

ACORDOS ADMINISTRATIVOS NO BRASIL
TEORIA E PRÁTICA

© Almedina, 2020

organização Wilson Accioli de Barros Filho

DIAGRAMAÇÃO: Almedina

DESIGN DE CAPA: FBA

ISBN: 9788584936281

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Acordos administrativos no Brasil : teoria e
prática / coordenação Gustavo Henrique Justino de
Oliveira ; organização Wilson Accioli de Barros
Filho. -- São Paulo : Almedina, 2020.
-- Vários autores.

Bibliografia.
ISBN 978-85-8493-628-1

I. Contratos administrativos 2. Contratos
administrativos - Brasil 3. Direito administrativo
I. Oliveira, Gustavo Henrique Justino de. II. Barros
Filho, Wilson Accioli de.

20-33626

CDU-35

Índices para catálogo sistemático:

I. Direito administrativo 35
Cibele Maria Dias - Bibliotecária - CRB-8/9427

Este livro segue as regras do novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa (1990).

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte deste livro, protegido por copyright, pode ser reproduzida, armazenada ou transmitida de alguma forma ou por algum meio, seja eletrônico ou mecânico, inclusive fotocópia, gravação ou qualquer sistema de armazenagem de informações, sem a permissão expressa e por escrito da editora.

Abril, 2020

EDITORA: Almedina Brasil
Rua José Maria Lisboa, 860, Conj.131 e 132, Jardim Paulista | 01423-001 São Paulo | Brasil
editora@almedina.com.br
www.almedina.com.br

receito
w.miga
inistéri
flexões
355.
lica, dis-
ulo. São
conduta
n. RES
Ministre
co Edson
funções d

5. Acordos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB: Normas de Sobredireito sobre a Celebração de Compromissos pela Administração Pública

RAFAEL WALLBACH SCHWIND

INTRODUÇÃO

A atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – doravante LINDB – está em vigor desde 1942.

Em 2018, a Lei 13.655 acresceu novos dispositivos à LINDB (arts. 20 a 30). Os ajustes tiveram por objetivo estabelecer normas “sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público”, conforme preâmbulo da lei modificadora.

Assim, além de tratar da vigência das normas (arts. 1º e 2º), da obrigatoriedade das leis (art. 3º), da integração das normas (art. 4º), da interpretação das normas (art. 5º), da aplicação da lei do tempo (art. 6º) e da aplicação da lei no espaço (arts. 7º a 19), a LINDB passou a veicular normas de sobredireito também sobre a aplicação do direito público.

Nesse contexto, chama a atenção a previsão do art. 26 da LINDB, que prevê expressamente a possibilidade de celebração de compromisso com os interessados, de modo a eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público.

Neste artigo, pretendemos examinar as previsões contidas no art. 26 da LINDB. Entendemos que tal assunto não poderia deixar de ser examinado em uma obra que trata de acordos envolvendo a Administração Pública.

Inicialmente, faremos algumas considerações a respeito da própria LINDB e do contexto que serviu de base para as alterações introduzidas pela Lei 13.655 de 2018. Depois, analisaremos em detalhes as previsões contidas no art. 26 da LINDB.

1. A relevância de se estabelecer normas sobre acordos administrativos numa lei de introdução

1.1. As leis de introdução

É comum que Códigos Civis sejam acompanhados de leis introdutórias que, embora não constituam parte integrante daquela codificação, formam uma espécie de cobertura, estabelecendo regras para a sua própria aplicação e interpretação¹.

De certo modo, a existência de lei introdutórias com objetivo de disciplinar a aplicação e a interpretação de outras leis decorre da compreensão de que de nada adianta estabelecer normas positivadas se a sua interpretação e aplicação não obedecerem a uma certa rigidez de critérios.

1.2. A LINDB: norma de sobredireito

A LINDB entrou em vigor no ano de 1942. Trata-se do Decreto-Lei 4.657, editado pelo então Presidente Getúlio Vargas, na época do Estado Novo, ainda sob a denominação de Lei de Introdução ao Código Civil (LICC)²⁻³, em substituição à lei de introdução que entrara em vigor

¹ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Comentários à lei de introdução ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 7.

² Cinco anos antes, o mesmo Presidente havia “decretado” a Carta de 1937, justificando que as forças armadas e a opinião pública estavam “apreensivas diante dos perigos que ameaçam a nossa unidade e da rapidez com que se vem processando a decomposição das nossas instituições civis e políticas”.

³ A alteração da denominação de LICC para LINDB, ocorrida em 2010, por meio da Lei 12.376, teve o objetivo de deixar claro que ela se aplica a todos os ramos do direito, e não

limitadamente ao Código Civil de 1916 (na época, eram artigos introdutórios no mesmo corpo legal, ainda que numerados separadamente).

A, hoje denominada LINDB é o que se convencionou chamar de uma “norma de sobredireito”. Isso significa que ela tem por finalidade não a regulação direta das relações entre os sujeitos de direito, e sim dispor sobre regras a serem observadas por outras normas. É uma “lei sobre lei” (*lex legum*).

Na verdade, portanto, sua função sempre foi mais ampla do que a de ser uma mera introdução ao Código Civil. Sempre se tratou de uma introdução a todo o sistema legislativo brasileiro⁴. Uma lei de introdução às leis, verdadeira “metanorma”.

1.3. A racionalidade que informa a LINDB

A LINDB retrata, sob um certo ângulo, uma racionalidade tipicamente ottocentista, segundo a qual o direito era um sistema de normas codificadas, consolidadas e compiladas de modo racional e organizado, e ao qual seria dada uma uniformidade de tratamento⁵. O residual seria tratado em leis especiais, mas sempre com o cuidado de não comprometer a racionalidade do ordenamento codificado.

A fonte normativa por excelência seria a lei formal, que deveria ser capaz de dar conta de todas as possíveis relações jurídicas entre os indivíduos. Por isso, a aplicação do direito pelo intérprete não seria, em tese, algo complicado. Caberia apenas “dizer o direito” no caso concreto com base naquele conjunto ordenado de normas. Em caso de lacunas, autorizava-se, sempre excepcionalmente, o recurso aos costumes, à analogia e aos princípios gerais do direito.

apenas ao direito privado ou às normas insertas no Código Civil. Sua denominação original demonstrava como o papel principal do direito era visto no direito privado. Ao direito público, conferia-se um papel de menor relevância, possivelmente característico do período não democrático que se vivia na época da sua decretação. O fato é que a LINDB interessa a todos os ramos do direito.

⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral*. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 103.

⁵ Segundo Caio Mário da Silva Pereira, “A feitura de um Código não é apenas a reunião de disposições legais, relativas a determinado assunto. Exige um trabalho mais amplo, subordinado a uma técnica mais apurada. Codificar o direito é coordenar as regras pertinentes às relações jurídicas de uma só natureza, criando um corpo de princípios, dotados de unidade e deduzidos sistematicamente” (*Instituições de Direito Civil*. Vol. I. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 52).

E mais, o modelo normativo consagrado pela LINDB era o retrospectivo: só se aplicava a lei vinda do passado e codificada.⁶

1.4. A superação da racionalidade que orientou a LINDB

É evidente que o sistema monolítico, retrospectivo e pretensamente estável não existe mais – se é que algum dia realmente existiu. Três motivos principais levam a esse entendimento.

Primeiro, não se confia mais na existência de um “legislador racional”, capaz de positivizar na lei todo o conhecimento necessário à resolução dos conflitos entre sujeitos de direito. A crescente complexidade e a célere mutabilidade das relações sociais tornaram ultrapassada a visão de que um sistema codificado daria conta de todos os conflitos.

Segundo, também não se aceita mais a visão de que aplicar a lei seria uma atividade de menor importância, “mera interpretação” daquilo que “o legislador” (figura quase metafísica) “quis dizer”. Ninguém mais dúvida, por exemplo, do papel relevante dado aos princípios, que, longe de serem meros mecanismos de integração de lacunas e omissões, são vetores interpretativos na própria aplicação da lei positivada – ainda que haja, corretamente, críticas à aplicação “preguiçosa” e despreocupada dos princípios⁷.

Terceiro, não se veem mais os campos do direito privado e do direito público como realidades distintas que não se interpenetram. Cada vez mais, relações privadas são atingidas por normas de direito público. Isso sem falar na crescente presença do Estado nos mais diversos campos, não necessariamente como prestador direto de atividades, mas como regulador e controlador.

⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MOREIRA, Egon Bockmann. Uma lei para o Estado de direito contemporâneo. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; ANASTASIA, Antonio Augusto Junho. *Segurança Jurídica e Qualidade das Decisões Públicas: desafios de uma sociedade democrática*. Brasília: Senado Federal, 2015, p. 10.

⁷ Carlos Ari Sunfeld, com a perspicácia que lhe é peculiar, escreveu um verdadeiro manifesto (tão incisivo quanto brilhante) contra o que chamou de “farra dos princípios”. Segundo ele: “Vive-se hoje um ambiente de ‘geléia geral’ no direito público brasileiro, em que princípios vagos podem justificar qualquer decisão. O objetivo deste ensaio é opor-se a essa deterioração da qualidade do debate jurídico” (Princípio é preguiça? In? SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 205.

1.5. O estabelecimento de normas de direito público na LINDB

Mas a superação da racionalidade oitocentista e codificadora não tornou a LINDB desnecessária, como poderia parecer à primeira vista.

Por um lado, as normas de sobredireito contidas na LINDB permanecem úteis, ainda que mereçam uma interpretação de certa forma atualizada às novas realidades. Assim, por exemplo, é evidente que não se compreende mais que “basta recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito” para se suprir lacunas. Não só a supressão de lacunas é mais complexa do que isso, como também o recurso a essas alternativas, dentre outras, não ocorre apenas em caso de omissões legislativas.

Por outro lado, a crescente presença do Estado nas relações jurídicas, tanto na qualidade de regulador, como aplicador e controlador, demandou que existissem outras normas de sobredireito para estabelecer preceitos básicos a essas situações. Daí a edição da Lei 13.655, que acrescentou os arts. 20 a 30 da LINDB⁸.

1.6. A possibilidade de celebração de acordos pela Administração Pública como norma de sobredireito

Nesse contexto, o art. 26 da LINDB tem uma relevância enorme. O dispositivo estabelece a possibilidade de a Administração Pública celebrar compromissos – que, por excelência, são soluções negociadas – com os interessados, de modo a eliminar irregularidades, incertezas jurídicas ou situações contenciosas na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença.⁹

Com a edição da Lei 13.655, portanto, passou a haver uma norma de sobredireito no ordenamento jurídico brasileiro que estabelece uma

⁸ Consulte-se: SUNDFELD, Carlos Ari; SALAMA, Bruno Meyerhof. Chegou a hora de mudar a velha Lei de Introdução. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; Anastasia, Antonio Augusto Junho. *Segurança Jurídica e Qualidade das Decisões Públicas: desafios de uma sociedade democrática*. Brasília: Senado Federal, 2015, p. 13-16.

⁹ Para comentários sobre o dispositivo, confira-se: GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 135-169, nov. 2018.

regra geral de aplicação de soluções negociadas, acordadas, para todo o âmbito da Administração Pública.

Por um lado, a partir da introdução de novos dispositivos à LINDB, no ano de 2018, deixa, então, definitivamente, de ser possível alegar que a Administração deve apenas aplicar a lei, independentemente de quais forem as consequências de suas decisões, sem a possibilidade de transigir ou de encontrar soluções alternativas de consenso aos conflitos internos e com particulares. O dispositivo admite que podem existir incertezas no direito público – o que por si só já é uma evolução em relação à racionalidade oitocentista que informa a LINDB – ou situações de irregularidade ou contenciosas que podem ser resolvidas de modo consensual.¹⁰

Por outro lado, o art. 26 da LINDB passa a estabelecer um dever para a Administração Pública de ao menos avaliar concreta e efetivamente a possibilidade de celebrar compromissos com os interessados a fim de buscar uma solução que seja proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais.

Desde a edição da Lei 13.655, portanto, está sepultado qualquer entendimento no sentido de que a Administração Pública seria refratária à adoção de soluções consensuais. Há, na verdade, o reconhecimento, por meio de uma norma de sobredireito, de que as soluções consensuais podem ser o mecanismo mais eficaz em determinadas situações conflituosas que envolvam a Administração Pública.¹¹

¹⁰ Acerca da consensualidade na Administração Pública, confira-se: OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A Administração Consensual como a Nova Face da Administração. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 104, jan./dez. 2009. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67859/70467>. Acesso em 31 de março de 2019.

¹¹ Para aprofundamento, consultem-se: LIBÓRIO, Daniela Campos. Art. 26 da LINDB – comentário geral. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord). *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada*, vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 321-325; NIEBUHR, Karlin Olbertz. O alcance do art. 26 da LINDB. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord). *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada*, vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 344-349; e VIANA, Camila Rocha Cunha. O artigo 26 da LINDB e a consolidação do direito administrativo consensual. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord). *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada*, vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 339-344.

2. A aplicação do art. 26 da LINDB

Compreendida a importância de se ter no ordenamento jurídico brasileiro uma norma de sobredireito que estabelece o poder-dever da Administração Pública de celebrar compromissos para uma solução consensual, cabe agora verticalizar as regras estabelecidas pelo art. 26 da LINDB.¹²

2.1. O objeto dos compromissos celebrados pela Administração Pública

O compromisso previsto no art. 26 da LINDB, a ser celebrado pela Administração Pública com o interessado, tem por objeto eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença.

Portanto, o compromisso do art. 26 da LINDB pode ter objetos variados.

2.1.1. Irregularidade

Irregularidade consiste na existência de uma situação em que há uma contrariedade ao direito. Nesse caso, o compromisso celebrado com o interessado terá por objeto estabelecer um modo de resolver essa irregularidade, de forma que a situação com o particular passe a estar em conformidade com o direito.

O art. 26 da LINDB, portanto, estabelece uma regra de sobredireito pela qual se reconhece claramente que situações de irregularidade não comportam apenas uma solução de invalidação/anulação e sancionamento. O dispositivo impõe o dever de se avaliar se a irregularidade constatada pode ser sanada por meio da celebração de um compromisso com o interessado.

2.1.2. Incerteza jurídica

Incerteza jurídica é uma hipótese em que não se sabe ao certo se a situação existente é regular ou não, ou ainda a Administração Pública

¹² A respeito do assunto, confira-se: ARAÚJO, Alexandra Fuchs de. Comentários ao artigo 26 da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord). *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada*, vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 325-332.

reconhece que pode haver dúvidas objetivas. O reconhecimento de que existem situações de incerteza jurídica decorre, sob um certo ângulo, do princípio da boa-fé.

Note-se o art. 26 da LINDB admite que a Administração Pública pode se deparar com situações de incerteza jurídica. Ou seja, reconhece-se que a Administração Pública não necessariamente precisa ter certeza sobre a regularidade ou não de determinada situação. O dispositivo, sob um certo ângulo, procura proteger a boa-fé dos envolvidos, tanto dos agentes públicos quanto dos particulares que se relacionam com a Administração.

2.1.3. Situação contenciosa

Situação contenciosa é aquela em que a Administração Pública está em um contexto de discussão, de conflito, com o interessado no tocante à aplicação do direito.

A celebração de compromissos, portanto, é uma possibilidade para a resolução de situações de conflito. O art. 26 da LINDB não apenas suplanta a ideia de que existiria um "interesse público indisponível" e insuscetível de transações, como também admite que a resolução consensual, por meio de um compromisso, pode ser a mais adequada para certas situações conflituosas que envolvam a Administração Pública.

2.1.4. Casos de expedição de licença

O art. 26 da LINDB ainda se aplica a casos de expedição de licença.

A menção do dispositivo a situações de expedição de licença consiste no reconhecimento de que a celebração de compromissos é cabível para viabilizar a obtenção de uma licença pelo particular. Nesse caso, o compromisso estabelecerá as obrigações que o interessado deverá assumir para obter a licença almejada.

Também nesse ponto, o art. 26 da LINDB reconhece que uma situação que tipicamente não envolveria transação (como a expedição de licenças) pode ser resolvida de modo mais eficiente por meio da celebração de um compromisso. Assim, por exemplo, situações em que o particular está irregular por não dispor de determinada licença podem ser resolvidas por meio da celebração de compromissos para essa regularização. É o que pode acontecer, por exemplo, quando é necessário

obter um alvará para a execução de uma obra ou a licença para o funcionamento de um estabelecimento.

A rigor, o dispositivo nem precisaria mencionar os casos de expedição de licença. Bastaria mencionar as situações de irregularidade, incerteza jurídica ou conflituosas. De todo modo, o art. 26 da LINDB ao mencionar as expedições de licença, torna ainda mais claro o cabimento da celebração de compromissos em casos que envolvam esse tipo de ato.

2.2. Faculdade ou dever de celebração de compromisso?

O art. 26 da LINDB estabelece que a autoridade administrativa "poderá" celebrar compromisso com os interessados, nas hipóteses previstas no dispositivo.

O termo "poderá", empregado pelo dispositivo, leva à conclusão de que a celebração de compromisso com o interessado não será um dever. Há uma margem de discricionariedade na avaliação dos requisitos aplicáveis. No entanto, isso não significa de nenhum modo que a decisão por celebrar ou não um compromisso fique sujeita a uma avaliação puramente subjetiva. A pura e simples subjetividade na relação da Administração Pública com os particulares não pode ser admitida. Há certos parâmetros que o agente público competente deve levar em conta para definir pela celebração ou não de um compromisso destinado a resolver uma situação de irregularidade, incerteza jurídica ou conflituosa.

É impossível estabelecer em tese e de modo exaustivo quais seriam os parâmetros que a Administração Pública deve levar em conta na decisão por celebrar ou não um compromisso na forma do art. 26 da LINDB. De todo modo, podem ser enunciados alguns critérios gerais, boa parte deles prevista na própria LINDB.

2.2.1. Isonomia

Um critério geral será sempre o da isonomia.

A decisão da Administração Pública por celebrar um compromisso na forma do art. 26 da LINDB deve levar em conta o princípio da isonomia. Não é possível que situações idênticas tenham um tratamento diferenciado sem qualquer motivo, sob pena de ofensa grave ao princípio da isonomia.

Evidentemente, cabe compreender adequadamente o princípio da isonomia. O tratamento igualitário deve ser concedido a situações que

comportam a mesma solução. Além disso, nada impede que a própria Administração Pública reavalie os seus entendimentos, inclusive tendo em vista uma avaliação de resultados dos próprios compromissos já celebrados.

O aprofundamento acerca do princípio da isonomia, de todo modo, não é objeto deste breve ensaio.

2.2.2. Avaliação das “possíveis alternativas”

A celebração de compromissos com particulares deverá sempre avaliar se a solução consensual é a mais adequada em vista das “possíveis alternativas”. A aplicação do art. 26 da LINDB deve ser articulada com o parágrafo único do art. 20 da mesma lei.

Na decisão por celebrar ou não um compromisso, o agente público competente deverá verificar se essa solução será necessária e adequada em face de possíveis outras soluções que também poderiam ser aplicadas.

Evidentemente, a avaliação das “possíveis alternativas” comporta uma avaliação não totalmente objetiva. Até por isso, o ato deverá ser devidamente motivado, e a pertinência dos motivos apontados pode inclusive ser questionada.

2.2.3. Avaliação das “consequências jurídicas e administrativas” da invalidação

Outro fator a ser ponderado na celebração de compromissos na forma do art. 26 da LINDB será a avaliação das “consequências jurídicas e administrativas” de uma eventual invalidação da situação.

Ou seja, caberá à Administração Pública verificar se a invalidação de uma determinada situação de irregularidade, incerteza jurídica ou conflito terá consequências jurídicas e administrativas, e ponderar tais consequências na decisão pela celebração de um compromisso.

Ao final desse processo decisório, é plenamente possível que a Administração conclua que a celebração de um compromisso para a eliminação daquela situação proporciona consequências jurídicas e administrativas mais positivas (ou menos negativas) do que a invalidação da situação por outro meio.

Aplica-se, portanto, o *caput* do art. 21 da LINDB, que determina à Administração Pública avaliar as consequências jurídicas e administra-

tivas de uma invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa. Em certas situações, a celebração de um compromisso na forma do art. 26 da LINDB será a solução mais adequada justamente por afastar certas consequências danosas com as quais a Administração Pública potencialmente não teria condições de lidar de maneira satisfatória. O compromisso pode ser o modo mais racional de se lidar com as consequências jurídicas e administrativas, inclusive evitando certos problemas cujo impacto pode ser altamente danoso à própria Administração Pública.

2.2.4. Proporcionalidade e razoabilidade

A celebração de compromissos com particulares também deve passar por uma avaliação de proporcionalidade e razoabilidade por parte da Administração Pública. Aplica-se o parágrafo único do art. 21 da LINDB, que estabelece o dever de indicação das condições para que a regularização de determinada situação ocorra de modo proporcional e equânime, sem prejuízo aos interesses gerais.¹³

Caso a celebração de um compromisso para a regularização de uma situação de irregularidade, incerteza ou litígio seja a solução mais proporcional e equânime, em princípio será a conduta mais adequada. A simples invalidação de uma determinada situação poderia gerar prejuízos desproporcionais, anormais ou excessivos, que podem ser contornados de modo racional por meio da celebração de um compromisso.

2.2.5. A questão econômica subjacente

Há ainda uma questão econômica subjacente.

A celebração de compromisso com um particular deve passar por uma avaliação de natureza econômica por parte da Administração Pública. Se a celebração de um compromisso gerar uma economia de recursos públicos ou tiver essa potencialidade em comparação com

¹³ Retomaremos adiante a ideia de “interesses gerais”. Para uma verticalização do termo, confira-se: GAROFANO, Rafael Roque; STEIN, Daniel Almeida; ZABLITH, Marc Bujicki. Relevo e interesse geral, requisitos para o acordo e vetos. In: CUNHA FILHO, Alexandre Juppê (coord.); ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord). *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada*, vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 332-3.11.

possíveis outras soluções, tal fator não pode simplesmente ser desconsiderado.

Não se está afirmando, evidentemente, que a economia aos cofres públicos deva se sobrepor a qualquer outro valor protegido pelo ordenamento jurídico nem que ela justifique a celebração de qualquer compromisso com um particular, seja qual for o seu conteúdo. A própria previsão de observância dos "interesses gerais" (parágrafo único do art. 21 da LINDB) afasta esse tipo de conclusão. No entanto, é inegável que o impacto aos cofres públicos é algo a ser ponderado, inclusive por ser uma consequência prática da decisão a ser tomada. Portanto, até mesmo por um imperativo de responsabilidade na gestão dos recursos públicos, o aspecto econômico deve ser ponderado pelo gestor público na decisão de celebrar ou não um compromisso na forma do art. 26 da LINDB. A celebração de um compromisso pode, em tese, gerar uma economia significativa aos cofres públicos ao evitar a litigiosidade de certos conflitos e ao estabelecer uma situação de certeza e regularidade jurídica que antes não existia.

A rigor, o aspecto dos impactos econômicos da decisão pela celebração ou não de um compromisso já está inserta nas avaliações sobre as consequências do ato e na ponderação da razoabilidade e da proporcionalidade. No entanto, é importante ressaltar o aspecto econômico como um dado efetivamente relevante, e que inclusive pode ser decisivo para uma tomada de decisões.

2.3. Procedimento para celebração de compromisso

O art. 26 da LINDB não estabeleceu um procedimento específico e detalhado para a celebração de compromissos entre a Administração e particulares. Nem deveria tê-lo feito. Afinal, na qualidade de norma de sobredireito, não cabe à LINDB estabelecer um procedimento detalhado. Além disso, cada ente que integra a Administração deve estabelecer os seus próprios procedimentos.

A LINDB, no entanto, estabeleceu duas previsões gerais de ordem procedimental: oitiva do órgão jurídico e realização de consulta pública.

2.3.1. Oitiva de órgão jurídico

O art. 26 da LINDB estabelece a necessidade de "oitiva do órgão jurídico" para a celebração de um compromisso.

A ouvida do órgão jurídico é uma previsão salutar. É importante que o agente público solicite uma manifestação jurídica a respeito do cabimento do compromisso e da validade dos termos nele previstos. Evidentemente, a avaliação jurídica não é a única a ser feita, mas é importante que seja realizada previamente à celebração do compromisso, uma vez que sempre existem questões jurídicas a serem equacionadas.

Ademais, a ouvida do órgão jurídico tende a conceder maior segurança aos envolvidos - agente público e particular.

A manifestação do órgão jurídico não necessariamente será vinculante para o administrador público. No entanto, é evidente que eventual discordância em relação à manifestação jurídica acaba por atribuir ao agente público um ônus argumentativo maior.

A ausência de oitiva do órgão jurídico não será necessariamente uma causa de invalidação do compromisso. Seria até contraditório com o próprio espírito que informa a LINDB que houvesse uma situação absoluta de nulidade insanável. A rigor, a ausência de ouvida prévia do órgão jurídico pode ser convalidada posteriormente, ou resolvida de algum modo que não seja necessariamente a decretação de nulidade do instrumento que foi celebrado.

2.3.2. Consulta pública

O art. 26 da LINDB também estabeleceu a possibilidade de realização de consulta pública prévia à celebração de um compromisso. No entanto, não previu a obrigatoriedade de que haja uma consulta pública. A previsão é clara no sentido de que ela deve ocorrer "quando for o caso".

Assim, a LINDB estabeleceu uma margem de discricionariedade à Administração Pública para decidir acerca da necessidade ou não de realização de uma consulta pública prévia à celebração de um compromisso.

Em certos casos, a realização de consulta pública será recomendável. Normalmente, é o que ocorrerá quando estiverem envolvidos direitos de um grupo numeroso de interessados, ou mesmo direitos coletivos ou individuais homogêneos, ou ainda se o impacto da celebração do compromisso tiver alguma relevância especial. Já em outras situações, como, por exemplo, a celebração de um compromisso para a regularização do alvará de um estabelecimento de menor relevância, não fará sentido a realização de uma consulta pública.

Portanto, a realização de consultas públicas não fará sentido em certos casos. Além de serem custosas, acabam por retardar a tomada de decisão, o que pode gerar prejuízos inaceitáveis.

2.3.3. A relevância da procedimentalização da celebração de compromissos

É importante destacar que a procedimentalização da celebração de compromissos será um importante instrumento para se garantir maior transparência e se permitir o controle na aplicação do art. 26 da LINDB.

Uma das grandes dificuldades na celebração de compromissos pela Administração Pública diz respeito ao controle. Na medida em que a Administração procedimentaliza a sua decisão, isso torna a medida mais transparente e compatível com os princípios que regem a atuação do Estado, em especial o da isonomia.

É evidente que a procedimentalização não pode servir de mecanismo dificultador nem como forma de retardar a tomada de decisão. O formalismo excessivo é incompatível com uma Administração Pública eficiente. No entanto, certas formalidades e procedimentos devem ser observados até mesmo em nome do princípio da impessoalidade.

2.4. Requisitos de validade do compromisso

A celebração do compromisso previsto no art. 26 da LINDB deve observar alguns requisitos de validade.

2.4.1. A observância do procedimento

O primeiro requisito de validade é a própria observação do procedimento previsto.

O art. 26 da LINDB exige a oitiva do órgão jurídico e, em certos casos, a realização de consulta pública. A rigor, a observância desses requisitos é necessária para a validade do compromisso. No entanto, a sua ausência pode ser suprida posteriormente ou ainda ser objeto de convalidação. Além disso, a realização de consulta pública não é obrigatória em todos os casos, conforme já exposto.

2.4.2. Presença de razões de relevante interesse geral

Para que o compromisso possa ser celebrado, é necessário que estejam presentes "razões de relevante interesse geral", conforme prevê o art. 26 da LINDB.

A LINDB não define - e nem cabe a ela definir - o que são razões de relevante interesse geral.

De todo modo, ao que parece, a LINDB, ao prever o requisito das "razões de relevante interesse geral", parece ter o objetivo de fazer com que o gestor público não decida por celebrar um compromisso apenas em função da conveniência do particular. É necessário demonstrar que o compromisso a ser celebrado acaba por dar concretude a razões de interesse geral, que não se restringem ao âmbito do particular.

Ao prever o requisito das razões de relevante interesse geral, a LINDB acaba atribuindo um ônus argumentativo ao administrador público, que deverá demonstrar concretamente a presença desse pressuposto como um requisito para a celebração do compromisso.

Note-se que não basta apenas afirmar que estariam presentes razões de relevante interesse geral. Da mesma forma, se o administrador público decidir que não é caso de celebração de compromisso, não pode simplesmente afirmar a ausência de tal requisito. É necessário que a decisão tomada, seja qual for, realmente demonstre a presença ou ausência desse requisito, inclusive porque o art. 20 da LINDB veda a tomada de decisões com base em valores jurídicos abstratos.

2.4.3. Observação da legislação aplicável

O art. 26 da LINDB também determina que seja observada a legislação aplicável.

A rigor, nem seria necessário afirmar isso. É evidente que a celebração de um compromisso pela Administração Pública passa pela necessidade de se observar a legislação que se aplica a esse tipo de ajuste. De todo modo, a previsão acaba tendo dois efeitos concretos que são no mínimo esclarecedores. O primeiro é que se deixa claro que não cabe à LINDB, norma de sobredireito, estabelecer exaustivamente os requisitos a serem aplicados. Outras normas aplicáveis, possivelmente com regras e procedimentos mais detalhados, também deverão ser observadas. O segundo efeito é o de que se recorda que os compromissos não

podem ter previsões incompatíveis com o ordenamento. A celebração de um compromisso não se destina a estabelecer privilégios ou exceções inadvertidamente benéficas ao particular.

2.5. Geração de efeitos do compromisso

O art. 26 da LINDB prevê que o compromisso passará a gerar efeitos a partir da sua publicação oficial.

A rigor, trata-se de uma previsão destinada a conferir maior transparência. É necessário que os compromissos – ou ao menos um extrato resumido deles – sejam devidamente publicados. É inadmissível que a Administração Pública celebre compromissos secretos.

2.6. Objetivos da celebração de compromissos

O § 1º do art. 26 da LINDB prevê que o compromisso buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais.

2.6.1. Solução proporcional

A solução adotada pelo compromisso deverá ser proporcional. Isso significa que o compromisso destina-se a dar uma solução que, ainda que não seja a ideal diante da questão enfrentada, seja a melhor possível, de modo a afastar consequências excessivamente danosas.

Na prática, uma solução proporcional será a decisão mais adequada ao caso concreto, que contenha as medidas necessárias e razoáveis na medida do que for imprescindível para resolver a questão posta.

2.6.2. Solução equânime

Solução equânime será aquela que observe os requisitos da imparcialidade, igualdade e constância. Ao estabelecer que o compromisso deve ser equânime, o § 1º do art. 26 da LINDB tem o objetivo de determinar a aplicação desses valores. Em princípio, se uma solução for caracterizada pela objetividade de julgamento, será equânime. O compromisso não deverá ser um instrumento para a aplicação de soluções inaceitáveis e incompatíveis com a isonomia. Muito menos deverá criar privilégios incompatíveis com o ordenamento jurídico.

2.6.3. Solução eficiente

O compromisso também deverá proporcionar uma solução eficiente. Isso significa não só o dever de buscar uma utilização mais eficiente de recursos públicos – ainda que se reconheça que eficiência administrativa não é sinônimo de eficiência econômica¹⁴ –, mas também que a solução prática deverá ser suficiente para efetivamente eliminar a questão posta. Ou seja, os objetivos buscados com a celebração do compromisso devem ser efetivamente atingidos.

2.6.4. Solução compatível com os interesses gerais

Por fim, o compromisso deverá proporcionar uma solução compatível com os interesses gerais.

A questão dos interesses gerais já foi examinada acima. A LINDB não definiu – nem cabe a ela definir – o que são interesses gerais. De todo modo, o objetivo é estabelecer que o compromisso não se destina a promover privilégios, e sim a atender interesses que não se restringem ao particular que celebrará o compromisso.

2.7. Vedações ao conteúdo do compromisso

O inciso III do § 1º do art. 26 da LINDB prevê que o compromisso não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direitos reconhecidos por orientação geral.

A compreensão adequada dessas vedações exige algum esforço de interpretação, dados os termos bastante gerais em que foram expressas pela LINDB.

2.7.1. Desoneração permanente de dever

Não se admite que o compromisso promova uma desoneração permanente de dever. A correta compreensão dessa afirmação é essencial para a aplicação do art. 26 da LINDB.

Por desoneração permanente de dever, deve-se entender que a Administração Pública não pode estabelecer previsões em um compromisso que acabem por fazer com que o particular ou a própria Administração fiquem permanentemente desonerados de certas obrigações.

¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 13.ed. São Paulo: RT, 2018, p. 108.

Assim, por exemplo, a Administração Pública, por meio de um compromisso, não pode renunciar à sua competência de realizar fiscalizações sobre o particular. Da mesma forma, o particular não pode ficar eternamente desobrigado de certas obrigações quando isso não fizer sentido no caso concreto.

Outro exemplo esclarecedor é o do estabelecimento de sanções. Deixar de promover o sancionamento do particular não equivale a uma desoneração permanente de dever. A situação é radicalmente diversa de uma hipotética situação em que a Administração simplesmente abra mão de promover eventuais sancionamentos futuros por fatos que vierem a acontecer.

É importante notar que o inciso III do § 1º do art. 26 da LINDB apenas não admite a desoneração *permanente* de deveres. Se a desoneração for provisória, a rigor não está vedada pelo dispositivo.

2.7.2. Condicionamento de direitos reconhecidos por orientação geral

O compromisso também não pode estabelecer condicionamentos para o exercício pelo particular de direitos que sejam reconhecidos por orientação geral.

Assim, por exemplo, a LINDB veda que o compromisso exija do particular o recolhimento de custas para a apresentação de manifestações administrativas (direito de petição). Este exemplo bem ilustra que o compromisso não pode condicionar o exercício de certos direitos ao cumprimento de requisitos inaplicáveis ou impertinentes.

2.8. Requisito adicional: clareza

Por fim, o inciso IV do § 1º do art. 26 da LINDB estabelece que o compromisso deverá prever com clareza (i) as obrigações das partes, (ii) o prazo para seu cumprimento e (iii) as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

A clareza das previsões é essencial para que haja maior segurança jurídica aos envolvidos. Deveria ser observada ainda que não houvesse previsão sobre isso na LINDB.

3. Encerramento

O art. 26 da LINDB estabelece regras bastante amplas sobre a possibilidade de celebração de acordos e compromissos em geral pela Adminis-

tração Pública. Por se tratar de uma regra de sobredireito, suas previsões aplicam-se a todos os níveis da Federação e orientam a elaboração de outras normas.

Desde a edição da Lei 13.655, pode-se dizer que está definitivamente sepultada qualquer compreensão de que a Administração Pública não pode celebrar transações, acordos e compromissos em geral, o que configura uma evolução do pensamento jurídico a respeito da indisponibilidade do interesse público.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Alexandra Fuchs de. Comentários ao artigo 26 da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord). *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - Anotada*, vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 325-332.
- CAROFANO, Rafael Roque; STEIN, Daniel Almeida; ZABLITH, Marc Bujicki. Relevante interesse geral, requisitos para o acordo e vetos. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord). *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - Anotada*, vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 332-338.
- GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB: novo repertório jurídico de negociação com a Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 135-169, nov. 2018.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 13.ed. São Paulo: RT, 2018.
- LIMÓRIO, Daniela Campos. Art. 26 da LINDB - comentário geral. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord). *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - Anotada*, vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 321-325.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MOREIRA, Egon Bockmann. Uma lei para o Estado de direito contemporâneo. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unces; ANASTASIA, Antonio Augusto Junho. *Segurança Jurídica e Qualidade das Decisões Públicas: desafios de uma sociedade democrática*. Brasília: Senado Federal, 2015.
- THEUWHR, Karlin Olbertz. O alcance do art. 26 da LINDB. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord). *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - Anotada*, vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 344-349.

- OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A Administração Consensual como a Nova Face da Administração. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 104, jan./dez. 2009. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67859/70467>. Acesso em 31 de março de 2019.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. I. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Comentários à lei de introdução ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é preguiça? In? SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- SUNDFELD, Carlos Ari; SALAMA, Bruno Meyerhof. Chegou a hora de mudar a velha Lei de Introdução. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; ANASTASIA, Antônio Augusto Junho. *Segurança Jurídica e Qualidade das Decisões Públicas: desafios em uma sociedade democrática*. Brasília: Senado Federal, 2015.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral*. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- VIANA, Camila Rocha Cunha. O artigo 26 da LINDB e a consolidação do direito administrativo consensual. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord). *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada*, vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 339-344.