

Os acordos substitutivos e o termo de ajustamento de conduta (Lei nº 7.347/1985)*

Administrative arrangements and the adjustment of conduct agreement (Law 7.347/1985)

*Mariana Almeida Kato***

RESUMO

O termo de ajustamento de conduta previsto pela Lei nº 7.347/1985 tem assumido especial importância na proteção de interesses difusos, no qual se destaca o meio ambiente. Dada ausência de tratamento normativo mais específico e da necessidade de pensar o direito administrativo para além das fronteiras tradicionalmente existentes, o tema ainda suscita dúvidas e debates quanto ao seu alcance, formação e limites.

* Artigo recebido em 10 de novembro de 2016 e aprovado em 11 de dezembro de 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v277.2018.74803>.

A presente pesquisa foi realizada sob a orientação do professor Egon Bockmann Moreira, a quem dirijo meus agradecimentos. Eventuais erros e incorreções são de responsabilidade exclusiva da autora.

** Université de Reims Champagne-Ardenne, Reims, França. E-mail: mariana.kato@yahoo.com.br.

Doutoranda em direito Constitucional pela Université de Reims Champagne-Ardenne, França. Mestre em direito público pela Université Paris V – Descartes e mestre em direito constitucional e direitos fundamentais na Université Paris 1 Panthéon – Sorbonne.

PALAVRAS-CHAVE

Administração consensual — administração sancionatória — acordos administrativos — termo de ajustamento de conduta — Lei nº 7.347/1985.

ABSTRACT

The adjustment of conduct agreement provided in Law 7.347/1985 has become especially important in the protection of diffuse interests, which environment plays a major role. Due to the absence of more specific legislation and the necessity of rethinking the administrative law beyond the traditionally existing borders, the subjects still raises doubts and discussions about its scope, formation and limits.

KEYWORDS

Consensual administration — sanctionatory administrative law — administrative arrangements — adjustment of conduct agreement — Law 7.347/1985.

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 sejam constantemente revistos. Não por acaso, nos últimos tempos, tem adquirido especial relevo a atuação negocial ou consensual da administração pública, outrora inadmissível para parte da doutrina administrativista.

Tal fato exige não só a releitura do direito administrativo em seus princípios (como o da *legalidade* que adquire novos contornos menos restritos e que escapam ao legalismo — a lei é justa por ser lei — e ao formalismo excessivo — aplicação da lei sem se preocupar com os seus resultados)¹ —, mas

¹ 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.” MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 122.

também em suas formas de expressão (como o ato administrativo tradicional que não mais é suficiente para responder às mudanças provocadas na atuação administrativa). Assim, não só o modo como a administração pública atua se transforma, mas também o próprio papel que o particular assume no direito administrativo, deixando de ser mero receptor de atos para ser um participante ativo de sua formação.

Entre essas novas formas de expressão se inserem os acordos substitutivos terminativos de processos — aqui entendidos como aqueles que se inserem no âmbito de um processo administrativo (ou no momento anterior a sua instauração) e que substituem uma decisão final que seria, a princípio, resultado de um ato administrativo unilateral típico. Sua inserção faz com que possam coexistir dois modos diversos de terminação do processo administrativo: por meio de uma decisão tomada unilateralmente, ou por meio de um acordo.²

No direito brasileiro, e como será examinado adiante, eles inserem-se notadamente no âmbito de processos sancionatórios para defesa de direitos que fogem à categoria dos direitos de primeira geração e que desafiam a administração a conceber mecanismos capazes de responder de modo mais eficiente à sua tutela. Para tanto, 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.

Apesar da existência de diversos acordos na administração, eles não afastam as controvérsias a respeito do tema. De um lado, há diversos questionamentos a respeito do fundamento de validade para celebração desses acordos; de outro, há inúmeras dúvidas acerca de seus aspectos práticos — que decorrem especialmente do fato de tal tema não possuir extenso tratamento legal e de depender, em muito, da prática dos seus atores.³

² SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. *Revista de Direito Público da Economia — RDPE*, Belo Horizonte, a. 9, n. 34, p. 133, jan./mar. 2011.

³ 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”. 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: AAFDL, 2006. p. 74.

Neste contexto, o presente artigo dedica-se especialmente à análise do termo de ajustamento de conduta (TAC) previsto na Lei nº 7.347/1985 que visa pôr termo a um processo administrativo sancionatório (ou mesmo evitar sua instauração), substituindo a decisão final unilateral da administração, a fim de conferir proteção aos chamados “direitos transindividuais”. Assim, serão analisados aspectos teóricos do referido acordo — como sua natureza jurídica e fundamento de validade —, mas também os aspectos práticos — como pressupostos, processo de formação e efeitos.

1. Os acordos administrativos substitutivos como atos administrativos consensuais

A definição da natureza jurídica dos acordos substitutivos suscita controvérsias na doutrina pelo fato de estes não se enquadrarem integralmente em nenhuma das figuras administrativas já consolidadas no direito administrativo, 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, ao 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.⁴

⁴ 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 tão fácil como parece, à primeira vista”. SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 473.

Muito embora parte da doutrina trate tais acordos como uma nova espécie de contrato administrativo,⁵ tal compreensão mostra-se equivocada. Ainda que considerássemos o contrato administrativo em um sentido amplo (tudo que resulte da manifestação de vontade de partes opostas), não haveria bilateralidade suficiente para entendê-lo como tal, pois o particular não dispõe de um efetivo poder de negociação.

Como exposto, esses acordos são desenvolvidos no bojo de competências tradicionalmente autoritárias e unilaterais da administração pública, mas que cedem espaço à participação do particular. Em um processo administrativo o poder decisório é única e exclusivamente da administração, que o instrumentaliza por meio de um ato administrativo decisório. Por isso que, na linha defendida por Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva e Luciano Parejo Alfonso, esses acordos são conceituados como um ato administrativo consensual.⁶ 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”.⁷

Tal constatação implica compreender que, muito embora o conteúdo do acordo seja resultado do consenso, “a ‘fonte de validade’ (e de eficácia) de tais decisões não é o consenso das partes, mas a manifestação de vontade unilateral da Administração”.⁸ Ou seja, quem decide por apurar e regular determinada conduta do particular é a administração. E, muito embora seja

⁵ Nesse sentido: 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, p. 15, dez./fev. 2011. Disponível em: <www.direitodoestado.com/revista/RERE-24-DEZEMBRO-JANEIRO-FEVEREIRO-2011-VITOR-JULIANA.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2015. 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 contratual. Entende-se que essa compressão seria contraditória e equivocada, pois acaba 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, v. 16, n. 1, p. 193-195, 2009.

⁶ Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva, *Em busca do acto administrativo perdido*, op. cit., p. 47 e PAREJO ALFONSO, Luciano et al. *Manual de derecho administrativo (parte general)*. Barcelona: Editorial Ariel, 1998. p. 750. Também nesse sentido: Andreia Cristina Bagatin, A natureza jurídica dos “acordos” previstos pela Lei nº 8.884/94, op. cit., p. 214.

⁷ *Ibid.*, p. 199.

⁸ Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva, *Em busca do acto administrativo perdido*, op. cit., p. 471.

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 — por meio de uma decisão unilateral, que poderia inclusive impor obrigações para o particular similares ao que teria sido acordado.

Tal fato traz duas inevitáveis consequências para a teoria dos atos administrativos. A primeira, a constatação de que a teoria tradicional possui diversas limitações que hoje são insuficientes para explicar a real amplitude que o ato administrativo adquiriu. A segunda, a necessidade de transformação e ampliação da sua compreensão e de suas espécies.⁹ O consenso, ao invés de afastar a aplicabilidade dos atos administrativos, atribui-lhe uma nova função e impõe sua renovação.¹⁰

A junção da palavra “negocial” à expressão “ato administrativo” é necessária 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”,¹¹ o que significa que ele é composto sempre com a participação da 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 o direito de o particular provar sua inocência.

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

⁹ Ibid., 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, têm 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 qui 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 montages de compromis, de ‘consensus’ échangés et parfois des diktats de groupement puissants ou obstines”. HOLLEAUX, André. Vers un ordre juridique conventionnel. *Bulletin de l’IIAP*, 1974, p. 61 apud DEPUIS, Georges et al. *Droit administratif*. 7. ed. Paris: Armand Colin, 2000. p. 457.

¹⁰ Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva, *Em busca do acto administrativo perdido*, op. cit., p. 471.

¹¹ 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, p. 281-288, abr./jun. 2008. p. 277.

no que tange ao seu conteúdo e processo de formação (decorre da concertação com os particulares).¹²

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 nº 8.666/1993 — ao contrário do que afirmam aqueles que defendem os acordos como contratos. De outro, implica afirmar que também eles 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 jurídico definido legalmente.

2. O art. 5º, §6º, da Lei nº 7.347/1985 como permissivo legal genérico para a celebração de acordos administrativos substitutivos

Há, atualmente, uma diversidade de acordos administrativos substitutivos sendo aplicados no Brasil, especialmente pelas agências reguladoras.¹³ Muitos desses acordos possuem fundamento legal específico (como é o caso dos acordos celebrados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar — ANS¹⁴, pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica — Cade¹⁵ e pela Comissão de Valores Mobiliários — CVM),¹⁶ sendo por conseguinte objeto de regulamentação interna.

¹² Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva, *Em busca do acto administrativo perdido*, op. cit., p. 475.

¹³ 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.

¹⁴ No âmbito da ANS, o Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta foi introduzido na Lei nº 9.656/1998 por meio da Medida Provisória nº 2.177-44 de 2001. 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 [...]”.

¹⁵ No âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), o artigo 85 da Lei nº 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”.

¹⁶ Nos termos do art. 11, §5º, da Lei nº 6.385/1976 (alterada pela Lei nº 9.873/1999), a CVM “poderá, a seu exclusivo critério, se o interesse público permitir, suspender, em qualquer fase, o procedimento administrativo instaurado para a apuração de infrações da legislação do mercado de valores mobiliários, se o investigado ou acusado assinar termo de compromisso [...]”.

Para as agências reguladoras que não dispõem de previsão legal específica para celebrar tais acordos (como é o caso, por exemplo, da Agência Nacional de Telecomunicações — Anatel) ou ainda para outros órgãos da administração (como a Advocacia-Geral da União), o fundamento de validade é a Lei nº 7.347/1985 que trata do termo de ajustamento de conduta. Trata-se do acordo de maior expressão em nosso ordenamento, em virtude da amplitude da norma que permite sua aplicação em diversos contextos. Nos termos do art. 5º, §6º, da Lei nº 7.347/1985, com alteração pela Lei nº 8.078/1990 (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”.

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 processos administrativos.¹⁷

Contudo, apesar de ser o regime jurídico geral aplicável aos acordos substitutivos, ele 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 mais diversos casos. 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 (Resolução nº 333 de 7 de outubro de 2008) e também da Advocacia-Geral da União (Lei nº 9.469/1969, art. 4º-A). Contudo, não há uma norma dispendo de modo uniforme sobre como todos os legitimados irão atuar na celebração do acordo.

A ausência de uma norma geral a disciplinar especificamente seu regime jurídico, seu processo de formação, pode tornar a celebração do acordo um tanto controverso. Especialmente porque, pelos direitos que a norma se destina a proteger (difusos e coletivos), um deficiente processo de formação do acordo

¹⁷ Vitor Rhein Schirato e Juliana Bonacorsi Palma, *Consenso e legalidade*, op. cit., p. 7.

pode representar “uma arma apontada aos direitos subjectivos de terceiros que por eles possam ser afectados.”¹⁸ 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 pela 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.¹⁹

Exatamente essa compreensão acerca dos perigos envolvendo a celebração de acordos em relação aos direitos protegidos pela Lei nº 7.347/1985 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.²⁰ Contudo, fato é que é possível predeterminar alguns aspectos quanto aos seus pressupostos, processo de formação e efeitos.

3. Os pressupostos para celebração do termo de ajustamento de conduta

O acordo previsto na Lei nº 7.347/1985 tem previsão em único artigo (5º, §6º) que, apesar da pouca densidade, abriga dois elementos essenciais, os

¹⁸ Mark Bobela-Mota Kirkby, *Os contratos de adaptação ambiental*, op. cit., p. 25.

¹⁹ *Ibid.*, p. 49.

²⁰ No direito português a situação não é diversa: “O escasso tratamento doutrinal 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.” (*Ibid.*, p. 17).

quais podem ser classificados como pressupostos para celebração do acordo: o objeto do acordo e os legitimados a sua celebração.

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).²¹

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 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, têm seus interesses e direitos ali representados — o que demanda um mínimo de cautela na sua celebração.²²

Para além disso, tais direitos também trazem como consequência o fato de não haver uma titularidade determinada quanto a estes. Assim como os sujeitos envolvidos nas relações que circundam tais direitos são indetermináveis, a titularidade desses direitos é igualmente.²³ Nessa perspectiva, “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?”²⁴

Tal questão é solucionada apenas em parte pela Lei nº 7.347/1985. Nos termos do seu artigo 5º, são legitimados para propor a ação civil pública: (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

²¹ FERRAZ, Antônio Augusto Melo de Camargo et al. *A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 56.

²² Mark Bobela-Mota Kirkby, *Os contratos de adaptação ambiental*, op. cit., p. 23.

²³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 65.

²⁴ RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e o Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 56.

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 art. 5º, não restam dúvidas de que o Ministério Público (art. 5º, I)²⁵, 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.

Assim, 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”. Desse modo, agências executivas e reguladoras podem celebrar seus acordos com fundamento nessa Lei. Nesse ponto, note-se que a própria Anatel tem utilizado esse fundamento legal para legitimar a celebração de seus acordos — como já tratado anteriormente.²⁶

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 públicos,²⁷ não possuindo competência, portanto, para adequar a conduta de um particular como se Estado fosse.

Haveria certa discussão, contudo, quanto à possibilidade de as empresas públicas e sociedades de economia mista (art. 5º, IV) celebrarem tais acordos. Para Geisa de Assis Rodrigues²⁸ e Luciana Moessa de Souza²⁹ haveria tal possibilidade, desde que em vista de interesses públicos. Assim, quando estas

²⁵ 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”. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Direitos difusos e coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 16.

²⁶ Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara, *Acordos substitutivos nas sanções regulatórias*, op. cit., p. 140.

²⁷ Geisa de Assis Rodrigues, *Ação Civil Pública e o Termo de Ajustamento de Conduta*, op. 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*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 350.

²⁸ Geisa de Assis Rodrigues, *Ação Civil Pública e o Termo de Ajustamento de Conduta*, op. cit., p. 142.

²⁹ Luciana Moessa de Souza, *Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos*, op. cit., p. 219.

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 nº 7.347/1985. 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. 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”.³⁰

Portanto, 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 poderia ter.

Quanto à Defensoria Pública (art. 5º, II), o Supremo Tribunal Federal já decidiu pela sua legitimidade para propor ação civil pública, afastando o argumento de que esta não poderia atuar na defesa de interesses coletivos.³¹ Assim, 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 nº 7.347/1985, ela também deterá legitimidade para celebrar o TAC nas hipóteses em que tais direitos estiverem em jogo.³² A atuação aqui seria similar à do Ministério Público, evitando assim a instauração de um litígio judicial.

Desse modo, o regime jurídico da Lei nº 7.347/1985 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.

³⁰ Hugo Nigro Mazzilli, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, op. cit., p. 352.

³¹ ADI 3943/2007, min. Cármen Lúcia, DJE 6.8.2015.

³² Geisa de Assis Rodrigues, *Ação Civil Pública e o Termo de Ajustamento de Conduta*, op. cit., p. 145.

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.³³

4. A decisão pela celebração do termo de ajustamento de conduta

Nas hipóteses anteriores, 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 discricionariedade do administrador. Porém, essa discricionariedade 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?³⁴ É dizer: a discricionariedade envolve tão somente a opção por um ou outro meio, ou envolve a valoração do meio mais adequado ao caso concreto?

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 várias soluções [...]”.³⁵ Assim, os direitos anteriormente 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”.³⁶

³³ Luciana Moessa de Souza, *Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos*, op. cit., p. 140.

³⁴ OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 849.

³⁵ Mark Bobela-Mota Kirkby, *Os contratos de adaptação ambiental*, op. cit., p. 50.

³⁶ *Ibid.*, p. 51.

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 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.³⁷ Constatações 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 por que 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 negociada 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:

³⁷ Ibid., p. 26.

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 por que 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.³⁸

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 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”.³⁹

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),⁴⁰ 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”.⁴¹

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 se 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

³⁸ DALLARI, Adilson Abreu. Acordo para recebimento de crédito perante a Fazenda Pública. *Revista de Direito Público da Economia — RDPE*, Belo Horizonte, a. 3, n. 9, p. 21, jan./mar. 2005.

³⁹ Luciana Moessa de Souza, *Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos*, op. cit., p. 218.

⁴⁰ 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. p. 472.

⁴¹ *Ibid.*, p. 474.

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 administração tem sempre o dever de cogitar a possibilidade de celebrar o acordo em vista dos interesses públicos envolvidos e celebrá-lo, caso este se apresente como a melhor opção para a tutela dos direitos em jogo.

5. A definição do conteúdo do termo de ajustamento de conduta

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.⁴² 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 à primeira vista poderia parecer.

⁴² *Ibid.*, p. 474.

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 legais⁴³ — tal como se dá no processo administrativo sancionatório, afinal, as sanções também têm como objetivo a prevenção e a reparação.⁴⁴ Daí que a administração não renuncia à sua competência sancionatória — apenas a 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 pressuposto de que a sanção é a punição aplicada por determinada autoridade em vista do desrespeito à norma jurídica⁴⁵ — 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.⁴⁶ Se há outros meios de se atingir esse fim, de modo mais célere e eficiente, por que não os utilizar?⁴⁷ 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: por meio do acordo a administração obtém o que obteria mediante um processo administrativo ou judicial, ainda que em menor intensidade. Não há qualquer transação quanto à aplicação ou não da sanção, mas apenas quanto às condições de sua aplicação.⁴⁸ Afinal, se fosse possível a transação quanto à aplicação ou não da sanção, estar-se-ia permitindo que determinada

⁴³ Geisa de Assis Rodrigues, *Ação Civil Pública e o termo de ajustamento de conduta*, op. cit., p. 142. Isso se dá pela própria exigência da Lei nº 7.347/1985: “[O]s órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais [...]”.

⁴⁴ MOREIRA, Egon Bockmann. *Agências reguladoras independentes, poder econômico e sanções*. In: GUERRA, Sérgio (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.

⁴⁵ DE MELLO, Rafael Munhoz. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 37.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 7677.

⁴⁷ Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara, *Acordos substitutivos nas sanções regulatórias*, op. cit., p. 137.

⁴⁸ Onofre Alves Batista Júnior, *Transações administrativas*, op. cit., p. 451. No mesmo sentido: Hugo Nigro Mazzilli, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, op. cit., p. 360.

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 [...]”.⁴⁹ Até porque, note-se que o acordo não é celebrado para a proteção do particular, mas para a proteção dos direitos transindividuais anteriormente 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.⁵⁰

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 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 economicidade (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.⁵¹

Essa compensação 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:

⁴⁹ Ibid., p. 359.

⁵⁰ Luciana Moessa de Souza, *Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos*, op. cit., p. 226-227.

⁵¹ Ibid., p. 226.

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.⁵²

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 têm 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 nº 7.347/1985. O acordo sempre será preferível quando por meio 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.

6. Os efeitos da celebração do termo de ajustamento de conduta

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.⁵³

⁵² 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.

⁵³ Geisa de Assis Rodrigues, *Ação Civil Pública e o termo de ajustamento de conduta*, op. cit., p. 142.

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, independentemente 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.⁵⁴

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.⁵⁵

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 aos 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.⁵⁶ 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 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

⁵⁴ Hugo Nigro Mazzilli, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, op. cit, p. 364.

⁵⁵ Geisa de Assis Rodrigues, *Ação Civil Pública e o termo de ajustamento de conduta*, op. cit., p. 278.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 203.

penal, não excluindo a possibilidade de responsabilização penal.⁵⁷ Além disso, o acordo também não constitui qualquer óbice a 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.⁵⁸

Em terceiro lugar, por força legal, o termo de ajustamento de conduta tem eficácia de título executivo extrajudicial (art. 5º, §6º). 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 é importante que o órgão responsável pela celebração do acordo acompanhe regularmente sua execução.

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, devem estar suficientemente claros 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.⁵⁹ Sem essa definição o acordo perde liquidez (CPC, art. 586), inviabilizando o adequado e célere prosseguimento da execução judicial.

Há ainda a possibilidade de decorrerem 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, essas dependerão da avaliação das partes envolvidas.

⁵⁷ Ibid., p. 156-157.

⁵⁸ 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: Revista dos Tribunais, 2005. p. 49-164.

⁵⁹ Geisa de Assis Rodrigues, *Ação Civil Pública e o termo de ajustamento de conduta*, op. cit., p. 191.

Considerações finais

A baixa efetividade do método sancionatório tradicional adotado pela administração é constantemente objeto de notícias.⁶⁰ Há diversas razões que justificam tal cenário e que escapam ao controle da administração, como o recurso ao Judiciário por aqueles que foram sancionados. Mas há também a possibilidade de a 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. Sua celebração 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 nº 7.347/1985.

As dúvidas quanto à validade para celebração desses acordos tendem a ser suscitadas. Mas não só a doutrina é quase unânime em aceitar esses novos instrumentos como também as dúvidas que ainda existem quanto ao procedimento de formação, suas cláusulas e efeitos, tendem a se reduzir conforme esses acordos forem adquirindo maior dimensão. Inclusive são esses questionamentos a todo tempo suscitados que permitem que o instituto se aprimore e que aos poucos seja construído seu regime jurídico, tornando o ambiente mais seguro e propício à celebração do ajuste.

⁶⁰ VILLAVERDE, João; SIMÃO, Edna. Governo só recebe 5,7% das multas aplicadas. *Valor Econômico*, Brasília, 21 jun. 2012. p. A5; RITTNER, Daniel. Em 12 anos, empresas só pagam 38% das multas aplicadas pela Aneel. *Valor Econômico*, Brasília, 11 fev. 2014. Disponível em: <www.valor.com.br/brasil/3425554/em-12-anos-empresas-so-pagam-38-das-multas-aplicadas-pela-aneel>. Acesso em: 19 dez. 2017.

Referências

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.

DALLARI, Adilson Abreu. Acordo para recebimento de crédito perante a Fazenda Pública. *Revista de Direito Público da Economia — RDPE*, Belo Horizonte, a. 3, n. 9, p. 9-26, jan./mar. 2005.

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

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

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.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Direitos difusos e coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

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

_____. O termo de ajustamento de conduta no âmbito da defesa da concorrência. *Revista do Ibrac*, São Paulo, v. 16, n. 1, p. 187-197, 2009.

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

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: AAFDL, 2006.

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

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

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

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

MOREIRA, Egon Bockmann; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (Coord.). *Direito Concorrencial e regulação econômica*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

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, p. 281-288, abr./jun. 2008.

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

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

RITTNER, Daniel. Em 12 anos, empresas só pagam 38% das multas aplicadas pela Aneel. *Valor Econômico*, Brasília, 11 fev. 2014. Disponível em: <www.valor.com.br/brasil/3425554/em-12-anos-empresas-so-pagam-38-das-multas-aplicadas-pela-aneel>. Acesso em: 19 dez. 2017.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e o termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

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: <www.direitodoestado.com/revista/RERE-24-DEZEMBRO-JANEIRO-FEVEREIRO-2011-VITOR-JULIANA.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2015.

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

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.

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

VILLAVÉRDE, João; SIMÃO, Edna. Governo só recebe 5,7% das multas aplicadas. *Valor Econômico*, Brasília, 21 jun. 2012. p. A5.