

Revista de  
**Direito Econômico e  
Socioambiental**

ISSN 2179-8214

Licenciado sob uma Licença Creative Commons



# **REVISTA DE DIREITO ECONÔMICO E SOCIOAMBIENTAL**

vol. 10 | n. 1 | janeiro/abril 2019 | ISSN 2179-8214

Periodicidade quadrimestral | [www.pucpr.br/direitoeconomico](http://www.pucpr.br/direitoeconomico)

Curitiba | Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCPR



## **Termo de ajustamento de condutas nas agências reguladoras: o caso da ARCE**

*Conduct adjustment agreement in the regulatory agencies: the  
case of ARCE*

**Rômulo Guilherme Leitão \***

Universidade de Fortaleza (Brasil)  
romuleitao@unifor.br

**Gislene Rocha de Lima \*\***

Universidade de Fortaleza (Brasil)  
grdelima@yahoo.com.br

Recebido: 31/03/2018  
Received: 03/31/2018

Aprovado: 23/06/2018  
Approved: 06/23/2018

Como citar este artigo/*How to cite this article*: LEITÃO, Rômulo Guilherme; LIMA, Gislene Rocha de. Termo de ajustamento de condutas nas agências reguladoras: o caso da ARCE. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 10, n. 1, p. 126-150, jan./abr. 2019. doi: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v10i1.23711

\* Professor da Universidade de Fortaleza (Fortaleza - CE, Brasil). Pós-doutorado em Ciência Política na Boston University. Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. E-mail: romuleitao@unifor.br

\*\* Doutoranda e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (Fortaleza - CE, Brasil). Especialista em Administração Pública pela Faculdade Integrada do Ceará. Procuradora da Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará – ARCE. E-mail: grdelima@yahoo.com.br

## Resumo

O presente estudo aborda o problema da ineficácia da aplicação de sanções administrativas quando da atuação dos órgãos regulatórios e examina a eficácia da celebração de termos de ajustamentos de condutas no âmbito da Agência Reguladora de Serviços Públicos Estaduais do Estado do Ceará (ARCE), a partir da perspectiva da consensualidade do direito administrativo brasileiro. No primeiro capítulo examina-se o debate sobre o papel do Estado brasileiro na regulação econômica que, atualmente, gira em torno do grau de intervenção, não mais se discutindo o tema em termos dilemáticos (intervir ou não intervir). No segundo capítulo aponta-se a consensualidade administrativa como uma nova perspectiva e, ao mesmo tempo, uma necessidade da Administração Pública no trato de questões regulatórias em razão da ineficácia dos meios tradicionais de imposição de sanções. No terceiro capítulo examinam-se as experiências da agência reguladora estadual com a utilização de termos de ajustamento de condutas na regulação de serviços públicos de saneamento básico e de distribuição de gás canalizado. Verificam-se, ao final, resultados diferentes quanto ao êxito das medidas, em razão do que se passa a examinar as suas peculiaridades e apontar fragilidades diante das quais propõe-se a utilização de metodologia denominada Análise de Impacto Regulatório (AIR), capaz de imprimir caráter técnico à discricionariedade das decisões e das medidas regulatórias em busca de mais eficácia na regulação econômica estatal.

**Palavras-chave:** Agências reguladoras; consensualidade; Termos de Ajustamento de Conduta; Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará; análise de impacto regulatório.

## Abstract

*The present study approaches the problem of ineffectiveness in the application of administrative sanctions when regulatory bodies act and examines the effectiveness of the terms of conduct adjustments conclusion in the context of the Agência Reguladora de Serviços Públicos Estaduais do Estado do Ceará – ARCE, from the perspective of the consensuality in Brazilian administrative law. In the first chapter it is examined the debate on the role of the Brazilian State in economic regulation, which currently revolves around the degree of intervention, no longer discussing the issue in dilemmatic terms (intervening or not intervening). In the second chapter, administrative consensuality is pointed out as a new perspective and at the same time a need of the Public Administration in dealing with regulatory issues, due to the ineffectiveness of traditional means of imposing sanctions. In the third chapter, the experiences of the state regulatory agency with the use of conduit adjustment terms are examined in the regulation of the basic sanitation and piped gas distribution public services. In the end, different results are verified regarding the success of the measures, due to which it turns to examine its peculiarities and point out its weaknesses, before which it is proposed to use a methodology called Regulatory Impact Analysis (RIA),*

*capable of giving technical character to the discretion of regulatory decisions and measures, in search of more effectiveness in the state economic regulation.*

**Keywords:** *Regulatory agencies; consensuality; Conduct Adjustment Agreement; Regulatory agency of Public Services Delegated of Ceará State; regulatory impact analysis.*

## Sumário

1. Introdução. 2. Regulação Econômica e o Papel Sancionador das Agências Reguladoras. 3. Consensualidade Administrativa e os Termos de Ajustamento de Conduta (TAC's). 4. Agências Reguladoras Estaduais: avaliação e proposições à luz das experiências da ARCE com Termos de Ajustamento de Conduta (TAC's). 5. Conclusões.

## 1. Introdução

Este artigo examina a eficácia da celebração de termos de ajustamento de condutas no âmbito da Agência Reguladora de Serviços Públicos Estaduais do Estado do Ceará (ARCE), a partir da perspectiva da consensualidade do direito administrativo brasileiro, uma tendência que vem se reforçando em razão da ineficácia da aplicação de sanções administrativas quando da atuação dos órgãos regulatórios. Trata-se de pesquisa propositiva, pautada em revisão bibliográfica e análise legislativa, segundo metodologia analítica, empírica e crítica.

O texto é dividido em três partes. No primeiro capítulo examina-se o debate sobre o papel do Estado brasileiro na regulação econômica que, atualmente, gira em torno do grau de intervenção, não mais se discutindo o tema em termos dilemáticos (intervir ou não intervir). O direito regulatório brasileiro vivencia uma etapa eficaz, em que se busca tornar a regulação mais efetiva e os órgãos regulatórios detentores de uma maior capacidade de impor condutas aos setores regulados, mas os meios tradicionais de pressão têm se mostrado ineficazes. O capítulo examina, ainda, o incremento da atividade regulatória e dos agentes reguladores que se apresentam como uma constante nas economias capitalistas que enfrentaram a crise financeira mundial de 2008, possivelmente um reflexo da busca de desregulação crescente do sistema financeiro, notadamente nos Estados Unidos da América.

No segundo capítulo aponta-se a consensualidade administrativa como uma nova perspectiva e, ao mesmo tempo, uma necessidade da Administração Pública no trato de questões regulatórias em razão da

ineficácia dos meios tradicionais de imposição de sanções. Assim, os acordos substitutivos ou integrativos são instrumentos dessa tendência e pressupõem condições às partes envolvidas no ajuste. A utilização do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) por agências reguladoras não é algo inédito, mas está longe de se tornar uma prática constante, ainda mais porque está pendente de definição um projeto de lei no Congresso Nacional que disciplina, expressamente, a questão no nível legislativo.

E, por fim, no terceiro capítulo examinam-se as experiências da agência reguladora estadual multissetorial com a utilização de termos de ajustamento de condutas na regulação de serviços públicos de saneamento básico e distribuição de gás canalizado. Verificam-se, ao final dos procedimentos de TAC analisados, resultados diferentes quanto ao êxito das medidas, em razão do que se passa a examinar as suas peculiaridades e apontar fragilidades diante das quais propõe-se a utilização de metodologia analítica capaz de imprimir caráter técnico à discricionariedade das decisões e das medidas regulatórias em busca de mais eficácia na regulação econômica estatal.

## **2. Regulação Econômica e o Papel Sancionador das Agências Reguladoras**

O debate sobre o papel do Estado na regulação econômica não se apresenta mais em termos dilemáticos (intervir ou não intervir), girando a discussão em torno do grau de intervenção (CLARK, 2009) na economia. A regulação cresceu em quantidade, no número de autoridades reguladoras e na diversidade de áreas de atuação – internet, biotecnologia, telefonia celular – que passaram a receber a atenção de órgãos reguladores públicos e privados, sem prejuízo da regulação tradicional em áreas como o comércio, as finanças e a competição.

Em extensa revisão bibliográfica que busca conceituar a regulação social e econômica para propor um modelo interconectado e interdependente entre valores sociais e econômicos, Eric Windholz e Graem A. Hodge (2013) listam teorias que explicariam as causas do incremento da atividade regulatória: a) a mudança do viés Estado positivo/prestador para um Estado Regulador; b) a era do capitalismo regulatório em que a crescente confiança no mercado, como maximizador de riquezas, tem sido acompanhada pela proliferação de novos regimes regulatórios; e, c) que o

crescimento seria reflexo de uma concepção ampliada do “direito” ao bem-estar, emprego, educação, moradia, etc., que as pessoas acreditam ser obrigação do governo.

Um outro grupo de teorias, diria-se de corte sociológico, reputa o aumento da regulação porque viver-se-ia em uma sociedade de risco em que os avanços da ciência e da tecnologia requerem regulações específicas (biotecnologia, exposição química, internet). Neste sentido, contrapondo-se à tese da “sociedade de risco”, um grupo de teoria tenta explicar o aumento da regulação por se viver em uma sociedade adversa ao risco, que exigiria maior proteção governamental e mais regulação; há, ainda, quem aposte na desconfiança em relação às instituições políticas, econômicas e sociais como justificativa para o crescimento da atividade regulatória.

A crise econômica mundial de 2008, decorrência da desregulação operada pela revogação da legislação que deveria controlar a crescente financeirização (KRUGMAN, 2009) e cujas raízes na década de 1970 tiveram na era Reagan o apogeu do sistema econômico supostamente mais eficiente (BRESSER-PEREIRA, 2009), contribuiu diretamente para a busca de novos instrumentos de regulação e influenciou, até mesmo, pensadores da relevância de Richard Posner a produzir um texto explicando porque se tornou Keneynsiano (POSNER, 2009), ao reconhecer que as economias capitalistas não se mostraram tão estáveis quanto imaginaram os economistas que esqueceram as análises macroeconômicas de Keynes.

No Brasil, a questão da regulação econômica, especialmente o debate jurídico, seria sincrético, desigual e voltado ao Estado (MENDONÇA, 2015). Sincrético porque a metodologia e os referenciais teóricos se aproximam da doutrina estadunidense e europeia ao mesmo tempo; desigual em razão do gigantismo da academia jurídica brasileira, com polos de influência na pós-graduação no eixo Rio de Janeiro, São Paulo, Minas Gerais, Brasília e região Sul, mas incorporando muitas vozes de outros estados, o que tornaria inabarcável a produção bibliográfica; e, por fim, voltado ao Estado porque a “regulação da economia é, em sua grande parte, regulação pública da economia” (MENDONÇA, 2015, p. 287).

O direito regulatório brasileiro, cujas fases serão apresentadas em seguida, volta-se prevalentemente para o estudo das agências reguladoras, “mesmo iniciativas sobre como incrementar a qualidade da regulação perguntam o que as agências reguladoras e demais instâncias públicas podem ou devem fazer para tanto” (MENDONÇA, 2015, p. 288), e, nesse

particular, o presente texto não foge à regra, apenas apresenta a experiência estadual de agência reguladora multissetorial na busca de uma maior efetividade da atuação regulatória. Sob a tônica de um Direito Administrativo pós-moderno, em que se verifica o redimensionamento dos tradicionais paradigmas do racionalismo do Direito moderno com a introdução de “valores”, superando-se a hegemonia do positivismo jurídico, tem-se atualmente, no Direito Público como um todo, a “transição de uma disciplina das intenções para a de resultados”, de modo a serem os resultados alcançados o que, de fato, importa na atuação do Estado (MOREIRA NETO, 2018, p. 159).

Numa abordagem mais específica, as três fases do direito regulatório brasileiro partiriam de uma pré-história em que o direito regulatório não existia, mas, sim, o direito administrativo ou o direito público econômico; uma fase conceitual-constitucional surgida na década de 1990 com a criação da primeira agência reguladora (Agência Nacional de Energia Elétrica), em 1996; e uma etapa eficaz “em que a pergunta não é mais ‘quem somos’, mas a dúvida sequencial – ‘para onde (e como) vamos’” (MENDONÇA, 2015, p. 291). Com efeito, é ultrapassada aquela fase conceitual-constitucional em que se questionava, até mesmo, se as agências reguladoras teriam poder de sanção – e esse papel sancionador ganha novos contornos –, sendo relevante avaliar a eficácia dos métodos tradicionais de aplicação de sanções.

A legislação que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal prevê, assim, que “as sanções, a serem aplicadas por autoridade competente, terão natureza pecuniária ou consistirão em obrigação de fazer ou de não fazer, assegurado sempre o direito de defesa” (Art. 68 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999). As possíveis sanções consistem em advertências, multas, suspensão temporária de atividades, caducidade, declaração de inidoneidade, sem prejuízo da cobrança de valores ou ajuizamento de ações de obrigação de fazer ou se abster no âmbito judicial. Essas espécies de sanções, em geral, vêm previstas nos contratos de concessão ou permissão, mas há, também, legislação explícita a esse respeito nos disciplinamentos setoriais, a exemplo da Lei nº 13.094 (Art. 68), de 12 de janeiro de 2001, do Estado do Ceará.

Sob o teste da fase eficaz em que se encontram as agências reguladoras, cada vez mais o Tribunal de Contas da União, autorizado pela Constituição Federal a realizar auditorias de natureza operacional, com o intento de verificar se os resultados obtidos estão de acordo com os

objetivos das entidades públicas, com ênfase nos aspectos da economicidade, eficiência e eficácia, busca, em suas auditorias, identificar se as agências reguladoras estão bem e fielmente cumprindo seus objetivos institucionais, dentre os quais o de fiscalizar adequadamente os serviços públicos, com resultados de qualidade e efetividade (ZYMLER, 2015).

Assim, em estudo sobre o modelo sancionatório de órgãos e entidades federais, principalmente as agências reguladoras de infraestruturas, o Tribunal de Contas da União (TCU) produziu um relatório de auditoria (Acórdão 1817/2010-Plenário) em que constata, de forma quase generalizada, “baixos percentuais de arrecadação de multas, de inscrição de inadimplentes no Cadin e de ajuizamento de cobranças judiciais das multas”, com “risco de prescrição dos créditos” e “redução da eficácia da ação de controle a cargo das entidades e órgãos analisados”<sup>1</sup>. Os valores e percentuais se referem ao intervalo entre 2005 e 2009, mas o relatório aponta que:

a relação percentual média entre o montante arrecadado e o montante financeiro associado às multas aplicadas foi de 3,7%, o que significa que deixaram de ser recolhidos mais de R\$ 24 bilhões no período. Com relação ao total de multas suspensas ou canceladas no mesmo intervalo, os percentuais variam entre 40% a 75,29%, indicando baixa taxa de sucesso na imposição de sanções pecuniárias por parte das agências reguladoras e uma deficiência distribuída entre os órgãos e agências de infraestruturas auditadas. (ANA, ANAC, ANATEL, ANCINE, ANEEL, ANP, ANS, Antaq, ANTT, Anvisa, Bacen, Cade, CVM, Ibama e Susep).

Entre créditos dessa natureza, de difícil recuperação, pode-se citar o exemplo da Anatel, que litiga por valores da ordem de R\$ 11.092.265.985,57 (onze bilhões, noventa e dois milhões, duzentos e sessenta e cinco mil, novecentos e oitenta e cinco reais e cinquenta e sete centavos), decorrentes de multas não pagas pela OI S.A., enquanto tramita a recuperação judicial da devedora. Em alegações de defesa, contra a sua inclusão no rol de credores quirografários no Plano de Recuperação Judicial e sua sujeição ao processo

---

<sup>1</sup> ACÓRDÃO TCU 1817/2010. Ementa: Relatório de Levantamento de Auditoria. Arrecadação de multas administrativas aplicadas por órgãos e entidades federais. Baixos percentuais de arrecadação de multas, de inscrição de inadimplentes no CADIN e de ajuizamento de cobranças judiciais das multas. Risco de prescrição dos créditos. Redução da eficácia da ação de controle a cargo das entidades e órgãos analisados. Necessidade de novas fiscalizações deste Tribunal na área em destaque. Determinações. Oitiva de parte das entidades. Restituição dos autos à unidade técnica. Envio de cópias.



de Recuperação Judicial, a própria Anatel argumenta que “a decisão coloca em risco também toda a efetividade do poder de polícia da Administração Pública, ao permitir que as multas não pagas sejam eventualmente negociadas por credores privados em recuperações judiciais”<sup>2</sup>.

Os dados do TCU, antes mencionados, foram analisados por Ragazzo, France e Vianna (2017, p. 91) indicando que o “processo sancionador no âmbito da regulação econômica vem sofrendo influxo de uma perspectiva mais instrumental, focada na eficiência e aberta às influências do consensualismo”. O modelo de aplicação de multas e baixa arrecadação pela via administrativa e judicial é uma constante que se expande para além da questão regulatória, sendo comum as dificuldades em execuções fiscais de crédito tributário ou não tributário a cargo do Poder Público nos diversos estados da Federação.

A Pesquisa da FGV – Direito Rio examina a experiência pioneira do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) na celebração de acordos administrativos substitutivos de processos administrativos sancionadores e busca “realizar um estudo comparativo entre os instrumentos de acordos nas agências reguladoras de infraestrutura” e o modelo referencial daquele conselho. A tônica da consensualidade administrativa é apresentada como alternativa consistente, mas os achados do estudo indicam que a utilização de TAC’s, no âmbito das agências reguladoras federais de infraestrutura, exige um desenho normativo preciso e detalhado, sob pena da via judicial ainda parecer mais interessante para o agente regulado.

Essa tendência ao consensualismo no âmbito da Administração Pública é, também, retratada na Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, que traz diversas disposições autorizadas da autocomposição de conflitos que envolvam a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, incluídas as entidades da administração indireta, tal como são as agências reguladoras, num claro aceno a transformações que se sentem como necessárias para dar efetividade à atuação pública. A possibilidade de mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos, expressamente prevista na lei (Art. 33, parágrafo único), com menção direta aos termos de ajustamento de conduta (Art. 32, inc. III), fomenta a necessidade de exame e aprofundamento do tema.

### 3. Consensualidade Administrativa e os Termos de Ajustamento de Conduta (TAC's)

As soluções consensuais no exercício do poder de polícia, inclusive na regulação econômica, é, atualmente, – antes de tudo – uma necessidade da Administração Pública nesta etapa eficaz do direito regulatório. As sanções administrativas impostas aos setores regulados têm baixos índices de arrecadação e não cumprem a função de impor uma conduta ao setor regulado, que prefere a via judicial, seja em razão das chances de reversão da pena administrativa ou seja porque é possível no tempo a solução do conflito, apostando na demora do processo judicial. O processo sancionador das agências reguladoras tem se mostrado ineficaz, e “uma das transformações ocorridas na nova regulação setorial corresponde à perda gradual do caráter de precedência e de supremacia estatal nas relações sociais em favor de uma postura mais negocial e mais mediadora em relação aos administrados” (MARQUES NETO; CYMBALISTA, 2011, p. 01).

A “administração concertada”, como são chamados os novos modelos de atuação administrativa, que são caracterizados por uma atividade consensual e negocial, passou a ser empregada “para o desenvolvimento de projetos conjuntos entre a iniciativa privada e as entidades administrativas públicas e até para a solução de conflitos” (MOREIRA NETO, 2016, p. 178). Avançando sobre esse tema, Moreira Neto (2016) aponta para a conveniência, e até mesmo a necessidade, de se desenvolverem estudos sobre o princípio constitucional da consensualidade no direito brasileiro, com o objetivo de elucidarem-se as relações entre sociedade e Estado e de facilitarem-se a aplicação e o aperfeiçoamento dos institutos consensuais já existentes, além da criação de outros e de contribuir-se para uma interpretação homogênea de situações ainda indefinidas.

O direito administrativo brasileiro convive com a consensualidade, ainda que de forma excepcional, desde a década de 1940, com a edição do Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, que no Art. 10 prevê a possibilidade de acordo prévio em caso de desapropriação ou no curso do processo judicial quando houver concordância quanto ao preço (Art. 22). Há previsão legal, ainda, em matéria ambiental (Decreto nº 94.764, de 11 de agosto de 1987)<sup>3</sup>, mas esse momento de positivação da consensualidade (DE

---

<sup>3</sup> O Decreto nº 94.764/87 foi revogado pelo Decreto nº 99.274/90.

PALMA, 2010) foi limitado a dois decretos em um intervalo entre a década de 1940 e o final da década de 1980.

É apenas nas décadas de 1990 e 2000, quando da criação do arcabouço normativo das agências reguladoras, que a consensualidade administrativa se torna relevante ante o incremento do rol de setores que passam a adotar a consensualidade administrativa como meio de atuação, notadamente por intermédio da participação dos interessados em consultas e audiências públicas sobre a matéria regulada, como também por meio das ouvidorias que passaram a mediar e conciliar conflitos entre prestadores privados e usuários dos serviços públicos.

No campo dos tradicionais atos imperativos e unilaterais, tratando-se de matéria sancionadora, a consensualidade no Direito Administrativo brasileiro se manifesta em duas espécies: acordo substitutivo, que substitui e suspende (acordo substitutivo/suspensivo) o procedimento sancionatório quando a consensualidade atende de forma mais eficaz o interesse público, e põe fim ao processo administrativo subjacente; e acordos integrativos “voltados à viabilização da emissão pela Administração Pública do ato final, imperativo e unilateral, de forma mais célere ou mais adequado às especificidades do caso concreto” (DE PALMA, 2010, p. 11), condicionando o ato administrativo à celebração do acordo. Um exemplo dessa espécie de acordo integrativo em matéria ambiental é a hipótese prevista no Decreto nº 99.274/90 cujo Art. 42 prevê a redução, em até 90%, do valor das multas aplicadas se o infrator firmar termo de compromisso se obrigando a cessar e corrigir a degradação ambiental.

No âmbito dos acordos substitutivos formalizados por meio de termos de ajustamento de condutas, questão relevante a ser discutida diz respeito à discricionariedade da Administração Pública na celebração de avenças com os setores regulados. A indagação sobre se haveria direito subjetivo do interessado ou discricionariedade da agência reguladora é respondida por Paulo Wunder Alencar (2016, p. 61) no sentido de haver “direito subjetivo do interessado, não propriamente de celebrar, porém de exigir a verificação da viabilidade do TAC”. Sendo assim, não é possível nenhuma das partes interessadas impor um TAC, mas a Administração Pública não poderia decidir livremente sobre se propõe ou não o ajustamento de conduta, podendo o compromissário, havendo interesse, requerer a verificação da possibilidade, mas a natureza bilateral impede que uma das partes seja obrigada a assiná-lo, caso prefira a via litigiosa.

De acordo com Marques Neto e Cymbalista (2011), os acordos pressupõem três condições: a) abandono do procedimento sancionatório; b) abandono da prerrogativa de punir; e, c) renúncia parcial a aplicação de uma sanção, seja em natureza ou em montante. Essa opção se justifica se o termo de ajustamento se mostrar menos danoso e mais eficiente na busca do interesse público. A alternativa deve considerar, contudo, a hipótese de descumprimento dos termos dos acordos, em face do que não se poderá admitir situação mais vantajosa para os inadimplentes, os quais deverão arcar, nessa circunstância, com ônus naturalmente mais graves. Assim, melhor seria dizer-se que os acordos pressupõem a suspensão do procedimento sancionatório e da prerrogativa de punir, com a renúncia condicional à aplicação de uma sanção.

Instrumento diferente é a denominada Medida Reparadora de Conduta (MRC) que se diferencia dos termos de ajustamento de condutas porque, “quando aquela é formada, não há qualquer sanção, nem mesmo imputação de falta, pois tais medidas não necessariamente ocorrem do decorrer do procedimento administrativo sancionatório” (SADDY; GRECO, 2015, p. 172). A MRC, portanto, busca ajustar a conduta do agente à previsão legal prevenindo a aplicação de penalidade, ao invés de suspender o curso de um processo administrativo que visa a aplicação de sanção. Definida como “ação em que o agente econômico repara o não atendimento a dispositivo da legislação aplicável, em prazo pré-estabelecido, e passa a cumpri-lo em sua integralidade, evitando a aplicação de penalidades”, a MRC está prevista na Resolução nº 32/2012 da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustível (ANP).

O Congresso Nacional tomou iniciativa legislativa na busca de tornar mais eficiente a regulação de forma geral, e na expressa previsão de utilização de termos de ajustamento de condutas em hipótese de regulação estatal. A Câmara dos Deputados aprovou o Substitutivo da Câmara dos Deputados (SCD) n. 10/2018, ao Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 52/2013 (na Casa de origem)<sup>4</sup> – que dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, além de alterar

---

<sup>4</sup> Atualmente, o projeto foi devolvido pela Câmara dos Deputados (PL nº 6.621-A/16) para apreciação do Senado Federal e encontra-se identificado como Substitutivo da Câmara dos Deputados (SCD) n. 10/2018.

diversos dispositivos de leis federais<sup>5</sup>– prevendo expressamente no Art. 34 o TAC:

Art. 53. Para o cumprimento do disposto nesta Lei, as agências reguladoras são autorizadas a celebrar, com força de título executivo extrajudicial, termo de ajustamento de conduta com pessoas físicas ou jurídicas sujeitas a sua competência regulatória, aplicando-se os requisitos do art. 4º-A da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, desde que a pessoa física ou jurídica:

I - cesse a prática ou corrija as irregularidades que deram causa à celebração do termo de ajustamento de conduta e indenize os prejuízos, quando for o caso;

II - cumpra as condições destinadas a evitar que práticas irregulares se repitam.

§ 1º Ficará suspensa a aplicação de sanções administrativas de competência da agência reguladora à pessoa física ou jurídica que houver firmado termo de ajustamento de conduta, em relação aos fatos que deram causa a sua celebração, enquanto perdurar a vigência desse termo.

§ 2º A agência reguladora deverá ser comunicada por ocasião da celebração do termo de ajustamento de conduta a que se refere o § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, caso o termo tenha por objeto matéria de natureza regulatória de sua competência.

O projeto prevê, ainda, a suspensão da aplicação de sanções administrativas enquanto perdurar os termos do TAC, e uma inovação que aponta para a necessidade de atuação coordenada das funções públicas: a comunicação às agências reguladoras de termos de ajustamento de condutas assinados com fundamento na Lei de Ação Civil Pública quando tenham por objeto matéria de natureza regulatória. Um TAC firmado entre o Ministério Público e um particular, por exemplo, a ser mantido o texto legal, deve ser comunicado à agência reguladora de competência respectiva,

---

<sup>5</sup> PLS nº 52/2013. Ementa: (...) altera a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, a Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, a Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, a Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, a Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, a Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, e a Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001, e dá outras providências.

denotando a importância da cooperação entre entes públicos cujas competências tangenciam-se e complementam-se.

Em que pese a alusão aos termos de ajustamento de condutas existentes na Lei nº 9.469/1997 (Art. 4º-A incluído pela Lei nº 12.249/2010), para prevenir ou terminar litígios nas hipóteses que envolvam interesse público da União, suas autarquias e fundações, e na Lei nº 13.140/2015 (Art. 32, inc. III), em capítulo dedicado à autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público, a previsão expressa no texto do SCD ao PLS afastará questionamento a respeito da possibilidade da assinatura de TAC's no exercício da atividade regulatória, incidentais às ações de fiscalização em que não se configuram propriamente conflitos ou litígios entre partes, mas o exercício do poder de polícia sobre os serviços regulados. Enquanto não existe expressa previsão legal (lei em sentido formal), as agências reguladoras federais têm editado resoluções autorizando os ajustamentos, com fundamentação legal genérica, desde a edição do Código de Defesa do Consumidor<sup>6</sup> e da Lei de Ação Civil Pública, alterada pelo CDC, em que há previsão para “compromissos” de ajustamento de condutas às exigências legais.

De forma mais específica, as agências reguladoras federais de infraestrutura editaram resoluções<sup>7</sup> que autorizam a celebração de termos de ajustamento de condutas: Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) – Resolução nº 5.083/2016; Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) – Resolução nº 3.259/2014; Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) – Resolução nº 199/2011; Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) – Resolução nº 629/2013; Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) – Resolução nº 63/2004; e, Agência Nacional de Águas (ANA) – Resolução nº 662/2010.

Cabe mencionar que a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), embora mantenha a previsão do termo de compromisso de ajuste de conduta na Resolução nº 63/2004 (Art. 21), revogou, por meio da Resolução nº 712/2016, a Resolução nº 333/2008, que estabelecia critérios e procedimentos para sua celebração com as concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços e instalações de energia elétrica. Na

<sup>6</sup> A Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (CDC), alterou a redação da Lei nº 7.345, de 24 de junho de 1985 (Lei de Ação Civil Pública), incluindo o § 6º do Art. 5º: “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”.

<sup>7</sup> Optou-se por apresentar apenas as resoluções em vigor; para exame mais analítico, Ragazzo, France e Vianna (2017).

fundamentação da medida<sup>8</sup> observou-se que, segundo os levantamentos efetuados, em geral, os TAC's não foram capazes de "superar os ônus, as incertezas e a morosidade dos processos de fiscalização e de sanção, de modo a alcançar o interesse público", constatando-se a existência de obras executadas sem que metas de qualidade tivessem sido atingidas.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica, no entanto, foi o órgão pioneiro na utilização de compromissos de cessação de práticas sob investigação em matéria de práticas anticompetitivas, com fundamento na Lei nº 8.884/1994, que previa, expressamente no Art. 53, a celebração de Termo de Compromisso de Cessação (TCC). Atualmente, a matéria vem disciplinada no Art. 85 da Lei nº 12.529/2011 (Lei Antitruste) e Resolução nº 05/2013. Ruggazzo, France e Vianna (2017) indicam que o CADE celebrou 56 TCC's entre 1994 e 2010; após a edição da nova Lei Antitruste, em 2011, e com uma regulamentação que agregou mais clareza sobre os benefícios e requisitos do TCC, o número de acordos cresceu vigorosamente, chegando a 216 TCC's entre 2011 e 2016, importando em valores de contribuições pecuniárias ao CADE no montante de R\$ 1.575.258.386 (um bilhão, quinhentos e setenta e cinco milhões, duzentos e cinquenta e oito mil, trezentos e oitenta e seis reais) entre 2012 e 2016.

Os dados do CADE e a predisposição do arcabouço normativo do conjunto de agências reguladoras federais de infraestrutura indicam, não obstante a necessidade de aperfeiçoamentos, que a via consensual em matéria sancionadora é uma realidade tangível aplicável no âmbito das agências reguladoras estaduais multissetoriais, que enfrentam dificuldades regulatórias tão ou mais graves do que as congêneres federais, sendo relevante examinar o caso concreto da Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará (ARCE).

#### **4. Agências Reguladoras Estaduais: avaliação e proposições à luz das experiências da ARCE com Termos de Ajustamento de Conduta (TAC's)**

A Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGERGS), criada com a edição da Lei Estadual nº 10.931, de 09 de janeiro de 1997, foi a primeira dessa espécie a surgir no final da

---

<sup>8</sup>Voto do relator dos Processos nº 48500.006161/2010-82 e nº 48500.006368/2010-57, Diretor José Jurhosa Júnior, de 19 de abril de 2016.

década de 1990, em um ambiente de enxugamento da máquina administrativa que transferiu a execução de serviços públicos a entidades de direito privado sob regimes de concessão, permissão e autorização.

As agências reguladoras estaduais, atualmente 28<sup>9</sup>, adotam o modelo multissetorial – podem atuar em diversas áreas em que haja delegação do poder público a pessoa jurídica de direito privado – em razão da economia de recursos que uma só estrutura propicia, bem como diante da desnecessidade de várias agências em âmbito relativamente restrito. Registra-se, desta forma, exceções à regra da multissetorialidade, dentre elas a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo (ARTESP) e a Agência Reguladora de Saneamento Básico do Estado da Bahia (AGERSA).

A Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará (ARCE), instituída pela Lei Estadual nº 12.786, de 30 de dezembro de 1997, é autarquia sob regime especial vinculada à Procuradoria-Geral do Estado do Ceará e exerce poder de direção, regulação e fiscalização sobre serviços públicos delegados (Art. 3º) no âmbito estadual, com abrangência multissetorial. A ARCE surgiu em processo paralelo à privatização da Companhia Energética do Ceará (COELCE), em momento de mudança na forma de intervenção do Estado na atividade econômica, notadamente no setor elétrico, em que o papel de produtor ou provedor do serviço foi delegado à iniciativa privada.

A ARCE conta com algumas experiências em matéria de Termos de Ajustamento de Condutas (TAC), firmados com fundamento no Art. 5º, §6, da Lei Federal nº 7.347, de 24 de julho de 1985, no âmbito da sua competência de regulação dos serviços públicos de distribuição de gás canalizado e saneamento básico. Em cada área, a agência estadual editou resoluções que disciplinam a formalização desse instrumento como alternativa à imposição de penalidades, suspendendo o processo administrativo sancionador ou, algumas vezes, antecedendo-se a ele.

Na área de gás canalizado editou a Resolução ARCE nº 88/2007, posteriormente modificada pela Resolução ARCE nº 137/2010, com base na qual firmou o TAC/CEE/0001/2012 com a Companhia de Gás do Ceará (CEGÁS), ante a necessidade de regularizar não conformidades constatadas pela ARCE, referentes ao indicador de Segurança no Fornecimento,

---

9 Dados do Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação. Disponível em: <http://www.regulacao.gov.br/excluidos/agencias-reguladoras/estaduais>. Acesso em: 12 jan. 2018.



Concentração de Odorante no Gás (COG) e ao indicador de Qualidade CFQ – Características Físico-Químicas do gás canalizado distribuído no Estado do Ceará. São itens de significativa importância para a qualidade e segurança do serviço público prestado, os quais não vinham sendo observados pela companhia na medida em que já haviam sido objeto do Termo de Notificação TN/CEE/0001/2008 que gerou o Processo Administrativo-punitivo PGAS/CEE/0003/2011, além do TN/CEE/0024/2011 e do TN/CEE/0051/2011 que geraram o Processo Administrativo PGAS/CEE/0012/2011, nos quais se passou a discutir a conveniência e a oportunidade de elaboração do TAC previamente à imposição de penalidades.

Considerando que a aquisição de equipamento específico para a determinação dessas variáveis, como também a implantação do sistema e realização dos ajustes para as apurações requeriam prazo para atender aos trâmites licitatórios e à instalação do equipamento, assim como à adequação do pessoal técnico destinado à execução da operação, tudo como forma de solucionar, definitivamente, as irregularidades, o TAC foi firmado com um prazo inicial de 18 meses, sujeitando-se, ainda, a dois aditivos de prazo, que o prorrogaram por mais 19 meses. Ao final, apesar das dilatações, foi avaliada como bem sucedida a composição, considerando-se que a concessionária estadual de gás cumpriu as ações compactuadas<sup>10</sup>.

Na área de saneamento básico, a avaliação diverge quanto à efetividade dos TAC's firmados com base na Resolução ARCE nº 147/2010, uma vez que se verificaram descumprimentos como regra, segundo informações da Coordenadoria de Saneamento Básico (CSB) da ARCE, de 22 de janeiro de 2018. De acordo com os dados levantados, de 24 TAC's firmados com a Companhia de Água e Esgoto do Estado do Ceará (CAGECE) relativos a diversos municípios em que se verificaram deficiências no serviço fornecido, apenas um foi considerado atendido (4,17%), e, das multas resultantes, apenas três cominações foram pagas voluntariamente pela companhia (4,35%).

Como consequência da falta de medidas alternativas bem sucedidas, em levantamento feito pela Coordenadoria de Saneamento Básico (CSB), atualizado até 15 de janeiro de 2018, apura-se que a dívida da Companhia de Água e Esgoto do Estado do Ceará (CAGECE), por multas em razão de

---

10 Processo Administrativo PGAS/CEE/0012/2011 referente a análise da solicitação feita pela Companhia de Gás do Estado do Ceará (CEGÁS), constante na carta CEGAS ARINT/0196/2011, aberto em 30 de dezembro de 2011 na Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará (ARCE).

irregularidades verificadas em diversos municípios do Estado, totaliza R\$1.918.171,28 (um milhão, novecentos e dezoito mil, cento e setenta e um reais e vinte e oito centavos), a serem inscritos na dívida ativa do Estado do Ceará para cobrança judicial, uma vez que não foram recolhidos voluntariamente pela concessionária, tornando-se montante de difícil recuperação que deveria ser revertido em favor do Fundo Estadual de Defesa dos Direitos Difusos do Estado do Ceará (FDID), que integra a estrutura organizacional do Ministério Público do Estado do Ceará.

Com base nas experiências relatadas, avalia-se quais fatores podem ter influenciado os resultados de modo a terem sido diferentes no âmbito da mesma agência reguladora. Nessa linha de investigação, verifica-se a falta de sistematização de critérios para a escolha da medida alternativa, como também de análise das condições propiciadoras do cumprimento dos TAC's. Tanto a Resolução ARCE nº 88/2007, como a Resolução ARCE nº 147/2010, tratam a matéria com generalidade ao empregar noções imprecisas como "interesse público primário" e fixar requisitos de forma e conteúdo para o instrumento.

Examinados os TAC's firmados com a CAGECE, verificou-se que, feitas as solicitações pela concessionária, as justificativas da medida de compromisso, como regra, vinham da Coordenadoria de Saneamento Básico (CSB) que, após constatar os esforços da companhia e a existência de ações já em andamento, por vezes usava como critério o prazo médio ou longo (assim considerado o período superior a 12 meses) proposto pela companhia de água para cumprimento das determinações recebidas nas ações de fiscalização, ou argumentava a finalidade institucional da agência reguladora de garantia da qualidade do serviço prestado pela CAGECE. O Conselho Diretor da ARCE – órgão competente para autorizar a celebração dos TAC's –, sem acrescentar qualquer fundamentação em suas decisões, em geral, limitava-se a acatar essas justificativas da área técnica para aprovar a formalização dos TAC's<sup>11</sup>.

Exceção a essa prática encontra-se no Processo PADM/CSB/0033/2012, em que a CSB foi desfavorável à celebração do TAC afirmando, após indagada pelo Conselheiro Relator, que era impossível, com a informação disponível, predizer se a proposta da CAGECE constante na minuta de TAC seria eficaz para a solução das desconformidades detectadas. Nessa oportunidade, o TAC foi autorizado com fulcro no voto do Conselheiro

---

<sup>11</sup> A propósito, Processos PCSB/CSB/0722/2011, PCSB/CSB/0076/2011 e PCSB/CSB/0029/2009.

Relator, que considerou o interesse na solução do problema, inclusive por parte da CAGECE, e um melhor acompanhamento e controle da situação pela ARCE. Embora autorizado pelo Conselho Diretor em 25 de maio de 2012, o TAC não chegou a ser firmado nos ulteriores trâmites processuais, verificando-se, todavia, a não aplicação da multa indicada no auto de infração lavrado e a concessão de sucessivos prazos até a correção das irregularidades, conforme o Parecer PR/CSB/0044/2014, de 07 de março de 2014.

Nos diversos Planos de Ações e Soluções Corretivas (PASC), anexos aos TAC's de saneamento básico, no campo "como a ação será realizada", encontravam-se medidas que já deveriam estar concluídas para análise das propostas de TAC's, como elaboração dos projetos de melhoria, ou indicações de medidas futuras e incertas, estranhas às competências e às atribuições da CAGECE, a cargo de órgãos e agentes externos do governo, tais como providências para assegurar recursos para a execução dos projetos de melhoria (o que pressupõe a inexistência atual de previsão orçamentária desses recursos e possível inviabilidade da execução) ou a conclusão de obra executada pelo Governo do Estado do Ceará (açude, adutora e estação de tratamento de água) e sua entrega à CAGECE para operação.

Já com relação ao TAC firmado com a CEGÁS (TAC/CEE/0001/2012), também observam-se decisões do Conselho Diretor da ARCE pautadas em notas técnicas da Coordenadoria de Energia (CEE), com justificativas que consideram a necessidade de prazo para as medidas de correção da irregularidade, tais como aquisição de equipamento específico, implantação de sistemas e realização de ajustes, trâmites licitatórios, instalações e adequação de pessoal técnico, bem como a constatação de que as medidas propostas pela concessionária visam à solução em definitivo das irregularidades. Ressalte-se, contudo, que essa concessão de prazo por meio do TAC, para possibilitar em médio ou longo prazos as obrigações inadimplidas, perfaz-se por mera liberalidade do regulador, uma vez que todas essas medidas já deveriam estar implantadas e os indicadores em plena apuração desde o prazo de 180 dias concedido após a entrada em vigor da Resolução ARCE nº 60/2005, 60 dias após a sua publicação, ocorrida em 26 de dezembro de 2005<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> Processo Administrativo PGAS/CEE/0012/2011.

Quanto ao conteúdo do TAC/CEE/0001/2012, verifica-se que houve um maior detalhamento das ações necessárias ao seu cumprimento, todas a cargo da própria CEGÁS, possibilitando uma melhor avaliação dos resultados previstos e um controle mais preciso do cronograma elaborado, com a prestação de contas por meio de relatório de ações que identificava fases e etapas específicas das ações. Esse maior critério na determinação das medidas compromissadas confere mais transparência e previsibilidade quanto ao resultado pretendido, o que acaba por contribuir para que a medida tenha sido bem sucedida.

De toda forma, constata-se, no âmbito da celebração dos TAC's pela agência reguladora estadual, uma discricionariedade ampla e desregrada, que deixa ao arbítrio da autoridade competente não só o nível de especificação e controle do seu conteúdo, como também o próprio processo decisório que acolhe opção pela suspensão condicional dos processos punitivos. Embora consultadas as áreas técnicas, as suas justificativas de necessidade de prazo (médio ou longo) ou, ainda, a existência de interesse público na solução definitiva das irregularidades, constituem-se, quando muito, mero exame de conveniência e oportunidade, incompatível com as decisões regulatórias.

Imprimindo limites a essa liberdade de escolha, Lucas Rocha Furtado (2016) entende que a liberdade do regulador constitui modalidade especial de discricionariedade administrativa, já que a opção por uma das soluções possíveis e lícitas não se dá por razões de mera oportunidade ou conveniência administrativa, mas em razão de decisão de natureza técnica. Sérgio Guerra (2015) destaca a importância da escolha regulatória como uma nova categoria das escolhas administrativas, cuja base deve ser a preponderância técnica, com visão prospectiva que afaste as decisões de momento e sem sustentabilidade.

No campo das políticas públicas relacionadas aos serviços públicos delegados a entidades de natureza privada, a serem implementadas em grande parte pelas agências reguladoras, distinguem-se as políticas regulatórias, que consistem no controle técnico das atividades prestacionais (planejamento, fiscalização, normatização e mediação). Segundo Marques Neto (2005), as políticas regulatórias envolvem ponderação acerca da necessidade e da intensidade da intervenção, a escolha dos meios e instrumentos que possibilitam o atingimento mais eficiente das políticas e escolha públicas setoriais no âmbito das competências regulatórias. Essa

ponderação e a escolha dos meios e dos instrumentos adequados, inerentes à definição de política regulatória, situam-se no âmbito da discricionariedade técnica do ente regulador.

Na teoria jurídica, o tema da aplicação de penalidades, mesmo na seara administrativa, tradicionalmente atrai a aplicação dos princípios do Direito Penal, segundo o qual prevalece, como regra, a indisponibilidade da pretensão punitiva do Estado, ou seja, há o dever estatal de punir e não apenas o direito. Nesse sentido, tratando do poder de polícia da Administração, Luiz Ricardo Trindade Bacellar (2009) afirma que a subsunção da conduta à norma tida como infração não se coaduna com a ideia de solução consensual de controvérsia, mas com a aplicação de sanção.

Ocorre que mesmo o Direito Penal tem sofrido flexibilizações quanto ao princípio processual da obrigatoriedade, conferindo uma discricionariedade regrada aos órgãos incumbidos da persecução penal oficial, a exemplo da possibilidade de transação penal para a suspensão condicional do processo, nas infrações de menor potencial ofensivo (Art. 98, inc. I, da Constituição Federal e Art. 89 da Lei nº 9.099/1995), e até mesmo da admissibilidade de colaboração premiada, por meio da qual o investigado pode beneficiar-se com o perdão judicial ou, ainda, com o não oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, desde que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal (Art. 4º da Lei nº 12.850/2013).

Com efeito, sendo regra a persecução penal com esteio na legalidade estrita e, por derivação principiológica, a aplicação de sanções nas infrações administrativas, sempre que a lei ou os contratos de delegação de serviços públicos tipificarem o ilícito, seja no exercício do poder de polícia administrativa propriamente dita ou no exercício da autotutela (como alguns doutrinadores qualificam a aplicação de penas contratuais pela Administração), a exceção deve estar não só autorizada pela legislação aplicável, mas também devidamente fundamentada segundo parâmetros da discricionariedade técnica inerente à atividade regulatória.

De fato, o que se busca segundo padrões de eficiência da atuação pública é um direito sancionatório mais flexível, permeável à consensualidade e efetivo, que possa conduzir a resultados mais aderentes ao interesse público baseando-se em estimativa discricionária da sua utilidade social, que leve em consideração danos e vantagens, assim como custos e benefícios causados à comunidade envolvida. Aponta-se, desta

maneira, para a necessidade de ferramentas e métodos que venham a propiciar efetividade à atuação corretiva das agências reguladoras ante condutas desconformes dos entes regulados, municiando as decisões acerca das escolhas regulatórias com dados e análises que lhe confirmam uma orientação de caráter propriamente técnico.

Com essa finalidade, vale mencionar uma ferramenta de planejamento que se propõe a sistematizar processos decisórios, conferindo-lhes qualidade e eficiência, denominada Análise de Impacto Regulatório (AIR), adotada com pioneirismo pelos países da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Em breve síntese, baseada nas perspectivas da OCDE (OECD, 2008) e do Centro de Políticas Europeias (EPC, 2001), a AIR pode ser entendida como uma ferramenta analítica destinada a informar os tomadores de decisão e aumentar a qualidade da política regulatória mediante avaliação de benefícios, custos e efeitos prováveis de uma regulação nova ou já existente, estruturada com objetivo, justificção, efeito esperado, consideração das opções possíveis, avaliação dos impactos distributivos e dos resultados da consulta pública, consistência, maximização do benefício líquido total, estratégias de compliance, processos de monitoramento e accountability.

Nessa perspectiva, propõe-se que os processos decisórios respectivos e a formalização de TAC's pelas agências reguladoras sejam precedidos de AIR, possibilitando-se estudo de natureza propriamente técnica para avaliação de viabilidade, benefícios, custos, efetividade e efeitos da substituição, ainda que condicional, da pretensão punitiva estatal pelo ajustamento consensual de conduta do infrator submetido à regulação estatal, garantindo-se a participação substancial de todos os interessados (transparência e legitimação), inclusive de usuários do serviço público em questão e o próprio Estado, por seu órgão competente, quando se tratar de concessionária estatal, com a consideração das alternativas existentes, a avaliação dos impactos distributivos e a adoção de estratégias de compliance e processos de monitoramento, de forma a regrar, tecnicamente, a discricionariedade inerente aos processos regulatórios.

## 5. Conclusões

Ultrapassados os questionamentos de natureza conceitual-constitucional que testaram a sobrevivência das agências reguladoras na

estrutura administrativa nacional, chegam essas entidades a uma fase eficaz em que se avaliam os resultados alcançados com a regulação econômica. Nesse contexto, percebe-se que o seu papel sancionador ganha novos contornos e, avaliando-se os métodos tradicionais de aplicação de sanções, verifica-se reduzida eficácia das ações de controle da atividade regulada.

Apresenta-se, com efeito, a consensualidade administrativa como alternativa consistente, diante da substituição gradual da imperatividade do Estado nas relações sociais por posturas estatais mais negociais e mediadoras em relação aos administrados, justificando-se a formalização de termos de ajustamento de condutas sempre que se mostrarem menos danosos e mais eficientes na busca do interesse público. Reconhece-se, contudo, que a utilização de TAC's, no âmbito das agências reguladoras de infraestrutura, exige um desenho normativo bem elaborado, sob pena de via judicial continuar parecendo mais vantajosa para o agente regulado.

Oficializando essa tendência, o Senado Federal aprovou e encaminhou para a Câmara dos Deputados o PLS nº 52/2013, já devolvido ao Senado para apreciação das modificações realizadas (SCD nº 10/2018), que prevê, expressamente, a utilização do termo de ajustamento de conduta pelas agências reguladoras federais, as quais já se utilizam desse procedimento em conformidade com suas resoluções setoriais, com fundamentação na Lei de Ação Civil Pública. Igualmente, no âmbito das agências reguladoras estaduais, experiências com TAC's possuem o mesmo albergue legal, verificando-se no caso da Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará (ARCE) precedentes na regulação dos serviços públicos de distribuição de gás canalizado e de saneamento básico.

Avaliados os processos decisórios, o conteúdo e os resultados dos TAC's realizados pela ARCE, constatou-se a existência de uma discricionariedade ampla e desregrada quanto ao nível de especificação e controle dos conteúdos e, também, no que se refere ao próprio processo decisório de suspensão condicional dos processos punitivos, realizando-se, quando muito, meros exames de conveniência e oportunidade, insuficientes nas decisões regulatórias, já que a liberdade do regulador traduz-se em discricionariedade técnica.

À vista disso, propõe-se a utilização de uma ferramenta analítica, segundo metodologia técnico-científica, denominada Análise de Impacto Regulatório (AIR) previamente aos processos decisórios respectivos e à

formalização de TAC's pelas agências reguladoras, possibilitando-se avaliação de viabilidade, benefícios, custos, efetividade e efeitos da medida substitutiva da pena, com a garantia de participação substancial no procedimento de todos os potenciais afetados (transparência e legitimação), inclusive usuários do serviço público em questão e o próprio Estado, por seu órgão competente, quando se tratar de concessionária estatal, considerando-se as alternativas existentes, a avaliação dos impactos distributivos, a adoção de estratégias de compliance e processos de monitoramento. Desta forma, propicia-se, no âmbito da formalização de TAC's, a discricionariedade técnica inerente aos processos regulatórios e, assim, possivelmente, avança-se com mais eficácia na regulação econômica estatal.

## Referências

ALENCAR, Paulo Wunder. Termo de Ajustamento de Conduta. In: GUERRA, Sérgio; SAMPAIO, Patrícia (orgs.). **Processo Administrativo nas Agências Reguladoras** – uma proposta de disciplina legislativa. Rio de Janeiro: FGV DIREITO RIO, 2016. p. 52-75.

BACELLAR, Luiz Ricardo Trindade. **Solução de controvérsias pelas agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Os dois métodos e o núcleo duro da teoria econômica. **Revista de Economia Política**, v. 29, n. 2 (114), p. 163-190, abr./jun. 2009.

CLARK, Giovanni. **O Neoliberalismo de regulação como intervenção do Estado** – a regulação e a Constituição Brasileira de 1988. Lisboa: Lusíada. Economia & Empresa, 2009.

DE PALMA, Juliana Bonacorsi. **Atuação Administrativa Consensual**: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. São Paulo: 2009. 332 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2009.

EUROPEAN POLICY CENTRE (EPC). **Regulatory Impact Analysis**: improving the quality of EU. Occasional Paper, set. 2001.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.



GUERRA, Sérgio. **Discrecionalidade, regulação e reflexividade**: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

KRUGMAN, Paul (org.). **A crise de 2008 e a economia da depressão**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2009.

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

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências reguladoras independentes**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MENDONÇA, José Vicente S. de. As Fases do Estudo sobre Regulação da Economia na Sensibilidade Jurídica Brasileira. **Rev. Opin. Jur.**, Fortaleza, ano 13, n. 17, p. 284-301, jan./dez. 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Novas mutações juspolíticas**: em memória de Eduardo García de Enterría, jurista de dois mundos. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **O direito administrativo no século XXI**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Building an Institutional Framework for Regulatory Impact Analysis**. Version 1.1: Regulatory Policy Division Directorate for Public Governance and Territorial Development: OECD, 2008.

POSNER, Richard. How I became a Keynesian. **Revista The New Republic**, sep. 23, 2009. Disponível em: <<https://newrepublic.com/article/69601/how-i-became-keynesian>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel J.; FRANCE, Guilherme de Jesus; VIANNA, Mariana Tavares de C. Regulação consensual: a experiência das agências reguladoras de infraestrutura com termos de ajustamento de conduta. **Revista Estudos Institucionais**, v. 3, n. 1, p. 89-122, 2017.

SADDY, André; GRECO, Rodrigo Azevedo. Termo de Ajustamento de Conduta em procedimentos sancionatórios regulatórios. **Revista de Informação Legislativa**, ano 52, n. 206, p. 165-203, abr./jun. 2015.

WINDHOLZ, Eric Windholz; HODGE, Graeme A. Conceituando regulação social e econômica: implicações para agentes reguladores e para atividade regulatória atual. **RDA – Rev Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 264, p. 13-56, set./dez. 2013.

ZYMLER, Benjamin. **Direito administrativo e controle**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

---