



Governo do Estado de
Mato Grosso do Sul



RELATÓRIO TÉCNICO n. 001/2020/DTR/AGEPAN

Campo Grande – MS, 18 de setembro de 2020.

REFERÊNCIA: Estudo – Proposta de elaboração de Portaria Normativa para estabelecer critérios e procedimentos para celebração de Termo de Ajuste de Conduta – TAC entre a Agepan e os agentes regulados do setor de Transporte Intermunicipal de Passageiros no estado de Mato Grosso do Sul.

1. Dos Fatos:

Em 22 de março de 2016, por meio de justificativa fundamentada, a Diretoria Técnica de Regulação levantou a necessidade de abertura de processo administrativo com a finalidade de promover estudo específico para elaboração de Portaria que viabilize a utilização do Termo de Ajuste de Conduta – TAC e seus critérios para ampliar a atuação regulatória e fiscalizatória da Agepan.

Como relatado pelo Diretor, há um grande volume de Autos de Infração lavrados e baixa efetividade das multas, tendo em vista a falta de mudança de conduta dos regulados autuados. A questão “punir muitas vezes” impõe aos agentes e à Agência um alto custo processual, sem, no entanto, induzir a mudança de comportamento esperado, visto que a sanção é a fase final do processo de fiscalização, resta ao agente e ao prestador ou operador fiscalizado, pouca ou nenhuma possibilidade para efetivar uma mudança de comportamento (fls.02).

Nesse sentido, é veemente a necessidade desta Agência formular normativo de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), com o objetivo de ofertar uma possibilidade célere, eficaz e substitutiva ao procedimento tão somente sancionatório.

É o relato primaz.

Agepan

2. Considerações iniciais

O presente Relatório Técnico tem como objetivo analisar a viabilidade da criação de procedimentos adequados para realização e oferta de uma possibilidade rápida, eficaz e substitutiva ao procedimento meramente sancionatório, reforçando o poder regulatório da Agência.

Ressalto a necessidade da evolução dos instrumentos de implementação de melhorias nos Serviços Públicos e atendimento dos direitos básicos do cidadão, usuários dos referidos serviços. Buscamos uma valoração legal acerca dos institutos que subsidiam as atividades da Agência Reguladora, com destaque especial à legitimidade e legalidade dos TAC's firmados.

O TAC surgiu a partir da Lei de Ação Civil Pública, a Lei Federal nº 7.347/85, que dispõe:

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I - o Ministério Público;

II - a Defensoria Pública;

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

(...)

§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial. (Grifo nosso)

Além disso, o art. 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, prevê a possibilidade de autoridades administrativas, neste caso Agência de Regulação e Fiscalização do Serviço Público, celebrar acordos com os particulares com o objetivo de eliminar eventuais irregularidades.

O TAC tem como características principais a consensualidade, a alternatividade (objetivando a suspensão e substituição do processo administrativo) e a finalidade pública, dentre elas, a de tornar a administração pública mais eficiente e voltada para resultados, uma vez que este instrumento é

um

facilitador com cunho dialógico entre administradores e administrados.

A atuação da administração consensual emprega métodos e técnicas de negociação e contratualização no campo das atividades executadas pelos serviços públicos, proporcionando o processo de negociação entre as partes com resultados significativos a partir da aplicação de novos modelos decisórios.

O Termo de Ajuste de Conduta é composto pelos Tomadores e pelos Interessados Comprometidos, sendo que, ambos possuem papéis e finalidades distintas, mas com objetivo único.

Os tomadores ou compromissários, pessoas jurídicas de direito público legitimados pela jurisprudência, tomam dos interessados o compromisso de ajuste de conduta. Já o compromitente que pode ser pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, reconhece a sua conduta irregular, nascendo então a necessidade de prevenção de conflito ou solução para o conflito instalado, comprometendo-se junto ao órgão regulador.

Os TAC's constituem verdadeiros contratos que se celebram entre as partes legitimadas pelo art. 5º da Lei Federal n.º 7.347/1985 e a compromitente, de forma extrajudicial, dispensando a homologação judicial, mantendo, entretanto, a sua força executiva em caso de descumprimento do mesmo.

O TAC não serve como meio de solução para situações claramente definidas e reguladas, que já foram exauridas pelos normativos da Agência, assim como não é instrumento de alforria de infrator. Ele deve possuir o equilíbrio entre a efetividade da medida e os resultados gerados ao usuário.

3. TAC's nas Agências Reguladoras

Trazemos à baila a acentuada importância em regimentar esforços com o objetivo de fortalecer a atividade regulatória, e desta forma efetivar o cumprimento das diretrizes e determinações dos normativos próprios e federais acentuando às atribuições regulatórias e fiscalizatórias conferidas a esta Agên

cia Reguladora.

Partindo de uma breve análise no artigo científico “Regulação Consensual: a experiência das Agências Reguladoras de infraestrutura com Termos de Ajuste de Conduta”, publicado na “Revista Estudos Institucionais” (2017), relatamos a seguir experiências das agências federais quanto ao uso do instrumento TAC em sua regulação.

No referido artigo científico os pesquisadores relatam que o Banco Central, juntamente com o Tribunal de Contas da União, trabalha de forma contínua as informações sobre arrecadação com multas emitidas pelas Agências Reguladoras e outras entidades públicas e, a baixa arrecadação é um problema recorrente: *“os índices de arrecadação nunca ultrapassam 11% das multas constituídas”*, o que nos leva a acreditar que o instrumento sancionador não está operando o efeito pretendido, logo, ineficaz.

O mesmo estudo observou que as multas aplicadas pelas Agências Reguladoras analisadas no período entre 2009 e 2013, tiveram um índice de adimplência inferior a metade do montante total constituído, o que evidenciou a necessidade de instituir políticas regulatórias claras e objetivas, com ferramentas mais eficientes.

3.1 ANTT, ANEEL e ANA

A Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, foi uma das primeiras a implementar normativos que possibilitaram a celebração dos TAC’s, por meio da promulgação da Resolução nº 152/2003 que determinava que o TAC teria o propósito de corrigir as pendências ou irregularidades que possivelmente as concessionárias e permissionárias de serviços públicos de transporte terrestre pudessem vir a cometer.

A Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, durante longo período teve em seus regulamentos internos dispositivos para celebração de TAC, fato passado, visto que na atualidade esta agência não utiliza mais tal ferramenta
admin



istrativa.

A Resolução n.º 63/2004 da ANEEL descrevia em seu art. 21: *“Poderá a ANEEL, alternativamente à imposição de penalidades, firmar com a concessionária, permissionária ou autorizada termo de ajuste de conduta ...”*, entretanto, foi revogada pela Resolução n.º 333/2008, colocando fim a esta política no âmbito da Agência e, segundo o Diretor Jurhosa Junior *“o TAC não foi capaz de superar os ônus, as incertezas e morosidade dos processos de fiscalização e de sanção, de modo a alcançar o interesse público”*.

Ao tratar da Agência Nacional de Águas – ANA constatamos que a mesma não possui TAC mas tem um instrumento denominado de PC – Pacto de Compromisso, por meio do qual a ANA formaliza os prazos e obrigações dos usuários para correção de suas falhas.

O PC tem que ser provocado pelo usuário, e ao solicitar tal instrumento deve apresentar o cronograma físico de execução das atividades, a descrição das obrigações a serem executadas e outros elementos, e a peculiaridade desta ferramenta é que para ter validade não pode ter ocorrência de procedimentos administrativos instaurados ou investigações em curso.

O artigo científico mencionado demonstrou que existe uma variação entre políticas de TAC's nas agências demonstradas, e ainda as instituições que não possuem tal dispositivo como por exemplo a ANA, ou que o extinguiram como o caso da ANEEL. Existe um nível de imprecisão na celebração do termo de ajuste de conduta que muitas vezes acaba direcionando o regulador e os regulados para a segurança da esfera judicial.

A Agepan possui atualmente, um passivo de cerca de R\$ 5.054,91 (cinco milhões, cinquenta e quatro mil e noventa e um centavos) a receber em multas, sendo que destes, R\$ 1.881.871,39 (um milhão, oitocentos e oitenta e um mil, oitocentos e setenta e um reais e trinta e nove centavos) já encontram-se inscritos em Dívida Ativa, porém, sem resultados.

A meu ver temos que nos preocupar em efetivar um TAC que se enquadre como instrumento de redução das práticas irregulares, dos enormes



Governo do Estado de
Mato Grosso do Sul



montantes de multas a receber, da inscrição em Dívida Ativa, da prescrição e da judicialização, com eficácia e aplicabilidade, se tornando uma opção atraente e exequível para ambas as partes.

4. Requisitos do TAC

A Agência Reguladora incumbe-se de prever os casos e condições cabíveis aos Termos de Ajuste de Condutas, e, no uso da sua competência normativa, dispõe sobre as causas determinantes e excludentes da aplicação e execução das sanções e da mesma forma pode se utilizar de regulamentos de acordos substitutivos ao procedimento sancionatório.

O Termo de Ajuste de Conduta deve ser exequível tanto jurídica quanto economicamente, e sempre primando pela licitude do ato, com foco na determinação de seu objeto.

O regulador, ao intentar esforços para a celebração do TAC, deve levar em consideração os contratos de adesão, os normativos da agência e a legislação estadual pertinente.

A proposta de estrutura para o Termo de Ajuste de Conduta deve expressar a capacidade e o interesse jurídico de ambas as partes. Deve possuir também, objetividade, especificando de forma detalhada as exigências ou referenciando-se a laudo técnico constantes no processo originário, determinar condições de tempo, modo e lugar do cumprimento do acordado, considerando também o *caput* do art. 37 da CF/1988 em seus princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Na Resolução nº 179/2017, o Ministério Público regulamenta os procedimentos de tomada do compromisso de ajustamento de conduta e em seu artigo 7º trata da necessidade de conferir publicidade do extrato do compromisso por meios eficientes e acessíveis, e determina que o mesmo deve conter as seguintes informações:

- Indicação do inquérito ou procedimento oriundo do compromisso;
- Indicar o órgão de execução;
- A área de tutela dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, em que foi firmado o compromisso de ajustamento de conduta e sua abrangência territorial, quando for o caso;
- A indicação das partes compromissárias, seus CPF ou CNPJ, e o endereço de domicílio ou sede;
- O objeto específico do compromisso de ajuste de conduta;
- Indicação do endereço eletrônico em que se possa acessar o inteiro teor do compromisso de ajuste de conduta ou local em que seja possível obter cópia impressa integral.

Ao celebrar o TAC, deve-se considerar que o agente regulado tem que ter condições de saber exatamente as vantagens propostas a ele e que o levarão a renunciar ao direito de questionar uma multa, tanto no âmbito administrativo quanto na esfera judicial.

5. Conclusão

Considerando a rapidez na solução de conflitos e objetivando evitar o agravamento dos danos ou possíveis danos, o Termo de Ajuste de Conduta é o instrumento extrajudicial que se apresenta como solução muito eficaz quando apoiado em ações técnicas e objetivas.

A eficácia do processo de fiscalização deve ser garantida com vistas à consecução dos objetivos firmados, servindo de instrumento dissuasório, permitindo que eventuais infrações possam ser detectadas e efetivamente coibidas, resultando no cumprimento do termo celebrado pelas partes.

A gama de considerações relevantes ao se tratar do Termo de Ajuste de
Cond



uta não pode ser subestimada, devendo-se considerar como primordial a segurança jurídica aos agentes fiscalizados para que os mesmos considerem viável e vantajoso celebrar acordos com a Agência Reguladora.

Diante do exposto, suscitada a possibilidade desta agência ter competência e legitimidade para celebrar TAC's aos entes regulados, destacamos que este é um valioso instrumento à disposição da Administração Pública, sobre o qual apresentamos a minuta de Portaria, anexa ao presente Relatório Técnico.

É a indicação, que submeto a juízo superior.

Caroline Farias Tomanquevez
Gerente da Câmara Técnica de Transporte
AGEPAN

Agepan