

TERMO DE AJUSTAMENTO DE GESTÃO NAS CONCESSÕES: CONVERTIBILIDADE DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS PECUNIÁRIAS EM INVESTIMENTOS.¹

Flávio de Araújo Willeman*

Sumário – 1. Introdução; 2. Ausência do dever vinculado de sancionar. Possibilidade de realização de termo de ajustamento de gestão; 3. Impossibilidade de celebração de TAG sem processo administrativo regulatório. Requisitos para sua celebração; 3.1. Requisitos para celebração do TAG; 4. Conclusão.

1. Introdução

O Estado brasileiro consolidou nas três últimas décadas o instituto das *concessões*, por meio do qual o Poder Público transfere para empresa ou consórcio de empresas, por sua conta e risco, a execução de serviços públicos². E aprimorou o sistema com o advento da Lei Federal nº 11.079/2004, que trouxe ao ordenamento jurídico as *concessões patrocinadas* e as *concessões administrativas*, em que o risco do concessionário é mitigado, senão partilhado com o Poder Público (artigo 5º, III)³.

A concessão é, assim, um importante instrumento de transformação do Estado brasileiro, cujo desenvolvimento, estudo e prática acabaram por contribuir para a implantação de um modelo de Administração Pública Gerencial⁴ e de um Estado Regulador⁵.

¹ Palestra proferida no VIII Fórum Brasileiro sobre as Agências Reguladoras – Regulação Econômica e Segurança Jurídica, no dia 11-04-12, no Hotel Windsor Guanabara – Rio de Janeiro.

² Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

³ Artigo 2º, II, da Lei Federal nº 8.987/95.

⁴ “Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:

(...)

III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e área econômica extraordinária.”

⁵ Luiz Carlos Bresser Pereira e Peter Spink fornecem, de maneira resumida, as características principais do modelo gerencial de administração pública, *in verbis*:

a) descentralização do ponto de vista político, transferindo-se recursos e atribuições para os níveis políticos regionais e locais;

b) descentralização administrativa [desconcentração], através da delegação de Autoridade aos administradores públicos, transformados em gerentes cada vez mais autônomos;

c) organizações com poucos níveis hierárquicos, ao invés de piramidais;

d) organizações flexíveis ao invés de unitárias e monolíticas, nas quais as ideias de multiplicidade, de competição administrada e de conflito tenham lugar;

e) pressuposto da confiança limitada e não da desconfiança total;

f) controle a posteriori, ao invés do controle rígido, passo a passo, dos processos administrativos; e

g) administração voltada para o atendimento ao cidadão, ao invés de auto-referida”. In *Reformado Estado e Administração Pública Gerencial*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 243

⁵ Sobre o surgimento do chamado Estado Regulador, valorosa é a contribuição de Marcos Juruena Villela

Apesar de a execução direta do serviço público ser delegada contratualmente a um concessionário, ao Estado compete regular integralmente a estrutura negocial e contratual, o que inclui não só a *modelagem*⁶ para a delegação do serviço, mas também, e, sobretudo, o efetivo cumprimento do contrato pela empresa concessionária.

O conceito de regulação abarca, por certo, a competência do Poder Público para sancionar empresas concessionárias quando violarem o contrato de concessão ou quando não prestarem serviços públicos adequados, obrigação prevista no artigo 6º, § 1º, da Lei Federal nº 8.987/95. Esta função regulatória sancionatória pode competir ao Poder Concedente ou a uma pessoa jurídica equidistante das partes contratantes da concessão, tendo o direito brasileiro optado, na imensa maioria dos casos, por esta segunda opção, atribuindo esta competência às Agências Reguladoras.

Estabelecida esta premissa, o presente trabalho buscará lançar reflexões acerca da atividade sancionatória do Poder Público sobre concessionários de serviços públicos, mais especificamente se esta atuação é vinculada ou, ponderados os custos e benefícios do caso concreto, poderá a sanção deixar de ser aplicada ou, se aplicada com o viés pecuniário, deixar de ser executada para ser objeto de conversão em investimentos para aperfeiçoamento do serviço público delegado.

2. Ausência do dever vinculado de sancionar. Possibilidade de realização de termo de ajustamento de gestão

Tenho sustentado que a sanção administrativa aplicada a uma empresa concessionária decorre da atividade regulatória do Poder Público e, atualmente,

Souto: “O surgimento do Estado-regulador decorreu de uma mudança na concepção do conteúdo do conceito de atividade administrativa em função do princípio da subsidiariedade e da crise do Estado bem-estar, incapaz de produzir o bem de todos com qualidade e a custos que possam ser cobertos com o sacrifício da sociedade. Daí a descentralização de funções públicas para particulares.

(...)

O que se propõe, em obediência ao princípio da subsidiariedade, é que o Estado se concentre na execução daquilo que é essencial, transferindo funções que podem ser desenvolvidas com maior eficiência pelos particulares, seja em regime de livre iniciativa, seja em regime de direito público (serviços públicos universais), ambas sob regulação estatal; nas palavras de Gaspar Ariño Ortiz, trata-se de privatizar (no sentido deste trabalho, melhor seria usar ‘desestatizar’) atividades que não satisfazem necessidades primordiais, operando-se uma transferência de titularidade (melhor diria ‘execução’) pública para a privada, sem escapar à regulação estatal.” In *Direito Administrativo Regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, pp. 32-33.

⁶ Marçal Justen Filho bem delimita o conceito de modelagem: “(...) tem de reconhecer-se que a modelagem da concessão reflete uma opção de natureza regulatória. Trata-se de selecionar entre diversas alternativas – não apenas entre prestação do serviço pela própria Administração ou por delegação à iniciativa privada. Existem inúmeras opções distintas a propósito da concessão, que se relacionam à dimensão dos encargos impostos ao particular, ao modo de sua remuneração, ao prazo da outorga. As escolhas consagradas pelo poder concedente produzirão efeitos significativos no tocante aos efeitos não apenas jurídicos, mas também econômicos da delegação. Dito de outro modo, as opções realizadas pelo poder concedente não serão economicamente neutras, mas afetarão diretamente aos usuários e indiretamente inúmeras outras atividades.” In *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 197.

da função judicante das agências reguladoras⁷.

O ato regulatório de julgamento, do qual poderá resultar uma sanção pecuniária (multa), terá como objetivo principal o restabelecimento da normalidade no segmento regulado, bem como o bem-estar da sociedade em relação à atividade objeto da regulação. Isto implica dizer que nem sempre o resultado de um julgamento por uma agência reguladora culminará em decisão condenatória ou na aplicação de uma sanção à empresa que componha o segmento regulado. Ou, imposta a sanção pecuniária, que não seria possível a conversão do seu valor em investimento no serviço delegado, pelo concessionário, sem que isto constitua, efetiva e obviamente, investimento extraordinário que dê causa a futuro reequilíbrio econômico e financeiro do contrato.

A sanção regulatória não é um fim em si mesmo; é uma atividade instrumentação do exercício do controle. Tem por finalidade “assegurar, por sua aplicação, a repressão da infração e restabelecer o atendimento do interesse público, compelindo o infrator à prática de ato corretivo, ou dissuadindo-o de iniciar ou de continuar a cometer uma transgressão administrativa”⁸.

Por isso, não há falar-se em um dever vinculado do Poder Público que o obrigue a sancionar sempre que detectar um ato ilegal praticado pelo contratado, sem, contudo, sopesar, mediante ponderação regulatória técnica, os benefícios que, ao final do processo regulatório, poderá ser trazido efetivamente aos usuários e ao interesse público. Crê-se haver um dever vinculado de a Administração Pública apurar, em processo administrativo regulatório, fatos supostamente irregulares dos quais tome conhecimento.

Nesse contexto, a doutrina brasileira tem sustentado a possibilidade de celebração de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) ou de Termo de Ajustamento de Gestão (TAG)⁹ para possibilitar ao Poder Público deixar de sancionar uma empresa sujeita à sua regulação, para dela exigir compromissos de melhorias na prestação do serviço e a cessação da prática infracional que deu origem ao controle¹⁰. Mais: o

⁷ In WILLEMANN, Flávio de Araújo. *Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 169.

⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 391.

⁹ Terminologia utilizada, com propriedade, por Luciano Ferraz. In *Termo de Ajustamento de Gestão (TAG): do sonho à realidade*. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 8, nº 31, p. 43-50, out/dez. 2010.

¹⁰ Sobre a aplicação do termo de compromisso de ajuste de conduta junto à Agência Nacional de Saúde Suplementar, importante e esclarecedora se mostra a doutrina de Paulo César Melo da Cunha, *verbis*: “O termo de compromisso de ajuste de conduta foi introduzido na Lei nº 9.656, de 1998, pela Medida Provisória nº 1.976-33, de 23 de novembro de 2000, que modificou a redação até então vigente do seu art. 29 para possibilitar, excepcionalmente, a suspensão da regular aplicação da penalidade em face de uma infração, caso a operadora ou prestadora de serviço se comprometa perante a Diretoria Colegiada da ANS a assinar o mencionado instrumento com o fim de cessar a prática de atividade ou ato objeto da infração, assim como corrigir as irregularidades apontadas, com vistas a garantir a qualidade e o atendimento aos beneficiários de planos de saúde.

Na prática, constata-se uma irregularidade formal ou material que, respeitados a ampla defesa e o contraditório no devido processo legal (art. 5º, LIV e LV, da CR), de imediato, ensejaria a aplicação de uma sanção ou um conjunto de sanções, proporcional e razoavelmente aplicadas mas que, em razão das modernas formas de solução de conflitos e com o devido lastro legal, permite-se a harmonização dos interesses empresariais, suspendendo-se aquele processo sancionador e adotando-se estas medidas alternativas.

TAG tem sido aventado para impedir a execução/cobrança de sanções pecuniárias aplicadas a empresas sob o jugo da regulação do Estado, desde que o valor da multa seja revertido em benefício “do serviço delegado”, isto é, para seu aprimoramento.¹¹

O Termo de Ajuste de Gestão é, portanto, instrumento válido para que o Estado se abstenha de sancionar empresas, sobretudo concessionárias, ou mesmo para desobrigá-lo a executar sanção anteriormente aplicada. O fundamento para esta postura estatal encontra eco no *princípio da finalidade administrativa* (implícito no artigo 37, *caput*, da CRFB/88, mas explícito, v.g., no artigo 2º da Lei Federal nº 9.784/99), que deve ser interpretado à luz de preceitos teóricos que dão sentido ao que se tem denominado de *consensualidade*¹² administrativa na busca do interesse público, razão para se afastar, em casos concretos, mediante ponderação técnica fundamentada, a atuação imperativa sancionatória do Estado para encontrar, no consenso, sobretudo no diálogo compromissório de seus “parceiros”, alternativas para aprimorar as parcerias e, eventualmente, os serviços públicos a eles delegados.

3. Impossibilidade de celebração de TAG sem processo administrativo regulatório. Requisitos para sua celebração

Firmada a possibilidade de o Poder Público celebrar Termo de Ajuste de Gestão com empresas concessionárias de serviços públicos, tenho que tal medida, seja para abstenção da aplicação de sanção pecuniária, seja para sua conversão em investimento no serviço delegado, *não pode prescindir de prévio processo administrativo regulatório*¹³, sendo este o caminho natural para o ente estatal regulador emitir ato

(...)

é preciso esclarecer que o termo de compromisso de ajuste de conduta é uma exceção à regra de penalização e que só poderá ser utilizado junto àqueles processos administrativos para aplicação de sanções que tenham por base o auto de infração, a representação ou a denúncia positiva dos fatos irregulares, ou seja, somente se admite o uso desse instrumento no processo administrativo sancionador, presumindo-se que sua propositura deva partir da Administração, a quem cabe o juízo de conveniência e oportunidade para sua celebração (não obstante isso, nada impede a estipulação do instrumento pela operadora, cabendo sempre à ANS a valoração quanto à sua celebração).” In A Regulação Jurídica da Saúde Suplementar no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, pp. 213-215

¹¹ O Supremo Tribunal Federal admitiu, expressamente, a constitucionalidade de o Poder Público transgredir e celebrar acordos administrativos quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 253885.

¹² Confira-se, a propósito, as lúcidas lições de Luciano Ferraz: “A proposta deste ensaio é demonstrar que, na perspectiva de um Estado Democrático, a consensualidade é alternativa fundamental e necessária ao uso da imperatividade em matéria de controle público, dando ensejo e fundamentação aos instrumentos de controle consensual da Administração Pública.

(...)

Assim é que se propõe a existência de um princípio da consensualidade a impor à Administração Pública o dever de, sempre que possível, buscar a solução para as questões jurídicas e conflitos que vivencia pela via do consenso.

Dito princípio tem fundamento constitucional no preâmbulo da Constituição da República que afirma estar o Estado Brasileiro comprometido na ordem interna e internacional com a solução pacífica das controvérsias. Também no art. 4º, VII, da Constituição que impõe ao Estado Brasileiro, nas relações internacionais, como princípio, a solução pacífica dos conflitos.” Ob. Cit. pp. 44/45.

¹³ Ao que parece, em sentido contrário, é a doutrina de Floriano de Azevedo Marques Neto e Tatiana Matiello Cymbalista: “Essa perspectiva mais negocial e plurilateral adotada pela nova regulação deixou suas pegadas inclusive no exercício do poder sancionador pelos órgãos autônomos. Vista sob

de julgamento motivado tecnicamente, onde a opção de celebração do TAG ou do acordo substitutivo de sanção se revele como opção ótima tecnicamente, no caso concreto, para a tutela do interesse público.

O agente econômico ou o concessionário de serviço público, pessoas jurídicas de direito privado, podem abrir mão da abertura do processo administrativo sancionatório para celebrar acordo substitutivo de sanção. O mesmo não se pode dizer do Poder Público, já que é direito subjetivo da sociedade conhecer as razões pelas quais o Estado, diante de uma irregularidade cometida por um regulado, optou por não sancioná-lo e por celebrar com ele um TAG. E isto, creio, só é possível com a processualização da relação jurídica anteriormente referida.

Creio ser importante reafirmar que a decisão regulatória, ao final de um processo administrativo, que decide pela celebração de um Termo de Ajuste de Gestão é eminentemente técnica, objeto do sopesamento entre custos e benefícios ao interesse público expresso no objeto da regulação, que, em verdade, traduz a política pública traçada pela Entidade Política Central¹⁴.

A indispensabilidade de o Termo de Ajuste de Conduta ser fruto de um processo administrativo regulatório decorre do *princípio da publicidade*, que traz consigo o dever constitucional de motivação das decisões administrativas, ainda que consensuais com as empresas concessionárias, bem assim a possibilidade de deflagração dos mais diversos tipos de controle previstos na Constituição da República.

Deste modo, possível afirmar que não há direito subjetivo das empresas concessionárias à celebração de Termo de Ajustamento de Conduta. Todavia, sob a perspectiva da noção de consensualidade e de indisponibilidade do interesse público, penso ser possível falar em direito subjetivo do concessionário de solicitar a abertura de processo administrativo regulatório para que o ente regulador emita decisão acerca da proposta de TAG ou de conversão da sanção pecuniária em investimentos. A decisão, técnica, reafirme-se mais uma vez, competirá ao ente regulador após ponderações de custos e benefícios para o interesse público primário (da sociedade) e não do interesse público secundário, que pode ser traduzido no anseio de arrecadação dos valores das multas pelos seus destinatários.

uma perspectiva mais instrumental, a atividade sancionatória vem se despidendo de seu caráter simbólico (a resposta necessária a um descumprimento da norma jurídica que representaria uma ameaça à própria autoridade regulatória) e adquirindo cada vez mais o papel único de meio para alcançar das pautas e finalidades de interesse coletivo.

Cresce então a possibilidade e a prática de se atingir a mesma finalidade por meio do abandono do processo sancionador e da aplicação de uma sanção em prol de compromissos de reparação dos danos, de alteração de comportamentos faltosos ou ainda de medidas compensatórias que tragam benefícios efetivos à coletividade.

Esses acordos substitutivos pressupõem (i) o abandono do procedimento sancionatório, entendido como o iter estabelecido pela norma jurídica de apuração da verdade com vistas à aplicação de uma sanção; (ii) o abandono da própria prerrogativa de punir em favor de providências mais efetivas para consecução do interesse público; ou ainda (iii) a renúncia parcial à aplicação de uma sanção, seja em natureza, seja ainda em volume (montante).” In. Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e de sanção. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 8, nº 31, p. 51/68, out/dez. 2010.

¹⁴ WILLEMANN, Flávio de Araújo. *Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras*. Ob. Cit. p. 83.

3.1. Requisitos para celebração do TAG

Conforme assertiva acima, o primeiro requisito para celebração de Termo de Ajustamento de Gestão nas concessões é a abertura do processo regulatório perante o ente regulador competente.

Em se tratando de regulação por uma agência reguladora, creio ser indispensável que se estabeleça o devido processo legal, de modo a que a decisão pela aplicação da sanção ou de sua conversão em investimentos decorra de entendimento consensual entre o Poder Concedente, a concessionária e o ente regulador que, neste caso, atuará como verdadeiro *mediador do conflito*¹⁵, tendo por parâmetro orientar as partes envolvidas (concedente e concessionária) acerca das políticas públicas genéricas que emergem do marco regulatório do objeto regulado.

Reverendo posição anterior¹⁶, entendo que não há que se condicionar a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta entre o Poder Público e a empresa concessionária (ou mesmo com particular em casos outros fora da concessão) à expressa e prévia previsão legal¹⁷. Se existir previsão normativa, ainda que decorrente do artigo 84, VI da CRFB/88 (poder regulamentar da Administração Pública), melhor. Todavia, conforme se sustentou anteriormente, os princípios democrático e finalidade administrativa, bem assim o dever de atuação consensual da Administração Pública legitimam a decisão motivada, dentro de um processo regulatório, pelo afastamento da sanção ou sua conversão em investimento na execução do serviço público delegado, sempre que, no caso concreto, isto se mostrar como algo que melhor prestigie o cidadão e o interesse público.

Em se tratando de celebração de Termo de Ajuste de Gestão para que se converta a sanção pecuniária em investimentos, algumas questões se apresentam como polêmicas, a saber: a) seria possível ao Poder Público renunciar o recebimento do valor da multa que já foi aplicada? E se o valor da multa constituir receita própria do ente regulador e não do Poder Concedente? b) esta “renúncia” viola da Lei de

¹⁵ Sobre a função regulatória judicante com fundamento na mediação, confira-se a doutrina, sempre viva, de Marcos Juruena Villela Souto: “(...) *O papel do mediador será, assim, coordenar ações e despertar a motivação na busca dos ganhos mútuos na solução do conflito, de modo a reduzir a diferença de interesses e a inflação (psicológica) do problema pela via da reconciliação e da deflatação. O recurso à mediação por agente neutro é fundamental; o mediador intervém na pesquisa de soluções, no favorecimento de trocas construtivas, estimulando as comunicações e no enquadramento das negociações, determinando e explicando as regras procedimentais, assumindo, aqui, papel relevante: a observância das normas regulatórias (de caráter geral).* In *Direito Administrativo Regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 61.

¹⁶ WILLEMAN, Flávio de Araújo. *Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 83.

¹⁷ Em sentido contrário, ao que parece, é a posição de Luciano Ferraz que, a despeito de não exigir norma oriunda do Poder Legislativo, entende necessário ato normativo do ente ou órgão autônomo (Tribunal de Contas) em que se pretende realizar o Termo de Ajuste de Gestão. Ob cit. pag. 47. Em palestra proferida no VIII Fórum Brasileiro sobre as Agências Reguladoras – Regulação Econômica e Segurança Jurídica, no dia 11-04-12, no Hotel Windsor Guanabara – Rio de Janeiro, o Professor Carlos Ari Sundfeld sustentou que se as penalidades estiverem previstas em lei formal, há, como consequência, a necessidade de previsão em lei para celebração do TAG; em caso inverso, bastaria normatização pela própria agência reguladora.

Responsabilidade Fiscal? c) é necessária a edição de lei, isto é, consentimento do Poder Legislativo, para que a “renúncia” seja considerada legítima? Tentarei responder objetivamente as indagações aqui propostas.

Necessário destacar, novamente, que a sanção administrativa não é um fim em si mesmo; não constitui ato vinculado do Poder Público. Com efeito, uma vez aplicada a sanção administrativa pecuniária, isto não importa, como consequência imperativa e irrevogável, em um dever vinculado de sua execução. A execução/cobrança da sanção pecuniária (multa) é, sem dúvidas, o caminho natural, mas não o único.

Possível, assim, caso exista provocação fundamentada, justa e razoável do concessionário, que o Poder Público decida, de forma motivada e técnica, pela conversão da multa em obrigação de fazer ou mesmo do seu conteúdo em investimento no segmento objeto da regulação.

Com efeito, tenho que não é possível, *sob pena de desvio de finalidade*, que o valor da multa, em se tratando de concessão, seja convertido para fim outro que não o de aprimoramento extraordinário (fora dos deveres de investimento previstos no contrato) do serviço concedido, com a expressa modificação de postura tida por irregular pelo Poder Público.

Note-se, assim, que a celebração do TAG para conversão da multa em investimento no serviço público concedido não constitui perdão ou mesmo absolvição do concessionário faltoso; também não se revela como renúncia de receita, na medida em que o valor será devido pelo concessionário, mas aplicado diretamente na melhoria de prestação do serviço público. O concessionário, em verdade, estará sendo obrigado a investir valores extraordinários na modernização do serviço concedido, sem que isto represente motivo para reequilíbrio econômico e financeiro do contrato.

Partindo da premissa de que o Termo de Ajuste de Gestão será sempre fruto de uma decisão técnica que resultará de um processo administrativo regulatório, creio não ser óbice à conversão do valor da multa em investimento eventual disposição legal – *muito comum, diga-se de passagem* – que preveja ser o numerário receita originária dos entes reguladores.

A atuação das agências reguladoras se direciona a prestigiar e a defender o *interesse público primário*¹⁸ que, nas concessões, representa a intangibilidade dos contratos e a imposição de prestação do serviço adequado aos usuários pela empresa concessionária.

¹⁸ A respeito da distinção entre o interesse público primário e o interesse público secundário, confira-se a lição de Renato Alessi: “*Questi interessi pubblici, collettivi, dei quali l’amministrazione deve curare il soddisfacimento, non sono, si noti bene, semplicemente l’interesse dell’amministrazione intesa come aparato organizzativo, sibbene quello che è chiamato l’interesse collettivo primario, formato dal complesso degli interessi individuali prevalenti in una determinata organizzazione giuridica della collettività, mentre l’interesse dell’aparato, se può esse concepito um interesse dell’aparato unitariamente considerato, sarebbe semplicemente uno degli interesse secondari che si fanno sentire in seno allà collettività, e che possono essere realizzati soltano in caso di coincidenza, e nei limiti di siffatta coincidenza, com l’interesse collettivo primario. La peculiarità della posizione giuridica della pubblica amministrazione sta appunto in ciò, che la sua funzione consiste nella realizzazione dell’interesse collettivo, pubblico, primario.*” In: *Principi di Diritto amministrativo*. Milano: A. Giuffrè, 1966, pp. 200-201.

Ora bem. Em se verificando que a conversão da multa para investimento atenderá o *interesse público primário*, não poderá a entidade reguladora se opor a tal “operação” com o único e exclusivo argumento de que tal valor lhe pertence como receita própria. Estar-se-ia subvertendo os fins da regulação para fazer com o que o *interesse público secundário*, representado pela formal necessidade arrecadatória das agências reguladoras, prepondere sobre os direitos fundamentais dos cidadãos de receberem serviços públicos adequados, inserindo-se neste conceito as noções de atualidade, segurança, modernização e universalidade, previstas no artigo 6º, § 1º da Lei Federal nº 8.987/95.

A meu sentir, cuida-se de excepcional hipótese de ponderação de valores¹⁹ entre o direito fundamental do cidadão de receber serviços públicos adequados (interesse público primário), sobretudo decorrente dos investimentos extraordinários que não serão objeto de “ressarcimento” pelo Poder Público em reequilíbrio econômico e financeiro do contrato, e um possível direito arrecadatório das agências reguladoras previsto em lei (interesse público secundário)²⁰.

Creio, assim, ser direito subjetivo das agências reguladoras receberem o valor das multas, quando a lei assim dispuser, se a multa for exigível à luz do interesse público primário. Do contrário, sendo a melhor opção a conversão da multa em investimento para garantir o fundamental direito do cidadão de receber serviço público adequado, afasta-se, no caso concreto, a expressa disposição legal que, na hipótese, se revelará inaplicável face à necessidade técnica (objeto de decisão no processo regulatório) de se prestigiar o bem-estar da sociedade no recebimento de serviços adequados.

¹⁹ É controvertida na doutrina a possibilidade de ponderação de valores entre princípios e regras jurídicas, com prevalência dos princípios. Tem se admitido tal interpretação jurídica de forma excepcional, quando um princípio constitucional colidir com regra infraconstitucional que, no caso concreto, se apresente para tutelar interesse jurídico de menor densidade para garantir direitos fundamentais. Confira-se, a propósito, a doutrina de Thomas Bustamante: “*Como veremos a seguir, as regras não podem entrar em colisão com outras regras, já que os conflitos entre essas espécies de normas são solucionados ou com fundamento nos critérios clássicos da hierarquia, da especialidade e da norma mais recente, ou por meio da introdução de uma cláusula de exceção em uma das regras. Essa circunstância não exclui, porém, a possibilidade de uma regra jurídica entrar em colisão com um princípio. Quando isso acontece é que se pode admitir, eventualmente, a superação de uma regra jurídica.*” *Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões contra legem.* In Revista Direito, Estado e Sociedade, nº 37, p. 152/180, jul/dez 2010

²⁰ O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento Recurso Extraordinário nº 346180/DF (discussão sobre investigação de paternidade e coisa julgada), julgou ser possível a ponderação de valores entre regras e princípios constitucionais, com prevalência dos princípios, à luz do caso concreto. Confira-se, a propósito, parte do voto-vista do Ministro Luiz Fux: “37. Assim, a técnica da ponderação apenas poderá levar ao afastamento de uma regra jurídica quando restar demonstrado, de modo fundamentado, que os princípios que lhe são contrapostos superam, axiologicamente, o peso (i) da razão subjacente à própria regra e (ii) dos princípios institucionais da previsibilidade, da igualdade e da democracia. Deste modo, como afirma o Prof. Luis Roberto Barroso especificamente quanto à tese da relativização da coisa julgada material (BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 226), a técnica da ponderação, instrumentalizada pelo postulado da proporcionalidade, tem de ser usada com cautela, já que a previsão da coisa julgada como uma regra “*reduz a margem de flexibilidade do intérprete*”. 38. A hipótese dos autos, no entanto, tende a caracterizar justamente a excepcionalidade capaz de autorizar o afastamento da regra da coisa julgada material, em prol dos direitos fundamentais à filiação e à assistência jurídica aos necessitados.” Informativo de Jurisprudência do STF nº 631.

Em síntese parcial, creio ser possível argumentar que a expressa previsão de receita das multas aplicadas a concessionários para as agências reguladoras não pode impedir que, no caso concreto, se afaste a execução/cobrança do *quantum* para possibilitar a conversão do numerário em investimento no serviço público concedido. Creio que a regra deve ser interpretada para multas aplicadas e executadas, mas nunca para impedir a melhoria na prestação do serviço concedido o que, em última análise, constitui atuação administrativa que prestigia e confere eficácia ao direito fundamental do cidadão de receber serviços públicos adequados.

Creio que a operação de conversão de sanção pecuniária em investimento, mesmo que os valores das multas constituam receita das agências reguladoras ou do Poder Concedente, não viola os dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC, nº 101/2000), notadamente o artigo 14²¹, que trata das hipóteses de renúncia de receita. Isto porque, a meu sentir, a “operação” aqui alvitrada para ser objeto de um TAG não constitui receita tributária das agências reguladoras ou do Poder Concedente, e, tampouco, se afigura como subvenção ou incentivo financeiro ao concessionário.

A hipótese cuida, apenas, de alterar a destinação do valor da multa, de modo a possibilitar, com a reversão da aplicação do dinheiro para uma atuação vinculada do concessionário em melhoria extraordinária (porque não prevista no contrato de concessão) do serviço prestado ao usuário.

Por fim, resta saber se há necessidade de expressa previsão legal, isto é, de consentimento do Poder Legislativo, para que uma multa aplicada ao concessionário seja convertida em investimento no serviço público delegado. Entendo que a resposta é negativa.

É de conhecimento convencional que as hipóteses de controle da Administração Pública pelo Poder Legislativo têm de estar expressamente previstas na Constituição da República, sob pena de “interferência” indevida de um Poder sobre ou outro, fato que viola princípio da separação de poderes.

Após cotejar todas as regras atinentes à Administração Pública (artigo 37 e seguintes) e das competências do Poder Legislativo (artigo 49 e seguintes) previstas na Constituição da República de 1988, não se vislumbra a exigência formal de

²¹ Art. 14. A concessão ou ampliação do incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições:

I - demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que não afetar as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias;

II - estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no *caput*, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.

§ 1º A renúncia compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado.

§ 2º Se o ato de concessão ou ampliação do incentivo ou benefício de que trata o *caput* deste artigo decorrer da condição contida no inciso II, o benefício só entrará em vigor quando implementadas as medidas referidas no mencionado inciso.

autorização legislativa para que, como conclusão de um processo administrativo regulatório, se permita a celebração de um Termo de Ajuste de Conduta ou de Gestão para que uma multa aplicada a um concessionário seja convertida em investimentos no serviço público concedido ao invés de ingressar nos cofres do Erário.

Se assim é, e efetivamente o é, creio inexistir a necessidade de prévia autorização legislativa para a realização de TAG que permita a conversão de multa em investimento, o que, se efetivamente constar expressamente de lei, afigurar-se-á violador do artigo 2º da CRFB/88 e, por isso, inconstitucional por contrariedade ao princípio da separação de poderes.

4. Conclusão

Sem a pretensão de ter esgotado o tema e, muito menos de tê-lo abordado de forma definitiva, alinhado, abaixo, de forma objetiva, as conclusões deste trabalho:

- a) A sanção pecuniária aplicada à concessionária necessita de prévio processo regulatório em que se garanta o contraditório e ampla defesa. Do mesmo modo, a celebração de Termo de Ajuste de Gestão exige, para sua validade, decisão motivada e técnica em processo regulatório, fruto de consenso entre o poder concedente e o concessionário, mediado pelo ente regulador competente;
- b) O Termo de Ajuste de Gestão prescinde de prévia autorização legislativa para ser realizado, na medida em que se insere nas regulares atividades do Poder Executivo e é fruto da função regulatória judicante;
- c) A conversão de multa em investimento no serviço público delegado, decorrente da celebração de um Termo de Ajuste de Gestão, não viola o artigo 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal, na medida em que a multa: **(i)** não se afigura receita tributária ou mesmo subvenção concedida ao concessionário; e **(ii)** não constitui, efetivamente, renúncia de receita, vez que o valor da multa continuará ser devido pelo concessionário, apenas sua destinação é que será diversa, não ingressando nos cofres públicos, sendo objeto de investimento extraordinário na concessão (que não possibilita o reequilíbrio econômico e financeiro do contrato);
- d) Eventual regra que estabeleça a sanção pecuniária como receita das Agências Reguladoras pode, no caso concreto, em juízo de ponderação de valores, ser afastada, para fazer prevalecer o direito fundamental do cidadão de receber serviço público adequado a partir de aplicação, na concessão, do valor da multa que fora aplicada ao concessionário. Trata-se de estabelecer a prevalência do interesse público primário (da sociedade) sobre o interesse público secundário (arrecadatório do ente regulador independente).