

Compromissos como técnica de administração consensual: breves comentários ao art. 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)*

Commitments as a consensual administration technique: brief comments on art. 26 of the Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)

*Thiago Marrara***

RESUMO

O art. 26 da LINDB surge como norma autorizativa geral nacional para que a concertação possa ser usada pela administração pública por meio

* Artigo recebido em 15 de junho de 2022 e aprovado em 25 de setembro de 2022. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v283.2024.90692>.

** Professor de direito administrativo da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP) da Universidade de São Paulo (USP). Livre-docente pela USP. Doutor pela Universidade de Munique (LMU). Bacharel e mestre em direito pela Faculdade de Direito da USP (FD). Consultor, parecerista e árbitro nas áreas de direito administrativo, regulatório e infraestruturas. E-mail: marrara@usp.br.

da celebração de compromissos. O objetivo desse artigo é verificar o significado jurídico da palavra “compromisso” e relacioná-la com os conceitos de acordos integrativos ou substitutivos. Em seguida, parte-se para o exame do texto do art. 26 da LINDB, buscando-se extrair, por meio do método analítico dedutivo, os requisitos finalísticos, materiais e formais para a celebração de compromissos. Ademais, a partir desse exame, busca-se apontar os aspectos do art. 26 que merecem regulamentação.

PALAVRAS-CHAVE

concertação — compromisso — art. 26 da LINDB — acordos substitutivos — acordos integrativos

ABSTRACT

Art. 26 of the LINDB appears as a general authorizing rule so that the concertation can be used by the public administration through compromises. This essay aims at verifying the legal meaning of “compromises” and at relating it to the concepts of substitutive and integrative agreements. Following that, it analyses the text of the art. 26 in order to point out, through an analytical deductive method, the teleological, material and formal prerequisites for the celebration of compromises. Besides that, this analysis is supposed to demonstrate aspects of the art. 26 that demand further normative regulation.

KEYWORDS

concertation — commitment — art. 26 LINDB — substitutive agreements — integrative agreements

1. Introdução

Baseados na construção de consensos entre a administração pública e os destinatários de suas ações, os instrumentos dialógicos revelam a potencialidade de conferir mais eficiência, efetividade e legitimidade ao agir estatal. Não é por outra razão que os compromissos, como acordos administrativos, têm ganhado espaço no ordenamento brasileiro. Contudo, quando ausentes normas autorizativas para negociação e celebração desses instrumentos, a autoridade pública corre o risco de se ver sob acusações de

renúncias indevidas de competências, enquanto os compromissários podem ser duramente atingidos pela anulação dos pactos. Dar fundamento legal aos instrumentos dialógicos e consensuais é, portanto, imprescindível para promover mais segurança jurídica ao modelo negocial de administração. Esse é o papel do art. 26 da LINDB.

Para se compreender os impactos benéficos desse dispositivo legal na Federação e os desafios que ainda restam para superar no caminho da concertação, esse artigo: (i) parte da definição dos conceitos de concertação e de contratualização administrativa; (ii) resgata as funções e a natureza dos compromissos; (iii) expõe o art. 26 da LINDB no sentido de esclarecer seu relevante papel; (iv) debate os requisitos finalísticos para celebração do compromisso; (v) aponta os requisitos materiais; e (vi) os requisitos formais para tanto. O exame desses itens permitirá, ao final, revelar os pontos essenciais que necessitam de regulamentação por parte dos entes federativos, sobretudo no sentido de tornar o ambiente de concertação seguro.¹

2. Da concertação à contratualização dos poderes de autoridade

Inspirado pela Constituição de 1988, pelos movimentos de reforma do Estado e por influências estrangeiras das mais diversas, o direito administrativo contemporâneo tem se transformado nas últimas três décadas em uma disciplina normativa mais inclusiva, democrática, processualizada e dialógica.

O fenômeno da consensualização, chamado de concertação administrativa em outras culturas jurídicas, representa a intensificação da criação e do uso de mecanismos de gestão que valorizam o consentimento da sociedade ou do cidadão no processo de elaboração e de execução de decisões administrativas.

A concertação se baseia no consentimento, tomado como aceitação, e no consenso, entendido como aceitação recíproca pelas partes envolvidas ou como acordo sobre um determinado objeto que interessa a dois ou mais sujeitos, sendo um deles a administração pública. Já a consensualidade nada mais é que o grau de consenso na administração pública, diferenciando-se

¹ Vale registrar que não constituem objetivos desse artigo examinar a constitucionalidade do art. 26 da LINDB ou comparar o compromisso nele tratado com instrumentos congêneres da legislação setorial. Tampouco se pretende fazer qualquer análise da Lei de Processo Administrativo Federal, a qual não cuida de acordos integrativos ou substitutivos.

da concertação pelo fato de que aquela é resultado, enquanto esta consiste em um movimento legislativo e doutrinário de construção de ferramentas de promoção de consenso.²

As evidências da concertação ou consensualização na administração se revelam em uma série de instrumentos jurídicos, que entendo poderem ser classificados teoricamente em três grandes grupos.

O primeiro deles inclui os mecanismos de concertação *procedimental*, como as audiências e consultas públicas utilizadas pontualmente em dada fase dos processos administrativos para viabilizar diálogo e abrir espaço para geração de consensos, ainda que nem sempre eles surjam ou predominem.

O segundo grupo é formado por mecanismos *orgânicos*, que indicam canais de diálogo permanente no âmbito de órgãos colegiados, por meio da garantia de direito de voz e de voto a representantes de grupos sociais, políticos ou econômicos em conselhos de políticas públicas ou outros órgãos colegiados com competência decisória.

O terceiro e último grupo envolve os mecanismos *contratuais* das mais diferentes ordens. É aqui que a consensualização se encontra com a contratualização. Um exame da legislação brasileira revela que, desde a Constituição de 1988, ao menos 20 diplomas legais foram editados pelo Congresso com foco em figuras contratuais públicas, incluindo novas leis sobre parcerias contratuais com o terceiro setor, novos tipos de contratos instrumentais e de módulos concessórios.

No campo das atividades restritivas, a contratualização também se fez sentir de maneira bastante disruptiva nos últimos anos.³ Exemplos disso são as figuras dos acordos de leniência, dos acordos sobre condicionantes em processos liberatórios (como os de licenciamento) e dos ajustamentos de conduta, muitas vezes denominados de compromissos de cessação ou alteração de prática.

O espraiamento desses acordos pelo campo das ações restritivas da administração pública, principalmente as dependentes de poderes de liberação e de sancionamento, encontra uma explicação simples. As atividades restritivas de direitos fundamentais exercidas pela administração são as que

² A respeito da diferenciação dos conceitos: MARRARA, Thiago. Direito administrativo brasileiro: transformações e tendências. In: MARRARA, Thiago (Coord.). *Direito administrativo: transformações e tendências*. São Paulo: Almedina, 2014. p. 40.

³ Para um panorama desse movimento de contratualização brasileira, inclusive sobre os acordos no exercício do poder de autoridade, cf. MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, em geral.

enfrentam maior grau de insurgência dos destinatários exatamente por terem efeitos limitativos da propriedade ou de liberdades. Isso faz com que essas atividades sejam marcadas por elevado grau de conflituosidade, o que automaticamente se reflete em mais recursos administrativos e intensa judicialização.

Sob essas circunstâncias, o uso de estratégias dialógicas, favoráveis à construção de consensos entre o órgão com poderes restritivos e o destinatário externo, revela-se como fundamental para incrementar a elaboração de decisões com mais celeridade, legitimidade e efetividade; ou seja, decisões que gozem de um grau razoável de aceitação e que sejam, por isso, mais estáveis e menos suscetíveis a disputas. Em última instância, esse reforço aos processos decisórios também se traduz em graus de segurança jurídica mais elevados.

Mas as vantagens não acabam aí. O uso dos instrumentos consensuais no âmbito dos poderes restritivos também acarreta uma série de vantagens para a administração pública, geralmente em termos de eficiência e efetividade. Esses benefícios se vislumbram na maior capacidade de a administração obter provas e tomar decisões punitivas, como ocorre nos processos inseridos em programas de leniência, ou na possibilidade de se concentrar esforços em outras ações estatais prioritárias, como ocorre nos processos que se valem de compromissos de ajustamento de conduta.

As vantagens dos acordos são, porém, variáveis conforme a situação e sua finalidade. Assim, para se compreender os benefícios dos compromissos dentro do direito administrativo brasileiro, é preciso verificar, de antemão, o que eles representam, quais finalidades específicas perseguem e, mais que isso, como seu regime jurídico foi definido pelo legislador, em especial, nas normas gerais inseridas na LINDB em 2018.

3. O que são compromissos? Acordos integrativos ou substitutivos?

Os acordos celebrados pela administração pública no exercício de seus poderes de autoridades são bastante diversificados, como se demonstrou. Seguindo-se o art. 11 da Lei de Procedimento Administrativo Italiana (Lei nº 241 de 1990), absorveu-se no Brasil a distinção entre acordos integrativos e substitutivos.⁴

⁴ Vale a transcrição: “Art. 11. (*Accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*). 1. *In accoglimento di osservazioni e proposte presentate a norma dell’articolo 10, l’amministrazione procedente può*

De um lado, fala-se de *acordo integrativo* para indicar aqueles que se acoplam aos processos administrativos sancionadores ou liberatórios e com eles convivem até a decisão final. Esse é o caso dos acordos de leniência, dos acordos sobre condicionantes em licenciamentos e em processos de autorização, como o de controle de concentrações no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade).

De outro lado, existem *acordos administrativos substitutivos*, ou seja, ajustamentos comportamentais que, uma vez negociados, firmados pela Administração com o autor da conduta e devidamente executados, tornam desnecessários procedimentos investigatórios ou processos sancionadores. Ao celebrar um acordo dessa natureza, a autoridade pública competente soluciona questionamentos sobre certa conduta, mas sem a necessidade de reconhecer sua licitude ou ilicitude, ou seja, sem que prolate uma decisão condenatória ou absolutória. Ao acordo, ao promover o ajustamento da conduta em si ou a correção de seus efeitos danosos, torna-se dispensável o processo de análise de sua licitude para fins repressivos.

No Brasil, o ordenamento jurídico prescinde de sistematização geral dos acordos administrativos. Nem a legislação processual, nem a LINDB resolveram esse problema. Na verdade, o que existem são manifestações normativas de espécies de acordos com finalidades variadas. Isso torna bastante complexa e difícil a definição dos institutos de concertação. Veja-se o caso do compromisso. Do que se trata afinal? Compromissos são acordos integrativos ou substitutivos? Vinculam-se a processos sancionadores ou podem ser celebrados nos processos liberatórios, como os de licenciamento?

Já antecipando as respostas, a figura do “compromisso”, na legislação nacional, tem múltiplos significados. Seguindo a linha também defendida por Luiz Antônio Freitas de Almeida,⁵ entendo que ora o instituto aparece como espécie de acordo com natureza integrativa, ora como acordo substitutivo de processos administrativos. Em outras palavras, o compromisso pode despontar ou como um acordo de negociação de encargos e condicionantes em processo liberatórios, acoplando-se a eles, ou como mecanismo de ajustamento de conduta no âmbito de procedimentos de investigação e de processos

concludere, senza pregiudizio dei diritti dei terzi, e in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse, accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sostituzione di questo”.

⁵ ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de Almeida. O termo de compromisso do artigo 26 da LINDB, o licenciamento ambiental e a proteção do direito ao meio ambiente. *Revista Direito Público*, v. 17, n. 95, p. 134, 2020.

administrativos sancionadores, substituindo-os. Além disso, como se verá, agora também se pode empregar compromissos sobre interpretação ou integração do direito com o objetivo de gerar segurança jurídica nas relações administrativas.

No segundo sentido apontado — compromisso como acordo substitutivo —, o instituto aparece com bastante frequência e há bom tempo na legislação nacional. É dessa perspectiva que a Lei da Ação Civil Pública de 1985⁶ fala de compromisso de ajustamento de conduta⁷ e que a Lei de Defesa da Concorrência de 2011⁸ usa o “termo de compromisso de cessação de prática”,

⁶ Lei nº 7.347. Art. 5º, § 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”. BRASIL, Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Incluído pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF.

⁷ Esta é também a expressão preferida por SADDY, André; GRECO, Rodrigo Azevedo. Termo de ajustamento de conduta em procedimentos sancionatórios regulatórios. *Revista de Informação Legislativa*, n. 206, p. 170, 2015.

⁸ Lei 12.529/2011. Art. 85. “Nos procedimentos administrativos mencionados nos incisos I, II e III do art. 48 desta Lei, o Cade poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, entender que atende aos interesses protegidos por lei. § 1º Do termo de compromisso deverão constar os seguintes elementos: I — a especificação das obrigações do representado no sentido de não praticar a conduta investigada ou seus efeitos lesivos, bem como obrigações que julgar cabíveis; II — a fixação do valor da multa para o caso de descumprimento, total ou parcial, das obrigações compromissadas; III — a fixação do valor da contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos quando cabível. § 2º Tratando-se da investigação da prática de infração relacionada ou decorrente das condutas previstas nos incisos I e II do § 3º do art. 36 desta Lei, entre as obrigações a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo figurará, necessariamente, a obrigação de recolher ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos um valor pecuniário que não poderá ser inferior ao mínimo previsto no art. 37 desta Lei. § 3º (VETADO). § 4º A proposta de termo de compromisso de cessação de prática somente poderá ser apresentada uma única vez. § 5º A proposta de termo de compromisso de cessação de prática poderá ter caráter confidencial. § 6º A apresentação de proposta de termo de compromisso de cessação de prática não suspende o andamento do processo administrativo. § 7º O termo de compromisso de cessação de prática terá caráter público, devendo o acordo ser publicado no sítio do Cade em 5 (cinco) dias após a sua celebração. § 8º O termo de compromisso de cessação de prática constitui título executivo extrajudicial. § 9º O processo administrativo ficará suspenso enquanto estiver sendo cumprido o compromisso e será arquivado ao término do prazo fixado, se atendidas todas as condições estabelecidas no termo. § 10. A suspensão do processo administrativo a que se refere o § 9º deste artigo dar-se-á somente em relação ao representado que firmou o compromisso, seguindo o processo seu curso regular para os demais representados. § 11. Declarado o descumprimento do compromisso, o Cade aplicará as sanções nele previstas e determinará o prosseguimento do processo administrativo e as demais medidas administrativas e judiciais cabíveis para sua execução. § 12. As condições do termo de compromisso poderão ser alteradas pelo Cade se se comprovar sua excessiva onerosidade para o representado, desde que a alteração não acarrete prejuízo para terceiros ou para a coletividade. § 13. A proposta de celebração do compromisso de cessação de prática será indeferida quando a autoridade não chegar a um acordo com os representados quanto aos seus termos. § 14. O Cade definirá, em resolução, normas

conhecido como TCC. O compromisso como acordo substitutivo ainda aparece na Lei das Infrações Ambientais⁹ de 1998 e na Lei da CVM de 1976, ambas utilizando apenas a expressão “termo de compromisso”.¹⁰ Seguindo a

complementares sobre o termo de compromisso de cessação. § 15. Aplica-se o disposto no art. 50 desta Lei ao Compromisso de Cessação da Prática”. BRASIL, Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF.

⁹ Lei nº 9.605/1998. Art. 79-A. “Para o cumprimento do disposto nesta Lei, os órgãos ambientais integrantes do SISNAMA, responsáveis pela execução de programas e projetos e pelo controle e fiscalização dos estabelecimentos e das atividades suscetíveis de degradarem a qualidade ambiental, ficam autorizados a celebrar, com força de título executivo extrajudicial, termo de compromisso com pessoas físicas ou jurídicas responsáveis pela construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores. § 1º O termo de compromisso a que se refere este artigo destinar-se-á, exclusivamente, a permitir que as pessoas físicas e jurídicas mencionadas no *caput* possam promover as necessárias correções de suas atividades, para o atendimento das exigências impostas pelas autoridades ambientais competentes, sendo obrigatório que o respectivo instrumento disponha sobre: I — o nome, a qualificação e o endereço das partes compromissadas e dos respectivos representantes legais; II — o prazo de vigência do compromisso, que, em função da complexidade das obrigações nele fixadas, poderá variar entre o mínimo de noventa dias e o máximo de três anos, com possibilidade de prorrogação por igual período; III — a descrição detalhada de seu objeto, o valor do investimento previsto e o cronograma físico de execução e de implantação das obras e serviços exigidos, com metas trimestrais a serem atingidas; IV — as multas que podem ser aplicadas à pessoa física ou jurídica compromissada e os casos de rescisão, em decorrência do não cumprimento das obrigações nele pactuadas; V — o valor da multa de que trata o inciso IV não poderá ser superior ao valor do investimento previsto; VI — o foro competente para dirimir litígios entre as partes. § 2º No tocante aos empreendimentos em curso até o dia 30 de março de 1998, envolvendo construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores, a assinatura do termo de compromisso deverá ser requerida pelas pessoas físicas e jurídicas interessadas, até o dia 31 de dezembro de 1998, mediante requerimento escrito protocolizado junto aos órgãos competentes do SISNAMA, devendo ser firmado pelo dirigente máximo do estabelecimento. § 3º Da data da protocolização do requerimento previsto no § 2º e enquanto perdurar a vigência do correspondente termo de compromisso, ficarão suspensas, em relação aos fatos que deram causa à celebração do instrumento, a aplicação de sanções administrativas contra a pessoa física ou jurídica que o houver firmado. § 4º A celebração do termo de compromisso de que trata este artigo não impede a execução de eventuais multas aplicadas antes da protocolização do requerimento. § 5º Considera-se rescindido de pleno direito o termo de compromisso, quando descumprida qualquer de suas cláusulas, ressalvado o caso fortuito ou de força maior. § 6º O termo de compromisso deverá ser firmado em até noventa dias, contados da protocolização do requerimento. § 7º O requerimento de celebração do termo de compromisso deverá conter as informações necessárias à verificação da sua viabilidade técnica e jurídica, sob pena de indeferimento do plano. Sob pena de ineficácia, os termos de compromisso deverão ser publicados no órgão oficial competente, mediante extrato”. BRASIL, Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF.

¹⁰ Lei nº 6.385/1976. Art. 11, § 5º. “A Comissão de Valores Mobiliários poderá, a seu exclusivo critério, se o interesse público permitir, suspender, em qualquer fase, o procedimento administrativo instaurado para a apuração de infrações da legislação do mercado de valores mobiliários, se o investigado ou acusado assinar termo de compromisso, obrigando-se a: I — cessar a prática de atividades ou atos considerados ilícitos pela Comissão de Valores

mesma lógica, a Lei das Agências Reguladoras de 2019 aponta o “termo de ajustamento de conduta”¹¹ no campo do exercício de poderes punitivos das autoridades regulatórias.

Há, porém, leis que usam o compromisso no primeiro sentido apontado, como uma modalidade de acordo que embute a negociação de encargos e condicionantes principalmente nos processos liberatórios, *i.e.*, em processos administrativos conduzidos como requisito para o exercício de liberdades por pessoas físicas ou jurídicas, no exercício de atividades econômicas ou sociais, a exemplo do licenciamento ambiental, do licenciamento urbanístico, da autorização de concentrações econômicas, do registro de produtos, entre outros. Aqui, o compromisso deixa de ser substitutivo e passa a ser integrativo, já que se acopla e convive com o processo e, portanto, com formas de atuação unilateral da administração pública.

No campo do direito concorrencial, em especial, esses compromissos são comuns e recebem diferentes nomes. Na Lei de 1994, falava-se de termo de compromisso de desempenho (TCD) e de acordos de preservação da reversibilidade de operações (Apró). Já a Lei de 2011 passou a cuidar dos acordos em concentrações. Em todos os casos, a lógica é simples: caso surjam dúvidas sobre os efeitos anticompetitivos de uma operação de fusão, de

Mobiliários; e II — corrigir as irregularidades apontadas, inclusive indenizando os prejuízos. § 6º O compromisso a que se refere o parágrafo anterior não importará confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada. § 7º O termo de compromisso deverá ser publicado no Diário Oficial da União, discriminando o prazo para cumprimento das obrigações eventualmente assumidas, e constituirá título executivo extrajudicial. § 8º Não cumpridas as obrigações no prazo, a Comissão de Valores Mobiliários dará continuidade ao procedimento administrativo anteriormente suspenso, para a aplicação das penalidades cabíveis. § 9º Serão considerados, na aplicação de penalidades previstas na lei, o arrependimento eficaz e o arrependimento posterior ou a circunstância de qualquer pessoa, espontaneamente, confessar ilícito ou prestar informações relativas à sua materialidade. § 10. A Comissão de Valores Mobiliários regulamentará a aplicação do disposto nos §§ 5º a 9º deste artigo aos procedimentos conduzidos pelas Bolsas de Valores, Bolsas de Mercadorias e Futuros, entidades do mercado de balcão organizado e entidades de compensação e liquidação de operações com valores mobiliários”. BRASIL, Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF.

¹¹ Lei nº 13.848. Art. 32. “Para o cumprimento do disposto nesta Lei, as agências reguladoras são autorizadas a celebrar, com força de título executivo extrajudicial, termo de ajustamento de conduta com pessoas físicas ou jurídicas sujeitas a sua competência regulatória, aplicando-se os requisitos do art. 4º-A da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. §1º Enquanto perdurar a vigência do correspondente termo de ajustamento de conduta, ficará suspensa, em relação aos fatos que deram causa a sua celebração, a aplicação de sanções administrativas de competência da agência reguladora à pessoa física ou jurídica que o houver firmado. § 2º A agência reguladora deverá ser comunicada quando da celebração do termo de ajustamento de conduta a que se refere o § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, caso o termo tenha por objeto matéria de natureza regulatória de sua competência”. BRASIL, Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF.

aquisição de controle ou outra qualquer caracterizada como concentração e sujeita à competência de controle preventivo do Cade, a autoridade antitruste poderá negociar certas condicionantes com os agentes econômicos interessados na implementação da concentração, como medidas de alienação de marcas e outros ativos, restrições de aquisição e de comercialização etc. Os compromissos servem, assim, para evitar uma decisão de indeferimento de concentrações econômicas polêmicas, pois viabilizam que se concilie a defesa da concorrência com interesses dos agentes envolvidos na concentração mediante a negociação de estratégias de contenção de efeitos nocivos.¹²

Esse e outros exemplos demonstram que não se pode atribuir ao “compromisso” um sentido jurídico exclusivo de acordo administrativo substitutivo dos processos sancionadores. Como demonstrado, existem compromissos, como forma de ajustamento de condutas, que se expressam em acordos integrativos, dependentes e vinculados aos processos administrativos em que são firmados. Esses acordos superam o campo dos processos sancionadores, de modo que podem ser utilizados igualmente em processos liberatórios, processos administrativos declaratórios e seletivos, como revela a LINDB em suas inovações normativas de 2018.

4. O art. 26 da LINDB: consagração dos compromissos

Alterada e ampliada em 2018 pela Lei nº 13.655, a LINDB passou a contribuir significativamente com o movimento de consensualização da administração pública ao criar normas nacionais, aplicáveis a todos os entes da Federação, que tratam de mecanismos dialógicos procedimentais, como as consultas públicas (art. 29), e de instrumentos contratuais no exercício de poderes de autoridade pela Administração, como os compromissos.

Sobre o último tema, a LINDB traz dois dispositivos de especial relevância. De um lado, o art. 27 prevê que os compromissos servem para prevenir ou regular a compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos, resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos. Aqui, por conseguinte, os compromissos embutem negociações que visam a evitar danos ou, diferentemente, regular a reparação de danos já ocorridos,

¹² Cf. MARRARA, Thiago. Acordos no direito da concorrência. *Revista de Defesa da Concorrência*, v. 8, n. 2, p. 80 e ss, 2020.

seja por falha da administração pública na condução do processo, seja por comportamentos nocivos dos interessados. Trata-se de um acordo voltado à reparação civil, abrangendo tanto técnicas restitutórias quanto indenizatórias.

Diferentemente do compromisso de reparação constante do art. 27 da LINDB, o art. 26, foco das presentes reflexões, prevê os compromissos como figura central voltada a outras variadas finalidades e, de maneira definitiva, consagra essa espécie de acordo para todos os níveis da Federação, em todas as formas de processo administrativo, dispensando autorizativo próprio em leis ou regulamentos,¹³ ainda que detalhamentos normativos se mostrem recomendáveis para tornar o instrumento exequível e mais seguro. Vale a transcrição do dispositivo em comento:

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).

Antes de comentar o dispositivo, é preciso registrar os dois vetos que a redação originária sofreu. O inciso II do § 1º previa que o compromisso poderia “envolver transação quanto a sanções e créditos *relativos ao passado* e, ainda, o estabelecimento de regime de transição”. O veto ao texto foi justificado sob o argumento de que o compromisso não poderia, “em respeito ao princípio da reserva legal, transacionar a respeito de sanções e créditos relativos ao tempo pretérito e imputado em decorrência de lei”. Além disso, essa possibilidade poderia, de acordo com a Presidência da República, “representar estímulo indevido ao não cumprimento das respectivas sanções, visando posterior transação”.

Como se percebe, o problema do inciso resultou da expressão “relativos ao passado”, que suscitou preocupações com o uso do compromisso para

¹³ Também nesse sentido, GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico da negociação com a Administração Pública. *RDA*, ed. esp., 2018, p. 140.

situações precedentes e regidas por outra legislação. Mais que isso, a menção a casos passados foi vista como estímulo para que sanções baseadas em decisões definitivas anteriores às novidades da LINDB não fossem observadas dada a potencialidade de um acordo baseado no art. 26. O temor da Presidência era de que a norma do inciso pudesse espalhar incertezas e insegurança jurídica em relação a situações passadas já estabilizadas.

O segundo veto, sugerido pela CGU e pela AGU, atingiu o § 2º, que assim previa: “poderá ser requerida autorização judicial para celebração do compromisso em procedimento de jurisdição voluntária para o fim de excluir a responsabilidade pessoal do agente público por vício do compromisso, salvo por enriquecimento ilícito ou crime”. A Presidência entendeu, com base nas sugestões técnicas, que a “autorização judicial destinada à celebração de compromisso administrativo com a finalidade de excluir a responsabilidade pessoal do agente público viola o princípio constitucional da independência e harmonia entre os Poderes, ao comprometer a apreciação das esferas administrativa e de controle”. Em outras palavras, o parágrafo sofreu o veto, pois dava ao Judiciário o poder de imunizar o agente público contra processos de responsabilização por suas falhas no âmbito disciplinar e no campo do controle, inclusive pelos Tribunais de Contas.

5. Requisitos finalísticos do compromisso do art. 26 da LINDB

A despeito dos vetos, o art. 26 da LINDB tem uma expressão inegável pelo fato de ter indicado o compromisso para variadas situações para além daqueles constantes no art. 27 da própria lei. O art. 26 supera, com isso, um grande problema da legislação brasileira, a saber: a falta de uma norma autorizativa geral para acordos de ajustamento no âmbito da administração pública, o que tornava a concertação limitada a certos setores.

Resta saber, porém, quais são as situações abarcadas pelo art. 26, ou seja, aquelas em que o compromisso poderá ser celebrado. A resposta parece simples, mas não é. E isso decorre de três problemas: a uma, a lei utiliza expressões marcadas por certa vagueza; a duas, não explicita se os compromissos são integrativos e/ou substitutivos; a três, não se refere explicitamente ao processo sancionador, sobretudo após o veto do inciso II do § 1º.

Apesar desses fatores, não há como se afastar a conclusão de que o compromisso assentado no art. 26 tem utilidades amplíssimas, a começar pelo

campo do direito sancionador, que, embora não previsto explicitamente, resta embutido nos comandos legais. Mas não é só: o grande avanço do art. 26 se revela na consagração da possibilidade de ajustamentos comportamentais envolvendo a administração pública em todos os tipos de processo administrativo, atingindo até mesmo processos que, no geral, não eram objeto de atenção dos estudiosos da concertação administrativa, como os processos declaratórios e processos seletivos.

Para se compreender essa afirmação, é preciso resgatar a redação do *caput* do art. 26, que indica o compromisso como técnica para: 1) eliminar irregularidade, 2) eliminar incerteza jurídica ou 3) eliminar situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive 4) em caso de expedição de licença. Esse comando delimita os requisitos finalísticos do compromisso firmado pela Administração, ao mesmo tempo que revela a amplíssima utilidade e versatilidade do instrumento.

Em primeiro lugar, ao permitir o compromisso para “eliminar irregularidade”, a LINDB autoriza o uso do compromisso com uma finalidade corretiva, ou seja, no sentido de afastar descumprimentos de normas jurídicas, impondo um ajustamento ao autor da conduta questionada. O compromisso, aqui, vale como ajustamento de condutas em curso ou ajustamento dos efeitos danosos de condutas presentes ou passadas, já cessadas. Com isso, o instrumento é capaz de afastar a necessidade de condução e conclusão de procedimentos investigatórios ou de processos administrativos sancionadores. Nesse sentido, pois, o compromisso assume natureza de acordo substitutivo.

Não resta claro, entretanto, se o legislador escolheu a palavra “irregularidade” de propósito para indicar o uso do compromisso somente perante violações normativas aparentemente não danosas ou se o intuito foi o de se referir a todo e qualquer tipo de violação do direito, ou seja, também aos casos de ilícitos danosos. Apesar da obscuridade de motivos quanto à escolha terminológica, entendo que a interpretação mais ampla seja plenamente aceitável até pela experiência do direito brasileiro, em que os compromissos de ajustamento servem para diferentes tipos de violação danosa ao ordenamento, como os ocorridos na esfera ambiental ou concorrencial. Em outras palavras, entendo que a palavra “irregularidade” constante do art. 26, *caput*, foi escolhida pelo legislador de maneira atécnica. Por consequência, não deve ser interpretada de forma restritiva para impedir os compromissos de ajustamento de conduta em processos administrativos de apuração da licitude de comportamentos danosos.

Em segundo lugar, ao prever o uso dos compromissos para tratar de incertezas jurídicas no sentido de superá-las,¹⁴ a LINDB autoriza acordos com finalidade interpretativa e integrativa. A incerteza jurídica necessita ser compreendida ou como um problema resultante de lacuna ou falta de normas para certa situação, que impõe a superação por técnicas integrativas, ou como problema derivado das diferentes interpretações que podem ser conferidas ao texto normativo ou ao ordenamento em sentido amplo. Aqui, pois, encontra-se a utilidade mais inovadora e criativa dos compromissos do art. 26. O Decreto-Lei abre espaço para que a administração os empregue com o objetivo de contratualizar a interpretação e a integração, técnicas necessárias para corrigir incoerências, ambiguidades e omissões do ordenamento jurídico. Esse tipo de compromisso apresenta clara natureza integrativa, haja vista que convive com o processo administrativo em que é firmado, fornecendo-lhe previsibilidade e segurança jurídica ao superar lacunas ou definir interpretações relevantes.

Em terceiro lugar, ao tratar dos compromissos para situações contenciosas, o legislador reconhece que, nos processos administrativos, existem conflitos de direitos ou interesses, envolvendo relações bipolares (entre a administração e um interessado específico), triangulares (entre a administração e dois interessados em polos contrapostos) ou multipolares (entre a administração e vários interessados). Partindo dessa premissa, para superar os conflitos, em qualquer tipo de processo (não apenas nos sancionadores), a administração poderá realizar o ajustamento entre os envolvidos para encontrar uma solução pacificadora e consensual entre todos.

Nessa hipótese específica, a LINDB não deixa claro se o compromisso terá finalidade substitutiva ou integrativa, mas entendo que essa omissão não tem qualquer relevância. Como os litígios administrativos ocorrem nos mais diferentes modelos processuais, é concebível negociar compromissos de superação de litígios em processos sancionadores, liberatórios, declaratórios, seletivos, entre outros. A depender do processo, o compromisso terá função substitutiva (afastando o processo) ou integrativa (acoplando-se ao processo).

Em quarto lugar e em linha com a conclusão apontada, o *caput* da LINDB reforça que os compromissos não se limitam a processos sancionadores ou

¹⁴ Como explica Araújo, a “nova lei retira a responsabilidade de buscar a melhor interpretação da norma das mãos do gestor público, abrindo-lhe a alternativa da solução negociada”. ARAÚJO, Alexandra Fuchs de. Comentários ao artigo 26 da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro — anotada: Decreto Lei nº 4.657*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. v. II, p. 327-328.

contenciosos. É possível que se empreguem compromissos também nos trâmites de “expedição de licença”. Nesse trecho, mais uma vez, observa-se certa impropriedade técnica na redação do art. 26, pois a LINDB se refere a licenciamento, que é apenas uma espécie de processo administrativo liberatório. Embora o texto não seja literário, é fundamental interpretar a expressão como uma sinédoque, ou seja, como figura de linguagem em que se faz referência à espécie para designar o todo. Fala-se de licenciamento para se designar processos liberatórios em geral, incluindo os licenciamentos ambientais¹⁵ e urbanísticos, as autorizações administrativas para atividades econômicas ou sociais, os credenciamentos e registros etc.

Partindo-se dessa premissa, é possível usar os compromissos para que se negociem condicionantes e encargos em processos dessa natureza, de maneira que a decisão liberatória venha acompanhada de mandamentos comportamentais, criados de forma dialógica e consensual, direcionados ao beneficiário do ato administrativo e capazes de superar os potenciais efeitos negativos do exercício do direito liberado pela administração pública. É fundamental, porém, que todas as condicionantes guardem relação lógica com o objeto final do licenciamento, mostrando-se abusiva qualquer tentativa da administração pública de impor negociação de compromissos para obter vantagens indevidas com recursos do beneficiário do ato liberatório, muitas vezes, transferindo-lhe indevidamente funções administrativas (como desestatização disfarçada) ou abstendo-se do dever de licitar (de maneira a usar formas de contratação direta não aceitas pelo ordenamento).

¹⁵ Sobre compromissos na área ambiental, Feijó aduz haver limites no seguinte sentido: “O primeiro limite encontra-se delineado na parte final do próprio art. 26 da LINDB, que prevê a necessidade de se observar a ‘legislação aplicável’. Ou seja, deve-se respeitar as normas que regulam a matéria objeto de compromisso [...]. Nesse sentido, proíbe-se a realização de compromissos que tenham o objetivo de suprimir exigências previstas na legislação. Não é esse o intuito do compromisso previsto no art. 26 da LINDB. O compromisso deve ser sempre realizado de acordo com a finalidade da lei, havendo uma discricionariedade para definir a melhor forma para atingir essa finalidade (AKAOUI, 2012, 84). Os compromissos também devem respeitar e buscar a realização máxima dos princípios que regem o direito ambiental, especialmente o princípio da prevenção, que é ‘sustentáculo do direito ambiental, consubstanciando-se como seu objetivo fundamental’ (FIORILLO, 2012, 127). Somente serão válidos os compromissos que assegurarem a tutela do meio ambiente ecologicamente equilibrado. O respeito a esses limites é necessário para conferir validade e legitimidade aos compromissos, mantendo-os imunes de invalidação pelos órgãos de controle”. FEIJÓ, Ricardo de Paula. A aplicabilidade do art. 26 da LINDB em licenciamento ambiental. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro — anotada: Decreto Lei nº 4.657*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. v. II, p. 358-359.

A partir da interpretação do art. 26, *caput*, em síntese, conclui-se que o compromisso em tela tem finalidades amplíssimas, dando-lhe ora natureza integrativa (por exemplo, quando usado para estipular condicionantes negociadas em processos liberatórios ou para estabelecer a interpretação do ordenamento), ora natureza substitutiva (quando empregado para afastar procedimentos investigatórios ou processos sancionadores por “irregularidades”, entendidas num sentido amplo de violações ao ordenamento jurídico, danosas ou não). Os usos apontados pela LINDB nada mais são que requisitos finalísticos dos compromissos, de modo que condicionam sua validade juntamente com os requisitos de natureza material e formal, expostos a seguir. Isso significa que em todo e qualquer caso concreto será imprescindível indicar a finalidade específica a que o compromisso se presta entre as legalmente aceitáveis.

6. Requisitos materiais para a celebração do compromisso

Além de estabelecer as finalidades que o compromisso persegue, o art. 26 da LINDB é preñado de requisitos formais e materiais, obrigatórios ou facultativos, de validade do acordo em tela. Com isso, ainda que as regulamentações do tema se mostrem extremamente relevantes para a exequibilidade e a segurança jurídica, a LINDB oferece a todos os níveis federativos um regime jurídico mínimo suficiente para a celebração dos compromissos de maneira imediata.

Requisitos materiais designam exigências quanto ao conteúdo dos compromissos. Nesse sentido, a LINDB prevê claramente seis requisitos, todos eles de observância obrigatória, a saber:

- A. O compromisso necessitará observar a legislação aplicável (art. 26, *caput*). Aqui, é preciso interpretar a legislação como ordenamento, num sentido de juridicidade, de maneira a englobar não apenas leis, mas também normas constitucionais e princípios gerais, expressos ou implícitos. Disso se extrai que as cláusulas dos compromissos não derogarão o direito posto, tornando-se ilícita qualquer previsão com conteúdo contrário à legislação (vedação do compromisso *contra legem*). Assim, por exemplo, se a lei estabelecer um determinado limite para poluição, não poderá um empreendedor realizar um compromisso com a autoridade ambiental que viole referido limite. Além disso, é preciso compreender a disposição em comento no sentido de que as

normas sobre os compromissos constantes da LINDB são gerais, razão pela qual não se aplicarão quando o ordenamento estipular normas especiais sobre compromissos, como ocorre no direito ambiental e no direito da concorrência. A LINDB, portanto, não derogou, nem impede regimes especiais, aplicando-se subsidiariamente em caso de lacuna ou quando não houver norma sobre o assunto. Não fosse assim, como dizem Guerra e Palma, a LINDB espalharia insegurança jurídica, negando seus verdadeiros propósitos.¹⁶

- B. O compromisso será firmado apenas se presentes razões de relevante interesse geral (art. 26, *caput*). Isso impõe à administração, na celebração desse acordo, apontar explícita e claramente os motivos de interesse público que a levaram a preferir o mecanismo pró-consensual, não se podendo firmar compromissos com base em benefícios exclusivos aos particulares.¹⁷ Em outras palavras, é preciso que o compromisso traga vantagens de interesse público, que podem consistir na extinção do processo de forma a permitir que a administração priorize outros assuntos mais relevantes, na resolução rápida do problema com o ajuste do comportamento ou a correção de seus efeitos danosos, em ganhos de segurança jurídica etc.
- C. O compromisso buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com interesses gerais (art. 26, § 1º, I), ou seja, o acordo não deverá beneficiar excessiva ou desproporcionalmente certos signatários, criando entre eles tratamento diferenciado injustificado, nem deverá ser realizado quando não gerar qualquer benefício aos interesses públicos primários (gerais) ou não tornar a atuação do Estado mais eficiente, seja num sentido de efetividade decisória ou de racionalidade procedimental. Além disso, como já se advertiu, a exigência de proporcionalidade impede que o acordo seja empregado pela administração para obter benefícios indevidos, por exemplo, mediante disfarce ilícito de desestatização de tarefas ou de contratação direta via compromissos.
- D. O compromisso não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral

¹⁶ Guerra e Palma, Art. 26 da LINDB, *op. cit.*, p. 148.

¹⁷ Também nesse sentido, Almeida, O termo de compromisso do artigo 26 da LINDB, o licenciamento ambiental e a proteção do direito ao meio ambiente, *op. cit.*, p. 138.

(art. 26, § 1º, III).¹⁸ Essa é, sem dúvida nenhuma, a norma de mais difícil interpretação no dispositivo em comento. Aparentemente, deseja-se proibir que, de um lado, o compromisso seja utilizado para estipular requisitos ao exercício de um direito que, embora não se mostre evidente na legislação, tenha sido consagrado em orientação geral resultante de “interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda [sic] as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público” (art. 24, parágrafo único da LINDB). Se o direito já está reconhecido nas orientações com as respectivas condições, quando cabíveis, o compromisso não poderá ser empregado para contradizer o que as orientações apontaram, sob pena de se incorrer em *venire contra factum proprium*. Busca-se, de outro lado, evitar que os compromissos venham a ser empregados para afastar deveres de maneira permanente, transformando-se o acordo em forma de imunização dos compromissários contra a legislação e, ao mesmo tempo, como técnica de renúncia ilegal de competências. O compromisso, por exemplo, não poderá gerar o benefício de imunizar o particular que o celebra contra a fiscalização estatal por todo o sempre.

- E. O compromisso deverá conter as obrigações de cada parte, com os respectivos “prazos para seu cumprimento” (art. 26, § 1º, inciso IV). Esse mandamento deve ser interpretado como referência não apenas aos prazos de cada obrigação, mas também ao prazo geral de duração do acordo. Para os compromissos de natureza integrativa, como os de interpretação para afastar incerteza jurídica, é possível que se defina o prazo como o de duração do processo administrativo ao qual o acordo se acopla ou de vigência da decisão administrativa tomada nesse processo.
- F. O compromisso deverá conter as sanções em caso de descumprimento. A lei não aponta quais sanções seriam essas, mas, de modo geral, é comum que os compromissos prevejam duas consequências para seu

¹⁸ Sobre o requisito, conferir também: VALIATI, Thiago Priess; FERREIRA, Pedro Henrique. LINDB, consensualidade e seus impactos na aplicação da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021). In: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael (Coord.). *Nova LINDB: proteção da confiança, consensualidade, participação democrática e precedentes administrativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 98 e ss.

descumprimento: (a) pagamento de multas pecuniárias, cabendo ao acordo definir seus valores, formas de cálculo, critérios de dosimetria e (b) a eventual extinção do acordo, com as consequências disso resultantes. Se o processo administrativo no qual o compromisso for celebrado tiver finalidade sancionatória, a extinção do acordo imporá a retomada do processo. Já em processos liberatórios, o descumprimento do acordo poderá ser combinado com a cassação do ato administrativo liberatório, sem prejuízo de multas. A LINDB, porém, não oferece todos esses detalhamentos, deixando à administração a tarefa e o desafio de construir, em cada acordo ou por regulamentação, um regime sancionador claro, explícito, previsível e adequado às diferentes formas e gravidades de descumprimento. Nessa construção, a administração também deverá indicar o regime processual que se empregará para fins de imposição de sanções por violação do acordo, garantindo, por mandamento constitucional, o contraditório e a ampla defesa ao infrator.

7. Requisitos formais para a celebração do compromisso

Diferentemente dos requisitos materiais, todos obrigatórios, a LINDB previu requisitos de natureza formal, que ora se apresentam como imprescindíveis, de observação necessária, ora se mostram meramente facultativos. Esses requisitos formais se reduzem a basicamente quatro e abrangem:

- A. A oitiva do órgão jurídico competente (art. 26, *caput*), que deve ser entendida como a manifestação do órgão incumbido de tarefas de consultoria jurídica da administração acerca do conteúdo proposto para o acordo. Essa manifestação, além de obrigatória, necessita ser prévia à celebração, sobretudo no sentido de garantir que o conteúdo do acordo se harmonize com a legislação. Nada impede, contudo, que um representante do próprio órgão jurídico acompanhe ou participe das negociações no sentido de realizar um controle de legalidade concomitante. A LINDB não pede a oitiva do órgão jurídico sobre o cumprimento do compromisso, mas ela também se revela adequada e oportuna, sobretudo nas hipóteses em que o compromisso tiver efeito substituto do processo administrativo, ou seja, nas situações em que seu cumprimento ocasionar o arquivamento do processo.

- B. A realização de consulta pública “quando for o caso” (art. 26, *caput*). Consulta pública, em poucas palavras, nada mais é que procedimento de participação popular pelo qual se abre uma minuta de decisão administrativa, como a de celebração de acordo, para manifestação escrita e formal, eletrônica ou não, de qualquer pessoa física ou jurídica a despeito de qualquer relação sua com o processo. O participante da consulta não é automaticamente um interessado, embora interessados possam dela participar. Por isso, eles têm direitos restritos, incluindo o de acesso aos autos, de manifestação, de consideração e de resposta.¹⁹ A LINDB não impõe a consulta pública ou outro mecanismo de participação popular como requisito essencial de validação dos compromissos. Aponta, tão somente, uma advertência ao intérprete para que verifique se, no âmbito de sua entidade, decisões de celebração do acordo devem ou não ser objeto de controle social pela população à luz de normas como as constantes nas leis de processo administrativo, nas leis de processo ambiental, nas leis de regulação, entre outras que tratam de participação popular. Seguindo essa lógica, ainda que a LINDB fale de consulta, outros mecanismos são perfeitamente cabíveis, como as audiências públicas.²⁰
- C. A exigência de clareza redacional (art. 26, § 1º, IV), ou seja, a estipulação de cláusulas com redação técnica, direta e que possam ser compreendidas com relativa facilidade, evitando-se termos vagos, obscuridades, lacunas sobre pontos essenciais à exequibilidade do acordo.
- D. A publicação oficial como condição de eficácia das cláusulas presentes no compromisso (art. 26, *caput*, parte final). Não esclarece a LINDB, porém, em que meio o compromisso deverá ser publicado, nem se a publicação deverá ser integral ou resumida. Assim, caberá aos entes que usam o instrumento regulamentar a publicação e sua forma. Há que se conferir atenção, porém, a eventuais cláusulas com conteúdo sensível e que aceitem restrição de acesso. A Lei de Licitações

¹⁹ Em detalhes, cf. MARRARA, Thiago; NOHARA, Irene Patrícia. *Processo administrativo: Lei 9.784/1999 comentada*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. comentários ao art. 31.

²⁰ Também a favor da possibilidade de uso de audiências, posiciona-se Almeida, O termo de compromisso do artigo 26 da LINDB, o licenciamento ambiental e a proteção do direito ao meio ambiente, *op. cit.*, p. 132.

de 2021 é clara ao afirmar que contratos administrativos seguem a regra da transparência, mas podem ser objeto de classificação como reservados, secretos ou ultrassecretos. Essa lógica também se aplica aos compromissos, cujas cláusulas poderão, em parte ou na íntegra, ser classificadas motivadamente como restritas em situações especiais, legalmente autorizadas e mediante motivação no caso concreto conforme os ditames da Lei de Acesso à Informação ou outras leis que tratem do tema.

8. Regulamentação das fases

Para além desses requisitos finalísticos, materiais e formais, a LINDB nada diz. Contudo, é preciso ter em mente que os compromissos, como forma de acordo administrativo, envolvem fases²¹ obrigatórias marcadas por dificuldades e problemas específicos que, certamente, deverão ser objeto de regulamentação própria²² ou, na sua falta, de tratamento no próprio compromisso. Não se quer dizer, com isso, que a regulamentação seja imprescindível para o uso do instrumento previsto no art. 26, mas simplesmente que será fundamental para conferir mais segurança jurídica e efetividade aos compromissos.

A primeira fase que se deve regulamentar é a de propositura, cuja iniciativa, na falta de vedação legal e pela própria natureza do acordo, pode recair tanto sobre o interessado no processo quanto sobre a autoridade pública competente para conduzi-lo. A princípio, portanto, não há que se estipular reserva de iniciativa, nem vedação do pedido de discussão de acordo, embora

²¹ Diferentemente da proposta de cinco fases aqui desenvolvida, Guerra e Palma falam de três fases: iniciativa, instrução e celebração. Cf. Guerra e Palma, Art. 26 da LINDB, *op. cit.*, p. 154.

²² Nesse sentido, anota Camila Rocha Cunha Viana a importância da “edição de normas complementares pelos entes federativos para a regulamentação de fluxos, competências e parâmetros para a celebração desses acordos, de modo a estabelecer critérios uniformes de utilização do instrumento consensual na esfera administrativa. [...] Ao fim e ao cabo, essa procedimentalização tem por objetivo resguardar a impessoalidade e a segurança jurídica, proporcionando um ambiente favorável à negociação pelos próprios agentes públicos, receosos de transacionar com particulares e fornecer soluções individualizadas”. VIANA, Camila Rocha Cunha. O artigo 26 da LINDB e a consolidação do direito administrativo consensual. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro — anotada: Decreto-Lei nº 4.657*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. v. II, p. 341.

prazos limites de propositura possam ser úteis e justificáveis para o sistema negocial. Dentro dos razoáveis limites temporais, o pedido da via negocial é protegido pelo direito fundamental de petição, não cabendo qualquer tipo de recusa de análise da proposta por parte dos órgãos públicos.

Conquanto se trate de assunto relevante, a LINDB nada fala sobre o momento da propositura e se há limites ao exercício desse direito. A omissão da lei é perfeitamente compreensível, pois alguns compromissos fazem sentido em qualquer fase do processo administrativo em que se inserem e, em certas situações, antes mesmo da abertura do processo administrativo, como os voltados à fixação de interpretação e de integração para superar incerteza jurídica. No entanto, compromissos existem, como os de ajustamento de conduta, que proporcionam mais benefícios públicos quando celebrados nas fases iniciais do processo, já que poupam os recursos que a administração emprega ao conduzi-los. Para esses casos, é bastante adequado e recomendável que a regulamentação do art. 26 preveja limites temporais para a propositura, considerando que os benefícios ao interesse público desaparecerão se a proposta for demasiadamente tardia.

A segunda fase é a da negociação, na qual as partes apresentarão seus argumentos e suas iniciativas de ajustamento no sentido de buscar consenso. Algumas leis estabelecem prazos para finalização dessas negociações, tratam de seus efeitos sobre o processo e de consequências pelo seu fracasso, mas a LINDB não se refere a essa problemática, até porque suas normas gerais permitem compromissos sobre assuntos extremamente variados, restando praticamente impossível definir em norma nacional detalhes sobre negociação. De toda forma, no plano regulamentar, é fundamental que se indiquem autoridades capacitadas em técnicas necessárias à negociação e que tenham consciência dos seus limites, sobretudo diante das finalidades legais dos acordos. É igualmente oportuno que se apontem prazos para negociação, bem como regras sobre os efeitos da negociação sobre o curso do processo em que o compromisso será firmado.

A terceira fase é a de celebração do acordo e, aqui, a LINDB é clara ao conceder margem de escolha à autoridade competente, ou seja, discricionariedade administrativa. Isso significa que a administração não está obrigada a aceitar compromissos. Trata-se de mera faculdade. Contudo, discricionariedade não se confunde com arbitrariedade. Por isso, de um lado, o órgão competente pela celebração do compromisso deverá motivar sua recusa a tanto, principalmente quando tiver firmado acordos análogos em casos semelhantes. De outro, a administração pública deverá confirmar, quando aceitar

o compromisso, a presença dos requisitos materiais, formais e finalísticos apontados como condição para sua validade.²³

Apesar de tratar da discricionariedade da celebração, a LINDB não entra em detalhes sobre a competência. E essa lacuna é igualmente justificável, tendo em vista a rica e complexa estrutura organizacional da administração pública brasileira, bem como as variadas modalidades possíveis de compromissos. Na prática, dada a lacuna da LINDB, é preciso que regulamentos estabeleçam as competências com clareza tanto para o recebimento das propostas, para a negociação e, principalmente, para a celebração dos compromissos. Na falta de previsão complementar, deve-se aplicar a regra que estabelece a competência originária para a tomada de decisão no processo em que o acordo se forma. Em outras palavras, constatada a lacuna, competente para celebrar o acordo será a autoridade ou órgão incumbido de decidir o processo.

A quarta fase do compromisso é a de execução. Nesse tocante, a LINDB também é lacunosa. Apesar disso, para os compromissos de ajustamento de conduta em processos sancionadores e para os compromissos de condicionantes em processos liberatórios, essa fase se caracteriza por prazos bem determinados para o cumprimento de cada obrigação e, eventualmente, para a apresentação de relatórios de consecução das finalidades. No entanto, compromissos que têm evidente caráter integrativo, como os relativos à interpretação para superação de incerteza jurídica, não necessariamente dependerão de prazos de execução. Melhor dizendo: é possível que esses compromissos integrativos valham enquanto durar o processo ou enquanto tiver eficácia a decisão nele tomada.

A quinta fase do compromisso é a de avaliação de seus resultados e do efetivo cumprimento das obrigações pactuadas. Essa fase, à luz da variedade de compromissos permitida pela LINDB, somente terá cabimento para aqueles que assumam natureza substitutiva. É o caso dos compromissos de

²³ Sobre a importância da motivação na escolha pelo compromisso, Cristóvam e Eidt afirmam: “[...] a decisão discricionária da autoridade administrativa não escapa do devido iter procedimental, impondo-se sejam expostas todas as razões de decidir, os dados levantados e os cenários de análise que culminaram na opção pela via consensual. A observância do procedimento decisório traz garantia de menor sindicabilidade sobre o mérito da decisão, além, é claro, de qualificar formal e materialmente a decisão administrativa”. CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; EIDT, Elisa Berton. O compromisso do artigo 26 da LINDB e a sua celebração no âmbito das câmaras administrativas de prevenção e de solução de conflitos. In: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael (Coord.). *Nova LINDB: proteção da confiança, consensualidade, participação democrática e precedentes administrativos*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2021. p. 81.

ajustamento de conduta em processos administrativos sancionadores, em que os acusados celebram o compromisso e, durante sua execução, o processo sancionador é suspenso. Ao final, apresentados os relatórios e verificado o cumprimento do acordo, é preciso declarar o encerramento, bem como a extinção definitiva do processo administrativo no qual ele foi celebrado. A fase de avaliação e encerramento é, portanto, imprescindível em compromissos com essa finalidade.

9. Conclusões

A LINDB fortaleceu o movimento de consensualização ou concertação na administração pública brasileira ao estipular regras gerais, de aplicabilidade imediata às três esferas da Federação, sobre consultas públicas e sobre o uso de compromissos como espécies de acordo no exercício dos poderes de autoridade do Estado, absorvendo inovações constantes de outras leis brasileiras, como a Lei da Ação Civil Pública, a Lei de Defesa da Concorrência e a Lei de Infrações Ambientais.

Enquanto o art. 27 da LINDB se dedica aos compromissos com finalidade de prevenção de danos ou de reparação de danos causados pelo Estado na condução de processos ou pelos interessados entre si mesmos, o art. 26 cuida dos compromissos como instrumentos dialógicos com finalidades variadas e muito mais amplas.

O art. 26 da LINDB reconhece a utilização dos compromissos tanto como acordos integrativos, sobretudo para fins de superação de incerteza jurídica na fixação consensual de interpretações ou na superação de lacunas, quanto como acordos substitutivos, mormente para superação de irregularidades, entendidas como comportamentos ilícitos, danosos ou não, e de situações conflituosas em geral, a despeito do tipo de processo em que elas ocorram.

Ao criar uma regra que viabiliza o uso de compromissos na administração pública, a LINDB transforma esse instituto, que antes se circunscrevia a alguns setores do direito administrativo especial, em peça-chave do direito administrativo geral, tornando prescindível a edição de autorizativos especiais para que a administração pública os empregue.

Ao mesmo tempo que oferece esse autorizativo nacional para uso de compromissos na administração pública, inclusive para superação de incertezas jurídicas e situações conflitivas em geral, a LINDB condiciona sua validade ao cumprimento de requisitos finalísticos, materiais e formais.

Em conjunto, as normas da LINDB sobre a faculdade e os requisitos de celebração dos compromissos de ajustamento resolvem um problema antigo da administração nacional relacionado com a reserva legal. Como muitas leis, inclusive de processo administrativo, nunca trataram do tema, eram frequentes as dúvidas acerca dos compromissos celebrados por muitos entes públicos. Não raramente, a celebração de compromissos era vista como renúncia indevida de competências.

A partir da Lei nº 13.655, na presença do autorizativo geral da LINDB, não há mais como se questionar o uso de compromissos, seja em processos sancionadores, seja em processos liberatórios, seja em processos declaratórios, seletivos ou de qualquer outra ordem.

Sem prejuízo dos avanços relevantíssimos da LINDB, porém, ainda resta à administração pública, no emprego dos compromissos, regulamentar muitos dos assuntos que não caberiam em normas gerais de caráter nacional. A regulamentação não afeta o uso imediato dos compromissos, mas é fundamental para que se confira a esses instrumentos um regime seguro, completo e preciso, adaptado à realidade de cada nível federativo.

Nessa regulamentação, os entes competentes deverão abordar, entre outros temas de importância, as diferentes fases dos compromissos (propositura, negociação, execução, avaliação e extinção), as competências relativas a cada uma delas, bem como as demais medidas, inclusive de capacitação, para que os órgãos públicos possam utilizar os compromissos lícita e adequadamente.

Referências

ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de Almeida. O termo de compromisso do artigo 26 da LINDB, o licenciamento ambiental e a proteção do direito ao meio ambiente. *Revista Direito Público*, v. 17, n. 95, p. 128-152, 2020.

ARAÚJO, Alexandra Fuchs de. Comentários ao artigo 26 da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro — anotada: Decreto-Lei nº 4.657*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. v. II, p. 325-331.

BRASIL. Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF.

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Incluído pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF.

BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF.

BRASIL. Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF.

BRASIL. Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; EIDT, Elisa Berton. O compromisso do artigo 26 da LINDB e a sua celebração no âmbito das câmaras administrativas de prevenção e de solução de conflitos. In: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael (Coord.). *Nova LINDB: proteção da confiança, consensualidade, participação democrática e precedentes administrativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 73-90.

FEIJÓ, Ricardo de Paula. A aplicabilidade do art. 26 da LINDB em licenciamento ambiental. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro — anotada: Decreto-Lei nº 4.657*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. v. II.

GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico da negociação com a Administração Pública. *RDA*, edição especial, p. 135-169, 2018.

MARRARA, Thiago. Acordos no direito da concorrência. *Revista de Defesa da Concorrência*, v. 8, p. 78-103, 2020.

MARRARA, Thiago. Direito administrativo brasileiro: transformações e tendências. In: MARRARA, Thiago (Coord.). *Direito administrativo: transformações e tendências*. São Paulo: Almedina, 2014. p. 17-46.

MARRARA, Thiago; NOHARA, Irene Patrícia. *Processo administrativo: Lei 9.784/1999 comentada*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SADDY, André; GRECO, Rodrigo Azevedo. Termo de ajustamento de conduta em procedimentos sancionatórios regulatórios. *Revista de Informação Legislativa*, n. 206, p. 165-203, 2015.

VALIATI, Thiago Priess; FERREIRA, Pedro Henrique. LINDB, consensualidade e seus impactos na aplicação da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021). In: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael (Coord.). *Nova LINDB: proteção da confiança, consensualidade, participação democrática e precedentes administrativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 91-108.

VIANA, Camila Rocha Cunha. O artigo 26 da LINDB e a consolidação do direito administrativo consensual. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro — anotada: Decreto-Lei nº 4.657*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. v. II, p. 339-344.