



Guilherme Carvalho: Uma análise do artigo 26 da LINDB

Muito se discute, atualmente, sobre as possibilidades de a administração pública ajustar. Durante muito tempo, o acordo, para o poder público, soou como algo estranho e alheio ao exercício da função administrativa. É que compor nem sempre pareceu uma alternativa tão republicana. Tudo se conduziu, sempre, na ideia de que o princípio da indisponibilidade do interesse público^[1] era algo inexorável, sem qualquer brecha para suavização e que qualquer tentativa de sua ruptura seria a mais indigesta afronta aos valores constitucionais. Em verdade, os concertos administrativos quase sempre foram vistos como sinônimo de corrupção. Todavia, caro leitor, como adiante explicaremos, tais ideias (em tese implacáveis) não passavam de um ledó engano!

Sem maiores buscas a ordenamentos anteriores, até mesmo porque o espaço aqui não se destina a isso, não há, na Constituição Federal brasileira de 1988, qualquer óbice à possibilidade de o poder público acordar, ajustar ou mesmo transacionar. A doutrina bem que tentou fazer uma separação mais brusca entre o “Direito Privado da Administração Pública” e o “Direito Administrativo ‘não’ Privado”^[2]. Ocorre que não é preciso ir por esse caminho para se perceber que o mesmo texto constitucional sempre abriu margens para ajustes da administração pública, independentemente de se tratar da administração pública instrumental^[3]. Nunca houve qualquer vedação na Constituição de 1988 quanto à busca do melhor exercício da função administrativa, justamente porque, bem ao contrário do que se possa imaginar, o legislador constituinte abarcou uma série de metas, direitos e objetivos desafiadores que devem ser perseguidos pelo Estado brasileiro, dentre os quais se destaca a necessidade de haver agilidade e eficiência^[4] administrativas — esse é o ideal máximo da Constituição no que se refere ao exercício da função executiva.

Ora, se antes, em seu texto original, já se percebia essa permissividade, esse norte ganhou maiores envergaduras após a inserção do princípio da eficiência, isso ainda no ano de 1998, por meio da Emenda Constitucional 19. Logo aqui, o princípio da eficiência irradiou, para a atividade administrativa brasileira, a imperiosidade de buscar a melhor solução, é dizer (com perdão à tautologia), a mais eficiente mesmo. Tais valores, encontrados em seu conjunto, permitem sim os ajustes administrativos, sem que, para isso, seja necessário tergiversar sobre uma pretensa afronta ao princípio da indisponibilidade do interesse público, na medida em que o exercente da função administrativa encontra-se na mandatória necessidade de cumprir o desiderato constitucional da eficiência.

Todavia, nada obstante a diretriz principiológica constitucionalmente já traçada — o que permite, sem qualquer margem de dúvidas, uma abertura para os acertos administrativos, se e quando tendentes à melhor solução de interesse público para o caso em concreto —, a cultura do Direito Administrativo brasileiro parece só crer em tais possibilidades quando há legislação autorizativa. Na dúvida, em não existindo lei permissiva, por que ajustar? É um risco que não compensa, e se não compensa, melhor mesmo cumprir a lei, ainda que de tal ação — ou, no mais das vezes, omissão — emergja uma escancarada ineficiência. Este é, sem dúvidas, o maior tormento que permeia a administração pública brasileira!



Pois bem, mesmo que antes já houvesse essa autorização constitucional, um novo marco regulatório se impôs no plano da legislação ordinária — a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro! Não que antes não houvesse permissão, até mesmo porque, sobretudo a partir do ano de 2015, várias legislações passaram a prever acordos perante a administração pública; dentre estas, a que mais se destaca, a nosso sentir, é a modificação empreendida pela Lei 13.129/15, que alterou a Lei de Arbitragem (Lei 9.307/96), onde se possibilita ao poder público submeter-se à arbitragem, desde que se trate de interesses disponíveis^[5].

Mas as alterações trazidas pela Lei 13.655/2018 vão ainda além. Entre tantos outros, foi inserido o artigo 26, que, em seu *caput*, assim dispõe: “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”.

Apesar de já existirem outras legislações autorizativas de ajustes administrativos, como acima destacamos, é notável que o artigo 26 da LINDB é mais robusto, mais preciso, de maior alcance, abrindo uma verdadeira margem de negociação ínsita à administração pública. Veja que, por óbvio, não se trata de legislação aplicável a essa ou aquela seara do Direito, porque de regra principiológica, eis que incerta no diploma normativo que regula a aplicação mesma das normas do ordenamento jurídico brasileiro.

Há quem diga que o referido artigo 26 é um verdadeiro marco regulatório, um “permissivo genérico à celebração de acordos prévios à própria instauração do processo administrativo sancionador”^[6], sendo que “o grande mérito do compromisso previsto no art. 26 da LINDB é superar a dúvida jurídica sobre o permissivo genérico para a Administração Pública transacionar”^[7], e, para nós, diferente não poderia ser. É evidente que há a necessidade de readequação do ordenamento jurídico para que, progressivamente, novos institutos sejam abarcados pelo Direito Administrativo. Trata-se, na verdade, de processos que, em nome da eficiência administrativa, visam à desburocratização do Estado, afastando as rotinas decorrentes de uma tecnocracia nefasta, que para nada servem, além de prejudicar e deteriorar o bom funcionamento da máquina pública, haja vista que de impostergável e indúvidosa ineficiência.

A concessão contida no artigo 26 da LINDB volve-se à concretização de bons ajustes para a administração pública, que, via de regra, vivencia as peculiaridades idiossincráticas decorrentes de um gerir administrativo cada vez mais complexo e exigente. O concerto, dessa forma, pode despontar como a solução mais viável e, por isso, a que deva — por imposição constitucional — ser alcançada. Entretanto, ainda que na busca da melhor sinfonia, o concerto administrativo nunca está imune às tentativas de concerto envidadas pelo controle externo — e aqui surge o fator surpresa, que inibe, inclusive, a busca da melhor solução administrativamente encontrável.



Não basta que a norma carregue amplo grau de inovação e assim possibilite a celebração de acordos pela administração pública se, ao final, houver ações de controle externo tendentes a suprimir a ação dos agentes públicos exercentes da função administrativa. Em outras palavras, é necessário que o Poder Executivo seja visto como uma parte do Estado tão apta a transacionar, acordar ou a celebrar compromissos, quanto os membros dos tribunais de contas, o Ministério Público ou mesmo o Poder Judiciário. Aliás, quanto a isso, a tentação de consertar o concerto administrativo promove flagrante desequilíbrio quanto ao princípio da harmonia entre os Poderes da República.

É que, nobre leitor, não há, necessariamente, uma melhor solução proferida pelo controle externo. Na verdade, por que o conserto externo de um ato administrativo seria essencialmente melhor que o concerto efetivado pela administração pública, usualmente a detentora da expertise necessária para o cumprimento da função administrativa? Exemplificativamente, por que um termo de ajustamento de conduta (mero exemplo) é necessariamente melhor que uma transação efetivada pela própria administração pública, que exerce a função típica de administração e execução do Estado? Aliás, os TACs e acordos firmados pelo Ministério Público quase nunca são objetos de rediscussão pelo Poder Judiciário, por quê? No entanto, em suposta salvaguarda do interesse público e diante de mesmíssimos institutos jurídicos, há a ocorrência de “pente fino” somente em relação à consensualidade promovida pela administração pública. Repudia-se e se fiscaliza, invariavelmente, as ações do Poder Executivo, que é justamente aquele que deveria ter maior flexibilização quanto aos acertes.

Aliás, no mesmo sentido da indagação anterior, por que o controle externo é posto como melhor que o controle interno? Não é o Executivo, tipicamente, o gestor do Estado? É fundamental o entendimento de que o controle externo também deve apoiar o controle interno. E aqui tecemos explicações ao título do presente artigo: os concertos da administração pública, que precisa sempre agir com maestria (típica de um espetáculo mesmo) para simplesmente conseguir agir, não são menos adequados que os concertos promovidos pelo controle externo.

Quanto a isso, é chegado o momento de se reconhecer a imprescindibilidade de uma atuação conjunta entre o Executivo, os demais Poderes da República, o Ministério Público e até mesmo os tribunais de contas. O controle externo não pode (nem deve) funcionar como um bloqueador da gerência administrativa do Estado, fato cabalmente demonstrado pelas repetidas tentativas de adentrar no mérito administrativo ou de punir, em vão, agentes públicos, ainda que estes tenham buscado a mais eficiente solução para o caso em concreto.

É aprazível a edição do artigo 26 da LINDB, pois é dele — e por causa dele — que se espera uma maior abertura para as melhores e mais eficientes sinfonias administrativas. Entretanto, memorando a indagação do festejado Mané Garrincha ao técnico da seleção brasileira da Copa do Mundo de 1958, questiona-se ao legislador: “tá legal, seu Feola, mas o senhor combinou com os russos?”, isto é, o controle externo permitirá a celebração de acordos? Espera-se que sim, pois nem sempre se conserta o que melhor foi concertado.

[1] Daniel Sarmiento, in “SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010”, os critérios classicamente utilizados para distinguir o escopo de atuação do Direito Público e do Direito Privado são inadequados, haja vista a mutabilidade dos conceitos ante as mudanças das políticas



públicas. Assim, quando se utiliza a supremacia do interesse público como um princípio absoluto e não ponderável, há o sacrifício integral do interesse privado. Quanto a isso, recai a crítica do autor sobre a necessidade de aplicação proporcional dos institutos jurídicos envolvidos, ponderando-se o caso concreto e encontrando a melhor solução sem desconstituir este ou aquele princípio.

[2] Maria Sylvia Zanella di Pietro, in “PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018”, defende que há a possibilidade, decorrente da própria lei, de a administração pública ser regida pelo regime jurídico de direito público ou pelo de direito privado.

[3] Entendemos como administração pública instrumental aquela parcela da administração indireta, empresas públicas e sociedades de economia mista e, dentre estas, notadamente as que exploram atividade econômica.

[4] Sérgio Ferras e Amauri Saad, in “FERRAZ, Sérgio; SAAD, Amauri Feres. **Autorização de serviço público**. São Paulo: Malheiros. 2018”, são contundentes quanto à categorização da Administração Pública eficiente. “(...) o núcleo hoje inegável do direito administrativo repousa no cultivo ao conceito de eficiência. (...). A busca da eficiência é a busca da própria razão de ser do direito administrativo; e tão dramática é essa constatação, que na referida obra coletiva, supracitada, chegamos, mesmo, a afirmar que eficiência é o nome que hoje poderíamos dar ao próprio direito administrativo”. (grifamos).

[5] Vários outros exemplos podem ser citados a partir das significativas alterações legislativas havidas a fim de promoverem maior e justo contato entre Direito Público e Privado. A mesma permissão foi dada através da Lei nº 13.140/15, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública. Ademais, até mesmo para temas mais sensíveis, em que resta configurado evidente interesse público, como nos casos de improbidade administrativa, a legislação foi alterada através da Medida Provisória nº 703/2015, a fim de revogar o §1º do art. 17 da Lei nº 8.429/92, que vedava qualquer espécie de transação em ações de improbidade. Em que pese tal MP não haver sido convertida em lei, vários são os casos em que já se efetivaram transações em ações civis públicas de improbidade administrativa.

[6] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras. **O artigo 26 da LINDB e o consenso na função de polícia administrativa**. Consultor Jurídico – CONJUR. 16 julho 2018. Acesso em 18 de março de 2019.

[7] 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 do Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº. 13.655/2018), p. 135-169, nov. 2018, p. 147.

Date Created

31/03/2019