

Art. 26 da LINDB

Novo regime jurídico de
negociação com a Administração
Pública

Article 26 of LINDB

*New legal framework of
administrative settlements*

Sérgio Guerra¹

Juliana Bonacorsi de Palma²

¹ Pós-Doutor (*Visiting Researcher*, Yale Law School), Doutor e Mestre em Direito. Pós-Doutor em Administração Pública. Diretor e Professor Titular de Direito Administrativo da FGV Direito Rio no Programa de Mestrado em Direito da Regulação. Editor da *Revista de Direito Administrativo (RDA)*. Professor Colaborador do Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP (2018.1). Coordenador do Curso Internacional Business Law da University of California - Irvine. Embaixador da Yale University no Brasil. Consultor jurídico da Comissão de Direito Administrativo da OAB/RJ. O tema, sob a ótica dos acordos substitutivos como instrumento de regulação ambiental, foi explorado pelo autor em artigo ainda não publicado, em parceria com o Professor Rômulo Sampaio. *E-mail*: <sergio.guerra@fgv.br>.

² Mestre e Doutora pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Master of Laws (LL.M.) pela Yale Law School. Professora da FGV Direito SP. Coordenadora do Grupo Público da FGV Direito SP e colaboradora da Escola de Formação Pública. *E-mail*: <juliana.palma@fgv.br>.

RESUMO

A Lei nº 13.655/18, que altera a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), representa um novo marco à consensualidade administrativa. Seu art. 26 consiste em efetivo permissivo genérico para que a Administração Pública celebre acordos. Ao criar uma nova figura consensual – o compromisso da Nova LINDB –, a Lei nº 13.655/18 define um novo regime jurídico à consensualidade administrativa, cujas principais características são: propiciar segurança jurídica à celebração de acordos administrativos, a partir do endereçamento de dúvidas jurídicas e distorções em sua prática, e garantir compromissos mais eficientes à sociedade como um todo, e não apenas aos celebrantes, satisfazendo interesses gerais. Este artigo se propõe a destrinchar este novo regime jurídico da negociação com a Administração Pública, focando no compromisso da Nova LINDB, com a finalidade de melhor compreender a intenção legislativa e indicar os seus contornos práticos.

PALAVRAS-CHAVE

Consensualidade – Acordos Administrativos – Compromisso – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Segurança Jurídica

ABSTRACT

The 13.655/18 Law, which partially derogates the Introduction to the Brazilian Law Act, is a new paradigm for public consensualism. Its article 26 is a generic authorization for Public Administration to engage in settlements. Creating a new consensual tool – the LINDB commitment –, Law 13.655/18 defines a new legal framework for administrative settlements aimed at enhancing legal certainty by addressing legal issues and distortions and promoting general interests that favor society in general besides the parts. This paper tackles this new legal framework of administrative settlements, focusing on the LINDB commitment to understand its original intent and how does it operate.

KEYWORDS

Consensualism – Administrative Settlements – Commitment – Introduction to the Brazilian Law Act – Legal Certainty

Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

§1º O compromisso referido no caput deste artigo:

I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;

II - (VETADO);

III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;

IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

§2º (VETADO).

1. Introdução

Apesar de ser relativamente recente a abertura da Administração Pública aos acordos, é notável o desenvolvimento da consensualidade administrativa. Isso se deve não apenas ao intenso volume de edição de normas dispendendo sobre instrumentos consensuais³ ou ao crescimento numérico de ajustes, compromissos, termos e acordos no lugar da clássica decisão imperativa e unilateral.⁴ Ocorre que os acordos administrativos se afirmaram como efetiva

³ Sobre a evolução da disciplina normativa dos acordos administrativos, cf. PALMA, 2015, p. 189-234.

⁴ O ano de 2017 foi o recorde de quantidade de proponentes de termos de compromisso no âmbito da Comissão de Valores Mobiliários (CVM): 115 proponentes, 43 processos aprovados para celebração de termo de compromisso ao valor total de R\$20,7 milhões. Cf. *Relatório da Atividade Sancionadora*. CVM, 2018, p. 20. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/publicacao/relatorio_atividade_sancionadora/anexos/2018/20180606_relatorio_atividade_sancionadora_1_trimestre_2018.pdf>. Acesso em: 10 set. 2018. Para a CVM, a preferência pela via consensual é claramente colocada na instituição: “[a] CVM entende que a celebração desses ajustes representa alternativa rápida e menos custosa para o encerramento de processos, sem prejuízo da cessação e da correção da irregularidade, do ressarcimento dos eventuais prejuízos e do desestímulo a infrações futuras”. *Idem*, p. 13.

via decisória do Poder Público, estando praticamente sempre presente no exame de discricionariedade do gestor público. Em termos de *cultura jurídica*, a consensualidade se afirmou como técnica de desenvolvimento das atividades administrativas por vezes preferível dentre as vias tradicionais.

Com a edição da Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, o Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, doravante LINDB), foi alterado com a inclusão de dispositivo que, expressamente, cria um novo regime jurídico geral que autoriza o administrador público a promover negociações com particulares, por meio de acordos e compromissos visando pôr fim a irregularidade, incerteza jurídica e situações contenciosas.

O art. 26 da LINDB traz o sentido geral no seu caput e os vetores interpretativos nos seus parágrafos e incisos, em textual:

Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

§1º O compromisso referido no caput deste artigo:

- I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;
- II - (VETADO);
- III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;
- IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

§2º. VETADO.

O texto normativo, de certa forma, estrutura o que normas esparsas já tratam, desde longa data, como se verá, sobre institutos que direcionam a Administração Pública à consensualidade administrativa, envolvendo a celebração de acordos substitutos da sanção e demais compromissos de ajustamento de comportamento.

Com efeito, a legislação anterior à LINDB, em situações variadas, já permite aquilo que a doutrina denomina de “acordo substitutivo”.⁵ Exemplos dessa fase do direito público aparecem nos acordos firmados por órgãos ambientais,⁶ pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM),⁷ pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE),⁸ e, especialmente, pelas agências reguladoras.⁹

No setor de infraestrutura, por exemplo, concessionárias de serviço público, em alguns casos, deixam de pagar os valores decorrentes de multas aplicadas por agência reguladora por não cumprir um plano de investimentos e expansão de redes. Ao invés de serem sancionadas pelo agente regulador, as

⁵ “Os acordos substitutivos caracterizam-se pelo efeito terminativo do processo administrativo no qual são celebrados. Quando firmados, estes acordos substituem a decisão unilateral e imperativa da Administração Pública ou findam o processo instaurado para conformação do provimento administrativo” (PALMA, 2015, p. 252).

⁶ A consensualidade no aspecto de controle da regulação, tratada pela doutrina de Direito Administrativo como uma “nova fase do direito público”, já se encontra inserida no subsistema de Direito Ambiental desde o início da década de 1980. Nesta área os acordos substitutivos são permitidos há quase quatro décadas, muito antes da reforma do modelo institucional da Administração Pública na década de 1990. Desde a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981), os órgãos ambientais podem se valer de medidas compensatórias em substituição aos clássicos tipos de sanções administrativas. Esse instituto em matéria de regulação ambiental veio concebido como um instrumento de política ambiental, denominado de “penalidade compensatória”. Na prática, contudo, mesmo regulamentado durante as décadas de 1980, 1990 e 2000, raras foram as oportunidades em que os órgãos ambientais aceitaram substituir a penalidade compensatória por acordo de compromisso. Recentemente, o tema voltou com força em matéria de regulação ambiental com o detalhamento minucioso do procedimento e da forma do “Programa de Conversão da Multa Simples em Serviços de Preservação, Melhoria e Recuperação da Qualidade do Meio Ambiente” (artigos 139 e seguintes do Decreto nº 6.514, de 22 de julho de 2008, com as alterações promovidas pelo Decreto nº 9.179, de 23 de outubro de 2017).

⁷ Cf. Lei nº 6.385/76, art. 11, §5º, de seguinte redação: “[a] Comissão de Valores Mobiliários, após análise de conveniência e oportunidade, com vistas a atender o interesse público, poderá deixar de instaurar ou suspender, em qualquer fase que preceda a tomada de decisão de primeira instância, o procedimento administrativo destinado à apuração de infração prevista nas normas legais e regulamentares cujo cumprimento lhe caiba fiscalizar, se o investigado assinar termo de compromisso no qual se obrigue a: I – cessar a prática de atividades ou atos considerados ilícitos pela Comissão de Valores Mobiliários; e II – corrigir as irregularidades apontadas, inclusive indenizando os prejuízos”. Esta redação foi dada pela recente Lei nº 13.506/2017, que passou a disciplinar o processo administrativo sancionador no âmbito da CVM e do Banco Central e dispôs de modo mais detido sobre os termos de compromisso e os acordos administrativos em processos de supervisão. Sobre a dinâmica de celebração de termos de compromisso pela CVM, cf. LIMA, 2016, p. 7-38.

⁸ São os exemplos dos acordos de leniência e dos termos de compromisso de cessação no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

⁹ As normativas mais avançadas de acordos administrativos em Agências Reguladoras são a Resolução ANATEL nº 629/2013 (RTAC), a Resolução ANTT nº 5.823/2018 e a Resolução ANAC nº 472/2018. Sobre a evolução da construção normativa regulatória sobre acordos administrativos, cf. PALMA, 2017, p. 65-113.

concessionárias propõem – e firmam – um acordo para aplicação de valores em determinadas utilidades.

A Lei nº 13.655/2018 consagra a dinâmica de atuação consensual ao estabelecer permissivo genérico para que toda a Administração Pública, independentemente de lei ou regulamento específico, celebre compromissos. Também confere importantes diretrizes para uma prática consensual com negociação mais pública e paritária, visando ao efetivo atendimento de interesses gerais. Assim, trabalha para o desenvolvimento da consensualidade administrativa com maior efetividade e segurança jurídica.

No presente artigo pretendemos analisar os fundamentos e a prática dos acordos administrativos a partir da nova disciplina conferida pela Lei nº 13.655/2018.

2. A vetusta imperatividade do ato administrativo

O Estado Democrático de Direito estabelece um regime de liberdades fundamentais, assegurando aos cidadãos um elenco de direitos individuais, constitucionalmente protegidos, os quais devem ser exercidos com observância e respeito aos direitos dos demais cidadãos. Por ter o Estado avocado para si a obrigação de manter incólume os direitos individuais, tornou-se indispensável disciplinar os aspectos da vida social e dotar a Administração Pública de funções para restringir o direito e proibir o abuso sem a necessidade de submetê-las ao Poder Judiciário. Para tanto, o Estado se vale da função conhecida como “poder de polícia”.

Essa função pode ser conceituada como sendo o conjunto de intervenções do poder público no sentido de disciplinar, negativamente, a ação dos cidadãos, objetivando prevenir ou reprimir perturbações à ordem pública, dividindo-se em ordem, consentimento, fiscalização e sanção, só podendo ser exercida por órgão ou entidade de direito público, nos termos da competência atribuída por lei.¹⁰

Cumprê destacar que por poder de polícia deve-se entender, na esteira do conceito positivado no artigo 78, do Código Tributário Nacional (CTN), a atividade da Administração Pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em

¹⁰ MOREIRA NETO, 2014, p. 438.

razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do poder público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Ademais, é importante destacar que, em tese, considera-se regular o exercício do poder de polícia de acordo com o disposto no parágrafo único do citado artigo 78 do CTN – o desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável –, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder. Ou seja, sempre se levou em conta, como pressuposto legal para o exercício do poder de polícia, que o mesmo seja exercido (i) pela autoridade pública a qual (ii) a lei atribuiu específica competência. Veja-se como essa função foi examinada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

No sistema jurídico brasileiro, o emprego do poder estatal para restringir e condicionar liberdades e direitos individuais é uma exceção às suas correspectivas afirmações e garantias constitucionais, daí a razão pela qual somente possa ser exercido sob estrita reserva legal (CF, art. 5.º, II). Ao legislador, portanto – por ser o competente para definir as hipóteses excepcionais de restrição e condicionamento de direitos individuais em prol do interesse público, é que cumpre a tarefa, nada simples, de instituir normas de polícia, com vistas a dosar e a adequar o exercício dos direitos individuais às exigências do convívio social, atendendo ao que Otto Mayer denominou de realidades individuais com o emprego dos meios de ação administrativos. Porém, como essas normas de polícia devem ser aplicadas a miríades de diferentes hipóteses concretas da vida social, em que hipotéticas condutas capazes de prejudicar o interesse geral poderão assumir matizes que escapam às mais elaboradas previsões e exemplificações normativas, o legislador nelas se vale da caracterização de tipificações suficientemente abertas para, genericamente, abrangê-las a todas, expressando-as em comandos de conteúdo amplo, valendo-se do instituto da discricionariedade, para cometer ao administrador público o encargo de regulá-los e de aplicá-los aos casos concretos no exercício das funções de polícia.¹¹

¹¹ *Idem*, p.438.

Nesse exato sentido, oportuna é a transcrição de texto clássico de Caio Tácito, ao observar a importância do exercício do poder de polícia decorrente da força de lei:

O exercício do poder de polícia pressupõe, inicialmente, uma autorização legal explícita ou implícita atribuindo a um determinado órgão ou agente administrativo a faculdade de agir. A competência é sempre condição vinculada dos atos administrativos, decorrentes necessariamente de prévia enunciação legal. A sua verificação constitui, portanto, outro limite à latitude da ação de polícia que somente poderá emanar de autoridade legalmente habilitada.¹²

Destaca-se das lições transcritas acima a necessidade de preservação de controlada amplitude discricionária no exercício do poder de polícia pela Administração Pública. A impossibilidade de detalhamento por lei de toda e qualquer situação de controle impõe ao agente estatal a necessidade de, com responsabilidade, exercer o poder de polícia que melhor atenda ao interesse público.¹³

A legislação brasileira, até a década de 1980, não permitia que uma decisão administrativa, decorrente de ato ou contrato administrativo, em que houvesse sido imposta uma penalidade ao agente privado, no âmbito da função estatal de poder de polícia, fosse alterada por meio de algum acordo ou compromisso, notadamente se isso importasse suspensão de uma sanção em troca de determinada obrigação. Em outras palavras, a sanção decorrente do exercício legítimo de função administrativa não poderia estar sujeita à consensualidade entre Administração Pública e agente privado, tudo a bem do interesse público.

Com efeito, uma decisão tomada por um agente estatal, representante de determinado órgão público, tem a natureza de ato administrativo. Em regra, esse ato é obrigatório (imperativo) e deve ser cumprido pelo particular.

¹² TÁCITO, 1950, p. 4, 11.

¹³ Nesse sentido, a consensualidade está umbilicalmente ligada ao princípio da legalidade. Nas palavras de Renato Horta Rezende, a “[...] utilização da consensualidade funda-se na teoria discursiva do direito (HABERMAS, 2012) em que a validade das integrações sociais está condicionada ao procedimento racional e imparcial de elaboração normativa cujo criador e destinatário se confundem. Assim, se para a formação da norma coercitiva institucional é necessário o consenso eleitoral na formação das casas representativas, em momento posterior, é razoável admitir que, não sendo a norma suficiente a regular todas as circunstâncias fáticas do convívio social, a incompletude legislativa deve ser resolvida por meio de atos consensuais (MUZZI FILHO, 2013)” (REZENDE, 2017, p. 279).

Começa a valer a partir da sua ciência, seja por meio de intimação pessoal, seja mediante publicação no órgão de imprensa oficial.

O não cumprimento espontâneo, voluntário, pelo particular, de uma imposição administrativa importa descumprimento de um ato decorrente do poder de polícia enseja a aplicação das penalidades contidas nas normas legais e instrumentos de consentimento (licenças e autorizações). O particular, regra geral, só não deve cumprir a decisão administrativa se obtiver uma decisão administrativa superior ou decisão judicial, de natureza cautelar, que lhe retire o efeito de imperatividade imediata.

Contudo, a imposição de sanções, muitas vezes, pode não ser a melhor alternativa sancionatória. Os muitos anos até a consolidação administrativa e judicial do débito, atrelado ao recolhimento ulterior a um fundo sem destinação específica e com regras bastante restritivas de reversão em investimentos, pode sugerir, a depender da análise do caso concreto, que uma composição com efeitos imediatos, reais e concretos se constitua em penalidade compensatória mais eficiente.¹⁴

A instrumentalização desse caráter compensatório da sanção revela a importância dos mecanismos de consensualidade no direito brasileiro, defendidos como tendência dessa disciplina jurídica a partir do reconhecimento da possibilidade de potencialização do interesse público e de maior paridade na relação entre Administração Pública e agente regulado.¹⁵

3. Consensualização no Direito

Se devidamente intimado da decisão administrativa – e em não havendo possibilidade de interposição de recurso administrativo com efeito suspensivo –, o agente privado deixar de cumprir o ato sancionador, o agente estatal

¹⁴ Pela eficiência, a consensualidade ganha *status* constitucional, na medida em que, segundo André R. Cyrino, decorre "(i) da necessidade da máxima realização do amplo e custoso rol de direitos fundamentais previstos na Constituição; (ii) do dever de escolhas adequadas e necessárias sobre quais direitos serão realizados, em cada momento, em maior ou menor intensidade; (iii) da análise de custo-benefício sobre tais escolhas, decorrente do dever de proporcionalidade; (iv) da verificação da melhor intensidade da intervenção estatal a partir dos princípios gerais da ordem econômica, isto é, na busca da intervenção mais eficiente, ou sensata; bem como (v) da existência de dispositivos específicos de desenvolvimento e bem-estar (art. 3º), eficiência (art. 37) e economicidade (art. 70)" (CYRINO, 2010, p. 162).

¹⁵ Para Paula L. R. Lopes, a atuação consensual da Administração Pública, calcada na juridicidade, encontra fundamento constitucional, na medida em que se conforma aos princípios democrático, cidadania, dignidade da pessoa humana, livre iniciativa e eficiência. Assim, para a autora, a consensualidade constitui "[...] princípio constitucional implícito, decorrente do princípio fundamental da democracia [...]" (LOPES, 2017, p. 383).

poderá adotar as medidas para “intervir na vontade da parte regulada para fazer cumprir a decisão, ressalvada, apenas, a hipótese de cobrança de multas (que deve ser feita em juízo)”.¹⁶

Bem por isso, Marcos Juruena Villela Souto adverte que a decisão regulatória se impõe e a parte que não a cumpre voluntariamente, sem obter qualquer decisão cautelar que lhe retire o efeito de imperatividade para possibilitar, se ainda cabível, algum tipo de discussão quanto à sua validade ou eficácia, está descumprindo o ordenamento setorial, violando, assim, condição de permanência no seguimento regulado.¹⁷ Após a decisão reguladora judicante, em que houver sido imposta uma penalidade ao agente regulado, é justo concluir pela possibilidade de adoção pelo regulador de um ajustamento da sanção, de modo que se satisfaçam, com igual modo de contentamento, os interesses envolvidos, instrumento esse que se convencionou denominar, pela doutrina, de “acordos substitutivos”.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto leciona que os “acordos substitutivos” são termos firmados pela Administração Pública, diretamente ou mediante provocação do interessado, quando uma composição ou ajuste for mais vantajoso ao interesse público do que as consequências decorrentes de um ato administrativo proferido em um processo administrativo.¹⁸ A consensualidade está umbilicalmente atada à ideia de respeito à boa-fé entre o Estado e o agente regulado:

A consensualidade, por certo, não estará destinada a substituir as formas tradicionais de ação imperativa do Estado, mas, sem dúvida, já representa uma mudança substancial em inúmeras modalidades de atuação, concorrendo para a redução do arbítrio e da conflitualidade, sempre mais frequentes na atuação predominantemente unilateral do Estado.¹⁹

Regra geral, não há um roteiro nem prestações predeterminadas acerca do que fazer em substituição às sanções. Esses acordos podem ser firmados por provocação do agente privado interessado ou, até mesmo, pela própria Administração Pública. Devem estar presentes quando uma composição

¹⁶ *Idem*, p. 66.

¹⁷ SOUTO, 2002, p. 65.

¹⁸ MOREIRA NETO, 2003, p. 153.

¹⁹ MOREIRA NETO, 2008, p. 118-119.

consensual for mais vantajosa ao interesse público do que a simples penalização (aplicação de sanção) pelo poder estatal. Nesses casos, em que houver a possibilidade de ser firmado um acordo substitutivo, a sanção pode ser substituída por determinada prestação, desde que tal providência, na ponderação dos interesses envolvidos, resultar numa otimização do benefício geral em relação à restrição do direito do particular.

A consensualidade como instituto de maximização do interesse público na atividade de controle exercida pela Administração Pública já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em acórdão de 2002:

Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ultimação deste interesse. Assim, tendo o acórdão recorrido concluído pela não onerosidade do acordo celebrado, decidir de forma diversa implicaria o reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado nesta instância recursal (Súm. 279/STF). Recurso extraordinário não conhecido.²⁰

No caso, houve expresse reconhecimento de que a transação celebrada entre Administração Pública e as autoras da ação que questionaram o poder de controle de município de Minas Gerais maximizava o interesse público. Nessa linha, a análise fática pelo tribunal de origem conclui inexistir renúncia a direitos, alienação de bens ou assunção de obrigação extraordinária pela municipalidade, fatores capazes de infirmar o acordo substitutivo firmado entre poder público e administradas. O STF concluiu pela desnecessidade de lei autorizativa para o exercício da consensualidade, bastando que a análise do caso concreto confirme a real e concreta chance de maximização do interesse público pela composição.²¹

²⁰ RE nº 253.885/MG, Relatora Ministra Ellen Gracie, julgamento em 04/06/2002 na Primeira Turma.

²¹ Nessa linha, o entendimento do STF está em consonância com a doutrina de Renato H. Rezende segundo a qual: "A consensualidade compreende uma das potencialidades decorrentes da lógica racional negocial voltada para a prevenção ou resolução de conflitos, assim, ainda que os partícipes possuam cada qual razões instrumentais pessoais, existindo, inicialmente, o prévio direcionamento à resolução, a consensualidade será possível" (REZENDE, ob. cit., p. 281).

Não obstante, em que pese esse entendimento do STF de 2002, a falta de norma geral sobre esses acordos substitutivos minava a confiança dos administradores públicos em promoverem essa consensualidade como instrumento regulatório de controle. A regulação em matéria ambiental é exemplo disso. Embora com referencial normativo desde 1981, com a publicação da Lei nº 6.938/81, raras foram as vezes em que órgãos ambientais aceitaram trocar penalidades disciplinares por penalidades compensatórias. O recém-publicado Decreto nº 9.179/17, responsável pelo detalhamento procedimental e de forma do “Procedimento de Conversão de Multa Simples em Serviços de Preservação, Melhoria e Recuperação da Qualidade do Meio Ambiente”, sugere que o referencial normativo pretérito, por se apresentar incompleto, não garantia a necessária segurança jurídica ao administrador para buscar a consensualidade com o administrado no exercício do poder de polícia ambiental.

4. O compromisso do art. 26 da Nova LINDB

4.1. O art. 26 da LINDB é o permissivo genérico à celebração de acordos pela Administração Pública

Alinhando-se a outros sistemas jurídicos que dispõem de leis autorizativas genéricas à celebração de acordos pela Administração Pública, a Lei nº 13.655/18 expressamente confere competência consensual de ordem geral ao Poder Público brasileiro. Isso significa que qualquer órgão ou ente administrativo encontra-se imediatamente autorizado a celebrar compromisso, nos termos do art. 26 da Lei, não se fazendo necessária a edição de qualquer outra lei específica, decreto ou regulamentação interna.

O art. 5º, §6º, da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), inserido no texto da Lei pelo Código de Defesa do Consumidor, era então apontado como o permissivo genérico à celebração de acordos pela Administração Pública. É o texto:

§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. (Incluído pela Lei nº 8.078, de 11.09.1990)

O entendimento de que a Lei da Ação Civil Pública trazia o permissivo genérico legal necessário à consensualidade administrativa, embora largamente defensável, era frágil. Além de relevantes posicionamentos doutrinários em sentido contrário, ressentia-se de um precedente judicial mais firme chancelando o referido preceito como autorizador genérico à celebração de acordos administrativos. A insegurança jurídica na consensualidade administrativa colocava-se, portanto, desde a sua origem, no clássico debate sobre a viabilidade jurídica de a Administração Pública transacionar. Por razões marcadamente utilitárias, seguiu-se uma sucessão de normas dispoendo sobre acordos em espécie nos mais variados órgãos e entes administrativos; a cada dia, o número de acordos firmados pelo Poder Público crescia.

O grande mérito do compromisso previsto no art. 26 da LINDB é superar a dúvida jurídica sobre o permissivo genérico para a Administração Pública transacionar. De modo claro e contundente, a autoridade administrativa poderá firmar compromisso, ou seja, celebrar acordos. Para tanto, a LINDB criou uma nova espécie de acordo – o *compromisso do seu art. 26* – e trouxe o *mínimo regulamentar* desta figura, com os requisitos de validade imprescindíveis à efetividade e à garantia dos interesses gerais. O permissivo da Lei da Ação Civil Pública pecava pela ausência de disciplina regulamentar mínima, o que resultou um cenário atentatório ao Estado de Direito: o Ministério Público, parte e operacionalizador da Lei, terminou por dar os contornos regulamentares do TAC na ação civil pública.²² Desse modo, as previsões contidas no art. 26 da LINDB garantem os direitos na negociação e o atendimento ao fim público, como oportunamente será analisado, sem incorrer no risco de subversão ou desnaturação pelo exercício do poder regulamentar.

Assim, no que tange ao debate sobre o permissivo genérico à celebração de acordos pela Administração Pública, duas grandes ordens de interpretação se abrem:

- a) *O art. 26 da LINDB figura como o permissivo genérico à celebração de acordos pela Administração Pública.* Estando o Poder Público imediatamente autorizado a celebrar acordos administrativos – o compromisso do art. 26 da Lei –, é a LINDB o fundamento de validade da consensualidade administrativa. O art. 5º, §6º, da Lei da Ação Civil Pública ficaria adstrito ao âmbito da ação civil pública em fase de inquérito ou após o ajuizamento.

²² Cf. Resolução CNMP nº 179/2017.

- b) *O sistema jurídico brasileiro passa a contar com dois permissivos genéricos: o art. 5º, §6º, da Lei da Ação Civil Pública, e o art. 26 da LINDB.* Sendo coerente com a construção erigida antes do advento da Lei nº 13.655/18, a Lei da Ação Civil Pública permite que o Poder Público celebre compromissos de ajustamento de conduta no âmbito administrativo já que a própria Administração Pública Direta e Indireta é referenciada no rol de legitimados da Lei. Porém, considerando que o art. 5º da Lei da Ação Civil Pública não dispõe do mínimo regulamentar como o fez a LINDB, é imprescindível a edição de regulamento específico dispondo sobre a consensualidade no específico órgão ou ente administrativo. Enquanto o art. 26 da LINDB tem aplicação imediata, porque já dispõe do mínimo regulamentar, o art. 5º, §6º, da Lei da Ação Civil Pública torna imprescindível a disposição deste mínimo regulamentar em norma específica.

De qualquer modo, é assente que outras leis especiais podem dispor sobre acordos em espécie, a exemplo do *compromisso de ajuste de conduta* previsto na Lei de criação da ANS (Lei nº 9.961/2000), afastando-se parcialmente a LINDB, apesar de sua qualidade de lei geral. Não por outra razão, senão por a própria Lei ressaltar o âmbito de aplicação do compromisso de seu art. 26: “observada a legislação aplicável”. Também é claro que os regulamentos editados antes da Lei nº 13.655/18 não serão por ela revogados, pois (i) o art. 26 trata de um específico acordo – o compromisso da LINDB; (ii) os requisitos do compromisso da LINDB já encontram previsão normativa mesmo antes de sua edição, bastando considerar o art. 2º da Lei Federal de Processo Administrativo (Lei nº 9.784/99) e o art. 104 do Código Civil; e (iii) o termo “legislação aplicável” deve ser compreendido de modo amplo – como o vernáculo “lei” no art. 5º, inc. II, da Constituição Federal –, de modo que a LINDB respeita os desenhos normativos consensuais. Se assim não fosse, teria a LINDB o efeito de propagar insegurança jurídica sobre a validade dos acordos celebrados, o que é absolutamente contrário ao seu propósito original.

4.2. Natureza jurídica do compromisso da LINDB

O compromisso previsto no art. 26 da LINDB consiste em autêntico *acordo administrativo*, o que pressupõe a negociação do exercício de determinada prerrogativa pública pelo Poder Público com o particular e a celebração por acordo de vontades no âmbito de um processo administrativo. A respeito

da polêmica em torno da natureza do acordo administrativo²³ – se ato administrativo bilateral,²⁴ contrato administrativo²⁵ ou acordo administrativo *per se*²⁶ – a LINDB parece ter tentado suplantar essa questão por meio da disciplina regulamentar suficiente, que afastaria a necessidade de aplicação subsidiária de normas outras que não as processuais administrativas.

O compromisso pode ser celebrado por qualquer *autoridade administrativa*. Importante frisar que a Lei preferiu se referir à autoridade administrativa em detrimento da estrutura da Administração Pública, possivelmente para evitar debates sobre a capacidade jurídica de órgão, destituído de natureza administrativa, celebrar acordos. A dúvida sobre a capacidade convencional dos órgãos se colocou no tema dos contratos de gestão (como verdadeiros acordos de autonomia) do art. 37, §8º, da Constituição Federal. Para evitar a celeuma, preferiu-se indicar como agente competente a autoridade administrativa.

A LINDB não qualifica quem é essa autoridade administrativa. Aqui, o importante é verificar a *alocação de competências* conforme as normas que informam o funcionamento do órgão ou ente em que o acordo seja celebrado. Podemos compreender pelo menos cinco cenários:

1. *Autoridade competente por especialidade*. Caso haja previsão legal ou regulamentar de um órgão especializado na negociação e celebração de acordos, este será a autoridade competente, a despeito de eventual processo ser conduzido por outro agente que tenha a competência para emitir o ato administrativo em concreto;

2. *Autoridade competente por hierarquia*. No caso específico da *avocação*, a autoridade administrativa será aquela que tiver avocado a competência de órgão hierarquicamente inferior temporariamente, por motivos relevantes justificados e em caráter excepcional (art. 15, Lei nº 9.784/99);

3. *Autoridade competente por delegação*. A rigor, inexistente vedação à delegação da competência para transacionar, salvo se a celebração de acordos for de competência exclusiva do órgão ou autoridade (art. 13, Lei nº 9.784/99).

²³ A melhor síntese do debate é apresentada por LEFÈVRE, 2018, p. 69-87. A melhor aplicação das leituras de ato administrativo e de contrato administrativo à consensualidade administrativo é apresentada por MIRAGAYA, 2016, p. 140-218.

²⁴ Cf. Hugo Nigro Mazzilli, para quem o compromisso de ajustamento de conduta da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) tem natureza de ato administrativo negocial (MAZZILLI, 2017, p. 510).

²⁵ A discussão mais apurada sobre a natureza contratual dos acordos administrativos é apresentada por KIRKBY, 2008, p. 83.

²⁶ Cf., por todos, OLIVEIRA, 2017, p. 516-527. Mariana Carnaes, para quem o compromisso de ajustamento de conduta da Lei da Ação Civil Pública tem natureza jurídica de “negócio jurídico bilateral denominado acordo” (CARNAES, 2016, p. 110).

Todavia, recomenda-se que a delegação seja medida excepcional e devidamente justificada nos termos do art. 12 da Lei Federal de Processo Administrativo, entendendo-se a delegação conveniente por motivos técnicos, sociais, econômicos, jurídicos ou territoriais;

4. *Autoridade competente no ato complexo.* Por vezes, o acordo administrativo tem natureza complexa, pois requer a manifestação expressa de mais de uma autoridade. É o caso, por exemplo, de um órgão de negociação de acordo distinto daquele com capacidade de celebração (como uma diretoria colegiada). Neste caso, a autoridade administrativa corresponde àquele com capacidade de exprimir a vontade e pactuar, mas as etapas preliminares devem necessariamente ser observadas sob pena de invalidação do acordo.

5. *Autoridade competente geral.* As quatro hipóteses antecedentes são situações excepcionais. De um modo geral, a autoridade administrativa para celebrar o compromisso do art. 26 da LINDB corresponde àquela com competência para emitir o ato administrativo no caso concreto. Esta autoridade poderá ser individual ou colegiada, a exemplo dos órgãos decisórios colegiados.

Qualquer prerrogativa pública pode ser objeto de pactuação, como a prerrogativa sancionatória, fiscalizatória, adjudicatória etc. Não há objeto interdito no compromisso. A LINDB sepultou qualquer ordem de discussão sobre a tal “indisponibilidade do interesse público” e o decorrente entendimento esposado por parte (minoritária) da doutrina no sentido de que os assuntos públicos são indisponíveis, negociáveis e transacionáveis. Isso porque o âmbito de aplicação do compromisso da LINDB é delimitado pela *funcionalidade do instrumento*, qual seja, “para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito”. A LINDB condiciona a celebração do compromisso ao seu endereçamento a uma das situações jurídicas concretas na aplicação do Direito Público que lista: (i) irregularidade, (ii) incerteza jurídica ou (iii) situação contenciosa. Assim, a LINDB poderá envolver qualquer assunto público, desde que se destine a endereçar um dos problemas de legitimação do pacto. Essas situações podem ser agrupadas em duas dinâmicas consensuais: a dos acordos substitutivos e a dos acordos integrativos.

a) O compromisso como acordo substitutivo

O compromisso pode se prestar a eliminar *irregularidade do compromitente*, dado o desalinhamento entre a sua conduta e a ordem jurídica, mesmo que

sob apuração. O compromisso que se destine a eliminar irregularidade é aquele que toma do celebrante compromissos de cessação da atividade cuja irregularidade se apura e medidas para superá-la. Os exemplos são variáveis e relativamente recorrentes no processo administrativo sancionador ou fiscalizatório, como o termo de compromisso de cessação no CADE e os acordos substitutivos de sanção de um modo geral. A irregularidade pode decorrer do poder de polícia ou por descumprimento de cláusula contratual, a exemplo de uma determinada concessionária que deixe de realizar os investimentos no período considerado.

A LINDB também indica que o compromisso de seu art. 26 pode ser destinado a eliminar situação contenciosa envolvendo o Poder Público. A aplicação mais evidente deste preceito está nos conflitos deduzidos no contencioso administrativo, geralmente no âmbito de tribunais administrativos, como se evidencia na esfera tributária.²⁷ Nesses casos, o compromisso da LINDB comporta-se como uma conciliação e tem por principal efeito a extinção do processo administrativo contencioso a que se relaciona mediante o cumprimento das obrigações pactuadas. Porém, a autoridade administrativa pode estar diante de uma situação contenciosa na condição de árbitra, como nos conflitos entre concessionárias de serviços públicos. Neste caso, o compromisso será similar uma decisão de mediação.

Contudo, parece-nos adequado considerar que as hipóteses de celebração do compromisso da LINDB são propositalmente indefinidas e fluidas, permitindo até mesmo uma simbiose entre as hipóteses. Nos processos sancionadores, por exemplo, está-se diante de uma situação de irregularidade e igualmente de uma situação contenciosa, considerando a existência de um conflito e de posturas adversariais. Por esta razão, a *tipicidade* do compromisso da LINDB é *relativa*: se o compromisso é expressamente definido e disciplinado na Lei nº 13.655/18, há amplas margens de liberdade para definição sobre a melhor estratégia, o conteúdo das cláusulas compromissórias e seus efeitos. Convém ressaltar que o órgão ou ente administrativo poderá regulamentar o art. 26 da LINDB para sua operacionalização interna.

Para todos os efeitos, nos casos de irregularidade ou de situação contenciosa, o compromisso da LINDB se aproxima da figura do acordo substitutivo, voltado à terminação consensual do processo administrativo. O nome “substitutivo” deve-se ao fato de este acordo substituir a instauração do

²⁷ Reitere-se, a Lei nº 13.655/2018 se aplica à esfera tributária. Cf. MARQUES NETO, 2018. Cf., ainda, SUNDFELD, 2018.

processo, o processo em curso ou a decisão deste processo, inclusive em fase recursal. Como a LINDB não especifica em qual momento processual o compromisso pode ser firmado, entende-se ser viável a terminação consensual do processo administrativo em qualquer uma das seguintes fases: 1. Antes da instauração do processo administrativo; 2. No curso do processo administrativo; 3. Na fase de decisão, ou seja, quando da edição do ato administrativo – em geral, para substituí-lo; 4. Na fase recursal; e 5. Na constituição da coisa julgada administrativa. É nesta dinâmica consensual que fica mais evidente a dualidade acordo *vs.* ato administrativo unilateral e imperativo.

b) O compromisso como acordo integrativo

Incertezas jurídicas também podem ser dirimidas por meio de compromissos cuja principal finalidade seja obter da autoridade administrativa um pronunciamento claro e concreto sobre o objeto da dúvida. Essas são incertezas jurídicas diretamente relacionadas com a aplicação do direito público pela autoridade administrativa, que pode, ou não, ser a sua fonte. Para melhor compreensão do alcance desta hipótese de celebração do pacto do art. 26 da LINDB, convém ressaltar três cenários infelizmente recorrentes no âmbito público e desde já passíveis de resolução via consenso.

Primeiramente, *o Poder Público pode ser a fonte da incerteza jurídica*, como nos casos de demora para a tomada de decisão administrativa,²⁸ a discrepância de entendimentos sobre a aplicação de uma determinada norma na repartição pública ou uma nova composição de colegiado ou de autoridade decisória. Outro cenário corresponde à *discrepância entre o tempo da inovação e o tempo da regulação*. Sabe-se que o tempo de mercado é veloz enquanto a regulação é uma “ação de retrovisor”: analisam-se casos passados visando a uma determinação regulatória com efeitos futuros. Diante de uma nova tecnologia, de uma nova especificação de produto já comercializado ou da importação de produtos não regulados no Brasil, como proceder? Comercializar de imediato²⁹ e contar com a sorte de não ser sancionado posteriormente porque a autoridade entendeu que aquela atividade era irregular? Por fim, mencione-se que a incerteza jurídica pode advir de *características institucionais* que determinadas burocracias apresentam, como incapacidade institucional, politização por

²⁸ No caso brasileiro, o cenário do silêncio administrativo é dramático na medida em que não enseja qualquer ordem de efeitos jurídicos, como no sistema italiano.

²⁹ Salvo nos casos em que a lei demanda prévia autorização para exercício da atividade econômica ou comercialização de produtos, a exemplo da ANVISA no caso em que especifica.

nomeações políticas, falta de recursos ou de pessoal para lidar com o fluxo de processos etc.

Em comum, esses cenários apontam para (i) a ausência de previsibilidade sobre o conteúdo da decisão administrativa; (ii) indefinição quanto ao tempo de tomada da decisão administrativa; (iii) risco de a decisão administrativa final não ser clara e precisa ou, ainda, não ser a mais eficiente no caso concreto por razões institucionais; e (iv) alto potencial de impacto da incerteza jurídica sobre a efetivação de direitos: situações como as descritas podem inviabilizar empreendimentos econômicos e sociais, aumentar o seu custo de transação, retardar negociações e desestimular futuros investimentos quando condicionados a decisões administrativas, como autorizações, permissões e licenças. Ainda, pode-se mencionar (v) a inviabilidade de o Poder Público apresentar uma resposta clara, definitiva e concreta no momento em que se caracteriza a incerteza jurídica; do contrário, já o teria feito.

O compromisso do art. 26 da LINDB visa contornar cenários de incerteza jurídica na aplicação das normas de direito público – qualquer que seja a sua origem, extensão e efeitos – por meio da negociação de alternativas que viabilizam o exercício da competência administrativa. Em termos práticos, no acordo são definidos os compromissos recíprocos para a edição do ato final: o interessado assume uma série de obrigações pactuadas bilateralmente e, se atendidos, o Poder Público compromete-se a convocar o compromisso em decisão final. O compromisso da LINDB para as situações de incerteza se comportaria como um *acordo integrativo* que, sem substituir o ato final, volta-se à integração do conteúdo discricionário do mesmo.³⁰ Assim, o compromisso traz previsibilidade e clareza, pois os termos para a edição do ato final estão traduzidos em cláusulas compromissórias. O compromisso traz os efeitos positivos do ato final, permitindo o exercício de direitos a partir de sua assinatura.

No exemplo de um particular que tenha solicitado determinada autorização para exercício de atividade econômica, ainda pendente, pode-se negociar os termos para viabilizá-la. A ideia não é de simples antecipação da decisão final, pois esta passa a ser condicionada ao cumprimento das obrigações assumidas no compromisso. O compromisso para viabilizar a

³⁰ “Os acordos integrativos caracterizam-se por precederem o provimento administrativo final, sem o substituir, razão pela qual também são denominados de acordos endoprocedimentais ou acordos preliminares. Correspondem aos acordos firmados entre a Administração Pública e o administrado com vistas a modelar o ato final, o qual, contudo, continua sendo de competência unilateral da Administração” (PALMA, 2015, p. 248).

autorização pode prever, por exemplo, as seguintes obrigações: cumprimento de cronograma de investimentos; apresentação de relatórios periódicos, inclusive de impacto; realização de treinamentos internos para capacitação de pessoal; especificação do modo de cumprimento do dever de informar; dentre outros. A assinatura deste compromisso não autoriza em definitivo a atividade, mas adianta os efeitos positivos da autorização e confere clareza sobre os parâmetros decisórios para a tomada de decisão final – o simples cumprimento das obrigações assumidas determina a autorização em definitivo.

4.3. O processo para celebração do compromisso da LINDB

O art. 26 da LINDB terminou por estabelecer processo especial para a celebração do compromisso nele previsto, estruturado nas seguintes fases: (i) iniciativa; (ii) instrução; e (iii) celebração do compromisso.

A *iniciativa* para propositura do compromisso pode vir tanto da autoridade administrativa quanto do interessado. Como se trata de um processo negocial, é imprescindível que a demonstração de interesse em celebrar o acordo seja traduzida a termo quando verbalizada, considerando que os atos processuais devem assumir a forma escrita. O processo consensual pode tanto ser um processo autônomo quanto um apenso ao principal, como os processos de autorização ou sancionadores.

A fase de instrução é marcada pelas seguintes fases: negociação, realização de consulta pública, se for o caso, e oitiva do órgão jurídico.

Ato seguinte, a *negociação* envolverá sempre a autoridade competente e o futuro compromissário, a quem a Lei atribuiu a posição de interessado. Essa terminologia não é aleatória: trata-se da mesma empregada pela Lei Federal de Processo Administrativo para indicar as *partes do processo administrativo federal*, solução esta que pode ser verificada também com relação às demais leis de processo administrativo. Aqui há um reforço à aplicação subsidiária das leis de processo administrativo à celebração do compromisso da LINDB, considerando a natureza jurídica da autoridade administrativa. No caso federal, aplicam-se em especial as garantias previstas na Lei nº 9.784/99: ter ciência da tramitação processual, ter vista dos autos, obter cópias de documentos e conhecer as decisões proferidas (art. 3º, II); direito de ser intimado para ciência de decisão ou para efetivação de diligências (art. 26 e art. 28); garantia da ampla defesa (art. 27); direito de propor atuações probatórias (art. 29); direito de juntar documento e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como

aduzir alegações durante a fase instrutória (art. 38); e direito à manifestação ao término da instrução (art. 44).

É possível que o conteúdo do compromisso possa afetar interesses de terceiros. Se diretamente, convém chamá-los a apresentar defesa sobre o resultado da negociação. Trata-se de dinâmica que remonta à intervenção de terceiros interessados prevista no art. 9º da Lei Federal de Processo Administrativo, pelo qual se reconhece como interessados aqueles que não iniciaram o processo administrativo, mas têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão final, no caso, pelo compromisso.³¹ O direito à ampla defesa se coaduna com o regime de tutela do terceiro interessado pela Lei Federal de Processo Administrativo, mas não nos parece adequado reconhecer-lhes a faculdade de participar da negociação, dada a inexistência de tal direito na legislação. No mais, participação de terceiros interessados inviabilizariam por completo as negociações pela insegurança jurídica em saber se todos os interessados se sentaram à mesa e pela enorme dificuldade de acomodação de diversos interesses.

O direito de participação de terceiros, interessados ou não, no processo de celebração do compromisso se formaliza por meio da *consulta pública*, sempre discricionária. A consulta pública deve ser compreendida nos termos do art. 29 da LINDB, ou seja, instrumento participativo de manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, cujas contribuições devem ser consideradas na tomada de decisão administrativa. Não se deve confundir “ser considerada” com “ser acatada”: o endereçamento de contribuições não gera qualquer ônus à autoridade administrativa senão o de respondê-las, indicando as razões pelas quais serão, ou não, assimiladas na decisão, ainda que genericamente ou em conjunto com outras contribuições em semelhante sentido.

A consulta pública no processo de celebração do compromisso da LINDB tem a finalidade maior de legitimar o acordo e de mapear eventuais conflitos e interesses afetados. Desse modo, as partes dispõem de “espaço de manobra” para anteverem cenários conflitivos e trabalharem para a máxima efetivação e segurança jurídica do acordo. Para tanto, podem construir cláusulas que especificamente trabalhem para minimizar impasses catalogados.

A LINDB não confere maiores diretrizes sobre a oportunidade e a conveniência para a abertura de consulta pública, deixando espaço de ampla

³¹ Cf. art. 9º, inc. II, da Lei nº 9.784/99.

discricionariedade à autoridade administrativa. De fato, o art. 26 restringe-se a aduzir que “quando for o caso”, a consulta pública poderá ser realizada. Para decidir pela abertura da consulta pública, parece-nos adequado considerar seus custos e benefícios. Ao mesmo tempo que a consulta pública opera para a legitimação do compromisso, favorece o mapeamento de interesses, antecipa cenários de conflito e permite um melhor desenho de cláusulas, ela consome tempo, recursos, pode ter por resultado grande volume de contribuições de baixa qualidade, divulga dados e informações que as partes podem preferir que fiquem reservados e ser, por si só, uma fonte de conflitos. Sabendo que esta será uma decisão casuística, de um modo geral a consulta pública é recomendada nos casos de: (i) negociação de altos valores, como nos acordos de investimento bilionários; (ii) desenho de cláusulas com impactos concorrenciais, econômicos ou que importarem em escolha daqueles que se beneficiarão dos benefícios gerados pelo compromisso; (iii) sensibilidade social, política ou humanitária do compromisso, inclusive quanto à desconfiança ética das tratativas; e (iv) em casos cujo cenário do compromisso seja complexo e de difícil mapeamento dos interesses em jogo.

A consulta pública deve se dar preferencialmente por meio eletrônico, como se verifica com praticamente todas as consultas públicas realizadas no Brasil, e fixar tempo suficientemente adequado para que se possa assimilar o material disponibilizado e preparar uma contribuição de boa qualidade. Recomenda-se que seja disponibilizado o processo ao qual o compromisso se relaciona, se for o caso e não estiver sob sigilo, o estágio mais avançado da minuta do compromisso e as peças de análise desenvolvidas pela autoridade administrativa durante a fase de instrução.

A negociação pode ser inteiramente conduzida na forma escrita – com a sucessão de propostas e contrapropostas escritas – ou combinada com uma fase de debates orais. Essa interpretação se apoia na prática usual dos acordos administrativos – não tendo a LINDB definido um rito específico, a prática convencional confere boas balizas para condução do processo. A exemplo dos demais aspectos legais, regulamentos podem especificar o modo de negociação desde que observadas as regras gerais de direito público. Em caso de consulta pública, espera-se mais uma rodada de negociação para endereçar os pontos apresentados nas contribuições; coloca-se o ônus à autoridade administrativa de justificar o porquê de não engatar nova negociação especificamente sobre os novos pontos apresentados em consulta pública.

A oitiva do órgão jurídico já está presente como requisito de validade de vários acordos e tem por finalidade zelar pela validade do compromisso.

Muito embora a LINDB não especifique o momento da oitiva do órgão jurídico, recomenda-se que este participe ativamente desde o início das tratativas para melhor compreender o cenário de irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa em pauta, assim como as ordens de preocupação e os interesses em jogo. Essa compreensão qualificada do cenário em que o compromisso irá se inserir pode ser determinante a uma opinião legal mais aderente ao caso concreto. Preferencialmente a manifestação formal da autoridade jurídica deve ocorrer ao final da instrução e antes da celebração do compromisso, pois, assim, poderá opinar sobre a lisura de todos os atos processuais. É de grande importância a oitiva do órgão jurídico, pois sua manifestação termina por conferir maior segurança jurídica, em reforço à presunção de legitimidade e de validade das decisões administrativas. Como consequência, o controle do compromisso pode ser de menor intensidade.

A oitiva do órgão jurídico é requisito de validade do compromisso, mas isso *não* significa que a sua manifestação *vincule a autoridade administrativa*. Imagine o exemplo de uma autoridade jurídica que seja contrária à consensualidade na Administração Pública, entendendo que transacionar é dispor do interesse público. Esse entendimento não vincula a autoridade administrativa. Na motivação do acordo, cabe à autoridade administrativa apresentar as razões de discordância da opinião legal e expor a juridicidade do compromisso. É seu dever considerar a opinião legal, mas não a acatar cegamente. Não se pode desconsiderar, porém, que o custo institucional e reputacional em se opor à manifestação jurídica é elevado e, por vezes, o compromisso pode deixar de ser celebrado pelo simples desconforto decisório da autoridade administrativa. Por essa razão é fundamental o envolvimento do órgão jurídico desde o momento das tratativas e preferencialmente na linha de frente da negociação.

Uma vez fechada a minuta final do compromisso, o mesmo será celebrado pelas assinaturas da autoridade administrativa competente para firmá-lo e do interessado. Na prática, verifica-se também a assinatura de testemunhas nos acordos administrativos, mas essa exigência é mais que dispensável, pois não encontra correspondência em lei. A LINDB coloca o dever de motivar o compromisso especificamente quanto à demonstração das “razões de relevante interesse geral” que determinam a preferência da autoridade administrativa pela via consensual.

Longe de ser mera formalidade, demonstrar as razões de interesse geral para a celebração do compromisso é fundamental para afastar qualquer alegação de captura da autoridade administrativa ou de conluio desta com

o compromissário. Trata-se de uma justificação que endereça crítica antiga à consensualidade no sentido de que o Poder Público não poderia dispor de interesse que não lhe pertença – o interesse público seria o interesse da coletividade, e não da Administração. Ao expor as razões de relevante interesse geral, a autoridade administrativa rebate essa crítica indicando que o compromisso é o *interesse público no caso concreto*. Por meio de acordo de vontade entre partes bem estabelecidas,³² são gerados efeitos positivos para a sociedade, o mercado, uma dada localidade, a cultura, o meio ambiente, o desenvolvimento econômico etc. Nessa linha, ao compromisso são dados maiores contornos de impessoalidade e isonomia.

Ainda, expor as razões de relevante interesse geral é apresentar o *plano do compromisso*, de modo que o acordo pode ser posteriormente avaliado à luz dos efeitos almejados e originalmente apresentados na motivação. Este plano é formado pelo conjunto de obrigações à luz do cenário de irregularidade, incerteza jurídica ou de situação contenciosa que busca eliminar, dessa relação decorrendo os efeitos benéficos de interesse geral. Na motivação, é fundamental que a autoridade administrativa apresente com clareza a situação concreta e os principais elementos fáticos que a qualificam, exponha como o conjunto de cláusulas trabalha para eliminá-la e indique de modo concreto o relevante interesse geral do compromisso. No exemplo de acordos substitutivos de investimento, por exemplo, pode-se indicar a situação de irregularidade ensejada pela incerteza na aplicação das normas de direito público que convolou em alto passivo de multas, que o conjunto de cláusulas preveem obrigações de investimento proporcionais e equânimes às infrações e que do investimento estima-se aumento da capacidade de operação de determinada infraestrutura em certa localidade na ordem de 10 a 15%.

Todo o compromisso deve ser *publicado* oficialmente para surtir efeitos. Formalmente, a publicação oficial se dá por meio do *Diário Oficial*, mas é recomendável que a autoridade administrativa mantenha plataforma eletrônica que permita ao cidadão conhecer o compromisso – que muitas vezes pode ter contornos regulatórios – e acompanhar a sua execução.

³² Sobre a manifestação de vontades na celebração de acordos administrativos, cf. MIRAGAYA, 2016, p. 59-210.

4.4. Cláusulas essenciais do compromisso da LINDB

Os acordos administrativos visam à celebração de pactos com a assunção recíproca de obrigações que, uma vez honradas, desencadeiam os efeitos almejados, como a terminação consensual de um processo ou a outorga definitiva de autorização ou licença. Na recente experiência da consensualidade, faltavam diretrizes mais específicas sobre o que poderia ser objeto de convenção entre Poder Público e particular, bem como sobre quais seriam as cláusulas obrigatórias desses acordos. Isso levou a consequências deletérias e um certo ceticismo do emprego de acordos. Particularmente nas ações civis públicas, em que o quadro é mais grave diante da insuficiente normatização do art. 5º, §6º, da Lei da Ação Civil Pública e do largo emprego de termos de ajustamento de conduta pelo Ministério Público, é notório o sinal vermelho à celebração de TACs.

Decorre da baixa normatização do objeto e das cláusulas dos acordos administrativos *insegurança jurídica* à atuação administrativa pela via consensual. Como subterfúgio, a doutrina criou alguns critérios para conferir contornos mais específicos à celebração de acordos pela Administração Pública.

Quanto ao *objeto*, grandes esforços foram depreendidos para determinar o conteúdo jurídico de “direitos patrimoniais disponíveis” na tentativa de delimitar a abrangência da consensualidade: acordos administrativos seriam juridicamente viáveis se tiverem por objeto direitos patrimoniais disponíveis. A aproximação às regras da arbitragem na Administração Pública não resultou em fronteiras mais claras à consensualidade pela inerente dificuldade de definição do conceito.

Quanto às cláusulas dos acordos administrativos, a doutrina buscou definir a *natureza jurídica* desses acordos com a finalidade de estabelecer o *regime de aplicação subsidiária*. Já que as leis e os regulamentos que dispunham sobre acordos em espécie não eram suficientes para operacionalizá-los, a alternativa seria fazer uso de regime jurídico preexistente. Apesar das várias parece-nos adequado compreender os acordos administrativos como *negócios jurídicos*, permitindo a aplicação subsidiária de preceitos do Código Civil, em especial do art. 104, de seguinte redação:

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.

Reconhecendo a insegurança jurídica no tratamento dos acordos administrativos, apesar da profusão de normas regulamentares dispendo sobre acordos especiais,³³ a LINDB buscou conferir o *mínimo regulamentar* ao compromisso nela previsto na tentativa de conferir clareza e previsibilidade sobre o regime jurídico aplicável. Em seu art. 26, §1º, são previstos requisitos de validade, vedações e cláusulas obrigatórias aos compromissos, tornando não apenas mais certa a dinâmica de celebração desses acordos e de sua margem de negociação, mas principalmente permitindo uma modelagem de maior qualidade, como se demonstrará. Ao menos para os fins do compromisso da LINDB, toda a discussão doutrinária passa a ser obsoleta.

a) *Conteúdo do acordo*

O conjunto de obrigações convencionados em cláusulas informa a *solução* do compromisso. Todo e qualquer compromisso precisa ter um propósito – razão pela qual nos parece oportuno aproximarmos os acordos a planos – diretamente voltado a eliminar a situação de irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa. O relacionamento com o caso concreto é *imprescindível*. De acordo com a LINDB, as obrigações devem ser necessariamente aplicadas para resolução do problema de fundo. Na consensualidade, a lógica dos modelos dá lugar à criatividade no desenho de soluções jurídicas mais aderentes às particularidades do caso concreto.

A LINDB exige que a disposição desta solução seja *jurídica*. Em outros termos, a solução jurídica do compromisso resulta do arranjo de instrumentos jurídicos. Assim, por exemplo, mencione-se a dilação de prazos para o cumprimento da decisão administrativa dentro de um cronograma negociado.³⁴ Porém, o mais comum é a previsão de obrigações com cominações

³³ No âmbito regulatório, algumas Agências Reguladoras iniciaram a sua experiência com acordos administrativos de modo bastante tímido e com disciplina normativa bastante rudimentar, mas, paulatinamente, ganharam maturidade institucional com a prática da consensualidade, o que afetou significativamente a previsão normativa desses instrumentos. Hoje, Agências como ANS, ANTT e ANTAQ se encontram na terceira rodada de regulamentação de seus acordos substitutivos. Cf. PALMA, 2017, p. 7-79.

³⁴ É o exemplo do acordo nos processos de desapropriação-sanção para fins de reforma agrária que determina o escalonamento do pagamento da indenização em títulos da dívida agrária. Cf. Lei nº 8.629/93, art. 5º, §4º: “[n]a hipótese de acordo administrativo ou acordo realizado no âmbito do procedimento previsto na <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp76.htm>, o pagamento será efetuado de forma escalonada em Títulos da Dívida Agrária (TDA), resgatáveis em parcelas anuais, iguais e sucessivas, a partir do segundo ano de sua emissão, observadas as seguintes condições: [...]”.

específicas, geralmente de *fazer ou de não fazer*. A obrigação de cessar a prática de atividade sob investigação no CADE em seu termo de compromisso de cessação seria um exemplo de cláusula de não fazer, enquanto as obrigações de implementar serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente na conversão de multas ambientais³⁵ exemplos de cláusulas de fazer nesses termos de compromisso.

A obrigação de dar é mais complexa: há exemplos de previsão do dever de pagamento de quantia certa, que não se confunde com multa, como os valores a serem recolhidos ao fundo de direitos difusos em TCCs no CADE. No âmbito da CVM, por exemplo, não raro encontramos termos de compromissos com obrigações de custeio de pareceres, doação de livros ou pagamento de curso a funcionários no exterior. Quando a obrigação de dar tiver expressa previsão legal, entendemos ser esta uma modelagem de cláusulas viável em acordos. Todavia, para os demais casos, é preciso analisar se a obrigação de dar não caracteriza “burla ao dever de licitar”; de modo fraudulento, o compromisso seria um mecanismo de *by-pass* do processo licitatório. Não haverá burla ao dever de licitar nas hipóteses de o bem ou a quantia ser destinada à satisfação do plano do acordo, como a compra de cabeamento náutico para conter derramamento de petróleo em alto-mar ou o custeio de projetos voltados a minimizar os efeitos da irregularidade apurada. De qualquer modo, reforça-se que a simples previsão de obrigação de dar nos compromissos sem compromisso de fazer ou de deixar de fazer, embora viável, é de má técnica negocial, pois afasta o ajustamento do comportamento do compromissário e pode se caracterizar como um *by-pass* de processos de *enforcement*, como os processos administrativos sancionadores.

O art. 26, §1º, inc. I, assim caracteriza a solução jurídica que os compromissos devem apresentar: “Buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;”

A solução jurídica do compromisso deve ser *proporcional e equânime* ao objeto do processo administrativo em torno do qual se criam as situações endereçadas pela LINDB (irregularidade, incerteza jurídica ou situação jurídica contenciosa). O compromisso não deve trazer um conjunto de obrigações que seja marcadamente mais onerosa que a decisão administrativa final estimada,

³⁵ Cf. Decreto nº 6.514/2008, alterado pelo Decreto nº 9.179/2017 para prever o Programa de Conversão de Multas Ambientais. O compromissário poderá aderir a projeto selecionado pela autoridade competente para a aplicação da multa questionada por chamamento público ao invés de prestar os serviços diretamente. Cf. art. 142-A do Decreto nº 6.514/2008.

que servirá de parâmetro de negociação. Entendeu-se que um “compromisso pesado” desestimularia a escolha pela via consensual. Por outro lado, tampouco as obrigações podem ser manifestamente mais leves que a decisão administrativa final estimada, o que caracterizaria um comportamento leniente do Poder Público, especialmente nos casos de irregularidade. A solução jurídica precisa ser construída com base em obrigações proporcionais e equânimes à decisão administrativa final, que considere todos os elementos dessa decisão como contexto, comportamento do compromissário, estágio de avanço do processo, impasses burocráticos etc.

Trata-se de uma medida de salvaguarda dos direitos dos interessados na negociação. Considerando que o Poder Público sempre estará em posição de vantagem na negociação, na qualidade de autoridade administrativa detentora da competência decisória, o Direito precisa construir mecanismos para evitar o “efeito de torção de braço”, em que o particular termina por assumir obrigações simplesmente para fechar os acordos. O problema é claramente colocado: sem tutela jurídica para evitar eventuais “abusos” de sua posição, o Poder Público pode conseguir a assunção de obrigações pelo interessado que apenas poderiam ser previstas em regular processo administrativo autônomo (normativo em particular) ou sem conexão com o caso concreto. Não raro há notícias de que a negociação se resume à assinatura do acordo redigido unilateralmente pelo Poder Público ou por controladores (o “acordo de adesão” é unilateral para todos os efeitos).

É importante registrar, porém, que o compromisso pode ser mais ou menos proporcional à decisão administrativa paradigma, a depender da negociação de compromissos que melhor conformem uma solução jurídica para endereçamento do cenário concreto. Assim, não haverá uma relação perfeitamente sinalagmática entre decisão administrativa originária e compromisso – a consensualidade é fundamentalmente construída nas bases da discricionariedade e da criatividade no desenho de alternativas jurídicas, sempre legais e motivadas.

O compromisso também deve ser “eficiente e compatível com os interesses gerais”, o que pressupõe uma análise de efetividade além da de juridicidade. Primeiramente, depreende-se que toda e qualquer obrigação contida no compromisso *deve ser endereçada ao caso concreto*. O compromisso perde a sua validade quando deixa de se voltar às circunstâncias práticas que determinaram a sua celebração, considerando a relação finalística que a LINDB apresenta. Desse modo, a solução jurídica deve não apenas servir à satisfação do plano do compromisso, mas trabalhar do modo mais eficiente para a efetiva

eliminação da irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa. No caso concreto, é oportuno se valer das subregras da proporcionalidade para construir o seguinte teste: (i) a obrigação desenhada deve se relacionar com o problema jurídico – *adequação*; (ii) deve ser a menos onerosa dentre as suas alternativas – *necessidade*; e (iii) ser a que melhor traduz e potencializa o plano do compromisso – *proporcionalidade em sentido estrito*.

b) *Cláusulas vedadas*

O art. 26, §1º, inc. III, da LINDB apresenta vedações expressas ao desenho de cláusulas nos compromissos: “Poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;”

A primeira vedação corresponde à proibição de desoneração permanente de dever, o que se verifica na hipótese de *renúncia de competência*.³⁶ Trata-se de um comando especialmente dirigido à negociação quanto ao modo de exercício de prerrogativas públicas, como a intensidade de uma sanção ou o afastamento das mesmas no caso do compromisso. Afastar a sanção no específico caso pela pactuação de compromisso não significa desoneração permanente de dever, o que se evidenciaria, por exemplo, na hipótese em que o Poder Público se comprometesse a deixar de fiscalizar uma determinada empresa ou sancionar um determinado compromissário em eventos futuros.

O compromisso também não pode impactar plena efetivação dos direitos do compromissário. A definição de obrigações de dar, fazer ou de não fazer não implica em condicionamento de direitos; para todos os efeitos, os direitos poderão ser plenamente exercidos independentemente do conteúdo do compromisso. A LINDB veda que o compromisso crie condições para a efetivação de direitos como atrelar o direito de petição ao pagamento de quantia certa, condicionar a apresentação de denúncias a específicos casos ou sujeitar a vigência de contrato de prestação de serviços à plena satisfação do compromisso, por exemplo. Essa ordem de direitos tutelada pela LINDB pode ser inclusive incluir os reconhecidos por orientação geral, como o direito de diálogo com as autoridades reconhecido em determinada repartição pública, por exemplo.

³⁶ A renúncia de competências tem previsão no art. 2º, inc. II, da Lei Federal de Processo Administrativo (Lei nº 9.784/99): “atendimento dos fins de interesse geral, vedada a *renúncia total ou parcial de poderes ou competências*, salvo autorização em lei”.

c) Cláusulas obrigatórias

Visando à plena satisfação do compromisso, estão previstas na LINDB cláusulas obrigatórias em seu art. 26, §1º, inc. IV: “Deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.”

Em grande medida, o conjunto das cláusulas obrigatórias resultam de uma aplicação do art. 104 do Código Civil combinada com certa experiência acumulada com os problemas relacionados ao cumprimento dos acordos celebrados pela Administração Pública ou com instituições de controle, notadamente os termos de ajustamento de conduta com o Ministério Público.

O art. 104 do Código Civil determina como requisito de validade do negócio jurídico “objeto lícito, possível, determinado ou determinável” (inc. II). Este preceito já orientava a prática da consensualidade no Brasil para dele se extrair o dever de os acordos conferirem clareza quanto às obrigações pactuadas e quanto ao seu cumprimento. Em outros termos, o compromissário deveria ter total previsibilidade sobre as ações que deveria depreender, ou deixar de fazer, para honrar com suas obrigações, bem como conhecer com exatidão quando lhe seria devido o termo de quitação. Infelizmente, na prática dos acordos recorrentes os exemplos de cláusulas indeterminadas que terminam por causar discordâncias interpretativas sobre a quitação.

A LINDB responde a esses problemas práticos reforçando a necessidade de as obrigações serem definidas de modo claro, ou seja, sem ensejar margens de interpretação sobre o quê as partes se comprometeram. Com a definição mais precisa das obrigações pactuadas, mais objetiva a definição do marco do cumprimento do compromisso.

A definição de prazos e sanções consistem em medidas de incentivo ao cumprimento efetivo do compromisso. Depreende-se do preceito que não basta a simples indicação das obrigações para que o compromisso seja válido, mas que elas sejam parametrizadas dentro de um período determinado. O prazo para cumprimento das obrigações pode ser definido em um termo final (o compromisso deve ser cumprido no prazo de um ano) ou dentro de um cronograma, quando também serão considerados os estágios de execução. O ônus de definir prazos tem ao menos três grandes utilidades: (i) servir de métrica para o desenho de cláusulas obrigacionais, de modo que os deveres pactuados sejam factíveis dentro do prazo estimado; (ii) servir de marco para avaliação do compromisso, quando será devida a aplicação de sanção em caso

de descumprimento; e (iii) servir de marco de liberação do compromissário e objetivar o pedido do termo de quitação.

Na medida em que prazos e sanções são meramente instrumentais à execução do compromisso, servindo como medidas de estímulo ao seu cumprimento com a segurança jurídica necessária, não se deve tomar a sanção como um fim em si mesma. Esse é um ponto particularmente relevante nos casos em que os compromissos endereçam cenários de irregularidade; há um grande debate sobre a necessidade de as sanções por descumprimento de acordos serem tão ou mais gravosas que as aplicáveis em processo administrativo sancionador ou que o valor referencial do acordo.³⁷ Há duas possibilidades. No caso em que um dos efeitos da celebração do compromisso for o arquivamento dos processos relacionados, a determinação da sanção por descumprimento do compromisso deve considerar esse dado. Nos demais casos, as sanções se prestam simplesmente a estimular negativamente o descumprimento, podendo ser mais brandas. Vale lembrar que, nesta segunda hipótese, o processo administrativo original que se encontra suspenso pela pactuação poderá ser retomado e, se apurada a responsabilidade administrativa, levar à sanção originalmente prevista.

5. Considerações finais

Conclusivamente, e ainda que as tendências do direito público vejam nesses termos de compromisso um avanço para a consensualidade entre agentes

³⁷ Recentemente, em matéria regulatória junto à Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), o Tribunal de Contas da União teve oportunidade de se manifestar pela juridicidade na celebração de acordo com o agente regulado (Acórdão 2.121/2017 – Plenário): “REPRESENTAÇÃO. AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). CELEBRAÇÃO DE TERMOS DE COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA. COMPETÊNCIA. LEGALIDADE. DEFINIÇÃO DE REGRAS PARA AJUSTE DE CONDUTA DE OPERADORAS. CONVERSÃO DE PASSIVO DE MULTAS DE RESPONSABILIDADE DE ENTE REGULADO EM INVESTIMENTOS DIRETOS (COMPROMISSOS ADICIONAIS). CONHECIMENTO. EXAME DE CLÁUSULAS DE TAC APROVADO PELO CONSELHO DIRETOR. CÁLCULO DE VALOR DE REFERÊNCIA. IMPROPRIEDADES PARCIALMENTE AFASTADAS. IRREGULARIDADES E RISCOS IDENTIFICADOS E MANTIDOS. INDEFERIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR. DETERMINAÇÕES. RECOMENDAÇÕES. OITIVAS. CIÊNCIA. MONITORAMENTO. RELATÓRIO. [...] Voto: [...] De todo o exposto, a importância dos TAC para a atividade regulatória da Anatel é inquestionável neste momento de sua vida institucional. O sucesso ou insucesso na execução desses instrumentos, com as respectivas consequências e ensinamentos, inevitavelmente conduzirá a uma revisão do modelo sancionatório vigente.”

públicos e privados, os acordos substitutivos não podem ser banalizados. Utilizados de forma equivocada, podem se transformar em instrumentos de arbítrio, negociação com fins político-partidários, ou, até mesmo servirem para dar certa aparência de legalidade a práticas de corrupção.

Para que tenham legitimidade, os acordos substitutivos devem ser motivados com profundidade, em detalhes que sejam compreensíveis para perfeito acompanhamento e controle pelas instituições estatais responsáveis (Ministério Público, Tribunal de Contas e Poder Judiciário), bem como pelo controle social via imprensa, associações, sindicatos etc.

O “acordo substitutivo”, portanto, é um importante instrumento de que dispõem os agentes estatais para fazer justiça distributiva, em oposição à justiça retributiva. Por esse mecanismo, inserido em um modelo de consensualização do Direito, pode se substituir uma sanção por uma determinada prestação de proveito generalizado, se tal providência, na ponderação dos interesses envolvidos, resultar numa otimização do benefício geral em relação à restrição do direito individual objeto de regulação.³⁸

Nessa ordem de convicções, Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto adverte que o confronto entre o Estado e as empresas privadas – estas cada vez mais articuladas socialmente – faz com que o Estado perca o seu caráter de precedência e supremacia nas relações sociais. Desse modo, sustenta que o Estado “se vê obrigado a privilegiar a negociação e a mediação com os administrados, o que, obviamente, é feito de forma desigual, em função da capacidade e do poder de cada interlocutor”.³⁹ Conclui seu pensamento aduzindo que o Estado tem que se afastar do seu caráter autoritário, “tem que abandonar a perspectiva de unilateralidade em favor da transação”. Ou seja, “o *poder extroverso*, confrontado com uma crise de efetividade, tem de se transmutar [...] em *poder consensado*, em mediador ativo das relações sociais e econômicas”.⁴⁰

Essa visão de uma função da Administração Pública fundamentada na consensualidade já vem permeada em diversas áreas (ambiental, infraestrutura, antitruste etc.) como instrumento de promoção do interesse público. Contudo, a prática demonstrou que a falta de segurança jurídica decorrente da ausência de regras gerais, como agora surge com a LINDB, constituíam

³⁸ Nesse sentido, SOUTO, 2002, p. 391.

³⁹ MARQUES NETO, 2000, p. 79.

⁴⁰ *Idem, ibidem*.

obstáculo à efetiva realização de acordos substitutivos em matéria que vai além da simples penalidade compensatória e alcança outras situações, como a incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público.

Referências

ANTUNES, Paulo B. Direito Ambiental, Indisponibilidade de Direitos, Solução Alternativa de Conflitos e Arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 30, jul./set. 2011.

CARNAES, Mariana. *Compromisso de ajustamento de conduta e eficiência administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CYRINO, André R. *Direito Constitucional Regulatório: elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira*. São Paulo: Renovar, 2010.

ENTERRÍA, Garcia. *Curso de Derecho Administrativo*. 11. ed. Madri: Civitas, 2001.

FERNANDES, Rodrigo. *Compromisso de ajustamento de conduta ambiental: fundamentos, natureza jurídica, limites e controle jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas públicas*. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

_____. *Controle Judicial dos Atos Regulatórios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

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

LEFÈVRE, Mônica Bandeira de Mello. *A vinculatividade e o controle dos acordos substitutivos da decisão administrativa*. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, USP, São Paulo, 2018.

LIMA, Bernardo Krueel. A celebração de termo de compromisso com a CVM e seus impactos penais. In: BOTTINO, Thiago (Coord.). *Reflexos penais da regulação*. Rio de Janeiro: Juruá, 2016.

LOPES, Paula L. R. Atuação Administrativa Consensual: Acordo Substitutivo Envolvendo Atos de Improbidade Administrativo. *Revista de Processo*, v. 274/2017, dez. 2017.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Carf deve aplicar o artigo 24 da LINDB, afirma autor da nova redação da norma. *Jota*, 6 ago. 2018. Entrevista concedida a Guilherme Mendes. Disponível em: <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/tributario/lindb-floriano-entrevista-carf-06082018>>. Acesso em: 10 set. 2018.

MERKL, Adolfo. *Teoría general del Derecho Administrativo*. Granada: Comares, 2004.

MIRAGAYA, Rodrigo Bracet. *Os meios de conformação das relações jurídicas no Direito Administrativo: entre atos unilaterais e contratos*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, USP, São Paulo, 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Gen, 2014.

_____. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 231, p. 129-156, jan./mar. 2003.

_____. *Quatro paradigmas do Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Convênio é acordo, mas não é contrato. In: JUSTEN FILHO, Marçal; WALD, Arnaldo (Orgs.). *O Direito Administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles*. São Paulo: Malheiros, 2017.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. Acordos para Ajuste de Conduta em Processos Punitivos das Agências Reguladoras. In: PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. *Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 2

REZENDE, Renato H. A impostergável necessidade de adequação da Administração Pública tributária à lógica racional negocial pós-moderna. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 134/2017, maio/ jun. 2017.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. LINDB: Direito Tributário está sujeito à Lei de Introdução reformada. *Jota*. 10 ago. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/lindb-direito-tributario-esta-sujeito-a-lei-de-introducao-reformada-10082018>>. Acesso em: 10 set. 2018

TÁCITO, Caio. O Poder de Polícia e seus limites. *Revista de Direito Administrativo*, v. 27, jan./mar. 1950.