não apenas nos destinatários dessa actuação, mas também sobre direitos subjectivos públicos reconhecidos a ‘terceiros’ a essa relação Administração/destinatário, haverá a considerar que, neste capítulo, as relações jurídico-administrativas deixam tendencialmente de ser meras relações bilaterais, para passarem a integrar um leque mais alargado de sujeitos: são verdadeiras relações administrativas multilaterais, que se estabelecem entre a Administração, o particular que é directo destinatário da actuação administrativa e os titulares de direitos subjectivos públicos que interagem com a situação jurídica que a Administração é chamada a compor.¹²⁷

Em *segundo lugar*, tal situação torna incontestavelmente perigosa a concertação entre agentes em relação a um direito que diz respeito a outros indivíduos – não partícipes da relação estabelecida no acordo. Como afirma Mark Bobela-Mota Kirkby, há verdadeiro “perigo de se utilizar um instrumento jurídico de estrutura bilateral para conformar situações jurídicas nas quais se joga muito da efectividade de direitos subjectivos públicos ligados ao ambiente de terceiros aos contratos.”¹²⁸ Daí a necessária cautela para sua celebração.

Em *terceiro lugar*, tais direitos também evidenciam outra característica desse acordo, que é a *conflituosidade* a ela inerente.¹²⁹ Isso porque tais direitos, muito embora sejam direitos “de todos e de cada um”¹³⁰, estão disseminados e espalhados nos mais diversos segmentos sociais.¹³¹ Assim, estes acabam por estar sem um vínculo jurídico forte, que surge apenas ocasionalmente¹³² – ao contrário do que ocorre com os direitos individuais. É só imaginar o vínculo existente entre o proprietário e sua propriedade e a coletividade e o meio ambiente ou o património histórico.

É comum que existam conflitos entre esses interesses transindividuais e os interesses individuais de determinada pessoa ou grupo. Como afirma Ada Pellegrini Grinover: “essas necessidades e esses interesses, de massa, sofrem constantes investidas, frequentemente também de massas, contrapondo grupo *versus* grupo, em conflitos que se coletivam em ambos

¹²⁷ KIRKBY, Mark Bobela-Mota. *Os contratos de adaptação ambiental...cit.*, p. 23.

¹²⁸ KIRKBY, Mark Bobela-Mota. *Os contratos de adaptação ambiental...cit.*, p. 17.

¹²⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. A problemática dos interesses difusos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (org.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 31.

¹³⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Direitos difusos e coletivos*. São Paulo: RT, 1989, p. 15.

¹³¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. São Paulo: RT, 1988, p. 70.

¹³² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação...cit.*, p. 66.

os pólos.¹³³ Por sua vez, tais conflitos guardam características excepcionais: “não se trata de controvérsias envolvendo situações jurídicas definidas (...), mas de litígios que têm por causa remota verdadeiras *escolhas políticas*.”¹³⁴

Na lição de Ada Pellegrini Grinover, tal fato apenas evidencia a necessidade de criar um instrumental específico para a solução dos conflitos envolvendo tais direitos, que necessariamente passa pela acolhida de novas formas de participação e que fogem aos procedimentos tradicionais de solução de conflitos.¹³⁵ Por essa razão que a cautela destacada acima e necessária quando da celebração do acordo, não impõe a sua inutilização. É necessário o acordo como forma de solucionar de forma mais *eficiente e adequada* tais conflitos *políticos*.

Por fim e em *quarto lugar*, tais direitos também trazem como consequência o fato de não haver uma titularidade determinada quando a estes. Ou seja, a titularidade desses direitos é *indeterminada e indeterminável*.¹³⁶ E, como afirmam Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz, Édis Milaré e Nelson Nery Júnior, “o problema central advindo da verificação da existência desses interesses sem um titular definido é, justamente, o da defesa do referido direito. Quem está legitimado a defender um direito não personificado?”¹³⁷ Tal questão é solucionada apenas em parte pela Lei 7.347/85.

3.2.2 Os legitimados para propositura do termo de ajustamento de conduta

Nos termos do artigo 5º, da Lei 7.347/85, são legitimados para propor a ação civil pública o (i) o Ministério Público, (ii) a Defensoria Pública, (iii) a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, (iv) as autarquias, fundações públicas, as empresas públicas e as sociedades de economia mista e (v) as associações na promoção dos direitos tutelados pela Lei. O §6º do referido artigo, por sua vez, estabelece que os legitimados para celebração do TAC são os *órgãos públicos* legitimados para propor a ação.

A questão seria: quais são esses *órgãos públicos* mencionados na Lei? Da leitura do

¹³³ GRINOVER, Ada Pellegrini. A problemática dos interesses difusos...*cit.*, p. 31.

¹³⁴ *Interesses difusos: conceito e legitimação ...cit.*, São Paulo: RT, 1988, p. 70.

¹³⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. A problemática dos interesses difusos...*cit.*, p. 32.

¹³⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. A problemática dos interesses difusos...*cit.*, p. 31. No mesmo sentido:

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação...cit.*, p. 65.

¹³⁷ *A ação civil pública e a tutela jurisdicional...cit.*, p. 56.

artigo 5º, não restam dúvidas de que o Ministério Público (art. 5º, I)¹³⁸, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios podem celebrar esse ajuste (art. 5º, III), assim como as autarquias e fundações públicas (art. 5º, IV) – desde que haja consonância entre os objetivos de tais pessoas e os direitos postos em questão.

Nessa perspectiva, entende-se que estão legitimados os entes da Administração direta ou indireta vinculada a algum dos entes federativos previstos no art. 5º, III. Como destaca Geisa Assis Rodrigues, “[O]rgãos públicos típicos, mesmo sem personalidade jurídica, podem celebrar o ajuste desde que detenham personalidade moral (...) estando legitimados a agir em juízo, como o PROCON, e os órgãos do Sistema Nacional do Meio Ambiente.” Assim, agências executivas e reguladoras podem celebrar seus acordos com fundamento nessa Lei. Nesse ponto, note-se que a própria ANATEL tem utilizado desse fundamento legal para legitimar a celebração de seus acordos – como já tratado acima e defendido também por Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara.¹³⁹

Por sua vez, também não restam dúvidas de que as associações e organizações sociais (art. 5º, V) não podem celebrar o ajuste pelo fato de não serem órgãos públicos¹⁴⁰, não possuindo competência, portanto, para adequar a conduta de um particular como se fosse Estado fosse.

Haveria certa discussão, contudo, quanto à possibilidade das empresas públicas e sociedades de economia mista (art. 5º, IV) celebrarem tais acordos. Para Geisa de Assis Rodrigues¹⁴¹ e Luciana Moessa de Souza¹⁴² haveria tal possibilidade, desde que em vista de interesses públicos. Assim, quando estas desenvolverem atividade econômica, não poderão celebrar o ajuste; por outro lado, quando prestando serviços públicos, o ajuste será possível.

Muito embora não se discuta o argumento de tais autores para justificar a possibilidade de celebração do TAC por esses entes, fato é que as empresas públicas e as sociedades de economia mista possuem outros fins principais que não a tutela dos direitos da Lei 7.347/85. É só imaginar os deveres que o CADE possui, por exemplo, de proteção do direito da concorrência (direito transindividual), dos deveres de uma empresa pública ou sociedade de economia mista, de prestar um determinado serviço.

¹³⁸ Como afirma Lúcia Valle Figueiredo: “o Ministério Público, dada sua posição institucional (a ele cabe defender os direitos assegurados na Constituição), é seu defensor nato.” (*Direitos difusos e coletivos...cit.*, p. 16).

¹³⁹ Acordos substitutivos nas sanções...*cit.*, p. 140.

¹⁴⁰¹⁴⁰ *Ação Civil Pública...cit.*, p. 143. No mesmo sentido: MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 350.

¹⁴¹ *Ação Civil Pública e o Termo de Ajustamento de Conduta. : teoria e prática.* 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 142.

¹⁴² *Meios consensuais de solução... cit.*, p. 219.

E tal constatação tem ainda maior dimensão nas sociedades de economia mista, que além de serem pessoas jurídicas de direito privado, submetem-se também ao regime jurídico de direito privado e têm em sua essência também interesses privados. Como seria possível admitir que uma sociedade de economia mista, que tem em sua essência outros fins institucionais e privados, poderia ajustar a conduta de determinada pessoa e nome de toda uma coletividade? Faltam às sociedades de economia mista condições para buscar *somente* a defesa do interesse público, pois não estão “suficientemente isentas para distinguir o interesse da coletividade e o interesse próprio ou de mercado.”¹⁴³

Assim, ainda que seja possível de ser conferida legitimidade às empresas públicas prestadoras de serviços públicos, há pouco respaldo prático e um eventual ajuste celebrado poderia ser objeto de questionamentos – o que eventualmente retiraria sua eficácia e sua razão de ser. Por tal razão, mesmo entendendo-se pela legitimidade das empresas públicas, não seria recomendável a celebração do termo de ajustamento pela pouca efetividade que poderiam ter.

Ainda, quanto à Defensoria Pública (art. 5º, II), está em discussão sua legitimidade para propor ação civil pública em vista de uma possível invasão de competência do Ministério Público.¹⁴⁴ Contudo, muito embora a Defensoria atue especialmente na defesa de direitos individuais daqueles que necessitam do auxílio do Estado, enquanto ela detiver legitimidade para defesa dos direitos tutelados pela Lei 7.347/85, ela também deterá legitimidade para celebrar o TAC nas hipóteses em que tais direitos estiverem em jogo.¹⁴⁵ A atuação aqui seria similar ao do Ministério Público, evitando assim a instauração de um litígio judicial.

Desse modo, o TAC é um permissivo legal *genérico* não só pela amplitude dos direitos que se destina a proteger, como também pela amplitude dos legitimados a celebrarem o ajuste. E isso se dá, como afirma Geisa de Assis Rodrigues, não na defesa de um interesse ou direito próprio do Estado – mas na defesa de interesses *difusos* ou coletivos. Assim, essa legitimidade tem caráter próprio de substituição processual, pois muito embora esses órgãos públicos atuem em nome próprio quando da celebração do TAC, atuam para defesa e proteção da esfera jurídica de outros.¹⁴⁶ Por tal razão, inclusive, destaque-se que ao acordo pode ser celebrado juntado com a utilização de outros procedimentos negociais, como a consulta ou a audiências públicas, permitindo que interessados na questão e não *partes* do ajuste possam participar da definição de seu conteúdo.¹⁴⁷

¹⁴³ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difuso... cit.*, p. 352.

¹⁴⁴ ADI 3943/2007, em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal.

¹⁴⁵ *Ação Civil Pública ...cit.*, p. 145.

¹⁴⁶ *Ação Civil Pública ...cit.*, p. 140.

¹⁴⁷ SOUZA, Luciane Moessa de. *Meios consensuais de solução...cit.*, p. 224.

3.3 PROCESSO DE FORMAÇÃO DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

3.3.1 O dever de celebração do termo de ajustamento de conduta

Nas hipóteses acima, portanto, os órgãos administrativos legitimados podem prosseguir sua competência sancionatória de modo *unilateral* ou *bilateral*. Necessário verificar, contudo, se essa escolha é *discricionária* da Administração ou não.

Uma interpretação bastante literal do texto legal não suscitaria dúvidas “[O]s órgãos públicos legitimados *poderão* tomar dos interessados (...)” Há, por previsão *legal*, margem para a *discricionariade* do Administrador. Porém, essa *discricionariade* conferida pela lei confere aos órgãos legitimados a liberdade de escolha entre as soluções legalmente previstas – unilateral ou bilateral – ou confere a obrigação de escolha entre a *melhor* solução?¹⁴⁸ É dizer: a *discricionariade* envolve tão somente a opção por um ou outro meio, ou envolve a valoração do meio mais adequado ao caso concreto?

Como já explorado, na Administração Consensual o *interesse público* e a *eficiência* recebem especial destaque. De um lado, o *interesse público* não mais é definido *a priori*, mas *a posteriori*, apenas ao término do processo administrativo “através do qual são dados a conhecer à Administração todos os interesses públicos e privados em presença e as condicionantes concretas da sua realização e donde emerge a possibilidade de esta fazer uma ponderação integrada das varias soluções (...)”.¹⁴⁹ Assim, os direitos acima tratados exigem que a análise do interesse público seja feita a partir de uma perspectiva teleológica, “em que o interesse público abstractamente determinado pela norma legal se vai concretizar e definir através da relação de interesses que é operada a nível procedimental.”¹⁵⁰

Ou seja, somente no decorrer do processo a Administração verificará a densidade do ilícito cometido, a possibilidade ou não do particular arcar com as sanções tradicionalmente previstas ou mesmo a sua tendência a cumpri-la, a existência ou não de opções compensatórias a serem impostas, a disposição do particular para celebração do acordo. Enfim, uma série de dados que lhe permitirão constatar o que está posto em jogo, qual a

¹⁴⁸OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública... cit.*, p. 849.

¹⁴⁹KIRKBY,Mark Bobela-Mota. *Os contratos de adaptação ambiental...cit*, p. 50.

¹⁵⁰KIRKBY,Mark Bobela-Mota. *Os contratos de adaptação ambiental...cit*, p. 51.

melhor solução de dar efetividade ao direito envolvido e, portanto, qual o *interesse público*.

Já a *eficiência* exige que a Administração faça a opção por instrumentos que deem maior efetividade aos direitos tutelados pelo Direito. Não é eficiente, por exemplo, a instauração de um processo para apurar um ilícito ambiental e que resulte na aplicação de uma multa exorbitante, a ser posteriormente contestada no Judiciário. Mark Bobela-Mota Kirkby afirma que os instrumentos típicos de sanção do particular em matéria ambiental são ineficazes para conformar a conduta dos particulares. Por um lado, porque a adaptação de suas atividades privadas às normas ambientais pode acarretar uma considerável redução da rentabilidade de seus negócios, por outro porque por vezes estes não possuem condições de se adaptarem às exigências ambientais impostas.¹⁵¹ Constatções como essas demonstram que os instrumentos tradicionais podem ser ineficazes na proteção desses direitos.

Melhor solução seria celebrar um acordo em que são previstas formas alternativas para sancionar o particular por determinada conduta. Como o particular é parte dessa decisão e concorda com o estabelecido no contrato, não há porque ele não o cumprir ou questionar seus termos judicialmente. Ainda que os valores e medidas acordados representem um *minus* face ao originalmente pretendido pela Administração ou ao permitido pela Lei, fato é que a adoção de medidas e o pagamento em menor espaço temporal e sem os custos naturais de um processo fazem com que haja maior vantajosidade na solução consensual.

Por tais razões, há autores que defendem que a celebração do acordo não é uma *faculdade* da Administração, mas sim *dever*, ou ainda um *poder-dever*. Constatando-se que a solução negocial é a melhor para assegurar o *interesse público* e a *eficiência* na sua proteção (e é só na constatação desses dois elementos que reside a discricionariedade da Administração), é dever do Administrador celebrar o acordo. Como afirma Adilson Abreu Dallari:

A propositura da ação é um meio para a realização de um fim; se esse fim puder ser realizado de maneira menos traumática, menos desgastante e com maior celeridade, amistosamente, não há porque propor a ação judicial, que será, então, um puro constrangimento, não autorizado pela ordem jurídica. (...) Dado que toda competência outorgada pela lei a um agente público implica o dever de exercê-la, pode-se afirmar que o Ministério Público sempre deverá recorrer ao compromisso de ajustamento de conduta, quando isso for suficiente para salvaguarda do interesse público.¹⁵²

Luciane Moessa de Souza vai ainda além e afirma que o Poder Público estaria sempre obrigado a oferecer ao particular a possibilidade de solucionar negocialmente a questão posta

¹⁵¹ KIRKBY, Mark Bobela-Mota *Os contratos de adaptação ambiental...cit.*, p. 26.

¹⁵² Acordo para recebimento de crédito perante a Fazenda Pública...*cit.*, p. 21.

em jogo. Isso porque ele não poderia “(...) simplesmente recusar-se a adotar a conduta que se mostre consentânea com a definição mais rápida e ponderada de uma solução para a efetivação dos direitos fundamentais colocados no conflito.”¹⁵³

Assim, como a avaliação da existência ou não do *dever* de celebrar o acordo depende do juízo prévio a ser exercido por algum dos legitimados acerca da adequação ou não desse instrumento (oportunidade e conveniência)¹⁵⁴, após a constatação da existência dos pressupostos necessários à celebração do ajuste, instaura-se uma fase decisória *unilateral* e *discricionária* da Administração. Essa decisão “envolve a apreciação do feixe de interesses públicos a satisfazer e a verificação de que o mecanismo contratual é o mais acertado para a persecução otimizada do interesse público de síntese.”¹⁵⁵

Desse modo, o processo de formação do termo de ajuste de conduta passa pela análise de seus pressupostos e da verificação da *adequação* desse instrumento à tutela dos interesses postos em questão. Nessa decisão não há qualquer interferência do particular. Quem decide que o *acordo* poderá ou não ser feito é a Administração; o particular apenas escolhe submeter-se a ele ou a um processo. Aqui reside o primeiro aspecto da *discricionariedade* que envolve tal acordo e justifica sua classificação como ato administrativo negocial e não como contrato.

Tal decisão acerca da utilização ou não do acordo deverá ser inevitavelmente motivada. Deverá se justificar a razão pela qual o acordo é o melhor modo de solucionar a questão. E isso só será possível com a análise das peculiaridades do caso concreto, ou seja, as condições econômicas e financeiras do sujeito passivo, as razões para o cometimento do ilícito, a reincidência na prática ou não, a dimensão do dano provocado, os riscos envolvidos, entre outros.

Quer-se assim dizer que essa decisão acerca da celebração ou não do acordo só pode ser feita após a instauração de um procedimento investigatório que possibilite ao órgão público legitimado saber exatamente o que está sendo posto em jogo e a sua dimensão. Até porque, sem esse necessário aprofundamento acerca das questões fáticas envolvendo o ilícito praticado, não há como o órgão público definir as cláusulas desse acordo.

Entende-se, portanto, que a tentativa *de* celebração do acordo pelos órgãos legitimados é *sempre* um dever. Ou seja, deve-se sempre buscar a via negocial para solução dos conflitos. Contudo, essa tentativa não implicará necessariamente na celebração do acordo. Essa tentativa implica o dever da Administração cogitar essa possibilidade e analisar se ela efetivamente

¹⁵³ *Meios consensuais de solução cit.*, p. 218.

¹⁵⁴ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas... cit.*, p. 472.

¹⁵⁵ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas... cit.*, p. 474.

atende aos interesses públicos envolvidos. Caso o acordo não se apresente como a melhor opção, não há qualquer dever em sua celebração. É dever da Administração apenas a análise quanto à viabilidade de sua celebração e, uma vez verificada essa viabilidade, celebrá-lo.

3.3.2 A definição das cláusulas do ajuste

Após essa decisão segue-se a fase de negociação acerca das cláusulas do acordo. É certo que essa fase de negociação pode acabar inexistindo. Como destaca Onofre Alves Batista Júnior, a decisão pela celebração do ajuste pode já conter o teor do contrato que se pretende celebrar.¹⁵⁶ Essa hipótese, contudo, retiraria o caráter consensual do acordo, o transformando em verdadeiro ato administrativo *unilateral* – apenas com uma veste jurídica diferenciada. Por isso, essa fase de negociação do conteúdo do ajuste é imprescindível para que haja efetivamente um ato negocial.

Tais cláusulas, contudo, não estão à livre escolha dos partícipes do acordo. O particular e a Administração não dispõem de um *amplo* poder de negociação – ao contrário do que a primeira vista poderia parecer.

O objeto do termo de ajustamento de conduta é justamente a *prevenção* e, eventualmente, a *reparação* da lesão a um desses direitos e a conformação da conduta às exigências legais¹⁵⁷ – tal como se dá no processo administrativo sancionatório, afinal, as sanções também têm como objetivo a *prevenção* e a *reparação*.¹⁵⁸ Daí que a Administração não abre mão de sua competência sancionatória – apenas o faz de forma consensual, com a participação do particular. Em outras palavras, a celebração de um acordo não é uma forma de “não sanção”.

A aplicação de modo unilateral e pecuniário é só *uma* das formas de punir alguém por determinada conduta ilícita – ou ainda, uma forma antiga de punição. Partindo-se do

¹⁵⁶ *Transações administrativas... cit.*, p. 474.

¹⁵⁷ RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública ...cit.*, p. 142. Isso se dá pela própria exigência da Lei 7.347/85: “[O]s órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às **exigências legais** (...)”.

¹⁵⁸ MOREIRA, Egon Bockmann. Agências reguladoras independentes, poder econômico e sanções. In: GUERRA, Sergio (org.). *Temas de direito regulatório*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004, p. 187. Isso significa, nas palavras do autor, que “ao mesmo tempo em que são instituídas com vistas a coibir a prática de condutas ilícitas, importam a imputação de um sofrimento específico ao agente que cometeu o ilícito.” Contudo, na hipótese específica dos direitos aqui tratados, e por se tratar de responsabilidade na esfera civil, pode-se também haver um caráter compensatório (não que isso signifique que o dano será recuperado) que, contudo, não deve ser o objetivo principal.

pressuposto de que a sanção é a punição aplicada por determinada autoridade e vista do desrespeito à norma jurídica¹⁵⁹ – como um acordo poderia deixar de ser uma forma de sanção? A sanção não tem um fim em si mesma, sua finalidade é *prevenir a ocorrência de novas infrações* ou ainda *reparar* um dano.¹⁶⁰ Se há outros meios de se atingir esse fim, de modo mais célere e eficiente, por que não utilizá-los?¹⁶¹ O termo de ajustamento de conduta é um meio diverso de estabelecer sanções para atos ilícitos.

Aqui se evidencia mais uma vez a aproximação desse ajuste ao ato administrativo: através do acordo a Administração obtém o que obteria através de um processo administrativo ou judicial, ainda que em menor intensidade. Não há qualquer transação quanto à sanção em si ou quanto às obrigações legais do particular – mas apenas quanto ao *modo* essa sanção será aplicada, *prazos* de aplicação e quaisquer outras cláusulas que disciplinem as condições para sua aplicação.¹⁶²

São essas as cláusulas a serem definidas entre as partes, pois se fosse possível a transação quanto a aplicação ou não da sanção, estar-se-ia permitindo que determinada pessoa possa renunciar a direitos que não lhe pertencem unicamente. Por isso a defesa no sentido de que nesse ajuste “de um lado, o causador do dano se obriga a ajustar sua conduta às exigências da lei; de outro lado, o tomador do compromisso não transige em nada: apenas estará implicitamente aceitando deixar de promover ação civil pública ou coletiva contra o causador do dano (...)”.¹⁶³ Até porque, note-se que o acordo não é celebrado para a proteção do particular, mas para a proteção dos direitos transindividuais acima tratados.

Essa descrição minuciosa dos fatos e das circunstâncias, bem como das obrigações a serem impostas são essenciais para o controle que será feito pela Administração acerca da execução e cumprimento do acordo – ou para uma futura execução judicial. Por sua vez, a previsão do *prazo* para cumprimento das obrigações e, conseqüentemente, também da sanção para o caso de descumprimento, também são essenciais para que a Administração possa acompanhar a execução do acordo e determinar o momento em que poderá ser proposta ação executiva no caso de descumprimento.¹⁶⁴

Assim, são propostas medidas que se destinam a prevenir o dano, com a imposição de obrigações que adequem a conduta do particular às exigências legais, ou ainda que

¹⁵⁹ DE MELLO, Rafael Munhoz. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 37.

¹⁶⁰ DE MELLO, Rafael Munhoz. *Princípios constitucionais de direito...cit.*, p. 76/77.

¹⁶¹ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Acordos substitutivos nas sanções...cit.*, p. 137.

¹⁶² BATISTA JÚNIOR, ONOFRE ALVES. *Transações administrativas...cit.*, p. 451. No mesmo sentido: MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos...cit.*, 17ª ed., p. 360.

¹⁶³¹⁶³ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos...cit.*, p. 359.

¹⁶⁴ *Meios consensuais de solução ... cit.*, p. 226/227.

compensem o dano já causado. Para tanto, conforme ressalta Luciane Moessa de Souza:

(...) devem ser devidamente esclarecidos os fatos que foram (ou não puderam ser) apurados, as circunstâncias que foram sopesadas, bem assim deve ser demonstrada a eficiência (capacidade de produzir melhor resultado em menos tempo) e economia cidade (capacidade de produzir melhor resultado com menores custos) da solução adotada no acordo, de modo a que fiquem evidentes as razões pelas quais foram estipuladas determinadas obrigações e não outras.¹⁶⁵

Essa compensação, é certo que exige ressalvas quanto a sua exclusiva utilização, pois não pode o particular acreditar que um dano ambiental (por exemplo), pode ser compensado com a criação de uma reserva florestal. Como já destacou José Carlos Barbosa Moreira:

Em grande número de hipóteses é irreparável a lesão consumada ao interesse coletivo (...), inexistente, ademais, prestação pecuniária que logre compensar adequadamente o dano, insuscetível de medida por padrões econômicos. Em poucas matérias se revela de modo tão eloquente como nesta a insuficiência da tutela repressiva, exercitada mediante a imposição de sanções e, quando necessário, pela execução forçada da condenação. O que mais importa é *evitar* a ocorrência da lesão; daí o caráter *preventivo* que deve assumir, de preferência, a tutela jurisdicional.¹⁶⁶

Pode-se afirmar, portanto, que a medida a ser adotada terá caráter especialmente preventivo, no sentido de adequar ou ajustar a conduta e evitar a continuidade do dano. Porém, podem ser exigidas ao lado dessas medidas, também condutas compensatórias, com ou sem prestação pecuniária. Mas estas tem sua efetividade na tutela desses direitos apenas na medida em que estejam aliadas a medidas preventivas.

Por tais razões o termo de ajustamento de conduta não significa, de modo algum, afastamento da competência sancionatória da Administração ou uma competência ampla para negociação dos direitos ali envolvidos. Pelo contrário: significa a ampliação e renovação dessa competência, para tornar mais efetiva sua atuação na proteção dos direitos tutelados pela Lei 7.347/85. O acordo sempre será preferível quando através dele puderem ser alcançados os fins de uma sanção imposta unilateralmente, mas de modo menos moroso, menos custoso e com uma maior predisposição do particular em submeter-se a ela.

3.4 EFEITOS DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

¹⁶⁵ *Meios consensuais de solução ... cit.*, p. 226.

¹⁶⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A proteção jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (org.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 102.

O termo de ajustamento de conduta tem como principais efeitos (i) a suspensão ou arquivamento do procedimento investigatório, (ii) a determinação da responsabilidade do obrigado pelas medidas acordadas e (iii) a formação de um título executivo extrajudicial.¹⁶⁷

Em um primeiro momento, a assinatura do termo de ajustamento de conduta poderá promover o arquivamento total ou parcial das investigações, ou a suspensão do processo até seu efetivo cumprimento – a depender do estipulado no acordo. Contudo, independente da medida adotada quanto ao procedimento investigatório, fato é que o dever de atuação do órgão público que celebrou o acordo não se encerra nesse momento. Ou seja, a celebração do acordo e o arquivamento ou suspensão das investigações não o desoneram de acompanhar a execução do acordo.¹⁶⁸

Entende-se que é dever do órgão que o celebrou acompanhar e exigir seu cumprimento – seja no que se refere às medidas estabelecidas no acordo, seja quanto aos prazos. Somente com essa atuação ativa do órgão que se assegura a *efetividade* do acordo. Aqui novamente há um processo de negociação, pois nessa fase de acompanhamento do cumprimento do acordo podem ser realizados termos aditivos e renegociado seu conteúdo – desde que comprovada a necessidade de renegociação em vista de fatos e circunstâncias novas e não haja qualquer má fé por parte do obrigado.¹⁶⁹

Em segundo lugar, o acordo delimita e determina a esfera de responsabilidade do obrigado quanto às medidas acordadas em vista de determinada conduta. Assim, precisamente quanto os fatos apurados no procedimento instaurado previamente ao acordo, não cabe a propositura de ação civil pública ou mesmo a instauração de outro procedimento – ainda que por órgão diverso daquele que celebrou o acordo.

Isso não significa dizer, contudo, que outros órgãos não poderão propor ação específica questionando os termos do acordo. Essa situação é absolutamente permitida, até pelo controle judicial que pode ser feito de todos os atos da administração. O que não se pode mais questionar é a conduta em si, já investigada e objeto de acordo.¹⁷⁰ Caso contrário, qual seria o incentivo do particular à adesão ao ajustamento de conduta?

Além disso, merece destaque o fato de que o acordo celebrado se restringe a uma conduta específica, apurada por órgãos da esfera civil ou administrativa. Assim, outras condutas – ainda que similares – não abrangidas pelo ajuste, ou a mesma conduta apurada por

¹⁶⁷ RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública ...cit.*, p. 142.

¹⁶⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos... cit.*, 17ª ed., p. 364.

¹⁶⁹ RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública ...cit.*, p. 278.

¹⁷⁰ RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública ...cit.*, p. 203.

outro órgão fiscalizador e que tenha por objeto a esfera de responsabilidade penal, não estão protegidas pelo ajuste. Como afirma Geisa de Assis Rodrigues, o ajuste não tem efeitos na esfera penal, não excluindo a possibilidade de responsabilização penal.¹⁷¹ Além disso, o acordo também não constitui qualquer óbice às ações individuais visando a reparação de danos sofridos. É certo que o ajuste pode ter influência sobre essas ações e procedimentos investigatórios, contudo, não tem o condão de afastá-la – apesar das críticas que parte da doutrina faz a esse entendimento na esfera penal.¹⁷²

Em terceiro lugar e por força legal, o termo de ajustamento de conduta tem eficácia de título executivo extrajudicial (art. 5º, §6º). Ou seja, na hipótese de seu descumprimento, surge uma nova situação jurídica que permite ao órgão que celebrou o acordo recorrer ao judiciário para compelir aquele que descumpriu o acordo a cumpri-lo. Por essa razão a importância do órgão que o celebrou acompanhar sua execução pelo obrigado.

Desse modo, o acordo também tem o condão de suprimir a fase de conhecimento da ação – por vezes, demasiadamente longa, permitindo que a Administração passe diretamente à fase executiva. Ou seja, ainda que o acordo celebrado acabe por não ser cumprido, ele permanece sendo uma alternativa mais *célere* da Administração. É especialmente na hipótese de uma eventual propositura da ação executiva que se tornam ainda mais relevantes as definições das cláusulas do acordo. Assim, deve estar suficientemente claro o responsável pelo cumprimento do acordo, seu objeto, as obrigações nele previstas ou quantificação dos valores acordados, o modo de cumprimento, os prazos e o resultado que se pretende obter com tais medidas.¹⁷³ Sem essa definição o acordo perde liquidez (CPC, art. 586), inviabilizando o adequado e *célere* prosseguimento da execução judicial.

Há ainda a possibilidade de decorrem outros efeitos do acordo, a serem disciplinados pelas partes. Assim, pode-se estipular uma cláusula que impeça que sejam celebrados acordos futuros, por determinado período, no caso de seu descumprimento. Inclusive, recomenda-se a adoção de cláusulas sancionatórias no acordo para que haja um maior incentivo ao particular na sua celebração e cumprimento. Porém, estas dependerão da avaliação das partes envolvidas.

¹⁷¹ RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública ...cit.*, p. 156/157.

¹⁷² MILARÉ, Edis. O compromisso de ajustamento de conduta e a responsabilidade penal ambiental. In: MILARÉ, Edis (coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005, p. 49/164.

¹⁷³ RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública ...cit.*, p. 191.

CONCLUSÃO

É expressiva para o presente contexto a notícia de que entre 2008 e 2011 apenas 5,7% das multas aplicadas pelos órgãos de regulação e fiscalização são cumpridas, demonstrando a baixa *efetividade* do método sancionatório tradicional adotado pela Administração.¹⁷⁴ Claro que há diversas razões que escapam ao controle da Administração, como o recurso ao Judiciário por aqueles que foram sancionados. Contudo, há a possibilidade da Administração optar por meios alternativos e mais efetivos de exercer sua competência sancionatória.

O Termo de Ajustamento de Conduta é um desses novos meios de sancionar particulares pelo cometimento de atos ilícitos – de modo mais célere, mais econômico e mais eficiente. Com a opção pela alternativa negocial, não só é possível considerar a situação particular de cada investigado e suas condições econômicas e financeiras de forma a conferir à sanção uma maior exequibilidade; como também é possível dar uma resposta imediata à sociedade na proteção de seus direitos. Certamente, são necessária concessões de ambos os lados. Mas isso permite uma maior individualização da sanção, mais participação, mais efetividade na fiscalização pela Administração e uma tutela mais efetiva dos direitos transindividuais trazidos pela Lei 7.344/85.

Claro que é possível contestar e afirmar que quando da celebração do acordo a multa é reduzida, ou que o prazo para cumprimento das medidas e ajustamento da conduta são muito extensos. Mas fato é que é melhor o cumprimento é um período de tempo do que o não cumprimento; e é melhor o recebimento de um valor inferior, do que o não recebimento desse valor. De que valeria a aplicação de uma sanção exorbitante a um particular que está vivenciado uma situação economia deficitária? Ou ainda, de que adiantaria condenar à adoção de medidas ambientais preventivas a serem executadas em determinado período de tempo, se o particular certamente não conseguirá se adequar à norma nesse período?

As dúvidas quanto à validade para celebração desses acordos tendem a ser suscitadas, pelas novas compreensões do Direito Público que exigem, porém, não devem permanecer por muito tempo. De um lado e como visto, a doutrina é quase unânime em aceitar esses novos instrumentos. Por outro lado, as dúvidas práticas quanto ao procedimento de formação, suas cláusulas, efeitos, tendem a reduzir conforme esses acordos forem adquirindo maior dimensão. Inclusive são esses questionamentos a todo tempo suscitados que permitem que o

¹⁷⁴ VILLAVARDE, João; SIMÃO, Edna. *Governo só recebe.... cit.*, p. A5.

instituto se aprimore e que aos poucos seja construído seu regime jurídico, tornando o ambiente mais seguro e propício à celebração do ajuste.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAGÃO, Alexandre Santos. A consensualidade no direito administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos. *Revista de Direito do Estado – RDE*, Rio de Janeiro, n. 1, jan./mar. 2006, p. 155/173.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- BAGATIN, Andreia Cristina. A natureza jurídica dos “acordos” previstos pela Lei nº 8.884/94. In: MOREIRA, Egon Bockmann; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (Coord.). *Direito Concorrencial e regulação econômica*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- 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.
- BUSTILLO BOLADO, Roberto O. *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*. 2ª ed. Navarra: Thomson, 2004.
- BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- CASESSE, Sabino. *La crisis del Estado*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003.
- CHEVALLIER, Jacques. *Science administrative*. 4ª ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2007.
- CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 2003.
- CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001.
- CUNHA, Paulo César Melo da. *Regulação jurídica da saúde suplementar no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- DALLARI, Adilson Abreu. *Acordo para recebimento de crédito perante a Fazenda Pública*.

Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, jan./mar./2005, p. 9/26.

DALLARI, Adílson Abreu. Licitação: consórcio. *Revista trimestral de direito publico - RTDP*, São Paulo, v. 10, 1995, p. 66/77.

DEPUIS, Georges; GUÉDON, Marie-José; CHRÉTIEN, Patrice. *Droit administratif*. 7ª ed. Paris: Armand Colin, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação popular na Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, n. 191, jan./mar./1993, p. 26/39.

ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*. Coimbra: Almedina, 2009.

ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 1990.

FERRAZ, Sergio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

FERRAZ, Antônio Augusto Melo de Camargo; MILARÉ, Édís; NERY JUNIOR, Nelson. *A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos*. São Paulo: Saraiva, 1984.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas*. Barueri: Manoli, 2007.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Direitos difusos e coletivos*. São Paulo: RT, 1989.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. Instrumentos da administração consensual. A audiência pública e sua finalidade. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, n. 230, out./dez. 2002, p. 237/250.

FURLAN, Fernando de Magalhães. *Questões polêmicas em direito antitruste*. São Paulo: Lex Editora, 2004.

GILBERTO, André Marques. *O processo antitruste sancionador: aspectos processuais na repressão das infrações à Concorrência no Brasil*. São Paulo: Lex Editora, 2010.

GONÇALVES, Pedro. *O contrato administrativo: uma instituição do direito administrativo do nosso tempo*. Coimbra: Almedina, 2003.

GONZÁLES-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. *El derecho administrativo privado*. Madrid: Editorial Montecorvo, S.A., 1996.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 1, 7ª ed., Buenos Aires / Belo Horizonte, Del Rey / Fundación de Derecho Administrativo, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O termo de ajustamento de conduta no âmbito da defesa da concorrência. *Revista do IBRAC*. São Paulo, vol. 16, n. 01, 2009, p. 187/197.

GUERRA, Sergio (org.). *Temas de direito regulatório*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras*. São Paulo: Dialética, 2002.

KIRKBY, Mark Bobela-Mota. *Contratos administrativos de subordinação (natureza, funções e limites)*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade Direito Lisboa, 2002.

KIRKBY, Mark Bobela-Mota. *Os contratos sobre o exercício de poderes públicos: o exercício contratualizado do poder administrativo de decisão unilateral*. Coimbra: Coimbra Ed., 2011

KIRKBY, Mark Bobela-Mota. *Os contratos de adaptação ambiental (a concertação entre a Administração Pública e os particulares na aplicação de normas de polícia administrativa)*. Lisboa: A.A.F.D.L., 2006.

HUERGO LORA, Alejandro. *Resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 2000.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. São Paulo: RT, 1988.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os consórcios públicos. *Revista de Direito do Estado - RDE*, Rio de Janeiro, v.1, n.2, abr./jun. 2006, p. 289/342.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 12ª ed. São Paulo: Editora RT, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010.

DE MELLO, Rafael Munhoz. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador*. São Paulo: Malheiros, 2007.

MILARÉ, Edis (org.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SOUZA, Luciana Moessa de. *Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial*. Curitiba: Fórum, 2012.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/99*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Coordenação gerencial na Administração Pública*. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, 214, out./dez. 1998, p. 35/53.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Políticas públicas e parcerias: juridicidade, flexibilidade negocial e tipicidade na administração consensual*. *Revista de Direito do Estado – RDE*. Rio de Janeiro, n. 1, jan./mar. 2006, p. 105/117.

NABAIS, José Casalta. *Contratos fiscais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 3ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2002.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Contrato de Gestão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *Revista de Direito do Estado – RDE*, Rio de Janeiro, n. 10, abr./jun. 2008, p. 281/288.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

PAREJO ALFONSO, Luciano. Los Actos Administrativos Consensuales en el Derecho Español . *Revista de Direito Administrativo e Constitucional - A&C*. Belo Horizonte, n. 13, Jul. / Set. 2003. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12631>>. Acesso em: 19 de julho de 2012.

PAREJO ALFONSO, Luciano; JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio; ORTEGA ÁLVAREZ, Luis. *Manual de derecho administrativo (parte general)*. Barcelona: Editorial Ariel, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Trad. Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.

RIVERO ORTEGA, Ricardo. *Administraciones Públicas y derecho privado*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1998.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e o Termo de Ajustamento de Conduta. : teoria e prática*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002.

SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi. Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao direito. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE*, Salvador, n. 24, dez./fev. 2011. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-24-DEZEMBRO-JANEIRO-FEVEREIRO-2011-VITOR-JULIANA.pdf>>. Acesso em 18 de julho de 2012.

SCHWIND, Rafael Wallbach. Poder normativo das agências reguladoras, apreciações técnicas e controle jurisdicional. *Revista de direito público da economia - RDPE*, Belo Horizonte: Fórum, v.2, n.8, out./dez. 2004, p. 231/252.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2004.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Audiência pública e regulação. *Revista de direito público da economia - RDPE*, Belo Horizonte, v.1, n.4, out./dez. 2003, p. 145/168.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo das concessões: concessões, terceirizações, convênios, consórcios e acordos, outras formas de gestão associada*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo em debate*. 2ª série. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, , jan./mar. 2011, p. 133/151.

TÁCITO, Caio. Transformações do direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, n. 214, out./dez. 1998, p. 27/34.

VILLAVERDE, João; SIMÃO, Edna. *Governo só recebe 5,7% das multas aplicadas*. Valor Econômico. Brasília, 21.6.2012, p. A5.