



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Priscilla de Souza Pestana Campana

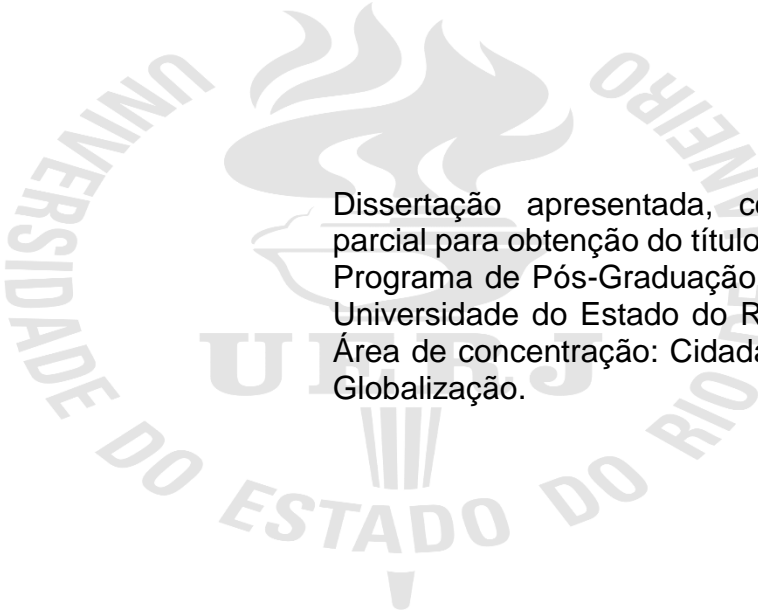
**O controle pelo medo: fragilidades e desafios do sistema de controle
da Administração Pública**

Rio de Janeiro

2018

Priscilla de Souza Pestana Campana

**O controle pelo medo: fragilidades e desafios do sistema de controle da
Administração Pública**



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Orientador: Professor Doutor Alexandre Santos de Aragão

Rio de Janeiro

2018

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

C186

Campana, Priscilla de Souza Pestana.

O controle pelo medo: fragilidades e desafios do sistema de controle da administração pública / Priscilla de Souza Pestana Campana. - 2018.
183 f.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Santos de Aragão.

Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Faculdade de Direito.

1.Administração pública - Teses. 2.Discrecionariiedade judiciário –Teses.
3.Direito administrativo – Teses. I.Aragão, Alexandre Santos de. II.
Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 342.9

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Priscilla de Souza Pestana Campana

**O controle pelo medo: fragilidades e desafios do sistema de controle da
Administração Pública**

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Aprovada em 26 de fevereiro de 2018.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Alexandre Santos de Aragão (Orientador)
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Gustavo Binenbojm
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Eduardo Ferreira Jordão
Fundação Getulio Vargas

Rio de Janeiro

2018

AGRADECIMENTOS

Apesar de opcional esta seção, considero obrigatório consignar o meu “muito obrigada” àqueles que foram fundamentais para a realização desta empreitada, mesmo ciente de que estas breves linhas não serem suficientes para agradecer a todos que estiveram ao meu lado.

Início, então, agradecendo ao meu amado marido, Leonardo Campana, pelo amor, por toda força nos momentos mais difíceis e por todas as privações em prol da realização do presente trabalho. Obrigada por estar sempre ao meu lado, ajudando-me a encarar os desafios com a leveza e a serenidade de sempre, mesmo quando eu sequer sabia aonde queria chegar.

Agradeço à minha mãe, Mirian Tavares, meu exemplo, por demonstrar o verdadeiro significado de amor incondicional. Suas palavras e seu “colo”, como sempre, me deram forças para finalizar mais esse ciclo.

Agradeço à minha família, meu núcleo, por sempre acreditar em mim e me incentivar a querer ser uma pessoa melhor.

Ao meu orientador, professor Alexandre Aragão, agradeço pelos conselhos úteis com que orientou este trabalho, pela confiança nas minhas ideias e por me proporcionar a satisfação de lecionar direito administrativo num momento de tanta adversidade e resistência enfrentada pela UERJ. Agradeço, também, ao professor Gustavo Binenbojm, pela oportunidade de contato com tantas mentes brilhantes durante sua disciplina e pelas construtivas críticas expostas na leitura do esboço deste trabalho, e ao professor Eduardo Jordão que gentilmente aceitou participar da banca examinadora e cuja doutrina foi imprescindível ao presente trabalho.

Agradeço ao Márcio Reis, quem tanto admiro, pelo apoio, pela confiança e por tanto engrandecer e contribuir para a minha trajetória profissional. Agradeço também ao Fernando Villela, por me apresentar as peculiaridades de um direito que, se passaram tão despercebidas durante a minha graduação, hoje me encantam.

Não posso deixar de registrar meu agradecimento às queridas amigas que ajudam a tornar tudo mais leve: às minhas amigas de infância, verdadeiras “irmãs de alma”, pela sintonia que supera qualquer barreira; às mais novas “amigas de infância”,

Nathália Porto e Nina Pencak, por transformarem todos os obstáculos em risadas; às amadas Mariana Pessanha e Carolina Almeida (que falta eu sinto!), que tanto acreditam em mim e sempre me mostram quão simples podem ser os testes da vida; às queridas Caroline Tauk, Mariana Vianna e Renata Martins, que, juntas nessa mesma empreitada, me ajudaram a continuar, ainda que fosse mais fácil desistir. Sem vocês, não teria sido possível.

Por fim, agradeço a Deus, por me iluminar, por me dar forças para enfrentar cada desafio, por colocar todas essas e outras pessoas incríveis e especiais em minha vida e, principalmente, por sempre me dar a certeza de que tudo sempre dá certo.

Acima do direito formal, da legalidade estricta, existe um direito, mas positivo do que esse, porque é, a um tempo, mais legítimo e mais forte: o direito que resulta do desenvolvimento humano

Rui Barbosa

RESUMO

CAMPANA, Priscilla de Souza Pestana. *O controle pelo medo: fragilidades e desafios do sistema de controle da Administração Pública*. 2018. 183 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

A principal finalidade deste estudo é mostrar como algumas características do sistema de controle da Administração Pública e a expansão da cultura de “quanto mais controle melhor”, a despeito de contribuir para a integridade e eficiência da atuação administrativa estatal, pode também criar um clima de medo na Administração, gerando imobilidade, falta de iniciativa, aumento de custos e uma indesejável transferência das competências administrativas aos órgãos de controle. Como se verá, as distorções do sistema retiram os incentivos do administrador inovador e preocupado com novas soluções para os problemas sociais que tem que gerir e resolver e, conseqüentemente, acabam contribuindo para uma Administração Pública ineficiente e pouco criativa.

Ao final, o estudo lançará algumas ideias iniciais e oportunidades de aprimoramento do sistema que podem contribuir, de alguma forma, para a atenuação das distorções apuradas. Serão apresentados, sem qualquer pretensão de esgotar o tema, alguns parâmetros e propostas para que os órgãos de controle atuem no combate e na repressão das condutas antijurídicas dos agentes públicos sem interferir na esfera legítima de discricionariedade da atuação do gestor público. Em geral, se verá que a reversão das distorções apuradas exige apenas uma mudança de mentalidade, respeitando-se o espaço de liberdade na atuação do administrador público em busca da promoção de eficiência.

Palavras-Chave: Controle da Administração Pública. Sobreposição de competências.

Disputa institucional. Controle burocrático. Ineficiência. Direito

Administrativo do medo. Discricionariedade. Transferência decisória.

ABSTRACT

CAMPANA, Priscilla de Souza Pestana. *The control by the fear: weaknesses and challenges of the Public Administration control system*. 2018. 183 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

The main purpose of this study is to show how some characteristics of the Public Administration control system and the expansion of the culture of "the more control the better", despite contributing to the integrity and efficiency of state administrative performance, can also create a climate of fear in the Administration, causing immobility, lack of initiative, increased costs and an undesirable transfer of administrative competencies to the control bodies. As it will be seen, the distortions of the system take away the incentives of the innovative administrator, concerned with new solutions to the social problems that he has to manage and solve and, consequently, end up contributing to an inefficient and uncreative Public Administration.

In the end, the study will put some initial ideas and system enhancement opportunities that may contribute in some way to alleviating distortions. Without any pretension to exhaust the theme, some parameters and proposals will be presented so that the control bodies act in the fight against and repression of the unlawful conduct of public agents without interfering in the legitimate sphere of discretion of the performance of the public manager. In general, it will be seen that the reversal of the distortions only requires a change of mentality, respecting the space of freedom in the performance of the public administrator in pursuit of efficiency promotion.

Keywords: Public Administration Control. Jurisdiction Overlap. Institutional dispute.

Bureaucratic control. Inefficiency. Administrative Law of fear. Discretion.

Decision transfer.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CGU	Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União
CISSET	Secretaria de Controle Interno
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
COAF	Conselho de Controle das Atividades Financeiras
DPF	Departamento da Polícia Federal
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
MPF	Ministério Público Federal
SFC	Secretaria Federal de Controle Interno
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TAG	Termos de ajustamento de gestão
TCU	Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	11
1	O SISTEMA BRASILEIRO DE CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: OS PROTAGONISTAS DESTA FUNÇÃO	17
1.1	O controle no Estado Democrático de Direito	17
1.2	O controle exercido pelo Poder Legislativo	19
1.3	O controle externo e o Tribunal de Contas da União	22
1.4	O controle interno e o papel do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União	25
1.5	O controle exercido pelo Poder Judiciário	29
1.6	O controle exercido pelo Ministério Público	33
1.7	Outras importantes instâncias de controle	35
2	AS FRAGILIDADES DO SISTEMA DE CONTROLE	41
2.1	A multiplicação dos órgãos e normas de controle e a sobreposição de competências	41
2.2	A disputa institucional entre os órgãos de controle	57
2.3	A intensificação do poder investigativo-punitivo estatal	68
2.4	A indeterminação e abertura dos conceitos jurídicos das normas de controle	82
2.5	A existência de um controle formalista focado apenas na análise da conformação da conduta estatal ao modelo burocrático	89
3	OS REFLEXOS NA ATUAÇÃO ORDINÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	99
3.1	As vantagens: melhorias na gestão pública e conformação da atuação dos agentes	99
3.2	O outro lado da moeda	102
3.2.1	<u>O direito administrativo do medo e o desestímulo à eficiência e à inovação</u>	102

3.2.2	<u>O risco de “ossificação administrativa” decorrente da excessiva judicialização: o exemplo das agências reguladoras</u>	109
3.2.3	<u>A transferência da decisão administrativa para os órgãos de controle</u>	112
3.2.4	<u>O aumento dos custos</u>	126
4	OS CAMINHOS PARA O APERFEIÇOAMENTO DO SISTEMA	131
4.1	Os paradigmas jurídicos que devem nortear as ações de controle	133
4.1.1	<u>A impossibilidade de eliminação total da prática de antijuridicidade na Administração Pública: a contribuição de Adrian Vermeule</u>	133
4.1.2	<u>A necessidade de uma postura mais contida no controle das decisões administrativas</u>	137
4.1.3	<u>O enfoque do controle na verificação de busca por resultados</u>	146
4.2	Algumas propostas concretas	151
4.2.1	<u>O Anteprojeto da nova lei orgânica para a Administração federal e o Projeto de Lei que inclui na LINDB disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público</u>	151
4.2.2	<u>Redução da vagueza da Lei de Improbidade</u>	155
4.2.3	<u>Ampliação da interação institucional</u>	157
4.2.4	<u>Adoção de mecanismos consensuais</u>	159
	CONCLUSÃO	167
	REFERÊNCIAS	172

INTRODUÇÃO

No Brasil, com a instituição de um Estado Democrático de Direito pela Constituição de 1988, o controle do Poder Público apresenta-se como um dos mecanismos políticos mais importantes da nossa república¹. A Constituição dedicou um grande número de normas para regular a atuação da Administração Pública², com considerável grau de detalhamento, mostrando-se marcante a influência dos princípios constitucionais sobre as categorias do direito administrativo³. Além disso, tentando afastar as máculas das arbitrariedades e dos abusos de poder cometidos na ditadura, a Constituição, suas posteriores emendas e a legislação infraconstitucional subjacente estabeleceram – e vem estabelecendo – uma série de princípios e deveres a serem observados pela Administração Pública e uma vasta rede de fiscalização de seus atos, submetendo a atuação das entidades e dos agentes públicos a amplos controles⁴.

Assim, desde a Carta de 1988, o ordenamento jurídico brasileiro vem ampliando cada vez mais suas instituições e normas que, direta ou indiretamente, controlam a atuação da Administração Pública e buscam evitar o abuso de poder e a corrupção que tanto mancham a imagem do Poder Público no país. No âmbito institucional federal, exercem essa função o Tribunal de Contas da União, o Ministério da Transparência,

¹ “O foco da retomada contemporânea do estudo do republicanismo tem sido a ideia de *liberdade política*. A partir de uma necessidade de assegurar o gozo dessa liberdade, os republicanos engendraram mecanismos institucionais de controle recíproco para aqueles que detêm o poder. Partindo de Roma, passando pela experiência das cidades republicanas italianas da Renascença até as republicanas contemporâneas, evoluiu-se num sentido de sofisticação dos limites constitucionais e legais em relação ao poder estatal”. (MAIA, Antonio Cavalcanti; MENEZES, Tarcísio. *Republicanismo Contemporâneo, Constituição e Política*. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 32).

² Sobre o controle da Administração Pública inaugurado pela Constituição, v. FERRAZ, Sergio. O Controle da Administração Pública na Constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 188, p. 64-73.

³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 400.

⁴ “Os desmandos a que fomos submetidos durante o regime militar e depois por administradores que se arvoraram a donos e iluminados senhores da coisa pública talvez nos tenham ensinado que o exercício do poder no Estado, para ser serviço, atividade de destinação pública, em favor da coletividade e não dos exercentes transitórios do poder, exige antes de tudo responsabilidade e controle”. (MODESTO, Paulo. Controle Jurídico do Comportamento Ético da Administração Pública no Brasil. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n° 10, jun./jul./ago de 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-10-JUNHO-2007-PAULO-MODESTO.pdf>>. Acesso em: 09 out. 2016).

Fiscalização e Controladoria-Geral da União, a Polícia Federal, o Ministério Público Federal, a Advocacia-Geral da União, além, é claro, dos Poderes Legislativo e Judiciário.

No plano normativo, foram instituídas diversas leis que não só delimitaram a atuação do agente público, como também estabeleceram sanções em caso de descumprimento de seus deveres, como o Estatuto dos Servidores Federais (Lei nº 8.112/90), a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), a Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/1993), a Lei de Responsabilidade Fiscal, dentre outras. Há, ainda, o Código Penal, que possui uma seção própria para tratar dos crimes contra a Administração Pública, bem como a Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/1965) e a Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985), como instrumentos de controle social, todos recepcionados pela Constituição de 1988.

Nos últimos anos, foram aprovadas a Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011), regulamentando o dever de transparência do Poder Público, e a Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), que embora trate do tema sob a perspectiva da responsabilização objetiva das pessoas jurídicas privadas, não deixa de alcançar entidades públicas, como as empresas públicas e as sociedades de economia mista⁵, e de revelar uma preocupação quanto à prática de ilícitos envolvendo a Administração Pública e seus agentes.

Essa ampla rede de controle encontra amparo na noção disseminada na sociedade de que “quanto mais controle melhor”, ou seja: quanto mais instituições e ações destinadas ao controle da Administração, mais efetivo será o combate à corrupção. No entanto, apesar do vertiginoso crescimento do controle do Poder Público – o que, sem dúvida, contribui para o aprimoramento da atuação estatal e para a redução da percepção da corrupção pela sociedade⁶ –, a corrupção e a impunidade ainda constituem um grave problema endêmico no país⁷. A revelação de escândalos paradigmáticos como o

⁵ Art. 94 da Lei Federal nº 13.303/2016: “Aplicam-se à empresa pública, à sociedade de economia mista e às suas subsidiárias as sanções previstas na Lei no 12.846, de 1o de agosto de 2013, salvo as previstas nos incisos II, III e IV do caput do art. 19 da referida Lei”.

⁶ Dados da *Transparency International* de 2016 apontam que, numa pontuação de 0 a 100 – em que 0 significa altamente corrupto e 100 extremamente íntegro e correto –, a percepção da corrupção no Brasil teria atingido 40 pontos. Dados disponíveis em <https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016#table>. Acesso em: 02 jun. 2017.

⁷ POWER, Timothy; TAYLOR, Matthew (Eds.). *Corruption and Democracy in Brazil: The Struggle for Accountability*. Notre Dame University Press, 2011, p. 2: “Existing accountability institutions have proven

*mensalão*⁸ e os esquemas de pagamento de propina descortinados a partir da Operação Lava Jato, por exemplo, mostram que não só esse amplo sistema de controle não obteve a corrupção, como, em alguns casos, contribuiu para a sua prática⁹.

Da análise do cenário atual constata-se que algumas características do intrincado sistema brasileiro de controle dos agentes públicos – orientado pelo constante incremento do controle e da repressão –, apesar de importantes para a detecção e punição das condutas desviantes, não só não tem atingido com efetivo êxito o declínio dos níveis de corrupção no país, como – e esse é o foco do presente trabalho – tem produzido algumas distorções que podem, de certa forma, prejudicar o bom servidor público, retirando seus incentivos para uma atuação produtiva e criativa¹⁰.

Um sistema efetivo de combate à corrupção deve estabelecer ações preventivas e repressivas¹¹, que diminuam os incentivos ou aumentem os custos para a prática de condutas corruptas e que seja eficaz na reparação dos danos decorrentes das eventuais condutas ilícitas praticadas. No entanto, a ampliação descomedida e descoordenada do controle e da repressão, além de ser insuficiente para o extermínio dos comportamentos

unable either to formally punish or to clear the names of the accused. Scandals come and go, but the political system remains largely intact, with the same players and institutions robustly ensconced and seemingly impervious to even the most credible accusations of wrongdoing”. Em língua portuguesa: “As instituições de *accountability* existentes demonstraram não ser capazes de punir formalmente ou de limpar os nomes dos acusados. Os escândalos vem e vão, mas o sistema político permanece em grande parte intacto, com os mesmos jogadores e instituições fortemente instalados e aparentemente impermeáveis até mesmo às acusações mais verossímeis de transgressão”.

⁸ Nome dado ao escândalo de corrupção política relacionado com a compra de votos de parlamentares no Congresso Nacional no período de 2005 e 2006, durante o primeiro governo do então ex Luiz Inácio Lula da Silva.

⁹ Nesse aspecto, é emblemática a prisão de cinco dos sete conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, após delação premiada do conselheiro Jonas Lopes, ex-presidente da Corte de Contas fluminense, na Operação Quinto do Ouro, da Polícia Federal e do Ministério Público Federal, instaurada para apurar desvios para favorecer membros da corte durante a gestão do ex-governador do estado Sérgio Cabral.

¹⁰ Em pesquisa realizada pela Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL/MJ) sobre o diagnóstico da situação do controle no âmbito do Governo Federal, foram realizadas entrevistas com gestores dos Ministérios da Educação, Saúde, Desenvolvimento Social, Cidades, Planejamento e Casa Civil, da Infraero e do DNIT, verificou-se que “muitos gestores e tomadores de despesas vêm evitando assinar projetos ou autorizar gastos temendo a ação dos órgãos de controle, o que acarreta prejuízos ao andamento das políticas públicas. Alegam que existem situações em que auditores priorizam uma visão meramente legalista e apontam erros de formalidades que não têm nenhum efeito sobre o uso eficiente dos recursos públicos” (LOUREIRO, Maria Rita. (Coord.). Coordenação do sistema de Controle da Administração Pública Federal. *Série Pensando o Direito*, nº 33/2009, Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, Brasília, 2009, p. 71).

¹¹ ROSE-ACKERMAN, Susan; TRUEX, Rory. Corruption and Policy Reform (February 17, 2012). *Yale Law & Economics Research Paper No. 444*. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2007152>. Acesso em: 03 jun. 2017.

lesivos, afasta o gestor interessado e inovador, pode deslegitimar a própria atuação dos órgãos de controle, caso haja uma percepção de que as penalidades impostas são manifestamente desproporcionais, e, muito pior e ao contrário de seu propósito, pode acabar redistribuindo a prática de condutas ilícitas, por aumentar o benefício a ser auferido pelo agente corrupto¹² - quanto maior o ônus, maior o bônus.

Nesse contexto, a principal finalidade deste estudo é mostrar como o desenho institucional do sistema de controle da gestão pública e a expansão da cultura de “quanto mais controle melhor”, a despeito de contribuir para a lisura e eficiência da atuação administrativa estatal, pode também criar um clima de medo na Administração, gerando imobilidade, falta de iniciativa, aumento de custos e uma indesejável transferência das competências administrativas aos órgãos de controle.

Para fins de recorte analítico, os principais exemplos que serão abordados ao longo do presente trabalho referem-se à atuação das instituições que possuem função *exclusiva* de controle da gestão pública federal – destacando-se o Tribunal de Contas da União e o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União – e de sua interação com o controle exercido pelo Poder Judiciário – principalmente a partir das investigações e das ações de improbidade administrativa promovidas pelo Ministério Público –, já que, em razão da inafastável tendência de judicialização da atividade discricionária da Administração Pública, é no controle jurisdicional que repousa a maior sorte de questionamentos acerca da atuação estatal. Embora uma visão ampla de toda a política de controle inclua diversos atores – e esse estudo não deixará de mencioná-los, quando necessário –, a abrangência da jurisdição dessas instâncias no controle dos atos estatais traz relevantes exemplos a respeito do objeto do presente trabalho.

De todo modo, o capítulo que iniciará o presente trabalho será destinado a realizar um breve panorama do sistema brasileiro de controle da Administração Pública, por meio de uma descrição normativa dos órgãos que realizam a fiscalização da atuação estatal, abordando-se seus fundamentos constitucionais, a formatação institucional, suas funções basilares e seus limites de atuação. O objetivo dessa parte inicial é meramente

¹² SOREIDE, Tina; ROSE-ACKERMAN, Susan. Corruption in State Administration (August 3, 2015). *Yale Law & Economics Research Paper* No. 529. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2639141>. Acesso em: 03 jun. 2017.

didático, apenas para situar o leitor nas categorias jurídicas que serão analisadas ao longo do trabalho.

No capítulo seguinte, serão, então, abordadas as principais fragilidades do sistema de controle da gestão pública que denotam esse discurso de incremento do controle e da repressão: (i) a ampliação desordenada das instâncias e legislação de controle, com a consequente sobreposição das atuações; (ii) a disputa institucional entre os órgãos de controle pela proeminência no combate à corrupção; (iii) a intensificação do rigor e do poder punitivo das instâncias de controle; (iv) o exercício do controle com base em conceitos vagos, abertos e indeterminados da legislação; (iv) a primazia de um controle formalista, pouco preocupado com o espaço de discricionariedade do gestor público e com a verificação da eficiência da atuação estatal.

No terceiro capítulo serão demonstrados os reflexos dessas fragilidades na atuação ordinária da Administração Pública. De um lado, a intensificação do discurso do controle tem como aspecto positivo a redução da percepção de corrupção pela sociedade e uma maior conformação da atuação dos agentes públicos. Por outro lado, no entanto, essas distorções podem causar um clima de medo à Administração Pública capaz de retirar os incentivos do administrador inovador e preocupado com novas soluções para os problemas sociais que tem que gerir e resolver e, conseqüentemente, acabar contribuindo para uma Administração Pública ineficiente e pouco criativa. E a fuga do bom administrador pode ser um convite à entrada do mau administrador¹³.

Ao final, sem prejuízo da consciência de que o Direito não é capaz de trazer soluções para todos os problemas sociais e do reconhecimento de que boa parte das disfuncionalidades apontadas ao longo deste estudo derivam justamente dessa crença de que a dogmática jurídica apresenta respostas para todas as questões que envolvem a atuação administrativa estatal, o estudo lançará algumas ideias iniciais e oportunidades de aprimoramento do sistema que podem contribuir, de alguma forma, para a atenuação das distorções apuradas. Serão apresentados, sem qualquer pretensão de esgotar o

¹³ Tina Soreide e Susan Rose-Ackerman destacam que é imprescindível entender os efeitos dos mecanismos anticorrupção sobre os participantes, sob pena de qualquer reforma sistêmica se limitar a alterar a distribuição dos ganhos da corrupção, sem exterminá-la (SOREIDE, Tina; ROSE-ACKERMAN, Susan. Corruption in State Administration (August 3, 2015). *Yale Law & Economics Research Paper* No. 529. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2639141>. Acesso em: 03 jun. 2017).

tema, algumas propostas para que os órgãos de controle atuem no combate e na repressão das condutas antijurídicas dos agentes públicos sem interferir na esfera legítima de escolha na atuação do gestor público. Em geral, se verá que a reversão das distorções apuradas exige uma mudança de mentalidade, respeitando-se o espaço de liberdade na atuação do administrador público em busca da promoção de eficiência.

1 O SISTEMA BRASILEIRO DE CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: OS PROTAGONISTAS DESTA FUNÇÃO

1.1 O controle no Estado Democrático de Direito

O controle da Administração Pública constitui corolário do Estado Democrático de Direito, não só pela sua submissão à lei, mas, principalmente, pela existência de instrumentos que garantam essa sujeição¹⁴. A partir do momento em que a vontade individual dos governantes é substituída pelo império da norma geral e o poder estatal passa a se submeter à ordem jurídica, as atividades executadas em nome do Estado passam a ser limitadas e passíveis de controle pelos seus destinatários. A ideia de controle da Administração Pública é, portanto, intrínseca a essa necessidade de proteger os delegatários do poder estatal contra o risco do seu exercício arbitrário¹⁵, sendo certo que o exercício de potestades públicas sem o correspondente controle é incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Com a evolução das tarefas a serem desempenhadas pelo Estado, especialmente com a expansão do modelo do Estado de Bem-Estar Social e com o crescimento das demandas da sociedade, observou-se, de modo paralelo, a necessidade de serem desenvolvidas novas e diferentes formas para o controle dessas atividades. Nesse contexto, o controle da Administração Pública passa a ganhar uma gradativa importância, tornando-se um dos principais objetos de estudo do Direito Administrativo. Inclusive, um dos mais elementares desafios do Direito Administrativo reside justamente na análise das diversas formas de controle da atuação estatal e no *trade-off* entre controle e eficiência.

A verdade é que, a rigor, a necessidade de controle é inerente à própria atividade de administrar, seja na esfera pública, seja na esfera privada. A fiscalização e a revisão de quaisquer atividades não são tarefas estranhas à função de administrar. Assim, a administração deve ser compreendida como um processo desenvolvido em diversas

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Limites do controle externo da Administração Pública: ainda é possível falar em discricionariedade administrativa?. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 11, n. 42, p. 9-24, jul./set. 2013.

¹⁵ Sobre o tema, v. SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

etapas, que abrangem, além do planejamento e execução, a fiscalização e o controle¹⁶. Desse modo, uma boa e eficiente estrutura de controle é fundamental à eficiência da atividade administrativa, o que levou Juarez de Freitas a defender a ideia de *direito fundamental à boa administração*¹⁷. Sobre este ponto, o jurista espanhol Tomas Ramón Fernandez tece as seguintes considerações:

(...) *julgar a Administração contribui para administrar melhor*, porque ao exigir uma justificativa das soluções em cada caso exigidas pela Administração obriga-lhe a analisar com mais cuidado as diferentes alternativas disponíveis, a avaliar de forma mais serena e objetiva as vantagens e desvantagens de cada um delas e a pesar e medir melhor suas respectivas consequências e efeitos, impedindo as autoridades dos perigos da improvisação, da malícia, do voluntarismo, do amor próprio de seus agentes, da arbitrariedade e de outros riscos menos desculpáveis do que estes e não tão infrequentes em nossa realidade diária, de ontem e de hoje.¹⁸

Assim, evitar abuso de poder, garantir uma boa prestação dos serviços públicos e contribuir para o equilíbrio harmônico entre os Poderes do Estado constituem as importantes razões pelas quais o controle da atuação estatal assume tamanha relevância no Direito Administrativo. Diante desse contexto, cumpre, nesse primeiro capítulo, abordar os principais controles exercidos no Brasil. Assim, serão abordados, em subtópicos específicos, as características gerais das principais instituições incumbidas de controlar a Administração Pública: o Poder Legislativo, o Tribunal de Contas da União, o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, o Poder Judiciário e o Ministério Público. O último subtópico, será destinado ao rápido exame do papel exercido por outras importantes instâncias de controle da atuação da Administração Pública.

¹⁶ FURTADO, Lucas Rocha. *As raízes da corrupção no Brasil: estudos de casos e lições para o futuro*. 1. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 63.

¹⁷ Vide FREITAS, Juarez. As políticas públicas e o direito fundamental à boa administração. *NOMOS: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, Fortaleza, v.35, n.1, 2015, p.195-217..

¹⁸ No original: “*juzgar a la Administración contribuye a administrar mejor*, porque al exigir una justificación cumplida de las soluciones em cada caso exigidas por la Administración obliga a ésta a analizar con más cuidado las distintas alternativas disponibles, a valorar de forma más serena y objetiva las ventajas e inconvenientes de cada una de ellas y a pesar y medir mejor sus respectivas consecuencias y efectos, previniendo a las autoridades de los peligros de la improvisación, de la torpeza, del voluntarismo, del amor propio de sus agentes, del arbitrio y de otros riesgos menos disculpables aún que éstos y no por ello infrecuentes en nuestra realidad cotidiana , de ayer y de hoy” (FERNANDEZ, Tomas Ramón. *De la arbitrariedad de la Administración*. 3. ed. Madri: Civitas Ediciones, 1999, p. 132).

1.2 O controle exercido pelo Poder Legislativo

Como é cediço, uma das funções inerentes ao Poder Legislativo – e no Brasil não é diferente – é o seu dever de controle sobre o Executivo¹⁹. Trata-se de uma atribuição que representa, por excelência, o sistema de freios e contrapesos previsto no texto constitucional²⁰, de fundamental importância num Estado Democrático de Direito, já que é no Parlamento que se congrega a representatividade de interesses dos diversos segmentos sociais²¹.

Como se verá no subtópico seguinte, a Constituição Federal conferiu ao Tribunal de Contas da União a função de auxiliar o Congresso Nacional no exercício desse controle, atribuindo-lhe competências específicas relacionadas à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União. Ao Congresso Nacional, diretamente, a Constituição reserva algumas competências específicas no controle político²² da atuação estatal.

¹⁹ Dispõe a Constituição: “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...) X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta;”.

²⁰ O art. 2º da Constituição, ao estabelecer que os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário são independentes e *harmônicos entre si*, instituiu o sistema classicamente denominado de *freios e contrapesos* (“*checks and balances*”), que busca evitar a eventual preponderância de um Poder sobre o outro e o seu exercício desmedidamente arbitrário e abusivo. Como bem destaca José Afonso da Silva: “A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdade a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos de poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados” (DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 110).

²¹ ZYMLER, Benjamin. *Direito Administrativo e Controle*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 167.

²² Há uma certa controvérsia em relação à natureza do controle exercido pelo Poder Legislativo. Maria Sylvia Zanella Di Pietro denomina o controle exercido pelo Parlamento como controle político “já que vai apreciar as decisões administrativas sob o aspecto inclusiva da discricionariedade, ou seja, da oportunidade e conveniência diante do interesse público” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 706). Já Odete Medaur denomina simplesmente “controle parlamentar” ou “controle exercido pelo Poder Legislativo, já que, não obstante o controle exercido pelo Congresso Nacional possua natureza política, a expressão “controle político” mostra-se inadequada, “pois outras instituições de controle da Administração podem igualmente exercê-lo sob o ponto de vista político” (MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 103-104).

Uma das mais importantes competências específicas destinadas ao Parlamento é a prerrogativa de instaurar comissões parlamentares de inquérito, “*que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores*”, conforme estabelece o art. 58, §3º, do texto constitucional. Para uma maior elucidação da importância das CPIs e de sua importância como instrumento de controle pelas minorias parlamentares, vale a referência a alguns trechos do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal no MS nº 24831-DF:

COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - DIREITO DE OPOSIÇÃO - PRERROGATIVA DAS MINORIAS PARLAMENTARES - EXPRESSÃO DO POSTULADO DEMOCRÁTICO - DIREITO IMPREGNADO DE ESTATURA CONSTITUCIONAL (...) IMPOSSIBILIDADE DE A MAIORIA PARLAMENTAR FRUSTRAR, NO ÂMBITO DO CONGRESSO NACIONAL, O EXERCÍCIO, PELAS MINORIAS LEGISLATIVAS, DO DIREITO CONSTITUCIONAL À INVESTIGAÇÃO PARLAMENTAR (CF, ART. 58, § 3º) - MANDADO DE SEGURANÇA CONCEDIDO. CRIAÇÃO DE COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO: REQUISITOS CONSTITUCIONAIS.

- O Parlamento recebeu dos cidadãos, não só o poder de representação política e a competência para legislar, mas, também, o mandato para fiscalizar os órgãos e agentes do Estado, respeitados, nesse processo de fiscalização, os limites materiais e as exigências formais estabelecidas pela Constituição Federal.

- O direito de investigar - que a Constituição da República atribuiu ao Congresso Nacional e às Casas que o compõem (art. 58, § 3º) - tem, no inquérito parlamentar, o instrumento mais expressivo de concretização desse relevantíssimo encargo constitucional, que traduz atribuição inerente à própria essência da instituição parlamentar.

(...)

- A prerrogativa institucional de investigar, deferida ao Parlamento (especialmente aos grupos minoritários que atuam no âmbito dos corpos legislativos), não pode ser comprometida pelo bloco majoritário existente no Congresso Nacional e que, por efeito de sua intencional recusa em indicar membros para determinada comissão de inquérito parlamentar (ainda que fundada em razões de estrita conveniência político-partidária), culmine por frustrar e nulificar, de modo inaceitável e arbitrário, o exercício, pelo Legislativo (e pelas minorias que o integram), do poder constitucional de fiscalização e de investigação do comportamento dos

órgãos, agentes e instituições do Estado, notadamente daqueles que se estruturam na esfera orgânica do Poder Executivo. (...)

- A norma inscrita no art. 58, § 3º, da Constituição da República destina-se a ensejar a participação ativa das minorias parlamentares no processo de investigação legislativa, sem que, para tanto, mostre-se necessária a concordância das agremiações que compõem a maioria parlamentar.

(...)

- A maioria legislativa, mediante deliberada inércia de seus líderes na indicação de membros para compor determinada Comissão Parlamentar de Inquérito, não pode frustrar o exercício, pelos grupos minoritários que atuam no Congresso Nacional, do direito público subjetivo que lhes é assegurado pelo art. 58, § 3º, da Constituição e que lhes confere a prerrogativa de ver efetivamente instaurada a investigação parlamentar em torno de fato determinado e por período certo.

(...)²³.

Além da instauração de CPIs, vale destacar – de forma não exaustiva – outras importantes prerrogativas conferidas ao Congresso Nacional ou às suas casas que evidenciam o controle exercido pelo Legislativo: (i) sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa (art. 49, V); (ii) julgar anualmente as contas prestadas pelo presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo (art. 49, IX); (iii) fiscalizar e controlar, diretamente ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta (art. 49, X); (iv) aprovar o estado de defesa e a intervenção federal, autorizar o estado de sítio, ou suspender qualquer uma dessas medidas (art. 49, IV); (v) convocar ministro de Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República para prestarem informações sobre assunto previamente determinado, sob pena de configuração de crime de responsabilidade (art. 50, *caput*); (vi) controlar prévia ou posteriormente alguns atos da Administração, como a aprovação da escolha do presidente do Banco Central (art. 52, III, d, f), etc.

Alexandre Santos de Aragão ressalta que, considerando a interpretação que o Supremo Tribunal Federal confere ao princípio da simetria, os controles da Administração Pública pelo Poder Legislativo previstos no texto constitucional são diretamente aplicáveis, com as adaptações necessárias, aos Estados e Municípios,

²³ STF, *DJ* 04 ago. 2006, MS 24831 / DF, Rel. Min. Celso de Mello.

independentemente de expressamente previstos nos ordenamentos jurídicos estaduais e municipais²⁴.

1.3 O controle externo e o Tribunal de Contas da União

Não obstante sua relevância num Estado de Direito, nas democracias ocidentais, nem sempre é o Poder Legislativo que realiza diretamente a fiscalização financeira da Administração, em razão da dificuldade desse poder em realizar esse controle de forma ampla e efetiva e, ao mesmo tempo, desempenhar as tarefas políticas para as quais seus representantes foram eleitos. Tornou-se comum, então, a atribuição dessa tarefa aos *Tribunais* ou *Cortes de Contas*, cuja natureza e o vínculo com o Poder Legislativo variará conforme o ordenamento²⁵.

Seguindo essa diretriz, a Constituição Federal de 1988, como mencionado acima, conferiu ao Tribunal de Contas da União a função de auxiliar o Congresso Nacional no exercício do controle externo da Administração Pública, atribuindo-lhe competências específicas para a realização da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União, conforme se observa da leitura dos arts. 70 e 71 do texto constitucional.

Embora esteja inserido no Capítulo destinado ao Poder Legislativo, o Tribunal de Contas não integra o Parlamento, já que, de acordo com o disposto no art. 44 da Constituição, “*o Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal*”. Além disso, apesar de ter como função auxiliar o Legislativo no exercício do controle externo da Administração Pública, não está subordinado ao Congresso Nacional, uma vez que suas atribuições são exercidas sem interferência da Câmara, do Senado ou de qualquer outro Poder, buscando-se garantir, assim, isenção político-partidária de seus julgados²⁶. As lições de Carlos Ayres Britto são bastante elucidativas:

²⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 614.

²⁵ MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 123.

²⁶ “O Tribunal de Contas da União, embora atue em auxílio do Congresso Nacional, não lhe está de modo algum subordinado. O Tribunal é órgão autônomo de estatura constitucional, com incumbências próprias,

Diga-se mais: além de não ser órgão do Poder Legislativo, o Tribunal de Contas da União não é órgão auxiliar do Parlamento Nacional, naquele sentido de inferioridade hierárquica ou subalternidade funcional. [...] Não sendo órgão do Poder Legislativo, nenhum Tribunal de Contas opera no campo da subalterna auxiliaridade. Tanto assim que parte das competências que a Magna Carta confere ao Tribunal de Contas da União nem passa pelo crivo do Congresso Nacional ou de qualquer das Casas Legislativas Federais

(bastando citar os incisos III, VI e IX do art. 71). O TCU se posta como órgão da pessoa jurídica União, diretamente, sem pertencer a nenhum dos três Poderes Federais. Exatamente como sucede com o Ministério Público, na legenda do art. 128 da Constituição, incisos I e II.²⁷

Portanto, o Tribunal de Contas é um órgão independente, não integrando nenhuma das três esferas de Poder. Suas competências lhe foram conferidas diretamente pelo Constituinte e sua atuação não está subordinada nem ao Executivo, nem ao Legislativo e nem ao Judiciário. A relação entre o Tribunal de Contas e o Parlamento não é de hierarquia, mas sim de harmonia e independência, sendo que foi inserido no capítulo destinado ao Poder Legislativo apenas por uma questão organizacional do texto constitucional²⁸.

Para assegurar esta independência, a Constituição conferiu autonomia ao Tribunal de Contas, outorgando à Corte e aos seus membros diversas prerrogativas. Deste modo, garantiu-se ao Tribunal a autonomia conferida ao Poder Judiciário (art. 73, *caput*) e aos seus Ministros as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça (art. 73, § 3º). No entanto, apesar

no exercício das quais não está jungido à vontade de qualquer outro órgão. Presta auxílio ao Poder Legislativo, sim. Deve inclusive remeter-lhe informações periódicas sobre suas atividades, a instâncias do § 4º, do art. 71, da CRFB/88. O Congresso Nacional, todavia, não lhe pode dizer como desenvolver suas atividades. O Tribunal de Contas presta auxílio, mas não está subordinado ao Legislativo, no exercício de seus misteres. Não lhe pode o Congresso Nacional ditar ordens, dizendo como deve atuar em determinada situação” (DECOMAIN, Pedro Roberto. *Tribunais de Contas no Brasil*. São Paulo: Dialética, 2006, p. 43).

²⁷ BRITTO, Carlos Ayres. O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 9, dez. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 29 de out. 2013.

²⁸ “A autonomia atribuída constitucionalmente ao Tribunal de Contas até poderia conduzir ao reconhecimento de sua qualidade de *Poder*, na acepção em que a expressão é utilizada a propósito do Executivo, Legislativo e Judiciário. É juridicamente impossível qualquer autoridade integrante de algum dos três *Poderes* intervir sobre o desempenho das competências do Tribunal de Contas, tanto quanto é inviável suprimir a existência ou reduzir suas atribuições por meio de medidas infraconstitucionais. Nem a circunstância de a Constituição ter tratado o Tribunal de Contas dentro do Capítulo do Poder Legislativo apresenta alguma relevância, já que o art. 44 da CF/88 deixa claro que o tribunal de Contas não é *órgão* do aludido Poder” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 1120-1121).

dessas prerrogativas, da denominação de “tribunal” e a referência a “julgamento de contas”, não se trata de órgão com competências propriamente jurisdicionais²⁹, já que não integra a estrutura do Poder Judiciário.

O controle exercido pelo Tribunal de Contas não é realizado apenas sob o prisma da legalidade estrita, abrangendo também aspectos de legitimidade, economicidade e eficiência. De acordo com o art. 71, incisos I a VII, da Carta, as competências fiscalizatórias dos tribunais de contas são as seguintes: (a) apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio; (b) julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público; (c) apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões; (d) realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário; (e) fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta; (f) fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município; e (g) prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas.

Pela análise do dispositivo constitucional, observa-se que o TCU possui autonomia para exercer o controle externo não só sobre o Executivo, como também sobre o Legislativo – do qual seria apenas auxiliar – e o Judiciário.

Já as competências sancionatórias dos tribunais de contas estão descritas nos incisos VIII a XI do art. 70 da Carta e são: (a) aplicar aos responsáveis, em caso de

²⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 618.

ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário; (b) assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade; (c) sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal; e (d) representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados. O §1º do art. 70 determina que, em caso de contrato administrativo, a sustação deve ser realizada pelo Congresso Nacional, em sistemática coerente com o art. 49, V, da Constituição, relativo à sustação de atos normativos do Poder Executivo pelo Legislativo.

Assim, com base no amplo espectro de competências atribuído pela Constituição, é o Tribunal de Contas que, rotineiramente, exerce o controle financeiro e orçamentário da Administração Pública, apreciando e julgando contas, determinando providências corretivas, assinando prazos para essas correções, advertindo os agentes públicos e administradores, requisitando a suspensão de contratos, aplicando multas, etc. Tudo isso independentemente de qualquer autorização ou conhecimento prévio do Congresso Nacional e sem a possibilidade de que o Poder Legislativo reveja ou altere suas decisões, excetuando-se apenas a possibilidade de revisão pelo Poder Judiciário³⁰.

1.4 O controle interno e o papel do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União

Como o próprio nome denota, o controle interno é aquele exercido pela Administração Pública sobre si mesma. Nas palavras de Odete Medauar, o controle interno corresponde à fiscalização que a Administração Pública “*exerce sobre os atos e atividades de seus órgãos e das entidades descentralizadas que lhe são vinculadas*”³¹. Trata-se de atividade decorrente do próprio Estado Democrático de Direito, que exige

³⁰ LOUREIRO, Maria Rita. (Coord.). Coordenação do sistema de Controle da Administração Pública Federal. *Série Pensando o Direito*, nº 33/2009, Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, Brasília, 2009, p. 25.

³¹ MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 53.

que a Administração permanentemente verifique a sua conformação aos paradigmas jurídicos, invalidando atos ilegais e revogando os que não entenda convenientes³².

O controle interno está previsto no art. 74 do texto constitucional. A Constituição, no entanto, não diz como se instituirá tal controle. Apenas determina que os “*Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno*” com a finalidade de: (i) avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União; (ii) comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; (iii) exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União; (iv) apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

O dispositivo constitucional é vago, não deixando claro de que forma deve ser formatado o sistema de controle interno. Amauri Feres Saad, em referência à clássica terminologia de José Afonso da Silva, destaca que se trata de normas de *princípio institutivo*, subcategoria das *normas de eficácia limitada*. Ou seja, as disposições do art. 74 da Constituição não possuem eficácia plena pelo simples fato de existirem, necessitando, para que suas disposições cumpram plenamente a finalidade a que se destinam, de legislação que institua os respectivos sistemas de controle interno³³.

A evolução do desenho institucional do controle interno apresenta dois movimentos: centralização e ampliação de suas competências. Num primeiro momento, o controle interno da Administração Pública era fragmentado e disperso: cada ministério possuía seu próprio órgão de controle, denominado genericamente de *Secretaria de Controle Interno* (CISSET). No entanto, a subordinação hierárquica das Secretarias de Controle Interno ao ministro da pasta respectiva, na prática, acabava dificultando sobremaneira o exercício de um efetivo controle e correção dos erros e irregularidades³⁴.

³² ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 611.

³³ SAAD, Amauri Feres. *Do conceito de controle da administração pública no direito administrativo brasileiro*. 2016. 192 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2016, p. 87.

³⁴ LOUREIRO, Maria Rita et al. Do Controle Interno ao Controle Social: A Múltipla Atuação da CGU na Democracia Brasileira. *Cadernos Gestão Pública e Cidadania*, [S.l.], v. 17, n. 60, jan. 2012. ISSN 2236-

Assim, em 1994, numa tentativa de elevar a confiança da sociedade no Poder Executivo central – que há pouco tempo havia vivenciado o *impeachment* do primeiro presidente eleito pelo voto direto após a ditadura –, foi editada a Medida Provisória nº 480/1994, iniciando-se um movimento de centralização e de tentativa de coordenação do controle. Por meio da referida medida provisória, as CISETs foram centralizadas no Ministério da Fazenda, com a criação da *Secretaria Federal de Controle Interno* (SFC), que tinha como atribuição a avaliação da gestão pública e o acompanhamento dos programas de governo³⁵.

Em 2001, foi dado mais um passo no movimento de centralização do controle interno, com a criação da Corregedoria-Geral da União, por meio da Medida Provisória nº 2.143-31, que tinha por finalidade assistir direta e imediatamente ao Presidente da República no desempenho de suas atribuições quanto aos assuntos e providências que, no âmbito do Poder Executivo, fossem atinentes à defesa do patrimônio público. No ano seguinte, as atividades de controle interno e de ouvidoria, até então desempenhadas, respectivamente, pela Secretaria Federal de Controle Interno, vinculada ao Ministério da Fazenda, e pela Ouvidoria-Geral da União, submetida ao Ministério da Justiça, foram vinculadas à Corregedoria-Geral da União.

A partir de 2003 inicia-se o movimento de ampliação das competências e de fortalecimento institucional do controle interno. A Medida Provisória nº 103/2003, convertida na Lei nº 10.683/03, alterou o nome da *Corregedoria-Geral da União* para *Controladoria-Geral da União* (CGU), que foi elevada ao *status* de ministério, ampliando o escopo da instituição para a realização de atividades relacionadas à defesa do patrimônio público e ao incremento da transparência da gestão. Os Decretos nº 5.683/2006 e 8.109/2013 alteraram a estrutura do órgão, dotando-o de mecanismos para que atuasse não só na detecção e punição, mas também na prevenção da corrupção³⁶.

5710. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/cgpc/article/view/3980/2851>>. Acesso em: 07 jul. 2017.

³⁵ RIBEIRO, Sheila Maria Reis. *Controle interno e paradigma gerencial*, Texto para discussão n. 17. Brasília: MARE/ENAP, 1997, p. 16.

³⁶ OLIVEIRA, Gustavo Justino; SOUSA, Otavio Augusto Venturini de. Controladoria-Geral da União: uma agência anticorrupção?. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de (Coord.). *Controle da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 325.

No entanto, o principal passo nesse processo de expansão e fortalecimento institucional do controle interno e, especialmente, da CGU foi dado com a edição da Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) e seu decreto regulamentador – Decreto nº 8.420/2015 –, que, ao atribuírem-lhe a competência para instaurar e julgar os processos administrativos de apuração de responsabilidade de pessoas jurídicas e celebrar acordos de leniência, “fizeram com que a CGU transcendesse os limites da função de mero órgão de controle interno da Administração Pública Federal”³⁷.

Em 2016, foi editada a Medida Provisória nº 726/2016, pelo presidente Michel Temer, que transformou a Controladoria-Geral da União em *Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle* – que, após pressão por parte dos servidores, passou a ser denominado *Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União* –, sob o argumento de que a mudança fortaleceria a atuação da entidade, daria maior visibilidade às ações de combate à corrupção e traria maior transparência³⁸.

Apesar das críticas³⁹ contra a mudança institucional e o suposto esvaziamento da CGU pelo governo de Michel Temer e a despeito da instabilidade política vivenciada pela instituição após a alteração promovida pela medida provisória⁴⁰, não se pode negar que o controle interno no Brasil vivenciou dois movimentos bem definidos em seu processo de evolução: a centralização de suas competências em um órgão central e, a partir de 2003, a ampliação de suas competências no combate à corrupção, especialmente a partir da edição da Lei Anticorrupção, por meio da qual as atribuições da CGU foram além das funções próprias de controle interno.

³⁷ Ibidem.

³⁸ Vide <http://www.cgu.gov.br/noticias/2016/05/ministerio-da-transparencia-fiscalizacao-e-controle-mantem-funcoes-da-antiga-cgu>. Acesso em: 08 jun. 2017.

³⁹ Vide <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2016/05/26/Qual-%C3%A9-o-impacto-de-transformar-a-CGU-o-%C3%B3rg%C3%A3o-anticorrupt%C3%A7%C3%A3o-do-governo-em-um-minist%C3%A9rio>>. Acesso em 08 jun. 2017.

⁴⁰ O primeiro titular da pasta, Fabiano Silveira, pediu sua exoneração do cargo em 30 de maio de 2016 (menos de um mês após a criação do órgão), após a revelação de uma gravação em que criticava a Operação Lava Jato. O conteúdo provocou a revolta dos servidores da extinta CGU, que protestaram exigindo a saída do ministro e a recriação do órgão. Com a saída, Carlos Higinio assumiu interinamente ao cargo e dois dias depois o presidente em exercício Michel Temer indicou o ex-ministro do TSE, Torquato Jardim. Em 28 de maio de 2017, Michel Temer designou Torquato Jardim para o Ministério da Justiça, indicando para o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle o até então Ministro da Justiça. Serraglio recusou assumir a pasta para voltar ao cargo de deputado federal, sendo, então indicado Wagner de Campos Rosário, secretário-executivo do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle desde de agosto de 2016 e servidor de carreira da mesma pasta desde 2009.

1.5 O controle exercido pelo Poder Judiciário

Em obra clássica sobre o assunto, Miguel Seabra Fagundes leciona que o controle jurisdicional da Administração Pública tem como “*finalidade essencial e característica (...) a proteção do indivíduo em face da Administração Pública*”⁴¹. Trata-se de controle externo, via de regra corretivo ou repressivo, desencadeado por provocação e exercido por juízos dotados de independência e autonomia. Segundo Odete Medauar, apesar da constante busca ou instituição de outros meios de fiscalização, o controle exercido pelo Judiciário ainda representa o mais importante instrumento de controle da Administração⁴².

Apesar da influência francesa em nosso direito administrativo, o Brasil adotou o sistema de jurisdição una, de origem anglo-saxônica. Não há, portanto, em nosso ordenamento, uma jurisdição administrativa, destinada a julgar, com exclusividade, os litígios envolvendo a Administração Pública, como no contencioso administrativo francês, comandado pelo Conselho de Estado. Aqui, incorporamos a regra da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição), que estabelece que nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito pode ser excluída da apreciação do Judiciário.

Em relação aos litígios envolvendo a Administração Pública, a Constituição não só garante a inafastabilidade da jurisdição, como estabelece diversas ações especiais postas à disposição da sociedade para questionar os atos da Administração Pública. São elas:

- a) Mandado de segurança: é um dos mais tradicionais instrumentos de defesa dos cidadãos perante a Administração. É cabível “*para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público*” (art. 5º, LXIX). É uma criação brasileira originada da limitação do

⁴¹ FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 135.

⁴² MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 198-199.

habeas corpus, que só poderia ser utilizado para a defesa do direito de locomoção. Pode também ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados (art. 5º, LXX) – o chamado mandado de segurança coletivo.

- b) Mandado de injunção: cabível sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (art. 5º, LXXI).
- c) *Habeas data*: cabível para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público e para retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo (art. 5º, LXXII).
- d) *Habeas corpus*: é o remédio constitucional cabível sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder (art. 5º, LXVIII).
- e) Ação popular: medida judicial que pode ser proposta por qualquer cidadão no gozo de seus direitos políticos, com vistas a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;
- f) Ação civil pública: instrumento de defesa dos interesses difusos da sociedade (patrimônio público, moralidade e probidade administrativa, meio ambiente, patrimônio histórico e artístico, consumidores, direitos dos deficientes físicos, etc.). O art. 5º da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) expandiu a legitimação ativa aos entes da Federação e suas entidades da Administração Indireta, às associações constituídas há mais

de um ano (para a defesa do respectivo interesse específico) e às defensorias públicas, admitido o litisconsórcio ativo.

- g) Ação de improbidade administrativa: é a ação de responsabilização por improbidade administrativa prevista no art. 37, §4º, da Constituição e disciplinada pela Lei nº 8.429/1992, que pode ser proposta pelo Ministério Público ou pela entidade administrativa supostamente vítima do ato questionado e tem por finalidade a punição dos agentes públicos ou privados que tenham praticado condutas antijurídicas contra a Administração Pública. Diante do disposto na parte final do art. 37, §4º, da Constituição (“*sem prejuízo da ação penal cabível*”), considera-se que a ação civil de improbidade administrativa não possui natureza penal e, como é processada pelo Judiciário, não pode ser classificada como processo administrativo, o que conduz ao entendimento de que se trata de ação civil pública, pelos valores que tutela e pelo rito que adota⁴³. Trata-se de um dos principais mecanismos de controle da atuação da Administração Pública e que, em razão de algumas características da norma legal que a disciplina, corresponde a um dos principais instrumentos temidos pelo gestor público.

Atualmente, prevalece o entendimento de que o controle judicial não deve se restringir à análise da legalidade do ato administrativo, sendo-lhe possível rever questões relacionadas a toda a *juridicidade* da atuação da Administração Pública⁴⁴, em razão da intrincada rede de princípios e valores albergados pela Constituição. É certo, no entanto, que o Judiciário não pode se imiscuir quando a Administração Pública tenha agido razoavelmente e conforme os princípios da Administração. Se não ficar caracterizada uma evidente violação aos parâmetros legais estabelecidos, cabe ao Judiciário

⁴³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 644.

⁴⁴ Na verdade, como bem destaca Gustavo Binbenbojm, “a emergência da noção de juridicidade administrativa, com a vinculação direta da Administração à Constituição, não mais permite falar, tecnicamente, numa autêntica dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, mas isto sim, em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade. A discricionariedade não é, destarte, nem uma liberdade decisória externa ao direito, nem um campo imune ao controle judicial” (BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 219).

reconhecer a legitimidade da decisão da Administração Pública, ainda que haja outras interpretações razoáveis⁴⁵.

A doutrina tem denominado esse parâmetro de atuação de *princípio da deferência*⁴⁶. Assim, decisões administrativas que revelem uma escolha legítima dentre aquelas postas à disposição do administrador e que tenham adotado uma interpretação razoável ou plausível das regras legais incidentes não podem ser revistas pelo Judiciário. Afinal, o Poder Judiciário detém, via de regra, uma capacidade institucional inferior⁴⁷ para a apreciação dos atos administrativos⁴⁸, devendo, portanto, adotar uma postura mais deferente à atuação do administrador quando questões desta natureza forem levadas a juízo, sob pena de avocar uma esfera de competência alheia e tomar para si, de forma ilegítima, o papel do gestor público na definição das políticas públicas.

A prática, contudo, é muito mais complexa do que a teoria. O controle judicial da Administração Pública é uma das interações institucionais que mais gera debates no âmbito do direito administrativo, em razão da dificuldade de se estabelecer seus contornos⁴⁹. Nem sempre é fácil identificar os limites da intervenção do Poder Judiciário

⁴⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 623.

⁴⁶ Conforme destaca Eduardo Jordão, no que se refere ao controle judicial da Administração Pública, o termo faz referência “à adoção pelos tribunais de uma postura autorrestritiva no controle que operam sobre as decisões administrativas. (...). As expressões são de uso corrente e muito difundido na literatura jurídica em Inglês (fala-se em deference), mas não são tão comuns nas jurisdições de tradição de direito administrativo. (...) Há uma necessidade de recorrer a um termo neutro para definir essa postura judicial particularmente respeitadora das opções administrativas” (JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 50).

⁴⁷ Sobre o tema, tem relevo o discurso das capacidades institucionais formulado por Cass Sunstein e Adrian Vermeule. Basicamente, destacando a falibilidade dos juizes, os autores problematizam as teorias tradicionais de interpretação jurídica relacionadas às ideias de justiça e moral, entendendo que o controle judicial dos atos administrativos deve levar em consideração a capacidade institucional dos órgãos envolvidos para compreender a questão debatida e os resultados sistêmicos das possíveis decisões, para fornecer a resposta mais adequada para a solução do caso. (SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian Vermeule, Interpretation and Institutions. In: *Michigan Law Review*, vol. 101, pp. 885-951, fev. 2003).

⁴⁸ Em razão de sua formação jurídico-dogmática, os juizes possuem naturalmente maior dificuldade para a compreensão das escolhas administrativas e dos seus complexos efeitos sistêmicos.

⁴⁹ Apenas entre dezembro de 2017 e janeiro de 2018 o questionamento judicial de dois atos do Presidente Michel Temer suscitaram os debates a respeito do tema: o decreto de indulto natalino, assinado em 21/12/2017 – em ação proposta pela Procuradoria-Geral da República, a Ministra Cármen Lúcia, presidente do Supremo Tribunal Federal, acolheu alguns dos argumentos apresentados e suspendeu alguns pontos do indulto questionados na demanda – e a posse da deputada Cristiane Brasil no cargo de Ministra do Trabalho. A Justiça Federal em Niterói (RJ), em ação popular, suspendeu a posse sob o argumento de que Cristiane Brasil não atende ao requisito da moralidade administrativa, previsto na Constituição, já que a deputada já foi condenada por dívidas trabalhistas. Após recorrer e perder vários recursos, a Advocacia Geral da União (AGU) decidiu acionar o Superior Tribunal de Justiça (STJ), que autorizou a posse. Dois dias depois, contudo, a Ministra Cármen Lúcia suspendeu novamente o ato.

no controle dos atos administrativos, sobretudo quando a matéria envolve aspectos que vão além dos temas eminentemente jurídicos discutidos diuturnamente pelo Poder Judiciário, para abranger questões de ordem técnica, econômica e social e que exigem do julgador uma expertise que nem sempre lhe é própria, o que será abordado à frente.

1.6 O controle exercido pelo Ministério Público

A Constituição de 1988 representou um verdadeiro marco no fortalecimento institucional do Ministério Público. No Título IV da Carta, reservado à Organização dos Poderes, os dispositivos atinentes ao Ministério Público (arts. 127 a 130-A) foram incluídos na Seção I do Capítulo IV, denominado “*Das funções essenciais à Justiça*”. Com isso, o Ministério Público não foi vinculado a nenhum Poder – até então o Ministério Público era inserido na estrutura do Poder Executivo –, e, por meio da redação do art. 129, IX, parte final, passou a ser proibida a representação judicial e extrajudicial da União e outros entes públicos, que a partir da Carta de 1988 passou a ser de competência da Advocacia-Geral da União (art. 131).

Para o adequado e efetivo exercício de suas atribuições, a Constituição Federal assegura ao Ministério Público autonomia funcional e administrativa e, aos seus membros, garantias iguais aos dos magistrados – vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios (arts. 127, §§ 1º e 2º, e 128, §5º, I) –, garantindo-lhe, dessa forma, isenção e imparcialidade para o controle da Administração Pública.

A par de sua atuação como fiscal da ordem jurídica e de controlador externo da atividade policial, o Ministério Público, apesar de não deter o poder punitivo, exerce relevante e importante papel no controle da Administração Pública, sendo valorosas, nesse aspecto, as lições de Odete Medauar:

É possível que surjam dúvidas quanto à existência de controle do Ministério Público sobre a Administração. Decorridos quase vinte e cinco anos da promulgação da Constituição de 1988, o advento de inúmeras leis com rol de funções extrajudiciais de fiscalização, inspeção e outras, incidentes sobre atos e omissões da Administração Pública, e a expressiva presença e credibilidade do Ministério Público fragilizam tais dúvidas.

Revela-se nítida a função de controle sobre a Administração Pública, decorrente de preceitos da Constituição de 1988 e das leis acima indicadas, dentre outras. As atuações aí previstas incidem sobre autoridades, entes e órgãos da Administração Pública, em todos os níveis federativos, e resultam em medidas tais como a instauração de inquérito civil (que pode levar à solução do problema, sem ajuizamento de ação), a emissão de recomendação e relatório, a tomada de compromisso de ajustamento de conduta, o acompanhamento de processos administrativos⁵⁰.

Além da legitimidade para o ajuizamento de ações penais e civis em face de agentes públicos em razão do cometimento de ilicitudes no exercício de suas atividades, o Ministério Público é dotado de mecanismos de atuação próprios e independentes, estranhos ao controle judicial da Administração Pública, que podem levar à solução dos questionamentos sobre a atuação estatal, sem o uso da via jurisdicional. Nesse aspecto, o art. 129 da Carta de 1988 atribui ao Ministério Público a competência para instaurar inquérito civil para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos e expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva.

Além de tais competências, a Lei Federal nº 7.347/1985, que disciplina a ação civil pública, confere competência ao órgão ministerial para tomar compromisso de ajustamento de conduta (art. 5º, §6º) dos interessados em inquéritos civis públicos. Por meio dos termos de ajustamento de conduta (TAC), é realizada uma negociação com a autoridade pública (no caso de controle sobre a Administração), que se compromete a adequar seus atos aos parâmetros fixados no acordo. Os TACs tendem a funcionar como um forte elemento de pressão sobre os agentes públicos, já que podem ser mais benéficos, em termos pessoais, do que a judicialização da matéria. Assim, por possibilitar a conformação do agente público ao cumprimento da legislação sem o acionamento do Judiciário e sem o constrangimento de ser réu em uma ação judicial, a utilização do

⁵⁰ MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 177-178.

instrumento mostra-se extremamente benéfico ao interesse público e à preservação da ordem jurídica⁵¹.

No entanto, considerando as competências que lhe são outorgadas, observa-se que a mesma problemática que se coloca ao Judiciário, quanto à definição dos limites da sua atuação, também se põe ao Ministério Público. No exercício de suas funções, o Ministério Público não pode se imiscuir na análise das escolhas razoáveis adotadas pelo administrador, sob pena de, ilegitimamente, assumir um papel que não lhe pertence e substituir decisões regulares tomadas no seio da Administração, para impor entendimentos próprios que, na sua estrita visão, sejam mais adequados, gerando o risco de, em vez de corrigir erros, desfazer acertos.

A despeito desse risco, não se pode negar o relevante papel do Ministério Público, enquanto instituição permanente de defesa da cidadania, no controle da probidade e do bom funcionamento da máquina pública, seja por meio dos instrumentos extrajudiciais de fiscalização da atuação estatal e composição de interesses, seja por meio da legitimação ordinária para a propositura das ações civis e penais.

1.7 Outras importantes instâncias de controle

Há, ainda alguns outros tipos de controle que exercem importante e significativo papel de fiscalização da Administração Pública. Vale, portanto, uma rápida abordagem sobre alguns deles, apenas para o fechamento desse panorama geral acerca das principais instâncias que tem como incumbência o controle e a fiscalização da atuação administrativa do Estado.

Na estrutura do Poder Executivo, além do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, outro importante órgão tem exercido um relevante papel no combate à corrupção envolvendo a Administração Pública Federal: o Departamento da Polícia Federal. A estrutura da Polícia Federal – órgão vinculado ao Ministério da Justiça, cujas atribuições estão previstas no §1º do art. 144 da Constituição Federal e no §7º do art. 27 da Lei nº 10.683/2003 – conta com a Diretoria-Geral, em

⁵¹ SAAD, Amauri Feres. *Do conceito de controle da administração pública no direito administrativo brasileiro*. 2016. 192 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2016, p. 143-144.

Brasília, e suas subunidades e 27 superintendências regionais nos estados. Como polícia judiciária, no órgão são desenvolvidas atividades de inteligência, investigações criminais reativas (por solicitação do Ministério Público, Justiça Federal ou notícia-crime recebida) ou proativas, todas consubstanciadas em inquéritos policiais.

Não obstante disponha de atribuições para investigar crimes contra a Administração Pública federal, é relativamente recente a atuação da Polícia Federal na investigação desses tipos de delitos. Foi somente a partir dos anos 2000 que a Polícia Federal passou por um relevante processo de renovação e fortalecimento institucional, que fez com que o órgão passasse a exercer um papel essencial na investigação de desvios e fraudes envolvendo recursos públicos federais. Foi principalmente a partir de 2003 que a Polícia Federal passou a realizar grandes operações, valendo-se de importantes recursos e instrumentos – como escuta telefônica e acesso a informações protegidas por sigilo bancário –, após a necessária autorização judicial, que renderam investigações e prisões provisórias amplamente divulgadas na mídia. Dentre as principais operações conduzidas ou que tenham contado com a participação da Polícia Federal, vale a referência às seguintes: Anaconda (2003), Satiagraha (2004), Sanguessuga (2006), Navalha (2007), Lava Jato (2014), Zelotes (2015), Carne Fraca (2017), etc.

Ao longo desses anos, a Polícia Federal conquistou grande apoio popular e imenso reconhecimento da sociedade porque vem dando uma positiva contribuição ao país ao conseguir desnudar relações espúrias do poder. No entanto, embora deva-se reconhecer que a maior participação da Polícia Federal no controle da Administração Pública tenha tornado possível investigar determinado nível de criminalidade que os meios tradicionais de controle não eram capazes de identificar, as investigações conduzidas pelo departamento são objeto de fortes críticas, sobretudo relacionadas à forma espetacular como elas são conduzidas e divulgadas e o modo pelo qual as prisões e mandados tem sido decretados e cumpridos. No subcapítulo 2.2 serão mencionados alguns exemplos recentes que mostram os efeitos deletérios decorrentes dessa ampla exposição e midiática das operações da Polícia Federal e como eles se encaixam num contexto cultural de “quanto mais controle melhor” e de consequente disputa institucional entre os órgãos de controle.

Outro importante órgão administrativo de combate à corrupção é o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF). O COAF é vinculado ao Ministério da Fazenda e funciona como agência de inteligência financeira brasileira responsável pela prevenção e fiscalização da prática do delito de lavagem de dinheiro, disciplinado na Lei nº 9.613/98. Tem por finalidade disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas na lei, sem prejuízo da competência de outros órgãos e entidades. Além disso, com base na análise de operações suspeitas ou atípicas, o COAF prepara um relatório que é enviado ao Ministério Público e à Polícia, para que seja averiguado o cometimento ou não de algum delito.

O COAF não é dotado de poderes de investigação, mas tem competência para realizar a troca de informações e solicitar a abertura de investigações às autoridades, caso verifique, nas informações recebidas, solicitadas ou em decorrência de suas análises, forte indício de operações consideradas suspeitas. Além disso, também tem o poder de requisitar informações cadastrais bancárias e financeiras aos órgãos da Administração Pública de pessoas envolvidas em atividades suspeitas (art. 14, §3º, da Lei nº 9.613/98).

O órgão tem participado de fóruns para o desenvolvimento de boas práticas para o enfrentamento do delito, como, por exemplo, da ENCLLA (Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro) e do Grupo de Egmont, que reúne as unidades de inteligência financeira de diversos países para apoio mútuo, formação conjunta e assistência técnica para prevenção e repressão a lavagem de dinheiro. No âmbito da Operação Lava Jato, o COAF tem exercido relevante papel: segundo o Presidente da entidade, desde 2011 o órgão tem enviado relatórios de atividades suspeitas relacionadas aos fatos apurados na operação⁵².

Por fim, vale também a menção ao controle exercido pela própria sociedade. Para Odete Medauar, o controle sobre a Administração Pública se opera “*independentemente de ser adotada, pelo controlador, medida que afete juridicamente a decisão controlada*”

⁵² Confira-se em <<http://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/2015/07/coaf-diz-que-informou-lava-jato-movimentacao-suspeita-de-r-519-bi.html>>. Acesso em 06 fev. 2018.

ou o agente público”⁵³. A adoção dessa acepção permite que também se considere o cidadão comum como um efetivo agente controlador da atuação estatal, seja diretamente, seja por meio dos instrumentos que o Estado põe à disposição. Carlos Ayres Britto faz interessante distinção entre as formas de controle que nascem e operam no interior do aparato estatal – especialmente os controles interno e externo – daquelas formas que nascem fora do Estado:

1.3. Pois bem, a fiscalização que nasce de fora para dentro do Estado é, naturalmente, a exercida por particulares ou por instituições da sociedade civil. A ela é que se aplica a expressão "controle popular" ou "controle social do poder", para evidenciar o fato de que a população tem satisfações a tomar daqueles que formalmente se obrigam a velar por tudo que é de todos.

1.4. E por onde começa a Lei Maior o disciplinamento desse controle social do poder? Começa no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos (capítulo I do título 11). Ora para habilitar o particular a saber das coisas do Estado com vista à defesa de direito ou de interesse pessoal, ora para habilitar o particular a saber das coisas do Estado com vista à defesa de direito ou de interesse geral; ou seja, a Constituição tanto aparelha a pessoa privada para imiscuir-se nos negócios do Estado para dar satisfações a reclamos que só repercutem no universo particular do sindicante, quanto aparelha a pessoa privada para imiscuir-se nos negócios do Estado para dar satisfações a reclamos que repercutem no universo social por inteiro.

1.4. Assim, quando o Código supremo reza que todos têm direito "à obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situação de interesse pessoal" (alínea b do inciso XXXIV do art. 5º), ela está protegendo o particular enquanto particular; quer dizer, o indivíduo tomado como um universo em si mesmo, um mundo inteiramente à parte, pelo fato exclusivo da humanidade que "mora" nesse indivíduo. Quando, porém, a Lei Fundamental prescreve que "qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural ... " (inciso LXXIII do art. 5º), ela está protegendo o indivíduo enquanto membro da *pólis*, habitante da *civitas*, sócio do Estado ou parte de um todo que o abarca e o supera, enfim, que é o cidadão.⁵⁴

Mais à frente, o autor faz relevantes considerações sobre a importância e a função do exercício do controle social:

⁵³ MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 186.

⁵⁴ BRITTO, Carlos Ayres. Distinção entre "controle social do poder" e "participação popular". *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 189, p. 114-122, jul. 1992. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45286/47723>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

2.1. Ora, proclamar que o controle popular do poder é forma de exercício dos direitos de liberdade, ou de cidadania, é considerá-lo enquanto direito público subjetivo; isto é, um direito referido a um sujeito privado, expressamente adjetivado como indivíduo, cidadão, nacional, trabalhador, adolescente, criança (quem faz a adjetivação é a Constituição mesma), porém com a particularidade de que o seu exercício opera às custas do Poder Público. É exprimir; direito subjetivo que tem por contraponto um específico dever estatal, uma ação ou omissão (conforme o caso) diretamente cobrável do Estado.

2.2. Assim entendidas as coisas, é de se perguntar: qual a finalidade do controle social do poder, enquanto direito público subjetivo? Esta: forçar o Estado a acatar a conduta do particular perante ele, Estado, porque o gozo do direito subjetivo implica a assunção de uma conduta privada que se quer respeitada pelo Poder Público. Por exemplo, se o direito consiste no recebimento de informações dos órgãos públicos (art. 59, inciso XXXIII, da CF), o conteúdo desse direito é a obtenção dessas informações. Se ele é traduzível na apresentação de reclamações quanto à prestação dos serviços públicos, a apuração da veracidade de tais reclamações é o modo pelo qual se atua o comando constitucional respectivo (§ 39 do art. 37). Logo, o que se busca não é exatamente traçar uma conduta futura para o Estado, mas obrigar o Estado a submeter-se às conseqüências todas da conduta já assumida pelo particular perante ele.⁵⁵

Odete Medauar ressalta outros instrumentos institucionais de controle social, a que denomina “*mecanismos formais de atuação da sociedade*”⁵⁶:

- a) o art. 31, §3º, da Constituição estabelece que as contas municipais devem ficar pelo prazo de 60 (sessenta) dias à disposição da população;
- b) a Lei Federal nº 12.527/2011 regula o acesso a informações estabelecido no art. 5º, XXXIII, da Constituição, enunciando, dentre as diretrizes dos procedimentos ali previstos, “o desenvolvimento do controle social da administração pública” (art. 3º, V);
- c) a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000) determina, em seu art. 49, que as contas apresentadas pelo Chefe do Poder Executivo devem ficar disponíveis, durante todo o exercício, no respectivo Poder Legislativo e no órgão técnico responsável pela sua elaboração, para consulta e apreciação pelos cidadãos e instituições da sociedade”;

⁵⁵ Idem.

⁵⁶ MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 187-189.

- d) a Lei Federal nº 8.666/1993 possibilita a todos os interessados representar ao Tribunal de Contas ou à própria administração pública contra ilegalidades presentes em licitações públicas (art. 113, §1º);
- e) a realização de consulta pública sobre assuntos de interesse da coletividade, nos termos do art. 31 da Lei Federal nº 9.784/1999, e, no caso de parcerias público-privadas, nos termos do art. 10, VI, da Lei Federal nº 11.079/2004;
- f) a realização de audiência pública, conforme previsão do art. 39, *caput*, da Lei Federal nº 8.666/1993, que torna o procedimento obrigatório antes de publicação do edital sempre que o valor previsto numa licitação ou em um conjunto sucessivo de licitações for superior a 100 (cem) vezes o valor para obras e serviços de engenharia na modalidade de concorrência, e, nos demais casos, conforme previsão genérica do art. 32 da Lei Federal nº 9.784/1999.

Embora haja questionamentos⁵⁷ sobre se tais instrumentos configuram, de fato, um tipo de controle sobre a Administração Pública, no sentido técnico-jurídico, é inegável que tais mecanismos constituem importantes forma de interação e participação do cidadão em relação à atuação estatal, seja permitindo que a própria Administração eventualmente corrija ou evite a prática de atos impróprios, seja suscitando a atuação institucional dos órgãos de controle.

⁵⁷ Sobre o ponto, vide SAAD, Amauri Feres. *Do conceito de controle da administração pública no direito administrativo brasileiro*. 2016. 192 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2016, p. 140-142.

2 AS FRAGILIDADES DO SISTEMA DE CONTROLE

2.1 A multiplicação dos órgãos e normas de controle e a sobreposição de competências

Como visto, a partir da Constituição de 1988 e diante do influxo democrático decorrente de sua promulgação, houve um vertiginoso crescimento do controle da atuação estatal – o que tem se mostrado positivo para o país. Numa sociedade cada vez mais dinâmica e complexa, cujos recursos são escassos⁵⁸, a permanente preocupação com a fiscalização das atividades estatais, via de regra, permite maior transparência e *accountability* das funções públicas, reduz o déficit democrático, já que garante aos cidadãos maior controle da legitimidade da atuação da Administração, e contribui para o aumento na eficiência da gestão pública, na medida em que a permanente análise da qualidade do desempenho da função estatal gera um incentivo para a produção de resultados positivos.

Ao contrário de Singapura e Hong Kong – conhecidos pelo êxito no combate à corrupção sistêmica⁵⁹ –, que concentraram suas funções de controle essencialmente numa *Agência Anticorrupção* – organismo de caráter permanente, com a missão específica de combater a corrupção e reduzir as oportunidades de ilicitudes contra a Administração Pública, por meio de estratégias de prevenção e punição⁶⁰ –, o sistema de combate à corrupção estabelecido no Brasil pode ser caracterizado como *multiagências*, uma vez que há uma efetiva multiplicidade institucional no desempenho das atividades de fiscalização, investigação e punição da corrupção⁶¹.

⁵⁸ Tina Soreide e Susan Rose-Ackerman apontam que a alocação de recursos públicos escassos é um dos *loci* para o surgimento da corrupção. V. SOREIDE, Tina; ROSE-ACKERMAN, Susan. Corruption in State Administration (August 3, 2015). *Yale Law & Economics Research Paper* No. 529. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=2639141>>. Acesso em 03 jun. 2017.

⁵⁹ Sobre o tema, v. QUAH, Jon S. T.. Controlling corruption in city-states: A comparative study of Hong Kong and Singapore. *Crime, Law and Social Change*, v. 22, p. 391-414, 1995.

⁶⁰ SOUSA, Luis de. Anti-corruption agencies: between empowerment and irrelevance. *Crime, Law and Social Change*, v. 53, pp. 5-22, 2009.

⁶¹ OLIVEIRA, Gustavo Justino; SOUSA, Otavio Augusto Venturini de. Controladoria-Geral da União: uma agência anticorrupção?. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de (Coord.). *Controle da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 329.

Assim, no plano institucional do controle da gestão pública, de certa forma inspirado no movimento da *New Public Management*⁶² pela descentralização e fragmentação da Administração Pública em diversos órgãos autônomos especializados⁶³, promoveu-se no Brasil a criação e o fortalecimento de diversas entidades com a finalidade de verificar a legalidade no desempenho das competências públicas e lisura dos gastos estatais – o que de fato faz mais sentido em um país de dimensões continentais, em que certamente a concentração dessas atividades em um único órgão não seria suficiente para dar conta de todas as funções inerentes ao controle do Estado.

Nesse contexto de criação de novas entidades destinadas ao controle da Administração, destaca-se o exemplo da Controladoria-Geral da União (atual Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União). Como visto, a criação da CGU está diretamente relacionada com a tentativa de elevar a credibilidade do Poder Público e tornar mais efetivo o controle interno, já que uma fiscalização centralizada, exercida por um órgão autônomo, significa uma gestão mais efetiva no combate à corrupção – “*a instituição surgiu em atendimento ao discurso de controle: maior controle, menor discricionariedade e conseqüentemente maior lisura pública*”⁶⁴.

Ao mesmo tempo, outras instituições já existentes foram reformatadas para promover com maior efetividade o ideal de controle, como, por exemplo, o Ministério Público. Após lhe ser conferida autonomia frente aos demais poderes e legitimação para a utilização de diversos instrumentos, a instituição foi sendo gradativamente estruturada em termos de carreira, orçamento, quadro-funcional e organização administrativa para desempenhar com maior efetividade o controle da Administração Pública⁶⁵. Atualmente, o concurso para as carreiras do Ministério Público – nas esferas federal e estadual – é

⁶² O *New Public Management* refere-se ao movimento de reforma administrativa, iniciado nos países desenvolvidos, principalmente nos de língua inglesa, mas que se espalharam pelo mundo, cujos princípios se baseavam na descentralização da burocracia, enxugamento da máquina estatal, *accountability*, gerência por resultados, etc. Sobre o tema, v. FERLIE, Ewan; LYNN JR., Laurence; POLITT, Christopher (Eds.). *The Oxford Handbook of Public Management*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

⁶³ BOUCKAERT, Geert; PETERS, B. Guy; VERHOEST, Koen. *The Coordination of Public Sector Organizations: Shifting Patterns of Public Management*. London: Palgrave Macmillan, 2010.

⁶⁴ MARQUES NETO; Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Os sete impasses do controle da Administração Pública no Brasil. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de (Coord.). *Controle da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 21.

⁶⁵ *Ibidem*.

um dos mais bem remunerados e um dos mais cobiçados pelos bacharéis em Direito que optam pela vida profissional pública.

É curioso observar que, como uma forma de legitimar as medidas propostas, há uma certa tendência pela alocação dos novos instrumentos de controle à instituição com maior confiabilidade e prestígio por parte da sociedade. O Ministério Público, por exemplo, que cada vez mais assume o protagonismo nas ações de combate à corrupção – vide a recente atuação da Procuradoria da República do Paraná na Operação Lava Jato –, foi, no ano de 2016, considerada a quarta instituição mais confiável do país⁶⁶. A CGU, que cada vez mais vem adquirindo percepção social e relevo institucional – vide a forte cobertura da mídia acerca das trocas dos ministros da pasta nos anos de 2015 a 2017 e as críticas lançadas contra as mudanças promovidas pelo governo Temer –, teve suas atribuições cada vez mais centralizadas e seu espectro de competências gradativamente ampliado.

Acompanhando esse mesmo processo, foram igualmente criados novos mecanismos de controle no plano legislativo. Ao longo dos anos, foi crescente a instituição de novas ações, procedimentos, regras, sanções e novas competências fiscalizatórias e sancionatórias: Lei de Improbidade Administrativa, Lei de Licitações e Contratos, Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei de Acesso à Informação, Lei Anticorrupção, Lei das Estatais. Tudo isso tendo como diretriz a ideia de que, quanto maior for a normatização e fiscalização da atuação estatal e a punição dos comportamentos antijurídicos contra a Administração Pública, mais efetivo será o combate à corrupção.

Essa ampla rede de mecanismos de controle estabelecida no Brasil é enaltecida por organizações não governamentais internacionais de combate à corrupção⁶⁷ (embora tais dados sejam geralmente baseados numa avaliação meramente formal dos sistemas de combate à corrupção, com pouca preocupação a respeito de como esses controles de corrupção funcionam na realidade). Para Mariana Mota Prado, Lindsey Carson e

⁶⁶ Dados disponíveis em CUNHA, Luciana Gross (Coord.). *Relatório ICJ-Brasil, 1º Semestre/2016*. São Paulo: Escola de Direito de São Paulo. Fundação Getúlio Vargas, 2016. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10438/17204>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

⁶⁷ Como se pode verificar nos relatórios disponíveis em <https://www.globalintegrity.org/research/brazil/>. Acesso em 12 jun. 2017.

Izabela Correa⁶⁸, um sistema efetivo de combate à corrupção no Brasil pressupõe a existência de uma ampla rede de instituições destinadas a essa finalidade, cujas funções principais devem ser o monitoramento, a investigação e a punição. Segundo as autoras, a multiplicidade institucional é um precioso instrumento de combate à corrupção, seja por limitar as oportunidades para a prática de atos corruptos (*proactive institutional multiplicity*), seja por aumentar a probabilidade de que aqueles que tenham se envolvido em atividades corruptas sejam capturados e punidos (*reactive institutional multiplicity*).

Em outra oportunidade⁶⁹, as duas primeiras autoras destacam as seguintes características vantajosas da multiplicidade institucional no combate à corrupção: (i) *compensação* – se uma instituição de controle não é capaz de detectar determinada irregularidade, outra pode ser capaz de preencher a lacuna; (ii) *colaboração* – mais recursos, pessoas e capital voltados à mesma tarefa contribuem para o seu aperfeiçoamento; (iii) *complementariedade* – a atuação dos órgãos de controle podem ser complementadas pelas diferentes especialidades das demais instituições.

Como um exemplo, as autoras destacam o caso da Operação Sanguessuga, instaurada em 2006 para investigar a organização criminosa que atuou na diretamente na área da saúde, fraudando licitações e superfaturando a compra de equipamentos médico-hospitalares, especialmente ambulâncias (o que ficou conhecido como máfia das ambulâncias). O esquema não foi detectado nos processos de auditoria instaurados pelo TCU, mas foi constatado pela CGU. O fato de o TCU não ter conseguido identificar o esquema reflete certas deficiências em seus instrumentos de auditoria, como também indica que os métodos de fiscalização adotados pela CGU – mais voltados à efetividade dos programas de governo do que à análise da regularidade dos gastos estatais – se mostraram mais eficientes para a constatação de fraudes desse tipo, evidenciando como a compensação e complementariedade na atuação dos órgãos de controle pode ser importante na detecção da corrupção:

⁶⁸ PRADO, Mariana Mota; CARSON, Lindsey D.; CORREA, Izabela. The Brazilian Clean Company Act: Using Institutional Multiplicity for Effective Punishment (October 13, 2015). *Osgoode Legal Studies Research Paper No. 48/2015*. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=2673799> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2673799>. Acesso em: 07 jun. 2017.

⁶⁹ PRADO, Mariana Mota; CARSON, Lindsey D.. *Brazilian Anti-Corruption Legislation and its Enforcement: Potential Lessons for Institutional Design*. IRIBA Working Paper: 09, 2014, p. 9. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2497936>. Acesso em: 26 ago. 2017.

O escândalo da Operação Sanguessuga pode ser um exemplo de compensação ou complementariedade. Alguns podem argumentar que o fracasso do TCU em detectar o esquema reflete deficiências em seu processo de auditoria, enquanto o sucesso da CGU em identificar as irregularidades indica que seus métodos de auditoria são mais efetivos. Em caso afirmativo, isso seria um caso de compensação. Por outro lado, pode-se afirmar que isso é simplesmente resultado de métodos de auditoria distintos. As técnicas de monitoramento da CGU foram especificamente projetadas com diferentes parâmetros do que os utilizados pelo TCU, a fim de aumentar a probabilidade de cada instituição captar coisas não detectadas pelo outro (entrevistas no TCU, abril de 2014). Este é um caso de complementariedade. Mais especificamente, nas análises detalhadas necessárias para avaliar a eficácia do programa, os auditores encontraram detalhes que revelaram irregularidades que não foram capturadas pela análise realizada pelo TCU. Independentemente de qual interpretação do fato que se pode adotar (compensação ou complementariedade), o ponto é que, na tentativa de analisar a eficácia de um programa federal a nível local, a CGU descobriu uma série de irregularidades no uso de fundos federais. Assim, isso ilustra como as funções de supervisão sobrepostas podem aumentar as chances de detectar irregularidades⁷⁰.

No mesmo sentido, Sergio Praça e Matthew Taylor⁷¹ também apontam que, por meio de mudanças graduais nas regras sob as quais operam, a existência de uma multiplicidade de órgãos de controle vem trazendo mudanças de comportamento e posicionamento dos demais, gerando alinhamentos de rotinas, troca de práticas bem sucedidas, compartilhamento de recursos – como pessoal e informação – e suporte político para os papéis de *accountability* umas das outras.

⁷⁰ No original: “The bloodsucker scandal may be an example of compensation or complementarity. Some may argue that the TCU’s failure to detect the scheme reflects deficiencies in its auditing process, while the CGU’s success in identifying the irregularities indicates that their auditing methods are more effective. If so, this would be a case of compensation. On the other hand, one may claim that this is simply a result of distinct auditing methods. The monitoring techniques of the CGU were specifically designed with different parameters than those used by the TCU in order to increase the likelihood each institution could catch things undetected by the other (Interviews at TCU, April 2014). This is a case of complementarity. More specifically, in the detailed analyses required to assess program effectiveness, auditors came across details that revealed irregularities that are not captured by the analysis conducted by TCU. Regardless of which interpretation of the fact one adopts (compensation or complementarity), the point is that, in an attempt to analyze the effectiveness of a federal program at the local level, the CGU has uncovered a series of irregularities in the use of federal funds. Thus, this illustrates how overlapping oversight functions may increase the chances of spotting wrongdoing” (PRADO, Mariana Mota; CARSON, Lindsey D.. *Brazilian Anti-Corruption Legislation and its Enforcement: Potential Lessons for Institutional Design*. IRIBA Working Paper: 09, 2014, p. 9. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2497936>. Acesso em: 26 ago. 2017).

⁷¹ PRAÇA, Sérgio; TAYLOR, Matthew. Inching toward accountability: the evolution of Brazil’s anticorruption institutions 1985-2010. *Latin America Politics and society*, v. 56, n. 2, p. 27-48, 2014.

De fato, a existência de uma multiplicidade de atores no exercício da função de controle tem sido essencial na detecção de diversos esquemas de corrupção. Nesse aspecto, a Operação Lava Jato – apesar das inúmeras críticas que se fazem à sua forma de atuação – é o maior exemplo de como diversas instituições de controle, cada qual na sua especialidade, podem contribuir – por meio de compensação, colaboração e complementariedade – para a detecção e repressão de condutas corruptas contra a Administração Pública. Os esquemas criminosos de pagamento de propina, revelados a partir de investigações iniciadas pela Polícia Federal, com a colaboração do Ministério Público Federal e contando com uma força tarefa específica na Justiça Federal de Curitiba, permitiu que a operação recuperasse, até março de 2017, R\$ 10 bilhões aos cofres públicos, entre valores que já foram devolvidos ou estão em processo de recuperação⁷².

Portanto, como se observa, a diversidade e a multiplicidade de órgãos e instrumentos de controle num país de dimensões continentais como o Brasil podem se mostrar benéficas ao país, na medida em que mais instâncias e instrumentos de controle podem, potencialmente, significar maior promoção da transparência e da responsabilização da ação estatal.

Por outro lado, também se constata que essa heterogeneidade das instâncias e de instrumentos de controle no Brasil também tem gerado algumas disfuncionalidades. E o problema que se desponta nesse aspecto não reside na disseminação da importância do controle ou na configuração institucional de múltiplos atores e instrumentos de combate à corrupção. As disfunções que se observam nesse cenário decorrem da *forma desordenada e pouco sistemática* com que, em determinados contextos, esse controle vem se expandindo, se multiplicando e, conseqüentemente, se sobrepondo. Como constata Floriano Marques Neto, “*nos últimos anos, assistiu-se a uma fragmentação do quadro normativo e institucional das atividades de controle, o que muitas vezes faz com que as competências sejam exercidas de maneira sobreposta e excessiva. Nem sempre, no entanto, a multiplicidade de controles gera eficiência, podendo mesmo, se exercido*

⁷² Conforme divulgado em <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2017-03/lava-jato-completatres-anos-de-investigacoes-com-260-acusados>>. Acesso em 27 ago. 2017.

*de maneira randômica e sobreposta, constituir entrave ao bom funcionamento da máquina estatal*⁷³.

No plano legislativo, importantes mecanismos de controle foram instituídos quase que por impulso, como uma resposta política à descoberta de esquemas de corrupção perpetrados pelas autoridades públicas. Destacam-se, nesse aspecto, a promulgação da Lei de Improbidade Administrativa, editada num momento em que vinham à tona os escândalos de corrupção do governo Collor, e da recente Lei Anticorrupção, que, embora tenha estabelecido importantes e modernos mecanismos de auxílio ao combate à corrupção e tenha se inspirado no conhecido *FCPA* norte-americano e no "*Bribery Act*" britânico, foi criada como uma resposta à insatisfação popular exteriorizada por meio das manifestações sociais ocorridas em junho de 2013.

Assim, como uma forma de dar uma satisfação à sociedade, pasmada pelas notícias de corrupção e de malversação dos recursos públicos, e de mostrar engajamento governamental no combate à corrupção, a tendência dos poderes políticos foi o endurecimento e a proliferação do discurso do controle. Nessas circunstâncias, como uma forma de legitimação e de demonstração de resultados, são criadas novas estruturas de fiscalização e novos mecanismos punitivos. Como destacado por Gustavo Binenbojm em palestra sobre a responsabilização de gestores públicos⁷⁴, "*as normas de controle também foram sendo criadas de maneira de certa forma açodada, processos legislativos tocados de afogadilho muitas vezes sob o manto da pressão popular, com governos pretendendo se utilizar desses processos legislativos como respostas a demandas populares, acabando por descuidar, mais uma vez, do problema da sistematização e da coordenação dessas normas*".

Assim, em determinados casos, a criação de novos instrumentos, feita às pressas, acaba não sendo acompanhada da devida análise pelo Legislativo quanto aos seus efeitos sistêmicos. Essa prática foi alvo de alerta pelo então deputado Nelson Jobim por ocasião da apreciação do texto substitutivo oferecido pelo Senado, por forte influência do

⁷³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, p. 7-30, abr. 2010.

⁷⁴ Palestra "Novos Paradigmas da Responsabilidade do Gestor Público" ministrada no evento jurídico promovido pela Associação de Funcionários do BNDES em 25 de agosto de 2017 com o tema "Gestor Público, Riscos de Responsabilização e Segurança Jurídica". Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=qj1WHQRtTs4>>. Acesso em 30 set. 2017.

Ministério Público⁷⁵, ao projeto da Lei de Improbidade Administrativa (PL 1.446/1991) – aprovada em menos de um ano⁷⁶ –, na Sessão da Câmara dos Deputados realizada em 11 de março de 1992:

Sr. Presidente, gostaria de fazer duas observações ao Sr. Relator. Precisamos ter muita cautela, pois há uma tendência muito grande, tendo em vista a situação de corrupção do País, de se criar instrumentos tipicamente policiais na fiscalização da atividade pública. Devemos ter muita cautela, repito, com os efeitos que isto possa produzir. (...) ⁷⁷

Em relação à Lei Anticorrupção, também chama a atenção a agilidade com que o projeto de Lei tramitou no Senado. O PL 6826/2010, de autoria do Poder Executivo, foi apresentado à Câmara dos Deputados em 18/02/2010. Após tramitar pelas diversas Comissões na Câmara, foi encaminhado ao Senado Federal em 19/06/2013⁷⁸, no estopim das manifestações populares. No Senado, o projeto foi aprovado menos de um mês depois, em sessão realizada em 04/07/2013, sendo sancionado em 1º/08/2013⁷⁹. Em 02/08/2013, a Lei 12.846/2013 foi publicada no Diário Oficial da União.

Independentemente das potencialidades trazidas por essas leis – que de fato instituíram instrumentos que contribuem em muito para a repressão de ilícitos contra a Administração Pública –, não é desejável que nossos mecanismos de controle sejam criados no ímpeto, sem o devido tempo necessário para que sejam amplamente analisados os efeitos das estruturas criadas e a sua coordenação com os instrumentos já existentes, sob pena de gerar insegurança jurídica e distorções no ordenamento.

A Lei Anticorrupção traz um exemplo dessa falta de compasso dos novos mecanismos criados com os instrumentos já existentes. Para a celebração do acordo de leniência previsto na Lei Anticorrupção, a empresa deve admitir sua participação no ilícito. Ocorre que praticamente todas as infrações previstas na Lei nº 12.846/13 encontram-se também tipificadas na Lei de Improbidade Administrativa e a Lei Anticorrupção é expressa em afirmar que a sua incidência não afasta a possibilidade de aplicação das

⁷⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para cééticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 214.

⁷⁶ O projeto foi apresentado em agosto de 1991 e sancionado pelo então presidente Fernando Collor em junho de 1992.

⁷⁷ CÂMARA DOS DEPUTADOS, 34ª Sessão da 2ª Seção Legislativa da 49ª Legislatura, 02 abr. 1992. Disponível em <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD03ABR1992.pdf#page=65>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

⁷⁸ Vide <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=466400>>. Acesso em 27 ago. 2017.

⁷⁹ Vide <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/113244>>. Acesso em 27 ago. 2017.

[gravosas] penalidades decorrentes de ato de improbidade administrativa. Portanto, a possibilidade de permanecer sujeita às sanções da Lei de Improbidade Administrativa pode se apresentar como um desincentivo à celebração do acordo de leniência pela empresa ou ser contingenciado como um risco, reduzindo a vantajosidade do acordo em relação ao interesse público.

Essa insegurança jurídica poderia ser afastada com a previsão de afastamento das sanções por ato de improbidade administrativa no acordo de leniência. Ocorre que o artigo 17, §1º, da Lei nº 8.429/92 proíbe a transação, acordo ou conciliação nas ações de responsabilização por ato de improbidade. Então, ainda que o Ministério Público participe do pacto, isso não afasta a possibilidade de propositura da ação de improbidade e de sujeição das penalidades impostas pela Lei nº 8.429/92, implicando a assunção de risco considerável pela pessoa jurídica interessada, que certamente será levado em consideração pela empresa na definição dos termos do acordo⁸⁰. Como bem ressaltado por Ana Paula de Barcellos “a segurança jurídica é um objetivo fundamental do Estado de Direito que, sem dúvida, deve ser perseguido pelos agentes públicos e, parece intuitivo, a multiplicidade de instâncias sancionatórias e a superposição de instrumentos normativos visando a tratar dos mesmos fenômenos não contribuem para esse objetivo”⁸¹.

O Governo Federal tentou afastar esse risco com a edição da Medida Provisória 703/15, que expressamente revogava o artigo 17, §1º, da Lei nº 8.429/92. No entanto, diante da ausência de votação pelo Senado Federal em prazo hábil à tramitação subsequente na Câmara dos Deputados em prol de sua conversão em lei, a medida provisória perdeu sua vigência, permanecendo vedada a possibilidade de transação em ações de improbidade.

No âmbito institucional, também se observa falta de coordenação na atuação dos órgãos de controle⁸². Como destacado inclusive por Mariana Mota Prado e Lindsey

⁸⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. *Acordos em ações de improbidade*. Disponível em <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/515662/noticia.html?sequence=1>>. Acesso em 28 ago. 2017.

⁸¹ BARCELLOS, Ana Paula de. Submissão de acordos de leniência ao TCU necessita de esclarecimentos. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-fev-23/ana-barcellos-submissao-acordos-leniencia-tcu-gera-duvidas>. Acesso em 11 jan. 2018.

⁸² Em pesquisa sobre a situação do controle no âmbito do Governo Federal, em particular os exercidos pelo Tribunal de Contas da União e pela Secretaria Federal de Controle Interno (SFC) da então

Carson – defensoras da multiplicidade institucional como visto –, a colaboração e a complementariedade entre os órgãos de controle via de regra se restringem aos “grandes” casos, não se observando o mesmo nas investigações cotidianas⁸³. É comum que diversas instâncias de controle investiguem, isoladamente, os mesmos fatos, ao mesmo tempo, com pouca ou nenhuma comunicação entre si. Conforme observado por Ana Luiza Melo Aranha em sua tese de doutorado, “*apesar de fortalecidas, as instituições de accountability têm dificuldades enormes de se articularem para controlar e responsabilizar a corrupção*”.

Em pesquisa⁸⁴ sobre mudanças institucionais dos órgãos de controle no Brasil, a autora também aponta que há desconhecimento por parte dos controladores das próprias funções e competências de cada instituição do sistema de *accountability*, prejudicando a interação entre as instituições, que não conseguem visualizar as áreas de complementariedade. Um dos entrevistados na pesquisa, servidor do TCU, chega a destacar que “*a gente tem às vezes dificuldade de perceber a missão institucional de cada um desses órgãos*”. Assim, o estudo destaca que “*as mudanças no sistema de instituições de accountability no Brasil não significaram desenvolvimentos sistêmicos mais amplos, que digam respeito ao processo de interação, interdependência e complementariedade que cada instituição guarda com as demais instituições*”, o que pode contrariar a lógica econômica e racional, comprometendo a eficiência na alocação de recursos e na distribuição dos esforços.

Sobre o tema, Maíra Rocha Machado e Bruno Paschoal⁸⁵ apontam que, apesar do incremento dos mecanismos para uma atuação mais harmônica, a coordenação não é a regra. Em síntese, os principais obstáculos à coordenação da atuação dos órgãos de controle apontados pela pesquisa foram: (i) raro compartilhamento de dados e provas,

Controladoria-Geral da União, (CGU), a equipe da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça concluiu que “um dos problemas do sistema de controles brasileiro não está, portanto, na pluralidade de órgãos de controle, mas na falta de coordenação entre eles”. (LOUREIRO, Maria Rita. (Coord.). Coordenação do sistema de Controle da Administração Pública Federal. *Série Pensando o Direito*, nº 33/2009, Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, Brasília, 2009, p. 81.

⁸³ PRADO, Mariana Mota; CARSON, Lindsey D.. *Brazilian Anti-Corruption Legislation and its Enforcement: Potential Lessons for Institutional Design*. IRIBA Working Paper: 09, 2014, p. 15. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2497936>. Acesso em: 26 ago. 2017.

⁸⁴ ARANHA, Ana Luiza; FILGUEIRAS, Fernando. Instituições de *accountability* no Brasil: mudança institucional, incrementalismo e ecologia processual. *Cadernos ENAP*, v. 44, p. 1-53, 2016.

⁸⁵ MACHADO, Maíra Rocha; PASCHOAL, Bruno. Monitorar, investigar, responsabilizar e sancionar: a multiplicidade institucional em casos de corrupção. *Novos Estudos CEBRAP*, v. 104, p. 11-36, 2016.

seja por vaidade institucional, seja por falta de confiança nas demais instituições de *accountability* para o repasse de informações estratégicas, seja por resistência, especialmente do Judiciário, de utilização de provas utilizadas em outras esferas; (ii) longo tempo para a troca de informações, já que muitas vezes os trabalhos só são encaminhados a outras instituições após a sua conclusão, o que pode levar anos; (iii) dificuldade de compreensão da linguagem técnica específica utilizada pelas outras instituições.

Conforme constatado em pesquisa realizada por equipe da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, o problema em relação à falta de coordenação no sistema de controle se dá em três níveis: dentro dos próprios órgãos de controle, entre controladores e controlados e, principalmente, entre as diversas instâncias de controle⁸⁶. Em relação ao primeiro aspecto – e no que tange à atuação dos órgãos de controle objeto do presente trabalho –, ressaltou-se a falta de coordenação entre as diversas secretarias de controle externo do TCU. Na pesquisa, os gestores dos ministérios cuja atuação se difunde entre os vários estados da federação que foram entrevistados relataram divergências de entendimento entre os próprios secretários de controle externo do TCU, o que gera dificuldades para que as pastas adotem uma atuação unificada para todo o país.

Ainda em relação ao controle externo, os gestores também apontaram a diversidade entre as atuações do TCU e dos tribunais de contas estaduais e municipais, nos casos em que atividades descentralizadas dos ministérios são fiscalizadas por dois ou três desses entes. Foram identificados casos em que o entendimento do Tribunal de Contas da União foi diverso do entendimento do tribunal estadual ou municipal, revelando a necessidade de que sejam enfrentadas as dificuldades de articulação e coordenação entre as instâncias de controle das diferentes esferas da federação nas situações em que as competências sejam concorrentes, a fim de evitar que o gestor público fique inerte entre indicações divergentes dos órgãos de controle. Nesse mesmo sentido, Maíra Rocha Machado e Bruno Paschoal também apontam que Tribunal de Contas nas esferas federal e estadual dificilmente trocam informações sobre irregularidades encontradas em suas

⁸⁶ Op. Cit., p. 65.

atividades de monitoramento e investigação⁸⁷, situação que se agrava ainda mais quando se considera as dimensões continentais do Brasil.

O mesmo ocorre em relação à Polícia Federal. Não obstante a existência de controles independentes das informações em algumas unidades do DPF nos Estados, não há um sistema institucional parametrizado desses dados (arquivamentos, inquéritos que resultaram em denúncias, quantitativo de investigações, situações dos inquéritos instaurados, etc.)⁸⁸. Conforme bem destaca Lucas Rocha Furtado: “*seria imprescindível que o DPF implementasse sistema institucional de banco de dados que permitisse apurar os referidos dados na Unidade Central como também nas superintendências regionais, para fins de dispor de indicadores de desempenho necessários à avaliação e ao aperfeiçoamento de suas atividades*”⁸⁹.

Além disso, foi apontada a falta de coordenação entre controlador e controlado, na medida em que se mostra comum a existência de divergências entre decisões dos órgãos de controle e os posicionamentos dos órgãos de assessoria e de controle interno. Um bom exemplo é o impasse que se deu em relação à aplicação do Decreto nº 2.745/1998 (Regulamento Licitatório Simplificado da Petrobras). Num primeiro momento, o Tribunal de Contas da União reputou o decreto inconstitucional⁹⁰, determinando, em diversas decisões, que os gestores da Petrobras passassem a obedecer ao estabelecido na Lei Federal nº 8.666/93. A seu turno, a Advocacia-Geral da União emitiu o Parecer AC-15, que foi aprovado pelo Presidente da República⁹¹, no qual se determinou que “*deve a PETROBRÁS aplicá-los e observá-los, salvo decisão judicial, na instância própria, pela inconstitucionalidade, visto como não é facultativa a observância da lei*”.

Embora o Tribunal de Contas da União tenha posteriormente revisto o seu entendimento, em razão da suspensão, pelo Supremo Tribunal Federal, das decisões da Corte que reputavam o regulamento inconstitucional, num momento inicial a situação

⁸⁷ MACHADO, Maíra Rocha; PASCHOAL, Bruno. Monitorar, investigar, responsabilizar e sancionar: a multiplicidade institucional em casos de corrupção. *Novos Estudos CEBRAP*, v. 104, p. 11-36, 2016.

⁸⁸ FURTADO, Lucas Rocha. *As raízes da corrupção no Brasil: estudos de casos e lições para o futuro*. 1. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 156.

⁸⁹ *Idem*.

⁹⁰ Destacam-se, nesse sentido, os Acórdãos nºs. 2062/2006 – TCU – Plenário, 710/2008 – TCU – Plenário, 2.475/2009 – TCU – Plenário,

⁹¹ Presidência da República, Parecer nº AC-15 (Processo nº 10951.002359/2002-04), DOU 19 jul. 2004, p. 1: “A respeito deste Parecer o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho: ‘Aprovo. Em, 12 de julho de 2004’”. O referido ato aprovou o Parecer nº AGU/GV – 01/2003.

causou grave insegurança jurídica e incerteza aos gestores da estatal, já que de um lado o órgão de controle externo – com poder para lhes aplicar as sanções previstas na Lei nº 8.443/92 – proibia a aplicação do decreto e, de outro, a assessoria jurídica do acionista majoritário da estatal determinava a sua incidência.

Por fim, os gestores públicos entrevistados na referida pesquisa também apontaram como contraproducente a repetição de demandas de informações por parte de várias instituições ao mesmo tempo – a distorção mais comum nesse cenário de falta de coordenação. Via de regra, os gestores públicos são submetidos a inúmeras fiscalizações e validações simultâneas – e potencialmente contraditórias – dos mais diversos órgãos de controle, sendo pouco frequente a articulação entre eles.

A recente investigação sobre a aquisição da Refinaria de Pasadena, no Texas, pela Petrobras é um bom exemplo dessa disfuncionalidade. O negócio celebrado pela estatal foi objeto de investigação pelo Tribunal de Contas da União⁹², pela então Controladoria-Geral da União⁹³, pelo Ministério Público Federal, do Rio de Janeiro⁹⁴ e de Curitiba⁹⁵, pela Comissão de Valores Mobiliários⁹⁶, e pela própria estatal⁹⁷ – isso sem contar as ações populares propostas buscando a anulação da compra, em que houve inclusive concessão de medida liminar⁹⁸.

Numa análise dos relatórios dos órgãos de controle disponíveis, observa-se que são realizadas extensas e profundas investigações por cada uma das instâncias de controle, que, até o momento, chegaram a conclusões bastante similares. Houve pouco compartilhamento de informação e nenhuma articulação conjunta e, no geral, a troca de dados, quando praticada, tem como objetivo apenas reiterar o que já foi produzido por

⁹² Processo de representação TC nº 005.406/2013-7.

⁹³ http://sistemas.cgu.gov.br/relats/uploads/6677_%20Relatorio%20-%20Petrobras%20-%20Refinaria%20de%20Pasadena.pdf. Acesso em 12 out. 2016.

⁹⁴ <http://exame.abril.com.br/negocios/noticias/mpf-abre-investigacao-sobre-refinaria-de-pasadena>. Acesso em 12 out. 2016.

⁹⁵ <http://www.prpr.mpf.mp.br/news/20a-fase-da-lava-jato-novos-mandados-sao-executados-contrafuncionarios-da-petrobras>. Acesso em 12 out. 2016.

⁹⁶ <http://www.cvm.gov.br/noticias/arquivos/2016/20160601-1.html>. Acesso em 12 out. 2016.

⁹⁷ <http://www.petrobras.com/pt/magazine/post/refinaria-de-pasadena-constituicao-de-comissao-interna.htm>. Acesso em 12. out. 2016.

⁹⁸ Há ao menos duas ações populares questionando a aquisição da refinaria: processo nº 0000027-09.2015.4.03.6120, em curso perante a 1ª Vara Federal de Araraquara da Seção Judiciária de São Paulo, e processo nº 34880-20.2014.4.01.3700, em curso perante a 13ª Vara Federal da Seção Judiciária do Maranhão.

uma equipe técnica, e não auxiliar ou otimizar a análise investigativa da outra instância de controle durante o curso dos trabalhos.

No que se refere à concomitância da atuação entre TCU e CGU, a doutrina inclusive destaca que a estruturação de um sistema interno de controle mais organizado se revelou uma necessidade decorrente do excesso de demanda sobre os tribunais de contas, que se encontravam assoberbados em decorrência do crescimento da estrutura administrativa. Assim, concentrou-se na CGU a função de realizar o monitoramento da gestão pública e a elaboração de propostas de melhorias em conjunto com a Administração, para que o TCU pudesse se concentrar no julgamento das contas e fiscalização dos contratos da Administração. Adhemar Ghisi destaca os principais aspectos referentes a essa necessária cooperação entre os dois tipos de controle:

1. Redução do escopo dos trabalhos do controle externo, como decorrência da verificação da efetividade dos exames levados a termo pelo controle interno;
2. Fornecimento, por parte do controle interno, de informações vitais para o melhor conhecimento dos setores a serem auditados. Por esse motivo, uma das funções do controle externo é aferir o grau de confiabilidade dos trabalhos realizados pelo controle interno;
3. Eliminação da duplicidade de esforços na medida do possível.⁹⁹

No entanto, pela análise atual do sistema, observa-se que falta um projeto de organização institucional ou sistematização do exercício das competências para o desempenho harmônico e coordenado da função de controle que evitasse retrabalhos e desperdício de recursos. Nesse aspecto, vale ressaltar a conclusão de Ana Luiza Aranha e Fernando Filgueiras em relação às instituições de *accountability* brasileira, por meio de entrevistas com membros dos órgãos de controle:

O sistema de *accountability* brasileiro é caracterizado pelos entrevistados como uma linha de montagem. Cada instituição cumpre o seu papel e dá sequenciamento às atividades. Dessa forma, as instituições não se percebem como destinadas à coordenação. Retratam o seu papel como algo exclusivo e que pode ser resolvido internamente, sem a necessidade de se coordenar com as demais instituições de *accountability*. Esse é o

⁹⁹ GUIZI, Adhemar Paladini. O Tribunal de Contas e o sistema de controle interno. In: *CONFERÊNCIA realizada em Maputo*, 1997, apud FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*, 2ª ed. Belo Horizonte: Forum, 2005, p. 53. Nesse mesmo sentido: “Destaca-se, desta feita, o papel fundamental do controle interno de antever-se ao controle externo na atividade de controle e fiscalização da Administração Pública, no sentido de depurar ao máximo o controle, diminuindo desta maneira a demanda dos Tribunais de Contas que — na maioria dos casos — não controlam apenas um único ente e sim uma centena deles” (CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. *Sistema de controle interno: uma perspectiva do modelo de gestão pública gerencial*. 3ª ed. Belo Horizonte: Forum, 2014, p. 126).

caso das interações sobre as tomadas de contas especiais, que envolvem o Tribunal de Contas da União e a Controladoria-Geral da União:

“Tem essa linha de montagem, cada um faz o seu pedaço, passa pra frente, por exemplo, as tomadas de conta especial que vão pro Tribunal de Contas da União, a gente nem acompanha o andamento do acórdão lá” (Entrevistado 41, CGU-Ministérios, 2014).

Essa excessiva independência é narrada enquanto algo prejudicial. Nas palavras a seguir, faltaria no Brasil uma “cultura institucional” voltada para a coordenação: O que falta mesmo é uma cultura de que as instituições devem trabalhar de forma coordenada, que essa excessiva independência acaba prejudicando, porque são quase que instituições mancas que ninguém faz um bom papel, enfim, o resultado é o pior possível (Entrevistado 36, MPF, 2014).¹⁰⁰

É verdade que, em razão das distorções mencionadas acima, observam-se movimentos dos próprios órgãos de controle com vistas a uma atuação mais harmoniosa e a uma maior coordenação de suas competências. Sem prejuízo da autonomia de cada ente na responsabilização dos agentes fiscalizados, destacam-se, nesse aspecto, os acordos de cooperação técnica¹⁰¹ firmados entre as instâncias de controle, que, de um modo geral, tem como objetivo a troca de informações, a realização de trabalhos de auditoria e a condução da instrução processual de forma conjunta. Os acordos de cooperação técnica buscam conformar o exercício das competências dos órgãos de controle, garantindo-se aos jurisdicionados maior segurança jurídica e previsibilidade no atendimento às fiscalizações.

Maíra Rocha Machado e Bruno Paschoal¹⁰² também apontam para o crescente esforço das instituições em compartilhar seus bancos de dados com suas próprias unidades e unidades de instituições diferentes, destacando a criação de Fóruns Permanentes de Combate à Corrupção e Movimentos Articulados de Combate à

¹⁰⁰ ARANHA, Ana Luiza; FILGUEIRAS, Fernando. Instituições de *accountability* no Brasil: mudança institucional, incrementalismo e ecologia processual. *Cadernos ENAP*, v. 44, p. 1-53, 2016.

¹⁰¹ Destacam-se, dentre outros, o Acordo de Cooperação Técnica e Assistência Mútua celebrado entre o Ministério Público Federal e o Tribunal de Contas da União em 09/10/2012 e publicado no DOU em 13/10/2012, conforme divulgado em <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/coordenacao/orientacoes-1/informativos/mpf-e-tcu-celebram-acordo-de-cooperacao-tecnica-e-assistencia-mutua>, Acesso em 23 jun. 2017, e o Acordo de Cooperação Técnica celebrado entre a Controladoria-Geral da União e o Tribunal de Contas da União, conforme divulgado em <http://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-e-cgu-firmam-acordo-de-cooperacao-tecnica-para-o-combate-a-corrupcao.htm> Acesso em 23 jun. 2017.

¹⁰² MACHADO, Maíra Rocha; PASCHOAL, Bruno. Monitorar, investigar, responsabilizar e sancionar: a multiplicidade institucional em casos de corrupção. *Novos Estudos CEBRAP*, v. 104, p. 11-36, 2016.

Corrupção em muitos estados do país e de sistemas para o compartilhamento de informações, como o *Monitora*, do MPF, que permite a inserção de informações sobre investigações e processos em curso, que podem ser consultados por outros procuradores com vistas a identificar a existência de outras investigações ou processos de responsabilização, e o *Sistema de Gestão de Processos Disciplinares (CGU-PAD)*, que armazena informações sobre processos disciplinares contra funcionários públicos da administração federal.

Orientado pelas preocupações nesse sentido, em 07/07/2017, por ocasião da divulgação da pauta da Sessão Ordinária do Plenário a ser realizada na semana seguinte, o Ministro do Tribunal de Contas da União João Augusto Ribeiro Nardes destacou a necessidade de uma atuação mais harmônica e coordenada entre os órgãos de controle, sugerindo a criação de um grupo de trabalho para a construção de soluções jurídicas para a redução da insegurança na celebração dos acordos de leniência, em textual:

No âmbito do TC-003.166/2015-5, (...) defendi a atuação coordenada, harmônica e colaborativa de todos os órgãos e entidades encarregados da investigação, aplicação de sanções e obtenção de ressarcimento, como forma de mitigar o risco de não atingimento dos objetivos pretendidos pela Lei nº 12.846/2013, também conhecida como Lei Anticorrupção (LAC). Por meio do Acórdão nº 824/2015-TCU-Plenário, este Tribunal referendou essa posição conciliadora e colaborativa. (...)

Ainda que não haja impedimentos legais para a atuação individual do Ministério Público, da CGU, ou do Cade, a falta de uma coordenação entre órgãos de controle traz uma enorme insegurança jurídica e pode colocar em risco o objetivo da LAC. (...)

Diante desse contexto, resta evidente que, da forma como vêm sendo conduzidas as negociações, a insegurança jurídica decorrente da falta de coordenação entre os órgãos de controle coloca os mecanismos de leniência em cheque, com grande risco de não serem atingidos os objetivos do legislador quando instituiu a LAC. (...)

Considerando os argumentos expostos, proponho que este Plenário autorize a Presidência da Casa a articular, no âmbito da Rede de Controle, a formação de Grupo de Trabalho para a viabilização do referido Comitê.

Entre as atribuições desse GT, ou Oficina de Trabalho, estariam a construção de solução jurídica para o Comitê e proposta de sua composição e funcionamento, além do desenho do processo completo e participativo para negociação e assinatura de acordos de leniência, com identificação dos responsáveis por cada etapa, bem como dos riscos

envolvidos e dos mecanismos de controle deles decorrentes, nos moldes previstos na IN Conjunta MP/CGU nº1.

No entanto, apesar de elogiáveis as iniciativas nesse sentido, a disseminação desse pensamento ainda é bastante incipiente. Ainda há pouca preocupação com a necessidade de uma maior interação e sinergia entre os órgãos de controle. Embora a multiplicidade dos órgãos e mecanismos de controle existente no Brasil apresente características vantajosas no combate à corrupção, as ações com vistas a uma atuação mais harmônica entre essas estruturas ainda são poucas e, em sua boa parte, reservadas aos casos de maior repercussão e de grande relevância, sendo a atuação cotidiana da Administração Pública, em geral, submetida ao exercício descoordenado das competências fiscalizatórias das instâncias de controle, criando o risco de desperdício de esforços e recursos, ineficiência e insegurança jurídica.

2.2 A disputa institucional entre os órgãos de controle

Como uma decorrência da multiplicidade institucional, observa-se uma natural competição entre os órgãos de controle pela proeminência no cenário de combate à corrupção. Num ambiente em que há vários órgãos públicos, autônomos e independentes, atuando no mesmo sentido – controlando a atuação ordinária da Administração Pública –, é inevitável que haja uma competição entre eles pela projeção no plano institucional, mormente quando o cenário político é de instabilidade e de constantes revelações de grandes escândalos de corrupção.

De acordo com Thomas Heller¹⁰³, a competição decorrente da multiplicidade institucional, especialmente nos países em desenvolvimento, pode ser uma estratégia para a superação de alguns obstáculos estruturais que a princípio dependeria de profundas reformas legislativas. Nesse sentido, algumas mudanças em instituições já estabelecidas poderiam ser promovidas por meio dos incentivos gerados com a competição, tal como ocorre na lógica do mercado.

¹⁰³ HELLER, Thomas. An immodest postscript. In JENSEN, Erik G.; HELLER, Thomas (Eds.). *Beyond common knowledge: empirical approaches to the rule of law*. Stanford: Stanford University Press., 2003, pp. 406-09.

Ocorre que, da mesma forma como se sucede no mercado, essa competição pode se mostrar predatória e não trazer as melhorias esperadas com a competitividade. No Brasil, percebe-se que o fortalecimento dos múltiplos órgãos de controle e a autonomia institucional que lhes foi concedida criou um ambiente de competição por maior espaço de atuação – o que José Vicente Santos de Mendonça denominou de “*desacordo como poder*” em palestra sobre o tema¹⁰⁴ – que, em algumas circunstâncias, tem gerado alguns conflitos e, conseqüentemente, insegurança jurídica.

O impasse inicial em relação aos acordos de leniência estabelecidos pela Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) retrata bem essa competição por espaço entre os órgãos de controle. A redação do art. 16 da lei dispõe que a autoridade máxima de cada órgão poderia celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pelos atos ilícitos tratados na lei que colaborarem efetivamente com as investigações, atribuindo, em seu §10¹⁰⁵, competência à Controladoria-Geral da União (atual Ministério da Transparência Fiscalização e Controladoria-Geral da União) para a celebração das avenças no âmbito do Poder Executivo federal.

Dada a redação do referido dispositivo, logo após a edição da lei, instaurou-se uma disputa institucional entre os órgãos de controle acerca da competência para celebração do acordo de leniência. De um lado, a CGU, com base no referido §10, afirmava ser a titular *exclusiva* dessa prerrogativa¹⁰⁶. Por outro, o Ministério Público Federal se insurgia contra essa interpretação, afirmando sua liderança nas investigações de combate à corrupção¹⁰⁷. O TCU também entrou no jogo e editou a Instrução Normativa

¹⁰⁴ Palestra “Seis propostas para o novo decênio do Controle Público” ministrada no evento jurídico promovido pela Associação de Funcionários do BNDES em 25 de agosto de 2017 com o tema “Gestor Público, Riscos de Responsabilização e Segurança Jurídica”. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=IPzVRURTsuM>>. Acesso em 30 set. 2017.

¹⁰⁵ Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:

(...)

§ 10. A Controladoria-Geral da União - CGU é o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira.

¹⁰⁶ Em seção de “perguntas frequentes” em sua página virtual, o órgão informa que “A competência é exclusiva da Controladoria-Geral da União (CGU), no âmbito do Poder Executivo Federal. Disponível em <http://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorruptao/perguntas-frequentes>. Acesso em 23 jan. 2018.

¹⁰⁷ Sobre os impasses a respeito da celebração do acordo de leniência, vide <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-17/adams-critica-disputa-entre-cgu-mpf-acordos-leniencia>> e

nº 74/2015, disciplinando o procedimento de fiscalização, pela Corte, dos *processos de celebração* dos acordos de leniência.

Destaque-se que a Corte de Contas não se limitou a estabelecer um simples processo de acompanhamento, mas sim um verdadeiro controle sobre a elaboração dos acordos pelos outros órgãos de controle: a instrução normativa fixou à autoridade responsável pela sua celebração o dever de encaminhar, previamente, toda a documentação relativa a cada etapa em prazos específicos e estabeleceu que o tribunal emitiria parecer conclusivo acerca de cada uma delas, apreciação esta que constituiria condição necessária para a eficácia dos atos subsequentes. Inclusive, o normativo previu que a autoridade que não observasse os prazos estipulados, salvo motivo justificado, ficaria sujeita à multa prevista no art. 58, IV, da Lei Orgânica do TCU.

O que se nota é que o Tribunal alargou o espectro de sua atuação – nem a Constituição, nem sua Lei Orgânica e nem a Lei Anticorrupção conferiram ao Tribunal a competência para aprovar ou rejeitar minutas de acordos de leniência celebrados pelos órgãos competentes – de modo a ampliar sua esfera de influência sobre as ações de combate à corrupção estipuladas na Lei nº 12.846/2013. Para André Rosilho, a instrução normativa do TCU “*ao conferir interpretação peculiar às suas próprias competências, escancarou disputa latente entre os órgãos de controle internos e externo por espaço na aplicação de diploma que inegavelmente tem polarizado discussões contemporâneas envolvendo o direito administrativo sancionador*”¹⁰⁸. Sobre o ponto, vale destacar algumas críticas tecidas por Ana Paula de Barcellos a respeito da norma editada pelo TCU:

Na imprensa, autoridades justificaram a edição da IN como um instrumento para gerar segurança jurídica: seria necessário coordenar os esforços entre os vários órgãos administrativos com competência para o combate a corrupção, de modo a garantir aos eventuais interessados em firmar acordos de leniência que eles não serão posteriormente punidos, ou de que valores fixados a título de multa ou ressarcimento por danos ao erário não serão posteriormente modificados. A ideia parece boa mas algumas questões suscitam dúvidas e mereceriam melhor esclarecimentos pelas instâncias envolvidas.

<<http://www.conjur.com.br/2017-fev-22/descompasso-entre-mpf-cgu-agu-freia-leniencia-lava-jato>>. Acesso em 17 jul. 2017.

¹⁰⁸ ROSILHO, André. Poder Regulamentar do TCU e o Acordo de Leniência da Lei Anticorrupção. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Andre-Rosilho/poder-regulamentar-do-tcu-e-o-acordo-de-leniencia-da-lei-anticorrupcao>. Acesso em 11 jan. 2018.

Em primeiro lugar, os acordos de leniência eventualmente celebrados pela CGU, no âmbito da Administração Pública Federal, não são, em si, atos que envolvam a utilização de recursos públicos federais. Trata-se de ato administrativo de outra natureza — sancionadora, provavelmente — não se enquadrando dentre aqueles, nos termos da Constituição, que cabe ao Tribunal de Contas rever e menos ainda aprovar previamente. Há muitas instâncias na Administração Pública nas quais são aplicadas sanções a particulares (inclusive pecuniárias), não se cogitando da atribuição do Tribunal de Contas no particular. Assim, a competência prevista na IN não parece decorrer naturalmente das atribuições constitucionais do TCU.

Em segundo lugar, o artigo 16, parágrafo 3º da Lei 12.846/2013 expressamente afirma que o “O acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado.”. E o artigo 6º da IN 74/2015 afirma inclusive que caberá ao TCU apurar, em processo próprio, o eventual dano ao erário para fins de ressarcimento. Nesse contexto, a ideia de que as empresas, ao firmarem acordo de leniência, iriam negociar um valor a ser pago a título de indenização ao erário não é compatível com a lei ou com a instrução normativa. O dano ao erário terá de ser apurado “integralmente” e ressarcido em processo próprio, não sofrendo impacto da existência ou não do acordo de leniência.¹⁰⁹

A competição por visibilidade em relação aos acordos de leniência também pode ocorrer dentro do próprio Ministério Público e ainda pode envolver o Poder Judiciário. Assim, há casos em que, desconsiderando o acordo de leniência firmado com o Ministério Público Federal – no qual a pessoa jurídica que praticou atos de corrupção se compromete a devolver os valores desviados e a colaborar com as investigações –, o Ministério Público Estadual propõe ação de improbidade administrativa, sobre fatos já abrangidos no ajuste firmado, e o Poder Judiciário, a seu turno, autoriza a medida de indisponibilidade de bens pleiteada na petição inicial¹¹⁰. Esse anseio pela proeminência nas ações de controle acaba gerando grave insegurança jurídica, afetando a própria possibilidade de cumprimento do acordo firmado e desestimulando práticas lenientes por outras empresas envolvidas práticas ilícitas.

¹⁰⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. Submissão de acordos de leniência ao TCU necessita de esclarecimentos. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-fev-23/ana-barcellos-submissao-acordos-leniencia-tcu-gera-duvidas>. Acesso em 11 jan. 2018.

¹¹⁰ Nesse ponto, é ilustrativa a ação de improbidade proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro – em que foi decretada a indisponibilidade patrimonial dos réus –, em face das construtoras Norberto Odebrecht S.A. e Andrade Gutierrez Engenharia S.A., tendo por objeto os supostos esquemas de corrupção nas obras do Maracanã, os quais, no entanto, segundo as empreiteiras, foram englobadas no acordo de leniência firmado com o Ministério Público Federal, o que impediria a aplicação de novas penalidades.

Num cenário de constantes descobertas de conluíus criminosos envolvendo grandes empresas privadas e diversas esferas do Poder Público, revelados principalmente por meio das investigações conduzidas pela Operação Lava Jato, e em que são veementes a forte comoção nacional e a indignação da opinião pública, esses impasses mostram que, além da preocupação acerca da instância mais capacitada para a execução das ações de controle, também entra em jogo a disputa institucional pelo protagonismo na atividade de desvendamento dos esquemas de corrupção, olvidando-se as instituições em embate que o controle não é um fim em si mesmo.

Conforme constatado por Ana Luísa Aranha e Bruno Filgueiras¹¹¹, apesar de haver um conhecimento comum entre os agentes a respeito da necessidade de cooperação e coordenação institucional, o resultado apontado pelas evidências coletadas mostra que existe uma disputa pela atenção midiática. Como destacam os autores, “*aliando uma atuação fortemente voluntarista dos agentes com uma estrutura que não cria incentivos para a cooperação institucional, a informação se torna um recurso estratégico, tanto para pressionar o sistema político, quanto para ampliar a legitimidade da ação de tais agentes junto à sociedade*”. São reveladores dessa distorção os relatos apresentados pelos agentes das instituições de controle entrevistadas pelos pesquisadores:

Eu acho fundamental a questão de que sua informação, se é você que encontrou, se é você que vai tratar aquilo individualmente, dentro das suas limitações, você tem depois o reconhecimento, a repercussão, com a sua instituição. Se você passa a repartir isso, tá dividindo os méritos, ainda que isso pudesse enriquecer muito o trabalho de combate à corrupção. Eu acho que tem muito ainda de vaidades e isolamento para a preservação dos seus próprios poderes (Entrevistado 05, TCU, 2014).

Eu diria que todas são muito ciosas de captarem para si os louros do trabalho no combate à corrupção, quando, digamos assim, este viés está presente, a cooperação não é aquela, digamos assim, mais fluida e eficiente, porque todo mundo quer mostrar serviço para sociedade (Entrevistado 14, MPF, 2014).

Tudo problema pessoal, querer aparecer, querer ser o dono... Criança bonita tem um monte de pais, né. A feinha não, né?! Então vai ter um caso que é pra ele, eu digo que alguns têm a síndrome de querer ser ator, que gosta de um holofote, então eles não pensam como Estado, ponto! (Entrevistado 04, CGU, 2014).

¹¹¹ ARANHA, Ana Luíza; FILGUEIRAS, Fernando. Instituições de *accountability* no Brasil: mudança institucional, incrementalismo e ecologia processual. *Cadernos ENAP*, v. 44, p. 1-53, 2016.

Essa disputa institucional explica a crescente atuação midiática dos órgãos de controle. São recorrentes entrevistas, notas à mídia, coletivas de imprensa¹¹², divulgação de vídeos nas redes sociais¹¹³, palestras e discursos abordando os casos de grande repercussão por membros dos órgãos de controle, especialmente pelos membros do Ministério Público e do Judiciário, o que contribui para o incremento do prestígio social dessas instituições. Nomes de juízes, ministros do Supremo e membros do Ministério Público envolvidos nas grandes operações são conhecidos pela população, sendo alguns inclusive cogitados para ocupar a presidência, como o ex-Ministro Joaquim Barbosa¹¹⁴, o Juiz Federal Sérgio Moro¹¹⁵ e o Procurador da República Rodrigo Janot¹¹⁶. Do mesmo modo, a atuação dos órgãos de controle administrativos tem atraído a atenção da mídia. A repercussão da atuação do TCU na apreciação das contas da ex-Presidente Dilma Roussef e nos inúmeros julgamentos relacionados à Petrobras, bem como a cobertura dada às recentes trocas dos ministros-chefes da CGU mostram o quanto tem aumentado a visibilidade desses órgãos perante a sociedade.

Um dos grandes problemas decorrentes desse comportamento dos órgãos de controle são os efeitos prejudiciais que a exposição espetacularosa de suas fiscalizações e investigações pode gerar. A recente Operação Carne Fraca conduzida pela Polícia Federal, que investiga a adulteração de carne vendida por empresas brasileiras no mercado interno e externo, é um exemplo de como essa espetacularização da atividade fiscalizatória pode trazer resultados deletérios. A revelação da operação – divulgada como a maior realizada na história da corporação¹¹⁷ –, em março de 2017, gerou uma

¹¹² Foi amplamente comentada a coletiva de imprensa realizada em 26/02/2017 pela força-tarefa da Operação Lava Jato para explicar denúncias contra o ex-presidente Lula, em que o procurador Deltan Dallagnol usou um *PowerPoint* com um fluxograma para explicar as relações do ex-presidente com o esquema de corrupção na Petrobrás.

¹¹³ Foram amplamente divulgados vídeos nas redes sociais por membros do Ministério Público Federal em defesa das “10 medidas contra a corrupção” apresentada pelo órgão.

¹¹⁴ <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,joaquim-barbosa-frustra-artistas-ao-afirmar-que-nao-sera-candidato-em-2018,70001854810>>. Acesso em 03 set. 2017.

¹¹⁵ Há inclusive blogs e páginas em redes sociais como o *Facebook* defendendo a candidatura de Sergio Moro para a as eleições presidenciais de 2018: <<http://www.moropresidente.com.br/>> e <<https://pt-br.facebook.com/sergiomoropresidente2018/>>. Ambos acesso em 03 set. 2017.

¹¹⁶ <<https://www.poder360.com.br/justica/janot-diz-que-nao-sera-candidato-nas-eleicoes-de-2018-nao-e-minha-praia/>>. Acesso em 05 set. 2017.

¹¹⁷ No dia em que foi divulgada, a corporação informou em seu site que “aproximadamente 1100 policiais federais estão cumprindo 309 mandados judiciais, sendo 27 de prisão preventiva, 11 de prisão temporária, 77 de condução coercitiva e 194 de busca e apreensão, em residências e locais de trabalho dos investigados e em empresas supostamente ligadas ao grupo criminoso, números que fazem desta a maior

enorme repercussão e, num primeiro momento, trouxe uma percepção generalizada de que toda a carne produzida pelas empresas brasileiras do setor era estragada e adulterada e de que era uma prática amplamente comum a aceitação de suborno pelos agentes do Ministro da Agricultura para a liberação desses produtos.

Posteriormente, no entanto, foi esclarecido que foram encontrados problemas apenas em 21 unidades produtoras de carnes, num total de quase cinco mil, e suspeita de crimes praticados por 33 servidores, num universo de 11 mil funcionários do Ministério da Agricultura, tendo a Polícia Federal inclusive lançado uma nota¹¹⁸ comunicando que as irregularidades eram pontuais e que os desvios de conduta profissional foram praticados por alguns servidores e não representavam um mal funcionamento generalizado do sistema de integridade sanitária brasileiro. No entanto, o verdadeiro dano já havia sido gerado: o país e empresas nacionais do setor sofreram graves prejuízos comerciais e econômicos, chegando ao ponto de mercados internacionais de grande relevância, como União Europeia e China, anunciarem restrições à importação de carne brasileira.

Segundo nota da Associação Nacional dos Peritos Criminais Federais (APCF)¹¹⁹, tamanha foi a precipitação da divulgação da operação que a participação dos especialistas da corporação em análise de fraudes alimentares não foi devidamente empregada durante a condução das investigações, o que teria propiciado a correta interpretação dos dados técnicos em apuração, assim como a definição dos procedimentos técnico-científicos necessários para a materialização de crimes de fraude alimentar eventualmente cometidos pelas indústrias sob suspeição. Conforme divulgado na nota, *“as afirmações relativas ao dano agudo à saúde pública, divulgadas por ocasião da deflagração da “Operação Carne Fraca”, não se encontram lastreadas pelo trabalho científico dos Peritos Criminais da Polícia Federal, sendo que apenas um Laudo Pericial*

operação já realizada pela PF em toda sua história” (Disponível em < <http://www.pf.gov.br/agencia/noticias/2017/03/pf-desarticula-esquema-criminoso-envolvendo-agentes-publicos-e-empresarios>>. Acesso em 20 set. 2017).

¹¹⁸ Divulgada em < <http://www.pf.gov.br/agencia/noticias/2017/03/nota-a-imprensa-2013-operacao-carne-fraca>.. Acesso em 20 set. 2017.

¹¹⁹ Divulgada em <<http://apcf.org.br/Noticias/AgenciaAPCF/tabid/341/post/nota-apcf---carne-fraca/Default.aspx>>.

da Corporação, hábil a avaliar tal risco, foi demandado durante os trabalhos de investigação, sem que se chegasse, no entanto, a essa conclusão”.

O açodamento e a espetacularização na divulgação da operação foi fortemente criticada pelo criminalista Cesar Bittencourt:

Toda a comunidade econômica e jurídica internacional acompanha estarecida a repercussão da bravata praticada pelo prepotente e supostamente onipotente delegado da polícia federal, enquanto a economia nacional agoniza à beira de um autêntico “buraco negro” causado pela leviandade autoridade da referida autoridade. As manifestações das suas entidades de classes — associações dos delegados e dos peritos federais — discordando da postura de dito delegado, autorizam-nos a dizer que estava mais interessado em brilhar para os passageiros e pueris holofotes, sem se preocupar com as repercussões que inevitavelmente causaria em toda economia de seu país¹²⁰.

Outra investigação que levantou debates sobre os limites da espetacularização das ações de controle é a que apura suposto desvio de R\$ 80 milhões da Universidade Federal de Santa Catarina destinados aos cursos de Educação a Distância (EaD) da universidade. O reitor Luiz Carlos Cancellier de Olivo foi acusado de atrapalhar as investigações da Corregedoria da UFSC. Por causa das suspeitas, ele e outras seis pessoas foram presas em 14/09/2017, por decisão da 1ª Vara Criminal da Justiça Federal em Florianópolis. O reitor foi solto e afastado da universidade. No dia 02/10/2017 atirou-se do vão central de um shopping e morreu. O reitor havia deixado uma carta deixando claro que o que havia levado a tirar a vida eram os alegados excessos da investigação:

(...) Para além das incontáveis manifestações de apoio, de amigos e de desconhecidos, e da união indissolúvel de uma equipe absolutamente solidária, conforta-me saber que a fragilidade das acusações que sobre mim pesam não subsiste à mínima capacidade de enxergar o que está por trás do equivocado processo que nos levou ao cárcere. Uma investigação interna que não nos ouviu; um processo baseado em depoimentos que não permitiram o contraditório e a ampla defesa; informações seletivas repassadas à PF; sonegação de informações fundamentais ao pleno entendimento do que se passava; e a atribuição, a uma gestão que recém completou um ano, de denúncias relativas a período anterior.

Não adotamos qualquer atitude para abafar ou obstruir a apuração da denúncia. Agimos, isso sim, como gestores responsáveis, sempre

¹²⁰ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *A espetacularização irresponsável de um delegado da polícia federal*. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2017-mar-27/cezar-bitencourt-espetacularizacao-irresponsavel-delegado>>. Acesso em 20 set. 2017.

acompanhados pela Procuradoria da UFSC. Mantivemos, com frequência, contatos com representantes da Controladoria-Geral da União e do Tribunal de Contas da União. Estávamos no caminho certo, com orientação jurídica e administrativa. O reitor não toma nenhuma decisão de maneira isolada. Tudo é colegiado, ou seja, tem a participação de outros organismos. E reitero: a universidade sempre teve e vai continuar tendo todo interesse em esclarecer a questão. (...) ¹²¹

Ao se manifestar sobre o caso, a seccional de Santa Catarina da Ordem dos Advogados do Brasil afirmou ser *“chegada a hora da sociedade brasileira e da comunidade jurídica debaterem seriamente a forma espetacular e midiática como são realizadas as prisões provisórias no Brasil, antes sequer da ouvida dos envolvidos, que dirá sua defesa”*¹²². Vale ressaltar, sobre o caso, a matéria publicada na revista eletrônica Consultor Jurídico (Conjur) relatando a opinião do jornalista Mário Rosa em entrevista concedida ao periódico:

Rosa tem uma teoria: a destruição de reputações por meio de acusações de corrupção se tornou um bom negócio. Por um lado, Polícia Federal e Ministério Público aparecem como paladinos da Justiça e ganham capital social. Por outro, a imprensa recebe, de forma gratuita, sem qualquer investimento em reportagens e investigações, informações cuja divulgação é do interesse dos acusadores. Isso aumenta a audiência, pois o público sempre se interessou por enforcamentos em praça pública. Assim, mesmo que não sejam importantes para o país, os escândalos fabricados geram interesse público e engordam as receitas de publicidade.¹²³

Como destaca José Vicente Santos de Mendonça¹²⁴, essa competição por espaço institucional pode ser explicada pelos estudos que envolvem a análise do comportamento humano. Isso porque há, na verdade, incentivos psicológicos para que autoridades de controle busquem proeminência no plano institucional. Os estudos da economia comportamental¹²⁵ apontam que, diante das inúmeras opções postas à disposição do

¹²¹ Inteiro teor disponível em <<https://www.pragmatismopolitico.com.br/2017/10/ultima-carta-do-reitor-da-ufsc-morto.html>>. Acesso em 25 nov. 2017.

¹²² Disponível em <<http://www.oab-sc.org.br/noticias/oabsc-manifesta-pesar-pela-morte-reitor-ufsc-ampquote-chegada-hora-debater-seriamente-forma-espetacu/14577>>. Acesso em 25 nov. 2017.

¹²³ Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-out-02/morte-reitor-ufsc-mostra-face-cruzada-corrupcao#author>>. Acesso em 25 nov. 2017.

¹²⁴ Palestra “Seis propostas para o novo decênio do Controle Público” ministrada no evento jurídico promovido pela Associação de Funcionários do BNDES em 25 de agosto de 2017 com o tema “Gestor Público, Riscos de Responsabilização e Segurança Jurídica”. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=IPzVRURTsuM>>. Acesso em 30 set. 2017.

¹²⁵ Sobre economia comportamental, v. TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: Heuristics and Biases. In: Science, vol. 185, 1974 (estudo precursor da economia

indivíduo, o cérebro humano acaba desenvolvendo “atalhos mentais” que possibilitam a tomada de decisão de forma mais fácil e célere. Esses atalhos são o que os pesquisadores denominam de “heurísticas”, ou seja, processos de decisão predefinidos em nossa mente, a que o cérebro humano recorre quando o indivíduo precisa realizar uma análise ou uma escolha. São as heurísticas que explicam porque associamos que uma pessoa vestida de branco é médica e porque automaticamente nos preocupamos mais com nossos pertences quando estamos no meio de uma multidão. Ocorre que, embora úteis em muitos casos, as heurísticas podem induzir a erros ou distorções – os quais são denominados pela ciência de vieses cognitivos.

Uma forma de ocorrência desses vieses cognitivos decorre da chamada *heurística de disponibilidade*¹²⁶. Por meio dessa heurística, os indivíduos se preocupam com determinadas situações conforme a facilidade com que exemplos ocorrem em sua memória. É em razão dessa heurística que, por exemplo, os governos se preocupam mais com a prevenção de catástrofes ambientais logo após ter passado por uma e riscos mais recentes ou mais espetaculares são mais combatidos do que riscos mais triviais ou mais distantes no tempo¹²⁷. Por meio da heurística de disponibilidade, as entidades estatais tomam suas decisões com base na lembrança recente dos impactos que ainda permanecem na memória.

Assim, uma atuação mais distinta e marcante faz com que o órgão de controle se sobressaia nessa disputa institucional e, conseqüentemente, atraia a atenção dos Poderes Públicos competentes para a definição de suas competências, orçamento, recursos e vantagens. Pela heurística da disponibilidade, quem não se encontra na memória recente, acaba sendo esquecido. Portanto, quanto maior e mais constante for a percepção social acerca da importância de determinada instância de controle, maior será

comportamental); PILDES, Richard; BUBB, Ryan. How Behavioral Economics Trims Its Sails and Why. In: *Harvard Law Review*, Vol. 127, 2014; ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron (eds.). *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

¹²⁶ No estudo pioneiro sobre economia comportamental, Amos Tversky e Daniel Kahneman identificaram três tipos de heurísticas: a heurística da representatividade, a heurística da disponibilidade e heurística de ancoragem (TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: Heuristics and Biases. In: *Science*, vol. 185, 1974).

¹²⁷ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Heurísticas: Yes, a opinião pública também é irracional!. In: *Revista Insight Inteligência*, nº 60. Disponível em: <<http://insightinteligencia.com.br/pdfs/60.pdf>>. Acesso em 07 jun. 2017.

a probabilidade de que a preocupação com seu aprimoramento institucional esteja na pauta do dia dos representantes eleitos.

Afinal, como destaca Carlos Ari Sundfeld, “*quem tem influência e poder consolidado consegue obter do legislador regras precisas para realizar seus interesses*”¹²⁸. Isso porque é difícil para um governante ou um parlamentar tomar medidas contrárias aos interesses das instituições de controle que estejam alinhadas com a opinião pública em razão de sua veemência no exercício de suas atribuições. Há um custo reputacional muito alto no esvaziamento dos órgãos de controle – embora aconteça, principalmente quando o núcleo do governo é o alvo das investigações –, já que os poderes políticos precisam mostrar aos seus eleitores engajamento governamental no combate à corrupção.

Existem, portanto, incentivos estruturais para que as instâncias de controle compitam entre si pelo protagonismo no plano institucional, para atrair para si a atenção dos diversos segmentos sociais e, conseqüentemente, gerar o estímulo necessário às autoridades competentes para ampliar suas competências e provê-las em termos materiais e financeiros. Nesse aspecto, Floriano de Azevedo Marques e Juliana Bonacorsi de Palma apresentam suas impressões sobre os problemas dessa disputa por visibilidade institucional entre os órgãos de controle:

Em todas as instâncias, as burocracias incumbidas do controle são as mais preparadas, mais aparelhadas e mais bem remuneradas do serviço público. Normalmente, seus agentes ascendem às carreiras do controle após percorrerem uma sucessão de concursos públicos. Em pouco tempo de carreira sua remuneração chega próxima ao teto da respectiva esfera federativa. O emprego estável, autônomo e remunerado no máximo possível acarreta uma inefável pulsão por protagonismo. Por um lado, os agentes do controle se consideram, não sem razão, os vencedores de um rigoroso processo seletivo. Sentem-se verdadeiros espartanos da burocracia pública. O que lhes confere uma postura um tanto desconfiada daqueles que, por eleição ou nomeação, exerçam função pública sem passar em concurso público de provas e títulos. Estas burocracias dão pouco valor à política e aos mecanismos e legitimação democrática, tidos como menores face à legitimação pela vitória no concurso público. De outro lado, uma vez tendo atingido o cume de remuneração do serviço público, buscam compensações extraeconômicas, como visibilidade pública, uma referência elogiosa na grande imprensa, o reconhecimento nas redes sociais. Estes fatores produzem uma verdadeira disputa correicional, uma espiral de superação do rigor, onde os controladores

¹²⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 214.

buscam parecer mais rigorosos do que seus pares. Tudo em busca do protagonismo. Sem muito compromisso com resultado. O que designamos por “gincana de corrigendas não responsivas”¹²⁹.

Assim, a luta profícua dos órgãos de controle contra a corrupção pode esconder dentre seus objetivos uma acirrada disputa pela proeminência no plano institucional, que, a depender das circunstâncias da arena política, pode acabar afetando os objetivos legítimos buscados pelas instituições no exercício de suas funções. Em pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça para averiguar os obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade administrativa, apontou-se que “o ressarcimento dos prejuízos causados não tem recebido a mesma prioridade que o ajuizamento do processo de conhecimento”¹³⁰, o que pode indicar uma preocupação maior dos órgãos de controle – aqui, em especial, do Ministério Público – em mostrar à opinião pública o imediatismo e a eficiência na tomada das providências necessárias para responsabilizar os agentes públicos envolvidos em escândalos de corrupção do que propriamente com a reparação dos danos em si, já que, conforme o estudo, o empenho nesse sentido é menor.

Dessa maneira, pode-se observar que, em algumas circunstâncias, essa disputa pelo protagonismo institucional entre as entidades de controle pode afetar a necessária interação e coordenação do conjunto de instituições que estão disputando as percepções externas, conforme relatado pelos próprios agentes controladores, e pode estar contribuindo para o desvio do foco das ações de repressão à improbidade, prejudicando a própria performance dos órgãos e gerando grave insegurança jurídica aos jurisdicionados, como visto especialmente em relação aos acordos de leniência.

2.3 A intensificação do poder investigativo-punitivo estatal

Toda organização política sofre uma tensão inerente: de um lado, os seus membros esperam a promoção de certos interesses públicos e a solução dos problemas

¹²⁹ MARQUES NETO; Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Os sete impasses do controle da Administração Pública no Brasil. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de (Coord.). *Controle da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 31.

¹³⁰ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel [et. al.] (Coord.). *Lei de improbidade administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015, p. 76.

da coletividade; por outro há a célebre crença originada a partir de Montesquieu no sentido de que todo homem investido de poder é tentado a abusar dele¹³¹. Assim, mostra-se perigoso dar demasiado poder às autoridades públicas, principalmente quando elas detêm autoridade para tomar decisões imperativas, respaldadas pelo controle dos meios de coerção. Os poderes conferidos à Administração Pública não podem ficar à mercê de seus representantes, uma vez que, se utilizado de forma exacerbada, incorre-se em arbitrariedade¹³². Isso quer dizer que é preciso controlar o poder político, assegurando que os agentes públicos serão responsabilizados perante as suas escolhas¹³³.

Diante dessa circunstância, a investigação e punição de agentes públicos e privados envolvidos em práticas corruptas são essenciais para a efetividade de um sistema de combate à corrupção. De acordo com a Teoria Econômica do Crime desenvolvida por Gary Becker – ganhador do Prêmio Nobel de Economia em 1992 –, que fez uso do raciocínio econômico para explicar as variáveis que levam à prática de condutas penalmente ilícitas, a decisão de cometer ou não o crime resultaria de um processo de maximização da utilidade esperada, em que o agente analisaria os benefícios advindos da ação criminosa *vis-a-vis* seus custos, os quais incluem o risco de ser identificado e punido¹³⁴. Assim, à medida que a decisão do agente quanto à prática de condutas criminosas pode levar em consideração a possibilidade de ser detectado e o risco da sanção, o Estado, por meio de seu poder investigativo e punitivo, pode influenciar sua escolha, tendo em suas mãos uma grande arma no combate à corrupção.

É claro que, por se tratar de um modelo, representa uma simplificação e generalização do comportamento humano e das circunstâncias fáticas, sendo certo que diversos outros fatores poderão influenciar a prática da conduta antijurídica – principal argumento dos críticos da teoria de Becker. Dan Ariely¹³⁵, por exemplo, critica a visão de que pessoas são desonestas ou criminosas por uma simples questão de custo-benefício

¹³¹ O'DONNELL, Guillermo. Accountability horizontal: la institucionalización legal de la desconfianza política. *Revista Española de Ciencia Política*, n. 11, p. 11-31, 2004.

¹³² SADDY, André. Limites à tomada de decisão e controle judicial da Administração Pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 9.

¹³³ ARANHA, Ana Luiza Melo. *A rede brasileira de instituições de accountability: um mapa do enfrentamento da corrupção na esfera local*. 2015. 495 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Belo Horizonte, 2015.

¹³⁴ BECKER, Gary Stanley. Crime and Punishment: An Economic Approach. *The Journal of Political Economy*, Chicago, v. 76, n. 2, p. 169-217, mar./abr. 1968.

¹³⁵ ARIELY, Dan. *A Mais Pura Verdade sobre a Desonestidade*. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2012.

e de que bastaria aumentar a punição e diminuir a impunidade para solucionar o problema. Para o autor, os maiores prejuízos decorrem das pequenas “trapaças” que as pessoas cometem e que não as fazem se sentirem desonestas. Nesse cenário, diversos fatores podem estimular o comportamento desviante – não só uma análise de custo/benefício –, que muitas vezes chega até a ser inconsciente. Assim, questões como a prevalência de interesses pessoais, a criatividade de inventar desculpas para si próprio, o esgotamento pessoal, sentimento de injustiça ou até mesmo aspectos culturais podem influenciar a prática de condutas transgressoras.

De todo modo, é fato que, além de repreender condutas ilegais e reparar os danos causados pelo agente, a investigação¹³⁶ e a aplicação das sanções também possui uma função preventiva, dissuadindo outros indivíduos da prática de atos ilícitos. No que se refere à corrupção administrativa, Tina Soreide e Susan Rose-Ackerman entendem que essa função preventiva do poder investigativo e punitivo estatal serviria para influenciar os servidores “*on the margin*”, ou seja, aqueles que são indiferentes entre serem honestos ou não, já que há indivíduos que permanecem probos independentemente dos benefícios particulares que podem ser advindos com a ilicitude¹³⁷.

Como aponta Jon S. T. Quah¹³⁸, a intensificação do poder investigativo e punitivo foi um dos principais instrumentos utilizados por Hong Kong e Singapura para a significativa redução dos níveis – alarmantes – de corrupção nesses dois países. Em Singapura, a virada institucional no combate à corrupção foi iniciada a partir do aperfeiçoamento dessa prerrogativa estatal: ampliou-se o escopo da *Prevention of Corruption Act* – que passou a ser denominado *Prevention of Corruption Ordinance* –, aumentou-se o espectro de significado do termo “*gratificações*” utilizado nas legislações correlatas, elevaram-se os patamares das penas e das multas aplicadas ao delito de corrupção e expandiram-se os poderes da *Corruption Practices Investigation Bureau*,

¹³⁶ Sobre o incremento do honestidade e cooperação quando o comportamento humano está sob supervisão, vale a leitura do experimento abordado em BATESON, Melissa; NETTLE, Daniel; ROBERTS, Gilbert. Cues of being watched enhance cooperation in a real-world setting. *Biology letters*, v. 2, n. 3, p. 412-414, 2006.

¹³⁷ SOREIDE, Tina; ROSE-ACKERMAN, Susan. Corruption in State Administration (August 3, 2015). *Yale Law & Economics Research Paper* No. 529. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2639141>. Acesso em: 03 jun. 2017

¹³⁸ QUAH, Jon S. T.. Controlling corruption in city-states: A comparative study of Hong Kong and Singapore. *In Crime, Law and Social Change* 22:391-414, 1995.

agência anticorrupção do país. Do mesmo modo, em Hong Kong, ampliou-se o escopo da *Prevention of Corruption Ordinance*, aumentaram-se as penalidades impostas e criou-se uma agência anti-corrupção – *Anti-corruption Branch* –, que foi posteriormente dotada de maior independência e autonomia e transformada na *Anti-Corruption Office* –, para liderar as investigações e acusações de casos corrupção.

Apesar da dificuldade inerente à medição da corrupção – cuja prática se utiliza de subterfúgios e meios ocultos – e embora nossos números ainda sejam preocupantes, pode-se afirmar que, no Brasil, também se constata a redução de irregularidades administrativas atrelada ao incremento do poder fiscalizatório das instâncias de controle. Em pesquisa realizada por Claudio Ferraz, Eric Avis e Frederico Finan¹³⁹, foi analisado o efeito das auditorias e fiscalizações pela CGU no *Programa de Fiscalização em Entes Federativos*¹⁴⁰ em relação à redução da corrupção em âmbito municipal. Conforme apontado pelos pesquisadores, as cidades fiscalizadas previamente por meio do programa têm 8% menos irregularidades quando comparadas a municípios que são auditados pela primeira vez. Além disso, foi constatada uma redução de 6% a 8% nas falhas e irregularidades nos municípios vizinhos aos que foram auditados. Os dados mostram a capacidade de prevenção de atos desviantes gerada pela fiscalização conduzida pelos órgãos de controle.

Considerando essas potencialidades do poder punitivo estatal, há uma tendência cada vez maior dos órgãos de controle em incrementar seus instrumentos punitivos. Na análise dos relatórios de atividades do TCU, são crescentes as condenações e sanções de gestores em seus processos administrativos¹⁴¹. Até o fim do ano de 2016, houve um progressivo aumento do número anual de punições expulsivas aplicadas pela CGU¹⁴². Pesquisa¹⁴³ divulgada pela Associação dos Magistrados Brasileiros revelou uma tendência punitivista dos juízes: segundo o levantamento, 69,5% dos entrevistados

¹³⁹ AVIS, Eric; FERRAZ, Claudio; FINAN, Frederico. Do Government Audits Reduce Corruption? Estimating the Impacts of Exposing Corrupt Politicians (No. w22443). National Bureau of Economic Research, 2016.

¹⁴⁰ Trata-se de programa que incorporou o antigo *Programa de Fiscalização por Sorteios Públicos*, que desenvolve ações especiais de fiscalização, por amostragem, com relação aos recursos públicos federais aplicados nos entes federativos, diretamente ou por meio de repasse.

¹⁴¹ Análise pode ser conferida em <<http://portal.tcu.gov.br/transparencia/relatorios/relatorios-de-atividades/>>. Acesso em 09 set. 2017.

¹⁴² Dados disponíveis em <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/atividade-disciplinar/relatorios-de-punicoes-expulsivas/arquivos/punicoes-agosto-2017-estatutarios.pdf>>. Acesso em 09 set. 2017.

¹⁴³ Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/pesquisa-amb.pdf>>. Acesso em 09 set. 2017.

são favoráveis à elevação do limite máximo do cumprimento de pena privativa de liberdade e 94,8% defendem penas mais severas para agentes políticos em casos de corrupção e improbidade. As “10 medidas contra a corrupção” apresentadas pelo Ministério Público Federal¹⁴⁴ também revela essa inclinação ao incremento do poder punitivo estatal do *Parquet* federal.

No entanto, apesar de configurar um instrumento valioso para a prevenção e repressão a atividades ilícitas, o *jus puniendi*, como qualquer prerrogativa estatal, não é ilimitado. Como a imposição de sanções pelo Estado afeta, de forma severa, a esfera de direitos fundamentais do indivíduo¹⁴⁵, o poder investigativo e punitivo estatal, inclusive no âmbito do direito administrativo, é um dos campos que maior deve sofrer a influência do direito constitucional. A atividade repressiva estatal não é livre e discricionária, devendo obediência ao conjunto de princípios garantísticos previstos na Constituição voltados à proteção dos cidadãos contra arbitrariedades no desempenho do poder punitivo pelo Estado.

Assim, no exercício do controle da atuação administrativa do agente público, o combate à corrupção e a busca pela preservação do patrimônio público não pode afastar a necessária observância das garantias, valores e limites estabelecidos no texto constitucional¹⁴⁶. Até porque, se de um lado o exercício do poder punitivo estatal reduz a possibilidade de arbitrariedades de poder perpetrados pelo administrador público, por outro lado sua intensificação descomedida aumenta a possibilidade de abusos cometidos pelo próprio controlador, que, tal qual o gestor, também é passível de erros e

¹⁴⁴ Disponível em < <http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/>>. Acesso em 09 set. 2017.

¹⁴⁵ BINENBOJM, Gustavo. *Estudos de direito público – artigos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 621-622. Para ilustrar, destaquem-se as sanções previstas no texto constitucional para a prática de improbidade administrativa (art. 37, §4º, da Constituição): “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

¹⁴⁶ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 347-348: “Impende registrar, de outra parte, que a garantia do devido processo legal reveste-se de extremo rigor quando esteja em questão a aplicação de penalidades administrativas e fiscais, cuja cominação somente pode dar-se se antecedida de expressa previsão legal e, além disso, mediante processo regular em que seja facultada ao interessado a mais ampla defesa. Nesse contexto a cláusula *due process* opera conjuntamente com o princípio o princípio da legalidade, como medida de salvaguarda contra apenações arbitrárias”

desvirtuamentos¹⁴⁷. Sobre esse ponto, Adrian Vermeule destaca que “*para os oficiais de polícia que podem abusar dos seus poderes, é preciso criar um novo quadro de monitores, como inspetores gerais, promotores ou juízes, ou todos esses, que, por sua vez, podem cometer abusos*”¹⁴⁸. Lembrando-se da expressão latina atribuída ao poeta romano Juvenal, “*Quis custodiet ipsos custodes?*” (quem vigia ou vigilantes?), atribuir poder demais a um segmento da camada social intensifica igualmente a possibilidade de abuso desse poder, o que Platão, no século IV a.C., já havia questionado em “*A República*”.

Nesse sentido, vem sendo defendida a demarcação de um *núcleo principiológico* orientador do poder punitivo estatal¹⁴⁹. Trata-se, na verdade, de uma tendência em reconhecer a aplicabilidade dos princípios penais no exercício de todo e qualquer poder punitivo estatal, tal como pioneiramente realizado pela doutrina espanhola¹⁵⁰. Como as sanções administrativas possuem configuração semelhante àquelas de natureza criminal, os princípios fundamentais do regime penal, que possui toda uma estrutura já estabelecida, podem ser aplicados ao direito administrativo repressivo¹⁵¹. Como destaca Fábio Medina Osório:

¹⁴⁷ JORDÃO, Eduardo. *Por mais realismo no controle da administração pública*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Eduardo-Jordao/por-mais-realismo-no-controle-da-administracao-publica>>. Acesso em 17 jun. 2017.

¹⁴⁸ No original: “in order for police officials who may abuse their powers, one must set up a new cadre of monitors, such as Inspectors General, prosecutors, or judges, or all of these, who may proceed to commit abuses in their turn” (VERMEULE, Adrian, Optimal Abuse of Power. *Northwestern University Law Review, Forthcoming*, v. 109, n° 3, 2015, p. 673-694. Disponível em <<http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/nulr/vol109/iss3/4/>>. Acesso em 30 set. 2017.

¹⁴⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. GARCIA, Flávio Amaral. A principiológica no Direito Administrativo sancionador. *Revista Brasileira de Direito Público: RBDP*, Belo Horizonte, v. 11, n. 43, p. 9-28, out./dez. 2013.

¹⁵⁰ ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNANDEZ, Tomás-Ramon. *Curso de Derecho Administrativo*, v. II, 7. ed., Madri: Civitas, 2000, p. 161.

¹⁵¹ Esse tem sido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: “DIREITO ADMINISTRATIVO. ATIVIDADE SANCIONATÓRIA OU DISCIPLINAR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO PROCESSO PENAL COMUM. ARTS. 615, § 1o. E 664, PARÁG. ÚNICO DO CPP. NULIDADE DE DECISÃO PUNITIVA EM RAZÃO DE VOTO DÚPLICE DE COMPONENTE DE COLEGIADO. RECURSO PROVIDO. 1. Consoante precisas lições de eminentes doutrinadores e processualistas modernos, à atividade sancionatória ou disciplinar da Administração Pública se aplicam os princípios, garantias e normas que regem o Processo Penal comum, em respeito aos valores de proteção e defesa das liberdades individuais e da dignidade da pessoa humana, que se plasmaram no campo daquela disciplina. 2. A teor dos arts. 615, § 1o. e 664, parág. único do CPP, somente se admite o voto de qualidade - voto de Minerva ou voto de desempate - nos julgamentos recursais e mandamentais colegiados em que o Presidente do órgão plural não tenha proferido voto quantitativo; em caso contrário, na ocorrência de empate nos votos do julgamento, tem-se como adotada a decisão mais favorável ao acusado. 3. Os regimentos internos dos órgãos administrativos colegiados sancionadores, qual o Conselho da Polícia Civil

Somente o Código Penal e a legislação de mesma natureza enfocam a matéria das excludentes de ilicitude, da culpabilidade ou da imputação, mas, tratando-se de direito punitivo, principalmente de direito administrativo sancionador, é possível invocar, de modo análogo, o direito penal. Estamos diante de ilícitos administrativos e sanções de direito administrativo, e o regime jurídico imperante terá que ser chamado a intervir, dentro da perspectiva de equilíbrio entre os direitos fundamentais potencialmente em conflito. O direito penal tem sido a melhor referência histórica para o balizamento e a limitação do poder punitivo estatal, inclusive quando é este último exercido por autoridades administrativas ou por autoridades judiciárias na prática de poderes jurisdicionais de imposição de sanções administrativas.¹⁵²

Dessa maneira, mostra-se essencial que a principiologia que informa o direito penal e processual penal seja observada também no exercício do poder punitivo no controle dos atos administrativos. Ocorre que, num quadro de constantes revelações de escândalos envolvendo a Administração Pública – como atualmente se observa no Brasil –, diversos órgãos de controle, na estratégia de angariar maior relevo no cenário institucional de combate à corrupção, como visto acima, acabam incrementando sua atuação repressiva, principalmente em relação aos conluios criminosos mais difíceis de serem descobertos¹⁵³, muitas vezes sem o devido zelo em relação à observância de todos os aspectos essenciais para o justo exercício do *jus puniendi*, como, por exemplo, a efetiva presença do elemento subjetivo na prática da conduta considerada ilícita – quando exigido para a sua configuração –, especialmente diante das circunstâncias vivenciadas pelo agente no momento da execução dos atos questionados, a existência

do Paraná, devem obediência aos postulados do Processo Penal comum; prevalece, por ser mais benéfico ao indiciado, o resultado de julgamento que, ainda que por empate, cominou-lhe a sanção de suspensão por 90 dias, excluindo-se o voto presidencial de desempate que lhe atribuiu a pena de demissão, porquanto o voto desempataador é de ser desconsiderado. 4. Recurso a que se dá provimento, para considerar aplicada ao Servidor Policial Civil, no âmbito administrativo, a sanção suspensiva de 90 dias, por aplicação analógica dos arts. 615, § 1o. e 664, parág. único do CPP, inobstante o douto parecer ministerial em sentido contrário” (STJ, DJe 1º fev. 2010, RMS 24.559/PR, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho).

¹⁵² OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 241.

¹⁵³ ROSE-ACKERMAN, Susan; TRUEX, Rory. Corruption and Policy Reform (February 17, 2012). *Yale Law & Economics Research Paper No. 444*. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2007152>. Acesso em 03 jun. 2017.

de provas suficientes que apontem pela malversação administrativa e a necessidade de individualização das condutas para fins de aplicação da sanção¹⁵⁴.

Segundo a pesquisa realizada pela equipe da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, os gestores públicos entrevistados relataram que “os auditores agem como algozes em busca de situações que possam promover punições aos funcionários públicos”¹⁵⁵. Aponta-se, ainda, a ausência de uma proporcionalidade adequada entre a conduta do agente e a penalidade imposta: simples irregularidades formais são, em muitos casos, punidas com o mesmo rigor aplicável aos atos em que efetivamente há malversação administrativa. Sobre o ponto, destacam-se as considerações de Carlos Ari Sunfeld:

Outro problema é que se espalhou no Brasil uma verdadeira obsessão em punir gestores públicos: falhou, pagou; um exagero. Claro que a corrupção e o desvio de recursos públicos têm de ser combatidos com severidade. Mas grande parte dos processos punitivos contra gestores públicos é por falhas operacionais, por questões formais ou por divergências de opinião. Ora, falhas são próprias de qualquer organização; só não erra quem não age. Os controladores por acaso são punidos quando falham? De outro lado, é normal as opções do gestor não coincidirem com as preferências do controlador: o direito tem muitas incertezas, não é matemática; divergência de interpretação sobre fatos e leis não é crime. Portanto, punição é um erro para esses casos.¹⁵⁶

Em entrevista¹⁵⁷ a representantes do Lemann Fellowship, projeto integrante da ONG Fundação Lemann, o ex-prefeito de São Paulo Fernando Haddad ressaltou que os constrangimentos sofridos por gestores na esfera pública são “*infinitamente maiores do que na esfera privada*”, criticando a dificuldade dos órgãos de controle em discernir meras falhas – cujo cometimento é inerente ao próprio ser humano – da verdadeira má-fé e improbidade de administradores públicos no exercício de suas atividades:

Vamos supor que você fez 1000 compras no setor privado e errou em 10. O seu patrão vai dizer o seguinte: “*Pô, esse cara tem 99% de eficiência.*”

¹⁵⁴ Sobre o dever do Estado de especificar pormenorizadamente, quais as condutas irregulares que estão sendo imputadas a cada um dos agentes públicos, v. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 311.

¹⁵⁵ LOUREIRO, Maria Rita. (Coord.). Coordenação do sistema de Controle da Administração Pública Federal. *Série Pensando o Direito*, nº 33/2009, Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, Brasília, 2009, p. 70.

¹⁵⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. *Chega de axé no direito administrativo*. Disponível em: <http://www.brasilpost.com.br/carlos-ari-sundfeld/cheга-de-axe-no-direito-administrativo_b_5002254.html>. Acesso em 27 set. 2016.

¹⁵⁷ Entrevista disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=-dsWZaYcBA0>>. Acesso em 09 set. 2017.

Dá uma medalha para ele”. Aqui [no setor público] você vai ter 10 processos de improbidade administrativa. É essa a diferença. Porque o Promotor de Justiça não tá nem aí para as outras 990 boas compras que você fez. Você errou em 10, você vai responder a 10 processos. E quem está no setor privado não aguenta essa situação. Na primeira ação de improbidade, você perde o colaborador. Isso precisava fazer chegar ao Ministério Público, que as pessoas têm que ser avaliadas no conjunto. Quando a pessoa não está de má-fé e se o nível de acerto dela é muito maior do que o de erro – e tem que ser muito maior –, mas quando o erro não foi de má-fé, não envolveu questões morais e éticas, você tem que avaliar a atuação do colaborador, do servidor, no seu conjunto, e preservar aqueles que estão decisivamente engajados em melhorar a sociedade. Não se tem essa compreensão.

Como destacam Floriano de Azevedo Marques e Juliana Bonacorsi de Palma, a cultura do controle criou um truísmo de “presunção de corrupção no exercício da discricionariedade administrativa, *contrariando o princípio da presunção de legitimidade da atuação administrativa*”¹⁵⁸. Nesse sentido, assim discorrem os autores:

Segundo a doutrina clássica, o Poder Público detém o dever-poder de prestar serviços públicos e realizar outras tantas atuações administrativas que sejam necessárias à satisfação do interesse público. Porém, a maior parte da doutrina é refratária à conferência de amplas margens de discricionariedade à Administração Pública, mesmo sabendo que a discricionariedade permite uma prestação mais eficiente de serviços públicos. Eis o receio fundado em Montesquieu: todo aquele que detém poder tende a abusar dele. E, para a maior parte da doutrina, o Executivo tende a atuar ilegalmente quando age e modo discricionário. Trata-se da presunção de ilegitimidade do Poder Público. É curioso observar que essa expressiva corrente doutrinária demanda a expansão orgânica da máquina administrativa e a prestação de serviços públicos, mas, ao mesmo tempo, defende a discricionariedade mínima. As decisões substantivas devem ficar de fora da Administração Pública, no Legislativo para ser mais específica. Para a defesa dos direitos individuais frente ao Poder Público, a doutrina administrativista termina por criar um *liberalismo paternalista* peculiar ao sistema brasileiro.

A tendência punitivista da atuação estatal se manifesta de diversas formas e em diversos momentos do exercício do controle. Valem destacar, no entanto, três práticas dos órgãos de controle em que o incremento do poder repressivo tem gerado algumas distorções: (i) a crescente fixação de interpretações rígidas e inflexíveis, (ii) o amplo enquadramento dos atos administrativos como improbidade e (iii) a larga decretação de

¹⁵⁸ MARQUES NETO; Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Os sete impasses do controle da Administração Pública no Brasil. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de (Coord.). *Controle da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 30.

medidas constritivas – como indisponibilidade patrimonial, afastamento temporário e até mesmo prisões preventivas –, sem a demonstração do preenchimento dos requisitos legais necessários.

A par de uma legislação administrativa muitas vezes detalhista e minuciosa, as estruturas de controle passaram a consolidar entendimentos jurídicos ainda mais rigorosos sobre assuntos relevantes para o cotidiano estatal. Em artigo irônico sobre “*Como desestruturar uma agência reguladora em passos simples*”, Eduardo Jordão e Maurício Portugal Ribeiro, ao se referirem aos órgãos de controle, “sugerem-lhes” que a adoção de “*interpretações restritivas do direito, que limitem o leque de ações ou instrumentos à disposição das agências. Assim você prejudica o seu funcionamento e o cumprimento de suas missões institucionais*”¹⁵⁹. Sobre o tema, Fernando Vernalha Guimarães¹⁶⁰ destaca duas questões referente às contratações públicas que, rotineiramente, são alvo de forte repressão por parte dos órgãos de controle: a contratação direta e a utilização de parâmetros de preço que não o sistema oficial de referência.

A contratação direta, sem dúvida, é um dos principais tabus da prática administrativa rotineira, tornando-se, como bem destaca o autor, “*um verdadeiro campo minado para o gestor*”¹⁶¹. São inúmeros os processos nos tribunais de contas e as ações de improbidade questionando as contratações diretas realizadas pelo Poder Público. Nos termos utilizados por Floriano de Azevedo neto e Juliana Bonacorsi de Palma, há uma verdadeira “presunção de corrupção” na contratação direta, como se a realização de um certame licitatório fosse a garantia de afastamento do risco de malversação dos recursos públicos – o que a prática, entretanto, já demonstrou que não é. Por essa razão, há casos em que, mesmo sendo aplicável a contratação direta, nos termos da lei, os gestores públicos têm preferido o ônus do procedimento licitatório, diante do receio de ver sua conduta questionada pelos órgãos de controle.

¹⁵⁹ JORDÃO, Eduardo; RIBEIRO, Maurício Portugal. Como desestruturar uma agência reguladora em passos simples. *REI - Revista Estudos Institucionais*, [S.l.], v. 3, n. 1, p. 180-209, ago. 2017. ISSN 2447-5467. Disponível em: <<https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/155/132>>. Acesso em: 01 out. 2017.

¹⁶⁰ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>>. Acesso em 27 set. 2016.

¹⁶¹ Op. cit.

O sistema de tabelas referenciais de preços previstas nas periódicas leis orçamentárias é outro tema delicado para o administrador público: as tabelas são consagradas como verdadeira bíblia e qualquer valor acima do preço ali indicado constitui, de pronto, sobrepreço aos olhos dos órgãos de controle¹⁶². Em muitos casos, não há uma devida ponderação em relação a eventuais circunstâncias fáticas do mercado que possam fazer com que o preço de determinado insumo para determinada contratação seja diferente em relação ao referencial. Como destaca Fernando Vernalha Guimarães, “*o que mais interessa, na ótica do controlador, é possuir um ferramental que lhe permita minimizar a assimetria de informação com o mercado e alcançar um diagnóstico objetivo e confortável em relação aos preços. Mesmo que, de fato, seja um diagnóstico meramente formal*”¹⁶³.

Como se não bastasse, além da consolidação de um entendimento extremamente restritivo, o controle da atuação estatal tem se mostrado marcadamente rígido em relação ao enquadramento dos fatos como ato de improbidade. Não obstante a existência de jurisprudência¹⁶⁴ indicando a necessidade de demonstração do elemento subjetivo para a prática do ato supostamente ímprobo, tem sido comum a propositura de ações de improbidade administrativa diante da constatação de qualquer irregularidade, independentemente da verificação de má-fé ou desonestidade, como se a Lei nº 8.429/1992 – e suas graves sanções – se referisse a meros ilícitos de gestão¹⁶⁵.

¹⁶² É comum a utilização, pelo Tribunal de Contas da União, de tabelas referenciais de preço como o Sistema de Custos Referenciais de Obras (SICRO) do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), e o Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (SINAPI), da Caixa Econômica Federal.

¹⁶³ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-cri-se-da-ineficiencia-pelo-controle>>. Acesso em 27 set. 2016.

¹⁶⁴ A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça firmou orientação no sentido de que a identificação do dolo ou da culpa do agente configura condição para o enquadramento como ato de improbidade: “AÇÃO DE IMPROBIDADE ORIGINÁRIA CONTRA MEMBROS DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO. LEI 8.429/92. LEGITIMIDADE DO REGIME SANCIONATÓRIO. EDIÇÃO DE PORTARIA COM CONTEÚDO CORRECIONAL NÃO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO. AUSÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO DA CONDUTA. INEXISTÊNCIA DE IMPROBIDADE. 1. (...) 2. Não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos evitada de culpa grave, nas do artigo 10. 3. (...) 4. Ação de improbidade rejeitada (art. 17, § 8º, da Lei 8.429/92)” (STJ, DJe 28 set. 2011, AIA 30 / AM, Rel. Min. Teori Albino Zavascki).

¹⁶⁵ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 256: “A improbidade administrativa pressupõe

Assim, pequenas falhas dos administradores públicos, por exemplo, são logo apontadas como improbidade administrativa e, a partir de então, surgem todos os percalços e desgastes de uma longa ação de improbidade. São frequentes, por exemplo, ações de improbidade administrativa contra prefeitos pelo atraso na prestação de suas contas aos órgãos de controle – como se o fim da administração pública fosse a prestação de contas –, inclusive nos casos em que se tenha concluído pela correta aplicação dos recursos públicos, não obstante o STJ já tenha firmado entendimento no sentido de que, para a configuração do ato de improbidade previsto no art. 11, VI, da Lei nº 8.429/92, não basta o mero atraso na prestação de contas, sendo necessário demonstrar a má-fé ou o dolo genérico na prática de ato tipificado no aludido preceito normativo.

Ora, é razoável esperar eventuais impontualidades dos titulares do Executivo diante das variadas e complexas tarefas que são incumbidas ao Estado. Isso, no entanto, não pode ser visto como sinônimo de desonestidade, tendo o STJ, em boa hora, consignado que “*o simples atraso na entrega das contas, sem que exista dolo na espécie, não configura ato de improbidade*”¹⁶⁶. Sobre o ponto, o ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça Gilson Dipp e o jurista Rafael Araripe Carneiro pontuam que “*a banalização do conceito de improbidade administrativa é prejudicial à administração pública, por resultar em nuvens de incerteza e suspeitas de desonestidade sobre todos os atos administrativos. E também é prejudicial à própria sociedade, pois se perde o referencial de má-fé dos atos efetivamente ímprobos, em diferença às irregularidades sem gravidade. Improbidade não é qualquer ilegalidade*”¹⁶⁷.

No entanto, o que se percebe muitas vezes é que, para dar resposta a uma calorosa opinião pública ou para preservar a imagem da instituição controladora, tais ações ou são propostas de forma precipitada, sem qualquer preocupação com a

violência necessária e inarredável contra normas subjacentes a seus tipos sancionadores. Deve-se valorar os comportamentos à luz das regras e princípios subjacentes à LGIA. Não basta uma violação dos princípios da Administração Pública, e muito menos uma conduta diretamente enquadrável nos tipos formalizados na LGIA, sem uma prévia agressão a regras legais, concretamente relacionadas com as ações ou omissões dos agentes públicos”.

¹⁶⁶ STJ, DJe 30 ago. 2013, AgRg no REsp 1382436/RN, Rel. Min. Humberto Martins.

¹⁶⁷ DIPP, Gilson; CARNEIRO, Rafael Araripe. Banalização do conceito de improbidade administrativa é prejudicial a todos. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-mar-19/banalizacao-conceito-improbidade-prejudicial-todos>>. Acesso em 02 set. 2017.

demonstração da existência de dolo ou com culpa denotativa de má-fé, deixando-se de lado a demonstração dos requisitos legais para a configuração da improbidade. Ocorre que improbidade significa desonestidade, má-fé, perversidade, falta de lisura. Portanto, o enquadramento de condutas na Lei nº 8.429/92 deve ser interpretado sob esse prisma, não sendo suficiente, para a caracterização de ato de improbidade, a constatação de mera ilegalidade. Como a sanção por improbidade configura uma das mais graves penalidades no direito administrativo sancionador, a propositura de ações nessa seara pressupõe a constatação de um elevado grau de reprovabilidade da conduta¹⁶⁸.

Os órgãos de controle não podem confundir improbidade com ilicitude ou irregularidade, pois é possível que um agente da Administração Pública cometa um mero ilícito sem que tenha incorrido, necessariamente, em improbidade¹⁶⁹. Especialmente no caso das ações de improbidade, tendo em vista a gravidade de suas sanções e o ônus imposto ao agente público e à sua imagem, exige-se um maior rigor na fundamentação da acusação, em comparação com os procedimentos administrativos em geral¹⁷⁰.

Por fim, outra prática adotada no controle dos atos dos agentes públicos que revela um excesso do poder punitivo tem sido a reivindicação e a adoção de medidas cautelares restritivas, especialmente a indisponibilidade patrimonial, sem a devida análise das circunstâncias fáticas que devem ser consideradas no momento de decretação de tão gravosas medidas constritivas. O que se questiona não é a utilização do instituto, que tem previsão legal e serve de um importante instrumento para a salvaguarda do

¹⁶⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. Improbidade administrativa na Constituição de 1988: uma ilegalidade qualificada. In: *Debates em Direito Público – Revista de Direito dos Advogados da União*, Brasília: ANAUNI, 2009, ano 8, nº 8, out./2009: “A Improbidade é uma categoria de ilícito que traduz a última “ratio” no Direito Administrativo brasileiro, já que sua configuração exige a violação de deveres públicos em níveis especialmente altos e intensos, de modo que ao agente ímprobo se lhe deve deixar de reconhecer a honra de servir ao coletivo ou, como mínimo, impondo-lhe sanção que vai além da mera reparação de danos.”

¹⁶⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 996: “A improbidade se configura como a violação a um dever específico, que é o do respeito à moralidade. Não se confunde improbidade com ilicitude em sentido amplo. Pode haver ilicitude sem haver improbidade. A improbidade pressupõe um elemento subjetivo reprovável. Como regra, a improbidade se aperfeiçoa mediante um elemento doloso, admitindo-se a forma culposa como exceção. A improbidade não se configura pela mera atuação defeituosa do agente – o que não significa reconhecer a regularidade jurídica de ações e omissões culposas. Por exemplo, o motorista de um veículo oficial que produz culposamente um acidente de trânsito deve ser responsabilizado pelos danos resultantes. Mas isso não significa que a sua conduta caracterize, de modo automático, improbidade. A improbidade envolve uma infração”.

¹⁷⁰ BUENO, Cássio Scarpinella. O procedimento especial da ação de improbidade administrativa (Medida Provisória 2.088). In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de R. *Improbidade Administrativa: questões polêmicas e atuais*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 145.

patrimônio público. O problema é a decretação de tão gravosa medida, sem a necessária demonstração dos requisitos para a sua adoção.

Na pesquisa sobre a efetividade da Lei de Improbidade Administrativa, o CNJ apurou que é até relativamente baixo o percentual de processos em que há concessão cautelar de indisponibilidade de bens: apenas 13,49% dentre os tribunais analisados, sendo a maior porcentagem verificada no Superior Tribunal de Justiça (20,69%) e no Tribunal Regional Federal da 4ª Região (14,89%). O problema apontado pelo Conselho, no entanto, é que “*mecanismos como a indisponibilidade adequada de bens (suficientes para o ressarcimento, sem abuso ou de forma a impedir o funcionamento das empresas), a hipoteca judiciária e a execução provisória, na parte condenatória, não são adequadamente utilizados*”¹⁷¹.

É habitual que, no curso do procedimento de controle (judicial ou administrativo), seja determinada a indisponibilidade patrimonial dos investigados apenas com base na “gravidade dos fatos”, na “expressividade do volume de recursos geridos”, sem a indicação do efetivo indício de improbidade, sem nenhuma análise individualizada da participação de cada agente público envolvido na irregularidade investigada e sem sequer ouvi-los¹⁷². Em muitos casos, não há preocupação dos controladores em reforçar seu ônus argumentativo diante da adoção de medidas tão excepcionais, mesmo diante de jurisprudência estabelecendo que “*o deferimento da indisponibilidade de bens do acionado, antes de concluído o processo de apuração do ilícito, não deve ser praticado à mão larga, (...) mas há de se pautar na verificação criteriosa da sua necessidade*”¹⁷³.

No âmbito do Tribunal de Contas da União, por exemplo, embora a Lei Orgânica da Corte, em seu artigo 44, *caput*, e §2º, expressamente determine que a indisponibilidade patrimonial somente poderá ser decretada quando “*existirem indícios suficientes de que, prosseguindo no exercício de suas funções, possa retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção, causar novos danos ao Erário ou*

¹⁷¹ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel [et. al.] (Coord.). *Lei de improbidade administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015, p. 76.

¹⁷² No âmbito das ações de improbidade, é comum a determinação do bloqueio de bens *inaudita altera parte*, antes mesmo da análise quanto ao recebimento da petição inicial. No Tribunal de Contas da União, muitas vezes a decretação da indisponibilidade patrimonial se dá no momento da conversão do processo de fiscalização – em que geralmente somente a unidade fiscalizada é ouvida – em processo de tomada de contas especial, quando efetivamente há a citação do agente público.

¹⁷³ STJ, DJ 04 fev. 2016, REsp 1264707/BA, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho.

inviabilizar o seu ressarcimento”, tem sido comum a decretação da medida restritiva com base apenas na existência em “*elementos de convicção robustos*”, “*condutas altamente reprováveis*” ou “*prejuízos muito elevados*”¹⁷⁴.

Na esfera das ações de improbidade, a situação é ainda mais alarmante: além de igualmente ser comum a fundamentação genérica para a concessão da medida restritiva de bens, o Superior Tribunal de Justiça ainda tem entendimento jurisprudencial, consolidado em julgamento de recurso repetitivo, no sentido de que, nessas demandas, o *periculum in mora* para a decretação da indisponibilidade de bens é presumido, para que assim se possa assegurar a garantia de recuperação do patrimônio público¹⁷⁵. O precedente firmado escapa à lógica dos provimentos cautelares em geral, que exige não só a probabilidade do direito, como também a demonstração do perigo de dano, evidenciado, em relação ao pleito de indisponibilidade de bens, pelo receio de dilapidação dos bens¹⁷⁶.

2.4 A indeterminação e abertura dos conceitos jurídicos das normas de controle

Sob a influência do positivismo jurídico, as normas jurídicas em geral apresentavam conceitos normativos fechados, em que já estavam previstos todos os detalhes e hipóteses de sua aplicação, afastando-se, assim, a possibilidade de valoração de seu conteúdo por parte do julgador¹⁷⁷. No direito contemporâneo, no entanto, diante

¹⁷⁴ Nesse sentido, e tomando mais uma vez como exemplo o processo de representação no Tribunal de Contas da União que analisou a aquisição da Refinaria de Pasadena pela Petrobras (TC nº 005.406/2013-7), confira-se o único trecho do Acórdão 1927/2014 – TCU – Plenário, em que foi fundamentada a indisponibilidade patrimonial dos gestores envolvidos: “Considero, cumpre ressaltar, que os elementos de convicção relacionado nos itens precedentes deste Voto são deveras robustos. Além disso, em avaliação inicial, revelam condutas altamente reprováveis e prejuízo muito elevado. Por esses motivos e com suporte nos comandos contidos no §2º do art. 44 da Lei n.º 8.443/1992 e nos arts. 273 e 274 do Regimento Interno /TCU, entendo adequado que o Tribunal decrete a indisponibilidade dos bens dos responsáveis relacionados nos tópicos antecedentes deste Voto que serão destinatários de citações”. Em relação a alguns desses gestores, o Tribunal decidiu, posteriormente, revogar a medida, ante à insubsistência do débito inicialmente apontado (Acórdão nº 440/2017 – TCU – Plenário).

¹⁷⁵ STJ, DJ 19 set. 2014, REsp 1366721 / BA, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ acórdão Min. Og Fernandes.

¹⁷⁶ CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita. Indisponibilidade de bens na Improbidade Administrativa. In: LOCON, Paulo Henrique dos Santos et ali (Coord.). *Improbidade Administrativa – aspectos processuais da Lei nº 8.429/92*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 329.

¹⁷⁷ “O positivismo comportou algumas variações e, no mundo romano-germânico, teve seu ponto culminante no normativismo de Hans Kelsen. Correndo o risco das simplificações redutoras, é possível apontar algumas características essenciais do positivismo jurídico: (i) a aproximação quase plena entre

da complexidade da sociedade moderna e da atribuição de maiores funções ao Estado, quando se passou a exigir-lhe a promoção de resultados e a satisfação dos interesses sociais, os sistemas jurídicos passaram a utilizar conceitos vagos e abertos em suas normas, em razão da impossibilidade fática de o legislador prever todas as situações que merecem amparo jurídico. Nesse cenário, a fluidez de certos conceitos acabou se mostrando essencial para conferir certa flexibilidade ao ordenamento jurídico, de forma a torná-lo eficaz.

Seguindo essa tendência, o Legislador, numa tentativa de não deixar qualquer potencial situação desviante fora do espectro de incidência das medidas normativas de controle, tem optado, em geral, pela adoção de uma redação marcadamente vaga e pela utilização de conceitos jurídicos indeterminados, conferindo aos órgãos de controle ampla margem de liberdade e discricionariedade no exercício de suas competências. Afinal, diante da criatividade e engenhosidade dos desvios perpetrados contra a Administração Pública, se todos os conceitos da legislação de controle apresentassem um nível de determinação absoluto, o ordenamento jurídico certamente deixaria de remediar uma enorme gama de ilícitos administrativos.

É certo, no entanto, que além dessa razão, outro fator – já mencionado acima – também contribui para a marcante presença de conceitos jurídicos indeterminados em algumas legislações específicas: diante da constante revelação de escândalos de malversação administrativa, o Legislativo, buscando mostrar à população seu alinhamento ao combate à corrupção, edita normas jurídicas incrementando o controle da Administração Pública, sem o devido grau de detalhamento e de verificação empírica necessários – o que leva tempo. Assim, também como uma forma de responder, de forma célere, à pressão da sociedade, o legislador se utiliza dos conceitos vagos e

Direito e norma; (ii) a afirmação da estatalidade do Direito: a ordem jurídica é uma e emana do Estado; (iii) a completudo do ordenamento jurídico, que contém conceitos e instrumentos suficientes e adequados para solução de qualquer caso, inexistindo lacunas que não possam ser supridas a partir de elementos do próprio sistema; (iv) o formalismo: a validade da norma decorre do procedimento seguido para a sua criação, independentemente do conteúdo. Também aqui se insere o dogma da subsunção, herdada do formalismo alemão. O positivismo tornou-se, nas primeiras décadas do século XX, a filosofia dos juristas. A teoria jurídica empenhava-se no desenvolvimento de ideias e conceitos jurídicos dogmáticos, em busca da cientificidade anunciada. O Direito reduzia-se a um conjunto de normas em vigor, considerava-se um sistema perfeito e, como todo dogma, não precisava de qualquer justificação além, da própria existência” (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 262-263).

indeterminados nas legislações de controle, deixando para o intérprete a tarefa de definir parâmetros e critérios objetivos. Ocorre que, nesse cenário de intensificação do poder punitivo e de disputa institucional entre os órgãos de controle, essa fluidez dos conceitos jurídicos não raro é utilizada como instrumento para a prática de arbitrariedades. A utilização de expressões abertas pode ser encarada como um “cheque em branco” para o controlador.

A Lei nº 8.443/1992, que regulamenta o exercício do controle externo a cargo do Tribunal de Contas da União, estabelece que as contas dos gestores públicos poderão ser julgadas irregulares caso a Corte constate “*prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico*” (art. 16, III, “b”). O legislador, no entanto, não apresentou nenhum critério objetivo acerca do conceito de legalidade, legitimidade ou economicidade, transferindo totalmente ao intérprete o papel de delimitar os contornos dos termos jurídicos empregados. Como ressalta por André Rosilho, “*o resultado dessa escolha do legislador foi a criação de ampla zona de penumbra na qual se tem pouca clareza sobre o que é efetivamente obrigatório, proibido ou autorizado ao Tribunal*”¹⁷⁸.

O mesmo se verifica na Lei de Improbidade Administrativa, que configura um dos principais exemplos de vagueza linguística entre as legislações de controle. Após enumerar diversos atos que configuram improbidade, a Lei nº 8.429/1992, em seu art. 11, estabelece que também constitui atos ímprobos aqueles que atentem “*contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições*”. Como destaca Carlos Ari Sundfeld, “*os parlamentares, sem querer tomar partido claro sobre o que devia, ou não, ser condenado, mas precisando mostrar severidade (para não serem acusados de proteger autoridades malandras), votaram uma lei mandando punir algo muito indefinido: a violação dos “princípios da administração”. Mas como assim?... A lei não disse...*”¹⁷⁹.

¹⁷⁸ ROSILHO, André. Poder Regulamentar do TCU e o Acordo de Leniência da Lei Anticorrupção. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Andre-Rosilho/poder-regulamentar-do-tcu-e-o-acordo-de-leniencia-da-lei-anticorruptao>. Acesso em 11 jan. 2018.

¹⁷⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 226/227.

Embora haja uma sedimentação jurisprudencial a respeito da Lei de Improbidade Administrativa¹⁸⁰, não se pode ignorar o risco de abusos e de insegurança jurídica provocado pela abertura do texto legal, aliada à intensificação do poder punitivo estatal. Há testemunhos não pouco frequentes sobre como a tipificação da improbidade administrativa é inconstante, dependente do ferramental utilizado pelo intérprete e julgador, e principalmente, de como acaba se tornando um instrumento para a prática de arbitrariedades¹⁸¹. Mostra-se tarefa árdua definir, no caso concreto, o que constitui uma violação aos “*princípios da administração pública*”.

Rodrigo Pagani de Souza assinala que essa era dos princípios no Direito Administrativo – na verdade, no Direito Contemporâneo em geral – vem coincidindo com a era de muito poder aos controladores¹⁸². Também nesse sentido, Gustavo Binbenojm ressalta que “*nós temos essa tendência dos órgãos de controle, tanto o controle interno como o dos Tribunais de Contas, a basear as suas decisões em remissões genéricas a princípios e a conceitos jurídicos indeterminados, cuja aplicação concreta gera evidentemente um nível muito elevado de insegurança jurídica, incerteza quanto ao que é permitido e o que é proibido e evidentemente isso também cria problemas no problema da aplicação das normas de controle*”¹⁸³.

Como bem destaca Fábio Medina Osório¹⁸⁴, uma legislação semanticamente vaga permite algumas vantagens, como uma maior flexibilidade dos órgãos de controle face às constantes e dinâmicas mutações sociais, a redução da possibilidade de manobras

¹⁸⁰ O Superior Tribunal de Justiça possui vários entendimentos consolidados a respeito da interpretação que deve ser conferida à lei. A Corte já definiu, por exemplo, que não cabe responsabilidade objetiva, sendo necessária a demonstração do elemento subjetivo, que a ausência de notificação do réu para a defesa prévia só acarreta nulidade processual se houver comprovado prejuízo, que a presença de indícios de cometimento de atos ímprobos autoriza o recebimento fundamentado da petição inicial. Confira-se em <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-08/fimde-editado-stj-divulga-14-teses-improbidade-administrativa>>. Acesso em 30 set. 2017.

¹⁸¹ MALUF, André Luiz; SILVESTRE, Matheus Meott; QUIRINO, Carina de Castro. Tipificação genérica na improbidade administrativa. Disponível em <<https://jota.info/artigos/tipificacao-generica-na-improbidade-administrativa-30062017>>. Acesso em 03 dez. 2017.

¹⁸² SOUZA, Rodrigo Pagani de. Em busca de uma Administração Pública de resultados. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de (Coord.). *Controle da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 50.

¹⁸³ Palestra “Novos Paradigmas da Responsabilidade do Gestor Público” ministrada no evento jurídico promovido pela Associação de Funcionários do BNDES em 25 de agosto de 2017 com o tema “Gestor Público, Riscos de Responsabilização e Segurança Jurídica”. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=qi1WHQRtTs4>>. Acesso em 30 set. 2017.

¹⁸⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 386.

formalistas com vistas à impunidade e um melhor acompanhamento e repressão da corrupção e da má gestão pública. No entanto, o autor também pontua que esse mesmo ambiente de flexibilidade também pode gerar incerteza e insegurança jurídica e oportuniza arbitrariedades, injustiças e voluntarismos:

Daí as desvantagens desse modelo, igualmente dignas de registro, que têm sido apontados em numerosos discursos, a saber: (i) permite-se amplo espaço aos abusos acusatórios, com manobras tendentes a vulnerar os direitos de ampla defesa dos imputados, consagrando-se um perigoso terreno de precários direitos defensivos e de prerrogativas abusivas e arbitrárias; (ii) admite-se espaço amplo às injustiças e às arbitrariedades, com franca agressão à densidade normativa dos princípios do Estado de Direito, da legalidade e da segurança jurídica, com prejuízo ao conjunto dos direitos fundamentais consagrados na Magna Carta; (iii) abre-se espaço, de igual modo, à discricionariedade dos órgãos acusadores e julgadores com os mesmos riscos de corrupção que haveria em relação qualquer outro agente público, criando-se ambiente de “leis retroativas” e “atualizações arbitrárias”, prevalecendo a vontade dos atores de plantão no poder, visto que os conteúdos das normas passam a depender da vontade incontrolável dos intérpretes, muitas vezes maculadas por razões estranhas ao interesse público, passando pela corrupção até a vaidade de exposição na mídia ou interesses puramente corporativos.¹⁸⁵

Em relação à Lei de Improbidade Administrativa (PL 1.446/1991¹⁸⁶), é curioso observar que o projeto inicial proposto pelo então Ministro da Justiça Jarbas Passarinho era composto por apenas treze artigos e se limitava à punição do agente público em decorrência de enriquecimento ilícito, que era definido em rol exemplificativo de nove incisos. No entanto, o texto substitutivo oferecido pelo Senado modificou substancialmente a técnica legislativa empregada no projeto original, inserindo dentre os atos de improbidade administrativa a violação aos referidos princípios da Administração Pública. Como bem destacou Fabio Medina Osorio, a redação do dispositivo “*parece permitir uma adequação extremamente ampla das condutas proibidas, a ponto de se especular que uma infração, qualquer que seja ela, ao dever de impessoalidade ou da moralidade desembocaria na improbidade*”¹⁸⁷.

¹⁸⁵ Idem.

¹⁸⁶ BRASIL. Projeto de Lei nº 1446/1991. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=192235>>. Acesso em 28 jul 2017.

¹⁸⁷ Op. cit., p. 326.

Via de regra, a utilização de conceitos jurídicos indeterminados naturalmente acarreta um comportamento especial do intérprete, a fim de que haja a correta concretização da norma e sedimentação dos conceitos vagos. O problema é que, no Brasil, o Direito Administrativo Sancionador, diferentemente do Direito Penal, em geral carece de uma regulamentação teórica consistente¹⁸⁸, apesar do elevado grau de subjetivismo de suas legislações e da grande quantidade de instrumentos punitivos estabelecidos. Não há uma teorização adequada a respeito dos princípios que devem orientar o Direito Administrativo Sancionador, não obstante seja comum e rotineira a utilização desse ramo jurídico como forma de coibir comportamentos socialmente danosos¹⁸⁹. A inexistência de um substrato teórico robusto no controle da Administração Pública abre caminho a graves distorções e arbitrariedades.

Nesse aspecto, a ausência de parâmetros objetivos para a configuração do ato de improbidade, especialmente no que tange à violação a princípios da Administração Pública, acarreta certas distorções na aplicação das sanções da Lei de Improbidade. Destaque-se, nesse aspecto, que, dentre os anos de 2010 a 2013, as condenações por violação a princípios da Administração Pública representaram 46,15% dos acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça de São Paulo em ações de improbidade administrativa, número seis vezes maior do que as condenações decorrentes de enriquecimento ilícito¹⁹⁰. No Tribunal Regional Federal da 4ª Região, as condenações por razões principiológicas foram três vezes superiores às condenações por enriquecimento ilícito. Sobre tais dados, Carlos Ari Sundfeld tece as seguintes considerações:

Os dados sugerem que o grosso das ações de improbidade nasce da incerteza jurídica ou de questões formais, traduzindo um ativismo do ministério público, que quer influir em políticas públicas ou nas opções de gestão administrativa. Isso tem muito mais a ver com controle externo

¹⁸⁸ “Para a sanção criminal há toda uma construção doutrinária e legal exigida antes de uma eventual punição. No que tange ao ato de improbidade administrativa, porém, por não ser considerado crime e dessa forma, refugir ao âmbito protetivo dos princípios constitucionais penais, relega-se o desvalor da ação para um segundo plano, concentrando-se no desvalor do resultado, com admissão da responsabilidade objetiva e um temerário alargamento causal que muitas vezes alcança condutas acessórias, sem maior relevância e desprovidas de qualquer inadequação social” (CAPEZ, Fernando. *Limites Constitucionais à Lei de Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 15).

¹⁸⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 44.

¹⁹⁰ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel [et. al.] (Coord.). *Lei de improbidade administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015, p. 65. A pesquisa, que se circunscreveu a alguns Tribunais, também apontou que, no geral, as condenações por violação a princípios corresponderam a mais que o dobro das condenações por enriquecimento ilícito.

ordinário sobre a administração. Não é propriamente uma luta contra a corrupção ou contra as lesões ao erário público. Mesmo assim, gestores públicos são incluídos como réus nessas ações e sofrem pressões e danos pessoais. É uma distorção¹⁹¹.

Nesse cenário de incerteza e indeterminação das leis que regem a Administração Pública, a doutrina acaba assumindo um papel relevante no preenchimento da vagueza deixada pelo Legislador. Muitas vezes, a materialização dos tipos abertos estabelecidos pelo Legislador se dá por meio das construções doutrinárias dos juristas¹⁹². Em geral, os intérpretes conferem significativo valor hermenêutico à doutrina administrativista, muitas vezes por incentivo dos próprios doutrinadores¹⁹³. Como destaca José Vicente Santos de Mendonça, “*disciplina historicamente não codificada, surgida de construções jurisprudenciais e burilada por autores, o direito administrativo é, por excelência, um direito de juristas antes que um direito de leis ou um direito de Códigos*”¹⁹⁴.

Não se pode negar o relevante papel da doutrina no Direito Administrativo. Como destaca Thiago Marrara¹⁹⁵, em referência aos administrativistas franceses Charles Debbasch e Frédéric Colin¹⁹⁶, a doutrina (i) é responsável pela divulgação das fontes jurisprudenciais e por sua divulgação e perpetuação; (ii) exerce um papel fundamental na sistematização das mais diferentes fontes do direito administrativo, buscando conferir coerência ao sistema como um todo; (iii) aponta, de modo crítico, os problemas das fontes legisladas, administrativas e jurisprudenciais frente à Constituição, contribuindo, pois, para evitar condutas ilegais; (iv) elabora sugestões de alteração do ordenamento jurídico a fim de permitir que o Poder Público cumpra suas finalidades constitucionais da melhor maneira possível, contribuindo, pois, para o desenvolvimento do direito administrativo; (v)

¹⁹¹ SUNDFELD, Carlos Ari. *O controle público como espetáculo*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/o-controle-publico-como-espetaculo-18012017>. Acesso em 31 jan. 2018.

¹⁹² Sobre o tema, v. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 25-54 (Capítulo “Conversando sobre Direito Administrativo”).

¹⁹³ “Ao mesmo tempo em que não se pode negar a inevitabilidade da disseminação de decisões judiciais em alguma medida contraditórias, paradoxais e problemáticas, é necessário estancar ou reduzir os espaços ao arbítrio e este papel cabe à doutrina” (OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 249).

¹⁹⁴ MENDONÇA, José Vicente Santos de. *O fetiche do jurista e por que ele deve acabar*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/jose-vicente-santos-mendonca/o-fetiche-do-jurista-e-por-que-ele-deve-acabar>>. Acesso em 28 jul. 2017.

¹⁹⁵ MARRARA, Thiago. As fontes do direito administrativo e o princípio da legalidade. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 1, n. 1, p. 23-51, 2014.

¹⁹⁶ DEBBASCH, Charles; COLIN, Frédéric. *Droit administratif*. 8. ed. Paris: Economica, 2007.

elabora e transfere aos operadores do Direito as diretrizes de atuação segundo o ordenamento jurídico, fomentando o respeito à legalidade administrativa.

Nesse contexto, os controladores acabam igualmente tomando a doutrina como efetiva fonte jurídica em sua atuação¹⁹⁷. O grande problema, no entanto, é que, eventualmente, a doutrina – muitas vezes construída a partir de uma posição parcial e interessada do jurista – acaba servindo não como um instrumento acessório de integração do sistema jurídico normativo, mas sim como fonte primária para o exercício do poder sancionatório pelas instâncias de controle, funcionando como uma verdadeira ferramenta de poder, muitas vezes a despeito da existência de prescrição legal para o exercício do poder sancionatório. Vale lembrar que, não obstante sua inegável importância, a doutrina não é reconhecida oficialmente pelo legislador brasileiro como fonte do direito – já que o art. 4^a da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n° 4.657/1992) estabelece que, na omissão da lei, deve-se decidir, tão somente, “*de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito*”, o que agrava a legitimidade de sua evocação pelos órgãos de controle como fundamento *exclusivo* para o exercício do poder punitivo.

Como se vê, a vagueza e a indeterminação dos termos jurídicos utilizados na legislação de controle, a par de pouca concretude teórica do Direito Administrativo Sancionador em geral, confere ampla margem de arbitrariedades e voluntarismos aos órgãos de controle, criando, em certos aspectos, um ambiente de incertezas e insegurança jurídica à atuação da Administração Pública ordinária.

2.5 A existência de um controle formalista focado apenas na análise da conformação da conduta estatal ao modelo burocrático

Além das distorções apontadas acima, ainda há uma ampla incidência de um controle formalista, calcado numa análise inflexível da observância dos modelos organizacionais burocráticos. A origem do termo burocracia é remetida a Jean-Claude Marie Vincent, um economista francês do século XVIII, que criou o termo *bureaucratie*

¹⁹⁷ MARQUES NETO; Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Os sete impasses do controle da Administração Pública no Brasil. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de (Coord.). *Controle da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 29.

para se referir às repartições públicas do país. Posteriormente, a expressão ganhou maior profundidade. A contribuição de maior relevância a respeito da burocracia foi a do alemão Max Weber¹⁹⁸, cuja teoria buscava questionar as formas patrimonialistas de gestão, o nepotismo e o subjetivismo presentes no início do século XX e construir um modelo que garantisse maior previsibilidade e precisão no tratamento das questões organizacionais. Para o jurista alemão, os funcionários públicos seriam profissionais racionais, que seguiriam as rotinas e obrigações das entidades para as quais trabalham. Os seus valores, objetivos e interesses seriam limitados ao alcance das metas da organização e das normas específicas destinadas a regular o seu funcionamento, sendo esse o modelo capaz de levarem as organizações a atingirem maiores graus de eficiência. O *status* e a posição do funcionário público dentro da hierarquia burocrática seriam determinados pelo seu grau de treinamento e títulos no desempenho na execução das rotinas¹⁹⁹.

Max Weber apostava na necessidade de distinção entre a política e a burocracia no Estado moderno. Os políticos representavam inovação, a busca pela realização dos valores sociais, a ética de responsabilidade, enquanto que a burocracia representaria o aparelho instrumental destinado à consecução dessas ideais. Assim, as características típicas do líder político são diversas das do burocrata, que deve privilegiar seu dever de ofício. O político, por outro lado, deve demonstrar capacidade criativa e iniciativa política para o enfrentamento das questões. Nesta ordem de ideias, “*os burocratas de Weber estavam envolvidos apenas na execução de suas atribuições e na contribuição ao cumprimento das metas do aparelho como um todo*”²⁰⁰.

Como ensina Cecília Vescovi de Aragão²⁰¹, o tipo ideal weberiano reúne o que seria a modelagem de um sistema baseado em critérios de eficiência – considerando a estrutura formal da organização –, dada por: (i) estrutura de autoridade impessoal; (ii) hierarquia de cargos baseada em um sistema de carreiras altamente especificado; (iii)

¹⁹⁸ O modelo burocrático foi amplamente disseminado nas administrações públicas dos Estados durante o século XX e é atribuído a Max Weber, já que foi o sociólogo alemão analisou e sintetizou suas principais características no livro *A ética protestante e o espírito do capitalismo*, lançado em 1904.

¹⁹⁹ WEBER, Max. Os fundamentos da organização burocrática: uma construção do tipo ideal. In: CAMPOS, Edmundo (Org. e Trad.). *Sociologia da Burocracia*. 4. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978, p. 15-28.

²⁰⁰ EVANS, Peter. O Estado como problema e solução. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, 28-29, 1993: p.107-156.

²⁰¹ ARAGÃO, Cecília Vescovi. Burocracia, eficiência e modelos de gestão pública: um ensaio. In: *Revista do Serviço Público*, v. 48, n. 3, set/dez, Brasília: ENAP – Escola Nacional de Administração Pública, 1997.

cargos com claras esferas de competência e atribuições; (iv) sistema de livre seleção para preenchimento dos cargos, baseado em regras específicas e contrato claro; (v) seleção com base em qualificação técnica; (vi) remuneração expressa em moeda e baseada em quantias fixas, graduada conforme o nível hierárquico e a responsabilidade do cargo; (vii) o cargo como a única ocupação do burocrata; (viii) promoção baseada em sistema de mérito; (ix) separação entre os meios de administração e a propriedade privada do burocrata; e (x) sistemática e rigorosa disciplina e controle do cargo.

O modelo burocrático brasileiro da Administração Pública foi bastante influenciado pela teoria de Weber: nosso sistema administrativo é pautado pelo procedimento, hierarquia funcional e formalismo, sendo caracterizado por uma estrita vinculação da atuação dos agentes públicos à norma administrativa de acordo com a dicotomia “dever *versus* sanção”. Por consequência, o controle com base nesse modelo caracteriza-se pela aferição da regularidade da atuação do agente público por meio da verificação da conformação de sua conduta ao disposto nas normas que regem sua atuação.

Os aparatos burocráticos podem servir como importantes mecanismos organizacionais para promover eficiência e inibir condutas arbitrárias. Afinal, “*o modelo burocrático de soluções pré-programadas, de manuais, de atuações marcadas e muitas vezes pré-definidas, possibilita a obtenção de resultados adequados e foi capaz de evitar a corrupção e favorecer tendencialmente o combate à imoralidade administrativa, bem como de fornecer referenciais para uma atuação eficiente do servidor público*”²⁰². No cenário contemporâneo, em que são cada vez mais complexos os desafios governamentais e crescentes as áreas em que o Estado é chamado ou obrigado a intervir, a adoção do modelo burocrático pode servir como importante mecanismo organizacional para atingir essas finalidades²⁰³.

O problema, no entanto, é que, hodiernamente, nem sempre a estrita observância da prescrição dos manuais burocráticos será determinante para a aferição da regularidade da atuação da Administração. Em inúmeras situações relevantes, a atuação

²⁰² BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; CAMPOS, Sarah. A administração pública consensual na modernidade líquida. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, v. 14, n. 155, p. 31-43, jan. 2014, p. 34.

²⁰³ MEIER, Jenneth J.; HILL, Gregory C.. Bureacracy in the Twenty-First Century. In: FERLIE, Ewan; LYNN JR., Laurence; POLITT, Christopher (Eds.). *The Oxford Handbook of Public Management*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 67.

burocrática tradicional não resulta no meio mais adequado ao atingimento dos fins estatais, dada a complexidade e o dinamismo próprio da sociedade pluralista moderna, que, muitas vezes, não se amoldam às prescrições normativas burocráticas. Assim, a incidência irrestrita de um controle baseado na mera verificação do cumprimento dos instrumentos burocráticos, sem qualquer tipo de consideração das circunstâncias fáticas específicas que permeiam a atuação estatal, não permite a adoção dos ajustes necessários para que, em situações relevantes e especiais, soluções inovadoras sejam adotadas.

Deve-se ter em mente que o próprio modelo burocrático de Weber não foi concebido como um fim em si mesmo, mas sim um instrumento democrático, destinado a afastar posturas autoritárias e patrimonialistas. Portanto, se a sua inobservância tiver como objeto o atingimento de finalidades públicas legítimas – devidamente fundamentadas, é claro –, deve-se considerar regular a atuação administrativa, na linha das finalidades almejadas por Weber quando da estruturação de seu modelo ideal burocrático. Nesse aspecto, Luciano Ferraz frisa que “*conquanto a burocracia fosse vista como exemplo típico de atuação legal-racional, preconizava-se que a administração não deveria ser analisada dentro de uma camisa de força normativa, senão em contato direto com a sociedade*”²⁰⁴.

Para Gercina Alves de Oliveira, a concepção de um modelo burocrático não deve ser estanque, sendo necessária a constante busca por mecanismos que impeçam a cristalização da burocracia e evitem sua transformação em fator de resistência às mudanças requeridas pelo próprio sistema, em sua trajetória para o desenvolvimento. Para a autora, “*o que parece importante é a criação e a manutenção de uma burocracia com orientação, sensibilidade e capacidade para identificar, equacionar e solucionar problemas, sugerir medidas e sobretudo tomar decisões adequadas, nos diversos setores das atividades administrativas do Governo, em consonância com as necessidades e os interesses do sistema social*”²⁰⁵. Em outras palavras, é necessária a

²⁰⁴ FERRAZ, Luciano. Modernização da Administração Pública e Auditorias de Gestão. In FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício (Coord.). *Direito Público Moderno*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 159.

²⁰⁵ OLIVEIRA, Gercina Alves de. A burocracia weberiana e a administração federal brasileira. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, FGV, 4(2): 47-74, jul./dez. 1970. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/viewFile/4847/3585>>. Acesso em 29 out. 2017.

concepção de uma burocracia aberta, capaz de contribuir decisivamente para o processo de desenvolvimento nacional, configurando o meio – e não o fim – para a realização das tarefas estatais.

Não obstante, muitas vezes, o cerne da fiscalização exercida pelos órgãos de controle tem sido analisar meramente subsunção da atuação estatal às formalidades burocráticas organizacionais, sem qualquer preocupação com a análise da eficiência de soluções diversas promovidas pela entidade. Assim, em determinados contextos, o foco dos órgãos de controle é “*buscar equívocos, desatenções, descumprimentos de linhas e entrelinhas, culpados, e não a perseguição de uma atuação administrativa eficiente*”²⁰⁶.

Como mencionado, esse tipo de prática é rotineiro em ações de improbidade, sendo comum o seu ajuizamento pelo Ministério Público diante da constatação de qualquer irregularidade ou não conformidade, independentemente da verificação de má-fé ou desonestidade. Alienação emergencial de remédios a município vizinho em estado de calamidade (contaminação na merenda escolar, que culminou no surto epidêmico de diarreia na população carente) anterior à autorização legal²⁰⁷, contratação temporária de professores temporários sem concurso público²⁰⁸, mero atraso na prestação de contas, mesmo diante da conclusão pela correta aplicação dos recursos públicos, como visto acima, são alguns exemplos de fatos que já levaram o Ministério Público a ajuizar ações de improbidade, mesmo sem qualquer demonstração do elemento subjetivo doloso, como exigido pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Felizmente, em todos esses casos o STJ reconheceu a inexistência da improbidade, afastando os argumentos do *Parquet*. Mas não se pode deixar de reconhecer o poder intimidatório do amplo ajuizamento de demandas de improbidade por qualquer irregularidade formal constatada, sem a devida análise dos efeitos gerados pela decisão questionada.

Não obstante o TCU já tenha, na década de 90, consignado que “*o princípio da legalidade não pode, entretanto, resultar em invalidação do princípio constitucional da economicidade* (Decisão 753/1996 – TCU – Plenário) e tenha nos últimos anos externado maior preocupação em relação à consecução da eficiência e buscado afastar

²⁰⁶ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; CAMPOS, Sarah. A administração pública consensual na modernidade líquida. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, v. 14, n. 155, p. 31-43, jan. 2014, p. 38.

²⁰⁷ STJ, *DJe* 08 ago. 2017, AREsp 810.030 / SP, Rel. Napoleão Nunes Maia Filho.

²⁰⁸ STJ, *DJe* 03 abr. 2012, AgRg no REsp 66764 / MT, Rel. Min. Benedito Gonçalves.

formalismos exacerbados, ainda remanesce alguns posicionamentos puramente formalistas na verificação da regularidade da atuação administrativa. O Acórdão nº 1.394/2012 – TCU – Plenário, proferido no bojo do TC nº 014.098/2008-3, instaurado para fiscalizar nas obras de implantação do Terminal Portuário de Pecém/CE pela Petrobras, ilustra o controle formalista que se critica nesse tópico. No referido acórdão, determinou-se à estatal que, *“para o caso de processos ainda em papel, e visando ao resguardo dos princípios da transparência e da moralidade, expeça orientação aos setores competentes da empresa, a fim de que todos passem a observar a necessidade de numeração sequencial e de rubrica das folhas dos processos”*. É relevante o voto do Relator, Ministro Raimundo Carrreiro, nesse ponto:

30. Destaco que a numeração das folhas de um processo e a sua rubrica não configura medida de burocrata, mas sim medida de prudência necessária à concretização e à proteção dos princípios da transparência e da moralidade, porquanto dificultam a fraude.

31. E nesse particular ainda que a Lei nº 9.784/1999, invocada pelo Tribunal como fundamento das suas decisões não trouxesse a previsão contida no art. 22, §4º, quanto à necessidade de numeração e de rubrica, não estaria a Petrobras dispensada dessa providência como forma de resguardar a lisura dos seus processos, cujos interesses são múltiplos, tanto por parte do Poder Público, seja na perspectiva do interesse público primário seja na do interesse público secundário, quanto por parte dos particulares que contratam ou pretendem contratar com a Petrobras.

32. Nesse sentido, entendo, assim como entendeu o Ministro Augusto Nardes, a impertinência de se buscar a responsabilidade dos empregados da Petrobras, quando da inobservância desse procedimento. Isso porque compete à alta administração da Companhia adotar as devidas providências para regulamentar a questão internamente, promovendo a devida divulgação da mudança de rotina.

33. Por essa razão, entendo que o TCU deve, nesta oportunidade, reiterar a determinação para que se adote as devidas providências para o resguardo dos princípios da transparência e da moralidade, consistente na expedição de orientação aos setores competentes da empresa, a fim de que todos passem a observar a necessidade de numeração e de rubrica das folhas dos processos, para, naturalmente, os casos de processos que ainda utilizarem papel, uma vez que os processos eletrônicos fazem tal numeração de forma automática.

Não há como considerar congruente que, em pleno século XXI, no bojo da fiscalização de uma obra para a construção de um terminal portuário pela maior empresa brasileira – a Petrobras –, a instância controladora esteja preocupada com a ausência de

numeração e rubrica das folhas²⁰⁹ do processo de contratação, e não com o efetivo atendimento dos fins que devem servir de norte às contratações públicas ou com a adoção de soluções que melhor permitam o controle eficiente dos processos licitatórios. Decerto que não é a mera numeração e rubrica das folhas de um procedimento licitatório que trarão a transparência que se exige dos órgãos estatais e terão o condão de afastar o risco de corrupção.

Ao abordar a fiscalização das empresas estatais pelo Tribunal de Contas – embora seja pertinente à Administração Pública em geral –, Alexandre Santos de Aragão destaca que o exercício do controle externo deve levar em consideração “*não somente as consequências do seu controle no plano estritamente jurídico, mas também no plano dos fatos, notadamente as suas repercussões econômicas, que são juridicizadas no conceito amplo de legalidade pelos princípios da economicidade e eficiência, que, integrados à Lei Maior, passaram também a integrar o conceito de legalidade-juridicidade*”²¹⁰. Afinal, invalidar ou questionar todo um programa de melhorias, com proveitos à coletividade, por conta de um defeito menor ou por uma falha formal não é sinal de efetividade do controle, mas sim de sua falta de responsividade, sendo uma negação da lógica da eficiência²¹¹.

A realidade, principalmente na sociedade moderna atual é muito mais complexa e dinâmica do que os modelos formais previstos na legislação, exigindo do administrador público e de seu aparelho burocrático uma constante necessidade de criar novas ferramentas e adaptar a atuação estatal para atender aos novos anseios sociais²¹².

²⁰⁹ Vale destacar, nesse aspecto, que os defensores da burocracia na contemporaneidade prescrevem que os instrumentos burocráticos devem acompanhar as inovações tecnológicas, deixando-se para trás a tradicional formalização dos atos administrativos em papéis, para a adoção de formas eletrônicas. In: MEIER, Jenneth J.; HILL, Gregory C.. Bureacracy in the Twenty-First Century. In: FERLIE, Ewan; LYNN JR., Laurence; POLITT, Christopher (Eds.). *The Oxford Handbook of Public Management*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 53.

²¹⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista. São Paulo: Forense, 2017, p. 372.

²¹¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, p. 7-30, abr. 2010.

²¹² Calos Ari Sundfeld é bastante crítico quanto a essa vinculação estrita da atuação administrativa estatal aos ditames legais e à noção da Administração Pública como braço mecânico do legislador: “Este ensaio vê o direito administrativo como o direito que condiciona a criação e execução de soluções, políticas e programas pela Administração Pública. O dever básico do administrativista é trabalhar na ampliação do leque de alternativas para a ação administrativa encontrar no Direito sua base e seus limites, mas sem comprometer a extensão da função criadora que a Administração tiver recebido da legislação, nos termos constitucionais. A grande missão do administrativista contemporâneo não é tolher a criação administrativa para defender o espaço do legislador. É assegurar que o Direito, em suas múltiplas formas, influa sobre o

Afinal, “*muitas das noções fundamentais elaboradas no quadro do Estado liberal, já não dão conta das formas tomadas pela atividade administrativa*”²¹³. Nesse aspecto, destacam-se novamente as ponderações de Alexandre Santos de Aragão, a respeito das incertezas a que o gestor público está submetido, apresentadas nos estudos sobre o Projeto de Lei no 349/2015, de autoria do Senador Antonio Anastasia, que busca incluir, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, disposições para aumentar a segurança jurídica e a eficiência na aplicação do direito público:

No Direito Administrativo, muitas vezes as previsões abstratas das normas, e a interpretação que delas fazem alguns órgãos de controle, não possuem maleabilidade suficiente para dar conta de todos os casos concretos com os quais o administrador público se depara em seu dia a dia, colocando-o diante de um difícil dilema: cumprir cegamente a letra da lei e deixar perecer alguma necessidade pública premente ou a implementação eficiente da política pública a seu encargo; ou interpretá-la inteligentemente, à luz dos seus fins sociais, atendendo aos objetivos públicos que estão ao seu encargo, mas não a sua letra fria e isolada, sujeitando-se, por essa razão, a sanções. Sua grande falta teria sido realizar materialmente os objetivos da norma e do direito, mas não cumprido a sua regra abstrata e isolada tal como interpretada, mais ortodoxamente, por alguns órgãos de controle²¹⁴.

A imposição da observância irrestrita das formalidades burocráticas engessa a máquina pública, obstando o direcionamento da atuação administrativa para a consecução de resultados eficientes²¹⁵. Afinal, como bem destaca Carlos Ari Sunfeld, o campo de atuação da Administração Pública vai além dos ditames jurídicos, para abarcar outras circunstâncias em que o Direito posto não é capaz de prever soluções prontas:

A Administração atual é um espaço de deliberação pública – feita na forma do Direito, mas não apenas considerando o Direito. O Direito dirige e limita a ação administrativa, mas não predetermina por inteiro todos os seus atos. Na deliberação administrativa entram a política, a técnica, a

espaço de deliberação administrativa, mas sem monopolizá-lo”. (SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 136).

²¹³ FERRAZ, Luciano. Modernização da Administração Pública e Auditorias de Gestão. In FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício (Coord.). *Direito Público Moderno*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 158.

²¹⁴ Disponível em <<http://antonioaugustooanastasia.com.br/wp-content/uploads/2015/09/segurancajuridica.pdf>>. Acesso em 28 jul. 2017.

²¹⁵ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; CAMPOS, Sarah. Op. Cit. p. 33: “A realidade complexa da moderna sociedade pluralista, liquefeita, desmontou a possibilidade de sucesso de um modelo puramente burocrático, que provou sua impotência. Se o modelo burocrático privilegia procedimentos previamente determinados e enrijecidos, a realidade atual passou a exigir uma Administração Pública mais orientada para os resultados, sobretudo para a maximização do atendimento das necessidades sociais. Nesse sentido, impõe-se a dessacralização do confuso emaranhado de regras do ordenamento administrativo, que foi equiparado a instrumento orientador enrijecido de perseguição do bem comum”.

subjetividade etc. Sobre a deliberação, há controles jurídicos, checando sua compatibilidade com o Direito. Mas há também influências e controles não jurídicos, de dentro e de fora das instituições estatais, atuando pontualmente ou no longo prazo. Não faz sentido, na vigência do regime democrático, propor que controles jurídicos absorvam o campo natural dos controles não jurídicos. O mundo jurídico não tem – e não deve ter – todas as respostas²¹⁶.

Assim, o mero descumprimento das formalidades normativas, que não constitui corrupção ou intenção deliberada de provocar danos ao erário público não deveriam, a princípio, constituir fonte de obstáculos à continuidade das ações estatais, sob pena de inviabilizar políticas públicas. Nesse caso, mesmo que a fiscalização tenha o objetivo de preservar a legalidade e aumentar a eficiência da gestão, o efeito sobre esta última questão é praticamente nulo e os riscos de se afetar gravemente a prestação de serviços relevantes e prejudicar a população é muito superior²¹⁷.

Carlos Ari Sundfeld²¹⁸ atentou para a necessidade de superação do que chamou de “*direito administrativo do clips (DAC)*”, ou seja, a “*Administração de papelaria, que age por autos e atos, trata direitos e deveres em papel, é estatista, desconfia dos privados, despreza a relação tempo, custos e resultados, não assume prioridades*”, típico “*da gestão financeira, de pessoal e de patrimônio na Administração Direta e autarquias*”.

Segundo o autor, deve prevalecer o que denominou “*direito administrativo dos negócios (DAN)*”, que é aquele “*dos que se focam em resultados e, para obtê-los, fixam prioridades, e com base nelas gerencial a escassez de tempo e recursos. Para esse âmbito, valem práticas opostas às do DAC: aumenta a informalidade nos procedimentos; a inação é o pior comportamento possível do agente; soluções devem ser encontradas o mais rápido possível; acordos são desejáveis; evitar e eliminar custos é fundamental; só se envolvem na decisão agentes e órgãos indispensáveis; riscos devem ser assumidos sempre que boa a relação custo-benefício etc*”. Segundo o doutrinador, o discurso do DAN, baseia-se em figuras como “*eficiência*”, “*empresa estatal*”, “*interesse público*”, dentre outros.

²¹⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 239.

²¹⁷ LOUREIRO, Maria Rita. (Coord.). Coordenação do sistema de Controle da Administração Pública Federal. *Série Pensando o Direito*, nº 33/2009, Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, Brasília, 2009, p. 76-77.

²¹⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. O direito administrativo entre os clips e os negócios. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Brasília, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 33-39, abr./jun. 2007.

Não há como se mostrar consentâneo com o Estado Democrático de Direito a limitação da Administração Pública ao estrito cumprimento das formalidades legais, sem a consideração quanto à efetiva eficiência da atuação estatal. Na complexa e pluralista sociedade moderna, em que há a multiplicidade de ideologias e os diversos interesses frequentemente se opõem – o modelo de controle essencialmente burocrático não se mostra adequado e as definições legais nem sempre correspondem às necessidades sociais²¹⁹.

²¹⁹ XAVIER, Gabriela. Novos Rumos da Administração Pública eficiente: participação administrativa, procedimentalização, consensualismo e decisões colegiadas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v.1, p.12 - , 2015.

3 OS REFLEXOS NA ATUAÇÃO ORDINÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

3.1 As vantagens: melhorias na gestão pública e conformação da atuação dos agentes

Desde 1998, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19 ao *caput* do art. 37 da Constituição Federal, a eficiência constitui um dos princípios que deve reger a Administração Pública. Embora já se pudesse inferir da redação original da Constituição, a emenda expressamente consagrou o dever de eficiência como um dos valores norteadores da atuação estatal, que, conseqüentemente, passou a ser compreendido sob um novo enfoque: “*como parâmetro de controle, de aferição permanente das finalidades na atuação do poder público, refletindo um direito subjetivo ao recebimento da boa prestação administrativa*”²²⁰. Sob essa perspectiva, fica ainda mais claro que o controle não pode ser um fim em si mesmo, mas sim um elemento do processo de aperfeiçoamento constante da atuação estatal.

Dessa forma, para além da detecção de irregularidades no exercício da atividade administrativa, o controle da gestão pública também deve estar voltado para a implementação de ações corretivas no sentido de alcance de resultados positivos e de melhorias no desempenho das atividades estatais²²¹. Nesse aspecto, a atividade de controle da atuação ordinária estatal tem o valioso potencial de auxiliar na otimização de procedimentos, alinhamentos de rotinas, troca de práticas bem-sucedidas e promoção da transparência da atividade estatal e das contas públicas.

Para além de buscarem a promoção do princípio da *accountability*, fazendo com que os governantes sejam responsáveis em relação às suas ações e decisões, essa cultura institucional de intensificação das ações de controle, apesar de suas distorções, contribui, de alguma forma, para o aperfeiçoamento do funcionamento da máquina pública quando bem-sucedidas. O adequado fortalecimento, intensificação e expansão do controle sobre a atuação estatal pelas múltiplas instituições destinadas a essa

²²⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, p. 7-30, abr. 2010.

²²¹ CUNHA, Bruno Santos. O princípio da eficiência e o direito fundamental à boa administração. In: MARRARA, Thiago. *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 386.

finalidade podem trazer resultados positivos à performance cotidiana da Administração Pública, colaborando para a promoção do dever de eficiência.

Nesse ponto, as fiscalizações e auditorias promovidas pelos órgãos com função exclusiva de controle da gestão pública federal – TCU e CGU –, podem constituir uma valiosa ferramenta para o aprimoramento da atuação ordinária da Administração Pública. De acordo com definição do Instituto dos Auditores Internos – IIA²²², o objetivo das auditorias constitui em adicionar valor e melhorar as operações de uma organização. Dessa forma, as auditorias governamentais têm como finalidade “*examinar a regularidade e avaliar a eficiência da gestão administrativa e dos resultados alcançados, bem como apresentar subsídios para o aperfeiçoamento dos procedimentos administrativos e dos controles internos das unidades da Administração Direta e Indireta*”²²³.

Como abordado acima, em determinadas searas, constata-se a redução de irregularidades administrativas e o conseqüente aperfeiçoamento da gestão pública em decorrência do incremento do poder fiscalizatório das instâncias de controle. Sobre o ponto, vale novamente ressaltar a pesquisa sobre o efeito das auditorias e fiscalizações pela CGU no *Programa de Fiscalização em Entes Federativos* realizada por Claudio Ferraz, Eric Avis e Frederico Finan²²⁴, em que os autores apuraram que as cidades fiscalizadas previamente por meio do programa tiveram 8% menos irregularidades quando comparadas a municípios auditados pela primeira vez, sendo ainda constatada uma redução de 6% a 8% nas falhas e irregularidades nos municípios vizinhos aos que foram auditados.

Da mesma forma, as ações promovidas pelo TCU também contribuem para a promoção de eficiência na Administração Pública. Embora os benefícios das ações de controle externo sejam de difícil mensuração, o Tribunal todo ano apresenta os resultados de seus trabalhos, indicando a economia que suas fiscalizações geraram aos cofres públicos, seja por meio da prevenção do desperdício, da promoção de melhorias na

²²² Confira-se em <<http://www.iiabrasil.org.br/new/IPPF.html>>. Acesso em 10 set. 2017.

²²³ PETER, Maria da Glória Arrais; MACHADO, Marcus Vinícius Veras. *Manual de auditoria governamental*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 59.

²²⁴ AVIS, Eric; FERRAZ, Claudio; FINAN, Frederico. Do Government Audits Reduce Corruption? Estimating the Impacts of Exposing Corrupt Politicians (No. w22443). National Bureau of Economic Research, 2016.

alocação de recursos, da redução de danos ambientais ou do aperfeiçoamento das políticas públicas. Sem prejuízo de uma possível supervalorização de sua atuação, segundo o relatório da Corte referente ao ano de 2016, o total de benefícios financeiros das ações de controle externo superou R\$ 7 bilhões, conforme apontado na tabela reproduzida abaixo:

Benefício	Valor (R\$)
Correção de irregularidades ou impropriedades	6.144.749.478,57
Incremento da economia, eficiência, eficácia ou efetividade de órgão ou entidade da administração pública	302.568,00
Outros benefícios diretos	658.437,09
Redução de preço máximo em processo licitatório específico	1.016.972.642,41
Aperfeiçoamento em metodologias de estimativa de custos ou redução de preços em tabelas oficiais	7.944.383,99
Elevação de preço mínimo da outorga ou da empresa a ser privatizada	34.160.540,71
Redução de tarifa pública	26.797.526,27
TOTAL	7.231.585.577,04

Fonte: Relatório Anual de Atividades: 2016 / Tribunal de Contas da União

Em suma: a atividade de controle mostra-se essencial para a promoção de eficiência e melhoria da performance financeira e operacional da Administração Pública, sendo certo que, funcionando adequadamente, a expansão e o fortalecimento das instituições de *accountability* constituem uma valiosa ferramenta para o aperfeiçoamento da gestão pública. No entanto, como visto acima e conforme mencionado no capítulo introdutório, o sistema brasileiro de controle da Administração Pública apresenta uma série de disfuncionalidades, as quais podem, ao contrário, retirar os incentivos para uma atuação eficiente por parte dos gestores e servidores públicos. E como esse é o foco do presente trabalho passa-se então a abordar os efeitos deletérios dessas distorções.

3.2 O outro lado da moeda

3.2.1 O direito administrativo do medo e o desestímulo à eficiência e à inovação

As características elencadas no capítulo anterior, apesar de se mostrarem vantajosas sob certos aspectos, apresentam, como visto, diversas disfuncionalidades. Conforme abordado, há inúmeros órgãos de controle que atuam de forma individualizada e descoordenada e que competem entre si pelo protagonismo no combate à corrupção, especialmente por meio da intensificação de seus poderes investigativos e punitivos, valendo-se, para tal desiderato, dos conceitos jurídicos amplamente indeterminados previstas nas legislações de controle e do apego desmesurado a aspectos meramente burocráticos das legislações de controle. Esse cenário que vem propiciando o que alguns autores denominam de “*direito administrativo do medo*”²²⁵.

Conforme destaca Demian Guedes, o medo constitui a essência do poder, sendo utilizado, em diversas estruturas sociais de diferentes culturas como um instrumento de coesão e controle. A partir da organização do indivíduo em sociedade, o medo inerente à existência humana foi apreendido pelos grupos hegemônicos e institucionalizado por meio da imposição de castigos oficiais às transgressões à ordem e às proibições vigentes. Fazendo referência à lição do jurista italiano Massimo Severo Gianninni, Demian Guedes afirma que o medo configura “*instrumento de controle social, tendo como objetivo evitar a repetição de comportamentos que, apesar de atraentes ao indivíduo, sejam coletivamente considerados perigosos, prejudiciais ou imorais*”²²⁶.

Naturalmente, o sistema de controle e fiscalização da Administração Pública se utiliza do medo como instrumento de império. O sistema busca tolher comportamentos desviantes por meio da ameaça de imposição de penalidades aos agentes públicos que transgredirem os deveres e princípios que devem ser observados no desempenho de suas funções. Ocorre que, embora o atual sistema de controle possa ter o condão de

²²⁵ Sobre o ponto, v. GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>>. Acesso em 27 set. 2016.

²²⁶ GUEDES, Demian. *Autoritarismo e Estado no Brasil: tradição, transição e processo administrativo*. Belo Horizonte: Letramento, 2016, p. 145-147.

inibir a corrupção, suas distorções também podem inibir a liberdade e a eficiência da atuação administrativa. Isso porque, em função das distorções elencadas no capítulo anterior, tomar decisões no cotidiano da Administração, inclusive aquelas mais rotineiras, pode atrair tantos riscos pessoais ao gestor público que, num instinto de autoproteção, ele acaba restringindo sua atuação à sua zona de conforto²²⁷.

Como destacam Eduardo Jordão e Maurício Portugal Ribeiro, nesse cenário “o relevante passa a ser salvar a própria pele, não pensar em soluções que possam conduzir à realização do interesse público”²²⁸. Assim, com o receio de ser punido pela prática de um ato que, ao seu ver, é necessário e oportuno, mas que pode não ser entendido dessa forma pelos órgãos de controle, o gestor público pode simplesmente deixar de praticar o ato – ou praticar outro que seja menos eficiente, mas com menor risco de vir a ser questionado –, deixando de contribuir com soluções inovadoras ou mais eficazes à solução dos problemas sociais com que a Administração Pública tem que lidar.

Uma das principais práticas que denotam essa retração dos gestores públicos em face da atividade de controle é o comum envio prévio, pelos órgãos da Administração Pública, de seus editais de licitação ao TCU, sem que sequer a Corte tenha solicitado, como lhe autoriza o art. 113, §2º, da Lei nº 8.666/1993. Ou seja, a fim de se resguardarem de qualquer responsabilização futura, a própria Administração Pública já tem enviado de antemão seus editais de licitação ao órgão de controle externo, promovendo as alterações que o Tribunal entenda adequadas.

²²⁷ LOUREIRO, Maria Rita. (Coord.). Coordenação do sistema de Controle da Administração Pública Federal. *Série Pensando o Direito*, nº 33/2009, Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, Brasília, 2009, p. 70: “Na avaliação dos fiscalizados, a perpetuação de tal cultura provoca a percepção de que os auditores agem como algozes em busca de situações que possam promover punições aos funcionários públicos. Tal percepção dificulta a construção de diálogo e impede o aprendizado mútuo, que poderia ser muito rico na medida em que ambos teriam muitas experiências a compartilhar. Os entrevistados nos ministérios relatam, ainda, que muitos gestores e tomadores de despesas vêm evitando assinar projetos ou autorizar gastos temendo a ação dos órgãos de controle, o que acarreta prejuízos ao andamento das políticas públicas. Alegam que existem situações em que auditores priorizam uma visão meramente legalista e apontam erros de formalidades que não têm nenhum efeito sobre o uso eficiente dos recursos públicos. Segundo eles, tal situação gera problemas significativos para os gestores na medida em que eles precisam prestar esclarecimentos e muitas vezes são chamados a depor em inquéritos conduzidos, também, por órgãos de polícia, e que se desdobram em desgaste emocional desnecessário e que poderia ser evitado caso houvesse propensão ao diálogo”.

²²⁸ JORDÃO, Eduardo; RIBEIRO, Maurício Portugal. Como desestruturar uma agência reguladora em passos simples. *REI - Revista Estudos Institucionais*, [S.l.], v. 3, n. 1, p. 180-209, ago. 2017. ISSN 2447-5467. Disponível em: <<https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/155/132>>. Acesso em: 01 out. 2017.

Em estudo econômico²²⁹ sobre o tema, os economistas Mauricio Bugarin e Fernando Meneguim buscaram verificar se o sistema institucional de controle brasileiro gera incentivos a uma gestão ativa e inovadora, a uma gestão passiva e burocrática ou a uma gestão voltada à corrupção. O principal resultado teórico constatado pelos autores, corroborado pelas evidências empíricas, é que “*regras extremamente rígidas tendem a fazer com que o gestor de carreira adote uma postura mais cautelosa, evitando inovar e tomar decisões que possam ser futuramente questionadas e que poderiam, inclusive, implicar a perda do cargo público*”²³⁰. O resultado positivo é o menor envolvimento do gestor de carreira em práticas corruptas. No entanto, o aspecto negativo é a redução de seus incentivos para a realização de atividades inovadoras que poderiam gerar maior benefício à sociedade.

O estudo também aponta que serão os gestores com posições temporárias que tenderão a se arriscar mais na execução de suas atividades profissionais, já que eles têm menos a perder com a punição. No entanto, a inovação empreendida por esses gestores poderá se dar tanto em prol do bem-estar social, para aqueles que atribuem elevado valor a essa atividade, como em favor de seu próprio benefício pessoal por meio de atividades ilícitas, para os demais agentes. De todo modo, os autores destacam que, para ambas as categoriais, quanto mais rígidas forem as instituições de controle, “*menor será o incentivo para o gestor público enveredar pelos caminhos da corrupção, mas também menor será o incentivo ao gestor público inovar em prol de uma gestão mais eficiente*”²³¹. Assim, no geral, os gestores públicos que valoram o bem-estar social podem se tornar “*burocratas inativos*” ou então apenas os gestores temporários irão se arriscar em prol da sociedade.

Para Frank Aneciarico e James B. Jacobs²³², não há comprovação de que o aumento das políticas de controle conduza à eficiência da atuação estatal. Na verdade, os autores argumentam que a proliferação dos mecanismos de supervisão, destinados a

²²⁹ BUGARIN, Mauricio; MENEGUIN, Fernando Boarato. Incentivos à corrupção e à inação no serviço público: Uma análise de desenho de mecanismos. *Estudos Econômicos (São Paulo)*, v. 46, n. 1, p. 43-89, Mar. 2016. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-41612016000100043&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 20 set. 2017.

²³⁰ Idem, p. 46.

²³¹ Idem, p. 57.

²³² ANECHIARICO, Frank; JACOBS, James. *Jacobs The pursuit of absolute integrity. How corruption control makes government ineffective*. Chicago: The University of Chicago Press, 1996.

evitar e erradicar a corrupção, prejudicam gravemente a capacidade de governar. Usando os esforços de combate à corrupção em Nova Iorque para ilustrar o argumento, eles defendem que, ao ter seu foco desviado para o atendimento das excessivas demandas dos órgãos de controle, a Administração Pública perde em termos de eficiência: gera-se lentidão no processo de tomada de decisão, uma gestão defensiva e pouco criativa, menor preocupação com os resultados da ação estatal, etc. E, nesse cenário, a divulgação midiática das ações de controle tem o condão de legitimar ainda mais as ações do controle formalista, disseminando o medo e a paralisia entre gestores públicos, temerosos por suas reputações.

Ou seja, limitados pela multiplicidade, intensidade e pela forma do exercício do controle sobre sua atuação pelas instituições de *accountability*, os gestores públicos, quando desafiados pela realidade social a apresentarem soluções criativas, “fora da caixa”, a depender da presença das disfuncionalidades apontadas acima e da incidência da atuação dos órgãos de controle, podem preferir não se arriscar e acabam optando pela manutenção do *status quo*, já que tomar decisões mais ousadas nesse cenário pode se mostrar arriscado, por sujeitá-los à responsabilização civil, administrativa e penal, independentemente de sua intenção ou do resultado de suas ações. Em palestra sobre o assunto, Gustavo Binenbojm fez as seguintes considerações sobre o “direito administrativo do medo”:

A partir desse clamor nacional contra corrupção endêmica, exige das instituições de controle uma atuação cada vez mais incisiva e, como resposta, as instituições de controle acabam se valendo dessas competências tão variadas baseadas em normas tão diversas para atuar proativamente sobre os gestores públicos no Brasil. O cenário de ampla insegurança jurídica com relação a qual órgão competente para exercer o controle e qual o conteúdo desse controle diante da diversidade de normas e de normas de textura tão aberta se complementa com uma tendência dos gestores públicos a atuarem sempre na defensiva. É o que alguns chamam de um “efeito retranca”. Já que os órgãos de controle atuam de maneira muito proativa, muitas vezes pretendendo se substituir aos gestores públicos na tomada das decisões, isso acaba gerando evidentemente nesse contexto de segurança jurídico um efeito inibidor à inovação e um desincentivo a qualquer decisão, ainda que juridicamente bem fundada, um desincentivo a mudanças de entendimento. Na doutrina americana isso costuma ser designado pela expressão “*analysis-paralysis*”, ou seja, o controle é tão intenso, que ele acaba gerando um efeito de ossificação, já que os incentivos ao gestor público quando ele inova são mínimos. Aliás, ele tem incentivos a não inovar, porque os

riscos da inovação, da mudança de entendimentos, são muito elevados.²³³

Como destaca Egon Bockman Moreira, “a *Administração Pública tornou-se refém de uma legalidade ortodoxa combinada com múltiplos controles externos (intensos e extensos; preventivos e repressivos)*”, o que “*inibe o administrador, sempre receoso de ser punido por males que não causou*”²³⁴. Essa retração do gestor público acaba gerando uma grave ineficiência administrativa. Como destaca Fernando Vernalha Guimarães: “*instalou-se o que se poderia denominar de crise da ineficiência pelo controle: acuados, os gestores não mais atuam apenas na busca da melhor solução ao interesse administrativo, mas também para se proteger*”²³⁵. Onofre Alves Batista Júnior e Sarah Campos também apontam esse mesmo problema:

A cultura administrativa reinante, nesse contexto, é a do medo, a do receio da punição. Não se tenta aperfeiçoar ou buscar a solução adequada, mas o receio enraizado aponta sempre para a solução de privilégio de uma interpretação literal dos regulamentos e ordens do hierarca. A eficiência administrativa e o bem comum são postos de lado em prol de uma atuação servil e, por vezes, medrosa e covarde.²³⁶

Essa atmosfera de medo e insegurança quanto ao descumprimento dos mandamentos legais traz o risco de que o agente público responda sempre negativamente às demandas atípicas que não se encaixem hermeticamente ao conteúdo da norma. Nesse cenário, em vez de procurar a melhor solução, o agente público, com receio de punição, vai preferir se esconder atrás da norma, atuando como mero reproduzidor da descrição literal dos atos normativos: qualquer situação não prevista nos atos normativos não receberá a guarida da atuação administrativa estatal. Como destaca Eduardo Jordão, “*é frequente a afirmação de um administrador “assombrado pelo*

²³³ Palestra “Novos Paradigmas da Responsabilidade do Gestor Público” ministrada no evento jurídico promovido pela Associação de Funcionários do BNDES em 25 de agosto de 2017 com o tema “Gestor Público, Riscos de Responsabilização e Segurança Jurídica”. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=qj1WHQRtTs4>>. Acesso em 30 set. 2017.

²³⁴ MOREIRA, Egon. *Crescimento econômico, discricionariedade e o princípio da deferência*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/egon-bockmann-moreira/crescimento-economico-discricionariedade-e-o-principio-da-deferencia>>. Acesso em 30 jun. 2017.

²³⁵ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>>. Acesso em 27 set. 2016.

²³⁶ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; CAMPOS, Sarah. A administração pública consensual na modernidade líquida. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, v. 14, n. 155, p. 31-43, jan. 2014, p. 38.

*controlador” ou da consagração de um “direito administrativo do inimigo”, a prejudicar que o administrador público ouse adotar soluções menos ortodoxas, mas claramente conducentes à realização do interesse público*²³⁷. Muitos dos problemas da ineficiência estatal, portanto, podem decorrer não da incompetência ou de má vontade dos gestores públicos, mas sim de mero temor do controle punitivo estatal, que se multiplica e se intensifica cada vez mais sem, necessariamente, ser acompanhado de mecanismos que garantam o seu exercício de maneira harmônica, coordenada e em prol da eficiência da atuação estatal.

Considerando a presença de todos os problemas apontados acima, acabam sendo privilegiados *“aqueles servidores que “não trazem problemas”, incapazes de assumir riscos, incapazes de levantar conflitos com o poder econômico, incapazes de atuarem eficientemente, incapazes de proporcionarem o bem comum*²³⁸. A existência dessa atmosfera de medo tolhe o poder criativo do corpo administrativo, que pode acabar adotando um padrão de comportamento mediano, desinteressado, em que se mostra mais prudente não buscar medidas eficientes, em nome de uma autopreservação.

Ou seja, na existência das distorções apresentadas acima, o administrador público não tem incentivos para melhorar a gestão da máquina pública, para oferecer novas repostas aos problemas sociais, para procurar em outros sistemas possíveis soluções para os desafios enfrentados. Para Carlos Ari Sundfeld, *“a boa gestão pública não é a prioridade da legislação brasileira, muito menos de seus intérpretes. A prioridade tem sido outra: limitar e controlar ao máximo - até ameaçar - os gestores, em princípio suspeitos de alguma coisa*²³⁹. Segundo o autor, disseminou-se um culto de controle e punição de agentes públicos, como se a intensificação do controle fosse imune ao bom

²³⁷ JORDÃO, Eduardo. *Por mais realismo no controle da administração pública*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Eduardo-Jordao/por-mais-realismo-no-controle-da-administracao-publica>>. Acesso em 17 jun. 2017.

²³⁸ Ibidem.

²³⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Chega de axé no direito administrativo*. Disponível em: <http://www.brasilpost.com.br/carlos-ari-sundfeld/chega-de-axe-no-direito-administrativo_b_5002254.html>. Acesso em 27 set. 2016. Outra passagem do texto é significativa: “Nossos problemas na máquina pública não vêm de simples imperfeições técnicas nas leis ou nas pessoas. Vêm de algo mais profundo: da preferência jurídica pelo máximo de rigidez e controle, mesmo comprometendo a gestão pública. Boa gestão pode e deve conviver com limites e controles, mas não com esse maximalismo. Sem inverter a prioridade, não há reforma administrativa capaz de destravar a máquina. O novo lema tem de ser: mais sim, menos não; mais ação, menos pressão. Aqui vão quatro ideias interessantes a respeito”.

funcionamento da atuação administrativa. Ocorre que, embora possa inibir a prática de condutas ímprobas, esse clima de medo também atinge o bom administrador, de conduta proba, que só quer exercer seu trabalho da melhor maneira possível e para o bem da Administração Pública e da sociedade.

O sistema de controle não pode representar um entrave para a eficiência na atuação da Administração Pública²⁴⁰. É preciso, portanto, mudar certos parâmetros da fiscalização da atuação estatal²⁴¹, para conferir maior segurança ao gestor público na tomada de decisões criativas para a solução dos problemas estatais²⁴². Os órgãos de fiscalização devem apurar a efetiva busca do administrador público na promoção da eficiência da atuação administrativa, ainda que esse resultado não tenha sido alcançado e ainda que discordem quanto aos meios empregados para se atingir essa finalidade, caso não seja constatada nenhuma flagrante ilegalidade.

Sobre o equilíbrio que deve permear a atividade de controle, Juarez de Freitas tece as seguintes considerações:

Laboram em erro, pois, os maximalistas, que pretendem tudo controlar, causando — às vezes, com a intenção funesta de vender facilidades — uma paralisia insana, com bilhões de horas destinadas ao trabalho improdutivo de saciar o burocratismo parasitário. No polo oposto, erram

²⁴⁰ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; CAMPOS, Sarah. A administração pública consensual na modernidade líquida. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, v. 14, n. 155, p. 31-43, jan. 2014: “O controle da Administração Pública, de fato, é uma necessidade para que se possam observar as máximas de moralidade, impessoalidade e mesmo de eficiência administrativa, entretanto, o Estado não pode mesmo ser visto como um veículo cuja principal parte seja os freios. A busca da eficiência administrativa não pode ser um convite a repercussões negativas para o agente, sob pena de generalização de um comportamento “mediano”, resignado. Uma ideia equivocada de legalidade, calcada em um “legalismo estéril”, não pode converter os mecanismos de controle da Administração Pública no cavalo de Troia do Direito Administrativo, especialmente no contexto da Administração democrática, que exige a adoção de soluções consensuais e participativas”.

²⁴¹ “A rigidez no funcionamento da estrutura hierarquizada da Administração, a conseqüente diluição de responsabilidades, os aspectos desfavoráveis do controle hierárquico acarretam a busca de novos métodos de direção e novas técnicas de controle” (MEDAUR, Odete. *Controles Internos da Administração Pública. Boletim de Direito Administrativo*, n. 6, Ano VIII, Jun/1992).

²⁴² RIBEIRO, Leonardo Coelho. “*Na dúvida, dorme tranquilo quem indefere*”, e o *Direito Administrativo como caixa de ferramentas*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/leonardo-coelho-ribeiro/na-duvida-dorme-tranquilo-quem-indefere-e-o-direito-administrativo-como-caixa-de-ferramentas>>. Acesso em 09 out. 2016.

“Desse modo, transformar o “dorme tranquilo quem indefere”, em “dorme tranquilo quem defere”, é uma missão complexa, no entanto, possível. Passa, não só, mas necessariamente, por repensar o arranjo de incentivos que costuma conformar os estatutos de servidores públicos, de forma a aprimorar o alinhamento de seus interesses individuais com os interesses coletivos em jogo. A propósito, e com urgência, o tema precisa de debate, propostas e reforma, que desbordam os limites deste ensaio”.

os minimalistas, que preferem deixar tudo ao sabor de políticas conjunturais, ignorando as falhas estridentes de mercado²⁴³.

Como muito bem sintetizou Carlos Ari Sunfeld, grande crítico do sistema brasileiro de controle da Administração Pública, o gestor público “*tem de ser protegido contra os excessos de fiscalização. Do contrário, morrendo de medo de algum processo, ele cruza os braços e fica esperando a aposentadoria chegar. Nossa máquina pública funciona cada vez menos. O que o direito tem de fazer agora é multiplicar os incentivos para a ação pública, e não ficar criando novos riscos para quem age, incentivando a acomodação e a paralisia. Em suma: mais sim, menos não*”²⁴⁴.

3.2.2 O risco de “ossificação administrativa” decorrente da excessiva judicialização: o exemplo das agências reguladoras

Por conta das constatações mencionadas acima, mostra-se questionável a defesa do entendimento de que seria necessário um maior ativismo judicial no controle da Administração Pública, já que que os demais Poderes da República seriam pouco ativos, tornando a intervenção do Judiciário necessária. Isso porque, na verdade, pode estar ocorrendo o inverso: o administrador público pode estar estrategicamente escolhendo adotar uma postura menos ativa, já prevendo a maior proatividade do Judiciário.

Esse fenômeno já se mostra notável em relação ao controle dos atos das agências reguladoras. O excessivo questionamento judicial dos atos da Administração Pública, com a possível responsabilização dos gestores públicos pela sua prática sem a devida preocupação com as distorções mencionadas no capítulo anterior, além de prejudicar o próprio funcionamento do Judiciário – abarrotando-o e gerando ainda mais custos –, pode também contribuir para o enfraquecimento do papel dos órgãos reguladores, afastando ou encarecendo investimentos no país. Essa situação se agrava ainda mais em locais como o Brasil, de tradição civilista, em que as agências reguladoras

²⁴³ FREITAS, Juarez. As políticas públicas e o direito fundamental à boa administração. *NOMOS: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, Fortaleza, v.35, n.1, 2015, p.195-217.

²⁴⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. *Chega de axé no direito administrativo*. Disponível em: <http://www.brasilpost.com.br/carlos-ari-sundfeld/chega-de-axe-no-direito-administrativo_b_5002254.html>. Acesso em 12 fev. 2017.

são relativamente recentes e ainda não detém o prestígio social de outras entidades estatais²⁴⁵.

Sobre esse ponto, estudo econômico elaborado por Fernando Meneguim e Maurício S. Bugarin questiona a defesa, por alguns teóricos, de um maior ativismo judicial, sob a alegação de que os demais Poderes da República seriam pouco ativos e que, portanto, a intervenção do Judiciário se tornaria necessária. No entanto, segundo a pesquisa, é possível que, na verdade, o agente regulador esteja estrategicamente escolhendo adotar uma postura menos ativa, já prevendo a maior proatividade do Judiciário. Nas palavras dos economistas:

Parte da justificativa citada para esse maior ativismo judicial se encontra no entendimento de alguns de que os demais Poderes da República estariam sendo muito pouco ativos e que, portanto, a intervenção do Judiciário se tornaria necessária. No caso particular do modelo aqui apresentado, isso corresponde a dizer que o agente regulador é ineficiente em sua tarefa de regular a indústria, o que quase forçaria o Judiciário a tomar a frente na exigência ex-post de redução de preços. O que o presente modelo estilizado sugere é que pode haver uma inversão nesse argumento. De fato, pode ser que a própria falta de atividade do agente regulador seja não a causa, mas sim uma consequência estratégica da previsão por parte deste de que haverá importante intervenção judicial mais à frente. Em outras palavras, é possível que a preocupação com os efeitos desestabilizadores do mercado da intervenção judicial termine causando uma prudência excessiva na regulação ex-ante por parte do agente regulador²⁴⁶.

Essa possibilidade de atuação omissiva em razão do intenso controle realizado pelo Judiciário tem sido suscitada por parte da doutrina norte-americana, que a tem denominado de “*ossificação administrativa*” (“*deossifying the rulemaking process*”). A expressão foi cunhada por Thomas McGuarity ao explicitar as razões pelas quais o processo decisório das agências reguladoras tem se tornado extremamente lento, rígido e oneroso²⁴⁷, tendo o autor, posteriormente, dedicado um artigo para tratar da ossificação

²⁴⁵ JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 150.

²⁴⁶ MENEGUIM, Fernando; BUGARIN, Maurício. *Regulação Ótima e a Atuação do Judiciário: uma Aplicação de Teoria dos Jogos*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Novembro/2014 (Texto para Discussão nº 160). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 20 set. 2016.

²⁴⁷ MCGARITY, Thomas. Some thoughts on "deossifying" the rulemaking process. 41 *Duke L. L.* 1385, 1992, p. 1385-1462: “(...) it is difficult to disagree with the conclusion that it is much harder for an agency to promulgate a rule now than it was twenty years ago” (“é difícil discordar da conclusão de que é muito mais difícil para uma agência promulgar uma regra agora do que era há vinte anos”).

decorrente, especificamente, do controle judicial²⁴⁸. Para o autor e outros diversos teóricos norte-americanos²⁴⁹, a incidência do controle sobre as agências reguladoras é tão intenso que estaria engessando as agências e atrasando excessivamente a elaboração de normas regulatórias. Assim, as agências não teriam incentivos para exercer regularmente suas funções, chegando inclusive ao ponto de optar pela paralisia:

Uma vez que os tribunais estão relativamente desinformados sobre o que é importante entre as muitas questões levantadas pelas partes que buscam a revisão de uma regra e porque são técnica e cientificamente pouco sofisticados em analisar as questões que consideram críticas à "razoabilidade" de uma regra, a percepção nas agências é que tudo pode acontecer. Isso produz uma produção legislativa defensiva, se não o abandono do processo de produção legislativa²⁵⁰.

Eduardo Jordão também aborda a teoria da ossificação administrativa norte-americana, tecendo as seguintes considerações sobre o assunto:

Alguns autores sustentam que um controle judicial não deferente acaba forçando as agências a despenderem parcela significativa de seus recursos para acautelarem-se contra revisões judiciais (ou para adaptá-las quando elas lhe retornam após anulação e reenvio). Este movimento acaba gerando ineficiências e uma "paralisação" da ação administrativa, decorrente do esforço para cumprir as exigências excessivas do Poder Judiciário (fala-se numa *analysis paralysis*). No extremo, pode até mesmo favorecer a inação administrativa, numa *policy paralysis*. O argumento, neste último caso, é o de que, muitas vezes simplesmente não vale a pena para a autoridade promover uma nova ação ou produzir um regulamento, por exemplo, uma vez que esta ação exigiria dispêndio excessivo de seus recursos escassos. Gera-se, assim, um incentivo para a manutenção artificial do *status quo*²⁵¹.

²⁴⁸ MCGARITY, Thomas. The Courts and the Ossification of Rulemaking: A Response to Professor Seidenfeld, 75 *TEX. L. REV.* 525, 1997.

²⁴⁹ Sobre o tema, vide BREYER, Stephen. Judicial Review of Questions of Law and Policy, 38 *Admin. L. Rev.* 363, 1986, p. 382–84; PIERCE JR., Richard. Seven ways to deossify the rulemaking process, 47 *Admin. L. Ver.* 59, 1995; dentre outros.

²⁵⁰ No original: "Because the courts are relatively uninformed about what is important among the many issues thrown up by the parties seeking review of a rule, and because they are technically and scientifically unsophisticated in analyzing the issues that they perceive to be critical to a rule's 'reasonableness', the perception in the agencies is that anything can happen. This produces defensive rulemaking, if not abandonment of the rulemaking process" (MASHAW, Jerry. *Greed, Chaos, and Governance: Using Public Choice to Improve Public Law*. New Heaven: Yale University Press, 1997, p. 165).

²⁵¹ JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 161-162.

Embora alguns autores, por outro lado, destaquem que empiricamente não há nada que comprove a existência dessa ossificação administrativa²⁵², não se pode olvidar do risco de que a intensificação e multiplicação do controle sobre a atuação Administração Pública por órgãos alheios aos problemas diários de gestão pública, com a sujeição de seus gestores à possibilidade de responsabilização pessoal, possa não só retirar-lhes os incentivos para uma atuação proativa, como, ainda, gerar uma situação de paralisia – alternativa muito mais conveniente ao administrador preocupado em se proteger dos riscos de sua atividade.

3.2.3 A transferência da decisão administrativa para os órgãos de controle

Como decorrência da intensificação e multiplicação do controle estatal, observa-se, em alguma medida, uma transferência do poder de decisão administrativa para os órgãos de controle. Isso porque, diante do incremento dessa cultura de controle sobre a atuação da Administração Pública e, conforme visto no tópico acima, de uma certa retração dos administradores públicos em razão da intensa incidência desse controle, as instâncias fiscalizatórias, na análise da atuação estatal, acabam avocando para si a competência para definir a política pública ou a decisão administrativa que entendem mais adequadas aos interesses sociais, incumbindo-se de uma atividade inerente ao Poder Executivo. Sobre os efeitos negativos decorrentes da ampla interferência dos órgãos de controle nas decisões tomadas pela Administração Pública, Amauri Feres Saad tece as seguintes considerações:

A confusão dessas competências com competências de controle pode produzir, como tem sido infelizmente comum no Brasil, a multiplicação de instâncias de controle que na verdade funcionarão como verdadeiras administrações públicas de segundo grau, realizando, sob o pretexto de controlar, verdadeiras revisões integrais da ação administrativa. Isto, se pode ocasionalmente propiciar uma melhoria da qualidade da atuação administrativa, de regra tende a produzir resultados negativos, com a paralisação de obras públicas, intervenções indevidas na regulação de serviços públicos, revisão injustificada de escolhas discricionárias da Administração, prejuízos à execução de contratos administrativos, entre

²⁵² Vide JORDAN III, William S.. Ossification Revisited: Does Arbitrary and Capricious Review Significantly Interfere with Agency Ability to Achieve Regulatory Goals Through Informal Rulemaking?, 94 *NW. U. L. VER.* 393, 2000. Disponível em <file:///C:/Users/prisc/Downloads/SSRN-id140798.pdf>. Acesso em 30 set. 2017.

muitos outros exemplos. O controlador, a pretexto de controlar, converte-se em um segundo, terceiro, quarto, quinto administrador; e, como as instâncias de controle são várias, o que se tem não é o reforço do direito sobre a atividade da administração, mas, ao contrário, um concurso de vontades descompassadas, exprimidas por agentes incompetentes em mais de um sentido. O controle deve ser, por natureza, uma atividade recatada; por isso não pode e não deve ser assimilado à figura da hierarquia.²⁵³

A intrusão indiscriminada dos órgãos de controle nas decisões da Administração Pública apresenta, a princípio, ao menos dois problemas em relação aos seus efeitos. O primeiro refere-se ao déficit de responsividade que essa avocação de competência pelo órgão de controle – que não é democraticamente legitimado a tomada da decisão administrativa – pode gerar. Isso porque, como os controladores não possuem responsabilidade política e administrativa – já que, como servidores estáveis ou membros vitalícios, não eleitos, não possuem compromissos políticos para com a sociedade e não estão submetidos ao dever de prestar contas de seus atos tal qual estão sujeitos os gestores públicos –, ao assumirem o papel de dizer qual é a melhor opção dentre aquelas facultadas pela margem de discricionariedade da Administração, retira a controlabilidade da decisão que venha a impor e, conseqüentemente, seu comprometimento pessoal com os resultados da medida implementada.

Assim, por exemplo, uma decisão estritamente administrativa estabelecida pelo Poder Judiciário não é passível de controle pelo Tribunal de Contas, sendo imune, portanto, ao controle externo. Do mesmo modo, uma decisão tomada pelo Tribunal de Contas em substituição à Administração Pública que venha a ser anulada pelo Judiciário por ser constatada a sua antieconomicidade não sujeitará seus membros (os Ministros do TCU) à condenação ao pagamento de multa ou de ressarcimento ao Erário ou à inabilitação para o exercício de seus cargos, como poderia ocorrer com os gestores públicos cujas contas fossem julgadas irregulares. Ou seja, as decisões tomadas pelos órgãos de controle em substituição ao Poder Executivo não são passíveis de controle ou de responsabilização de seus membros em caso de eventual inconformidade com o ordenamento jurídico.

²⁵³ SAAD, Amauri Feres. *Do conceito de controle da administração pública no direito administrativo brasileiro*. 2016. 192 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2016, p. 34.

O segundo problema reside no fato de que os órgãos de controle carecem da expertise técnica própria do Poder Executivo para lidar com os problemas sociais e definir as políticas públicas mais adequadas à sua solução. Não obstante o quadro de pessoal integrante do sistema de controle geralmente se mostre extremamente qualificado e capacitado²⁵⁴ – o que nem sempre ocorre nas estruturas das carreiras e no contexto remuneratório da Administração Pública –, fato é que as instâncias destinadas à fiscalização não detêm o *know-how* próprio dos órgãos e entidades do Executivo para a solução dos problemas sociais, possuindo, naturalmente, uma maior dificuldade para a compreensão dos complexos efeitos sistêmicos das escolhas da Administração Pública e, conseqüentemente, para a tomada de uma decisão informada e esclarecida.

Na verdade, mesmo diante dessa considerável diferença no que tange à qualificação e à capacitação – embora, neste ponto, não se pode deixar de criticar a quantidade exorbitante de cargos comissionados ou funções de confiança na estrutura da Administração Pública, que, na União, conforme levantamento feito pelo TCU²⁵⁵, ultrapassa 30% de seu quadro funcional –, observam-se intensas e profundas mudanças na Administração Pública tradicional, que, diante da complexidade e do dinamismo da sociedade moderna, tem buscado uma maior tecnicidade e especialização de seu aparato administrativo, para conseguir acompanhar as recorrentes transformações das relações sociais e econômicas e dar-lhes respostas a tempo, o que tem representado uma verdadeira mudança de paradigma no direito administrativo, como bem destaca Gustavo Binenbojm:

Aos poucos, mas nem sempre de forma linear, o direito administrativo vai se convertendo em um saber tecnológico, estruturado para produzir decisões orientadas pelas melhores conseqüências práticas. A aproximação com domínios do conhecimento baseados em estudos empíricos, como a economia e, embora menos frequentemente, com a

²⁵⁴ Como bem destacam Floriano de Azevedo Marques Neto e Juliana Bonacorsi de Palma, “em todas as instâncias, as burocracias incumbidas do controle são as mais preparadas, mais aparelhadas e mais bem remuneradas do serviço público. Normalmente seus agentes ascendem às carreiras do controle após percorrerem uma sucessão de concursos públicos. Em pouco tempo de carreira sua remuneração chega próxima ao teto da respectiva esfera federativa” (MARQUES NETO; Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Os sete impasses do controle da Administração Pública no Brasil. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de (Coord.). *Controle da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 21).

²⁵⁵ TC 011.954/2015-9, Rel. Min. Vital do Rêgo.

ciência política, acaba levando o direito administrativo a adotar, de certa forma, o olhar prospectivo e contextualizado do pragmatismo²⁵⁶.

Trata-se, na verdade, de um fenômeno global, que vem sendo denominado “virada institucional”, cujas bases teóricas, pode-se dizer, foram lançadas por Cass Sunstein e Adrian Vermeule em 2003 em *Interpretation and Institutions*²⁵⁷. Basicamente, para os autores, as grandes teorias decisórias, ao tratar de aspectos tão abstratos como justiça e moral, acabam por subestimar ou superestimar o papel do legislador e/ou dos juízes, o que gera, obviamente, distorções entre o objetivo pretendido pelas teorias e o resultado prático obtido. Assim, destacando a falibilidade dos juízes²⁵⁸, os autores afirmam que uma instância decisória (normalmente o Judiciário), ao se deparar com um caso difícil, deve, antes de decidir, considerar a sua capacidade e seus limites institucionais – e das outras instituições envolvidas –, para compreender a questão debatida e os resultados sistêmicos das possíveis decisões, aferindo se a sua instituição é a mais adequada para solucioná-lo²⁵⁹. A relevância da análise institucional comparativa no controle dos atos

²⁵⁶ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 62.

²⁵⁷ SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian Vermeule, *Interpretation and Institutions*. In: *Michigan Law Review*, vol. 101, pp. 885-951, fev. 2003.

²⁵⁸ Como ressaltam os autores, “uma extraordinária variedade de pessoas ilustres explorou estratégias interpretativas sem prestar atenção ao fato de que tais estratégias serão inevitavelmente usadas por pessoas falíveis e com prováveis efeitos dinâmicos que se estendem muito além do caso em questão” (no original: “An extraordinary variety of distinguished people have explored interpretive strategies without attending to the fact that such strategies will inevitably be used by fallible people and with likely dynamic effects extending far beyond the case at hand”). Trata-se, sem dúvida, de uma crítica ao “juiz Hércules” de Ronald Dworkin” (DWORKIN, Ronald. *Law’s Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986).

²⁵⁹ A síntese dessa ideia pode ser extraída do seguinte trecho do artigo: “Many people emphasize that any approach to the Constitution must take account of the institutional strengths and weaknesses of the judiciary. Even here, however, we have seen that influential voices in constitutional law argue in favor of interpretive strategies in a way that is inadequately attuned to the issue of institutional capacities. Those who emphasize philosophical arguments, or the idea of holistic or intratextual interpretations, seem to us to have given far too little attention to institutional questions. Here as elsewhere, our minimal submission is that a claim about appropriate interpretation is incomplete if it does not pay attention to considerations of administrability, judicial capacities, and systemic effects in addition to the usual imposing claims about legitimacy and constitutional authority. But we have also suggested the possibility that in constitutional law, an assessment of those issues might lead to convergence, on appropriate methods, from those who disagree about what ideal judges should do”.

Em tradução para a língua portuguesa: “Muitas pessoas enfatizam que qualquer abordagem da Constituição deve levar em conta as forças e fraquezas institucionais do sistema judiciário. Mesmo aqui, no entanto, vimos que vozes influentes no direito constitucional defendem as estratégias interpretativas de forma inadequada em relação à questão das capacidades institucionais. Aqueles que enfatizam os argumentos filosóficos, ou a ideia de interpretações holísticas ou intratextuais, nos parecem ter dado pouca atenção às questões institucionais. Aqui como em outros lugares, nossa submissão mínima é que uma reivindicação sobre interpretação apropriada está incompleta se não prestar atenção a considerações de administrabilidade, capacidade judicial e efeitos sistêmicos, além das reivindicações habituais sobre

administrativos decorre justamente da necessidade de que se afaste o risco de usurpação de competências.

Não obstante haja certas críticas relacionada à dificuldade de aplicação prática da teoria²⁶⁰, é pertinente a ponderação de Sunstein e Vermeule no sentido de que deve ser considerada a capacidade e a expertise da instituição de controle para avaliar a conformidade do ato administrativo que lhe é submetido e intervir na decisão tomada pelo gestor público. A ampla e recorrente intromissão dos órgãos de controle nas decisões da Administração Pública, com a conseqüente avocação da competência administrativa decisória, pode gerar graves efeitos sistêmicos, em decorrência da – via de regra – inferior especialização funcional e experiência prática das instâncias fiscalizatórias para a realização de uma análise global dos problemas sociais enfrentados pelo Executivo. Como bem sintetizado por Gustavo Binimbojm, observa-se, em certa medida, uma *“delegação ou compartilhamento das principais decisões da Administração Pública com os órgãos de controle, o que nos leva a uma situação de que quem decide é quem não tem responsabilidade política, não tem qualificação técnica e, em geral não tem a visão global dos problemas”*²⁶¹.

É notável, nesse aspecto, a recorrente interferência do Tribunal de Contas da União nas decisões administrativas tomadas pelos gestores públicos – o que levou José Vicente Santos de Mendonça a qualificar a Corte como o *“o maior regulador brasileiro”*²⁶². No âmbito do controle externo, é comum que o TCU, ao cabo de suas fiscalizações e

legitimidade e autoridade constitucional. Mas também sugerimos a possibilidade de que, no direito constitucional, uma avaliação dessas questões possa levar à convergência, em métodos apropriados, daqueles que discordam sobre o que os juízes ideais devem fazer”.

²⁶⁰ Exigir do intérprete que considere adequadamente a capacidade de sua instituição e a capacidade do órgão que emitiu o ato analisado e, em seguida, preveja suficientemente as conseqüências sistêmicas de determinado método decisório para, daí, aferir qual dessas instituições seria a mais aparelhada para tomar a decisão final a respeito do significado da norma é incorrer no mesmo erro que os autores denunciam. Mais sobre o tema, v. ARGUELHES, Diego Werneck e LEAL, Fernando, Dois problemas de operacionalização do argumento de “capacidades institucionais”. *Revista Estudos Institucionais*, [S.l.], v. 2, n. 1, p. 192-213, jul. 2016. ISSN 2447-5467. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/40/49>>. Acesso em: 07 nov. 2017.

²⁶¹ Palestra “Novos Paradigmas da Responsabilidade do Gestor Público” ministrada no evento jurídico promovido pela Associação de Funcionários do BNDES em 25 de agosto de 2017 com o tema “Gestor Público, Riscos de Responsabilização e Segurança Jurídica”. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=qi1WHQRtTs4>>. Acesso em 30 set. 2017.

²⁶² MENDONÇA, José Vicente Santos de. *PL das Agências: quando o possível ainda é pouco*. Disponível em <<https://jota.info/colunas/reg/pl-das-agencias-quando-o-possivel-ainda-e-pouco-16052017>>. Acesso em 09 out. 2017.

auditorias, não encontrando nenhuma irregularidade ou ilicitude nas contas analisadas, expeça “recomendações” ou “determinações” às entidades fiscalizadas, sendo que o descumprimento dessas últimas é passível de multa, nos termos do art. 250, inciso II e §3º, do Regimento Interno do TCU e do art. 58, inciso II, da Lei nº 8.443/1992 (Lei Orgânica do TCU).

O problema é que, num ambiente de incremento do controle e intensificação do poder punitivo, tais “recomendações” ou “determinações” podem imprimir uma certa “ameaça” ao gestor público e, nessa circunstância, servirem de instrumento para que o Tribunal imponha suas preferências políticas ou seu posicionamento pessoal, subtraindo do administrador público sua discricionariedade para definir o modelo de gestão pública que repute mais adequado à solução dos gargalos sociais. Sobre o ponto, Egon Bockmann Moreira afirma que *“os órgãos de controle externo tendem a se arrogar a competência para atribuir qualificativos à decisão administrativa – e inventam outra, que qualificam como “a melhor ainda” do que a proferida pela pessoa a quem a lei e os regulamentos definiram como competente”*²⁶³.

Para ilustrar, vale a referência a alguns exemplos. Em 13/09/2017, foi apreciada pelo Tribunal de Contas uma auditoria instaurada para avaliar a atuação do governo federal no controle sobre a incidência da sífilis no Brasil²⁶⁴. O Tribunal concluiu que a política de controle da sífilis é deficiente no país e expediu diversas recomendações ao Ministério da Saúde, as quais incluíam, dentre outras, a articulação com os Estados e municípios para fortalecer as medidas de captação e tratamento dos parceiros das gestantes com sífilis, a elaboração de estratégias em conjunto com o Conselho Federal de Enfermagem e o Conselho Federal de Medicina visando a desmitificação, junto aos profissionais do setor, do risco de reação anafilática pelo uso da penicilina e, ainda, a revogação da competência privativa do enfermeiro de nível superior para realizar testes rápidos, concedendo respaldo técnico a técnicos e auxiliares de enfermagem para que cumpram essa função. Ao final, determinou que o Ministério da Saúde apresente à Corte

²⁶³ MOREIRA, Egon Bockmann. *Crescimento econômico, discricionariedade e o princípio da deferência*. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/columnistas/egon-bockmann-moreira/crescimento-economico-discricionariedade-e-o-principio-da-deferencia>>. Acesso em 30 set. 2017.

²⁶⁴ Acórdão nº 2019/2017 – TCU – Plenário, proferido pelo Tribunal de Contas da União no bojo do TC nº 030.300/2016-9.

de Contas, em até 120 dias, plano de ação para a implementação das medidas recomendadas e que sua secretaria especializada – SecexSaúde, monitore a sua implementação em processo específico.

Embora seja positiva a preocupação do órgão de controle em relação ao combate a sífilis, é possível afirmar não só que as medidas propostas se encontram inteiramente abarcadas dentro do espectro de decisões e prioridades que cabem exclusivamente ao Poder Executivo – e não à Corte de Contas –, como até mesmo que a matéria sequer é passível de controle pelo Tribunal. Afinal, o TCU tem como função a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União, e não a definição de políticas públicas na área de saúde. Ainda que o Tribunal de Contas conte com equipes especializadas, pela própria amplitude dos assuntos que envolvem a atuação administrativa do Estado – saúde, educação, segurança pública, transporte, etc. –, sua estrutura não é capaz de ter uma visão global das políticas públicas a cargo do Governo, para avaliar, com a expertise técnica e política necessária, as deficiências do modelo vigente, se as medidas que propõe são as mais adequadas e eficazes, quais serão suas repercussões e efeitos, se o Estado tem capacidade e condições de realizá-las, se a sua implementação será realizada às custas de outras ações administrativas, etc. O Tribunal não acompanha a rotina de uma repartição pública, não detém a tecnicidade própria dos gestores públicos para enfrentar os problemas sociais e não conhece os desafios diários enfrentados pela Administração na implementação das políticas públicas, sendo certo que uma simples auditoria ou fiscalização não são capazes de conferir à Corte o domínio de todas essas experiências.

Outro caso recente envolvendo uma possível extrapolação de competências do Tribunal de Contas da União foi a decisão cautelar, proferida no bojo do TC nº 025.657/2017-8, determinando que a AGU e o Executivo se abstivessem de adotar quaisquer condutas relacionadas às negociações com a CEMIG a respeito da prorrogação de alguns seus contratos de concessão de usinas hidrelétricas. Explica-se. A princípio, a CEMIG havia optado por não prorrogar antecipadamente alguns de seus contratos de concessão que se venceriam entre 2013 e 2017, na forma autorizada pela Medida Provisória nº 579/2012 (convertida posteriormente na Lei nº 12.783/2013). A empresa pleiteou que a prorrogação se desse na forma do contrato vigente e algumas

questões envolvendo o encerramento desses contratos foi posteriormente judicializada – inicialmente no STJ (MS 20.432) e depois no STF (RMS 34.203 e AC 3980).

A princípio, a União se mostrou inclinada a licitar as concessões, chegando inclusive a remeter ao TCU os primeiros documentos do certame – como mencionado acima, um exemplo da retração da Administração Pública em face dos órgãos de controle. No entanto, após o início da fase externa, o Executivo acenou com a possibilidade de prorrogar as concessões da CEMIG por acordo, tendo o STF inclusive acatado o pedido de adiamento do julgamento em razão da possível instauração de procedimento perante a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal da AGU.

Ocorre que, não obstante não tenha havido a constatação de nenhuma ilegalidade ou prejuízo, o TCU, em processo instaurado para analisar o procedimento negocial entre a União e a CEMIG, resolveu intervir, determinando a suspensão das negociações, e condicionando a retomada das tratativas à demonstração do “*interesse público tutelado com a medida e seus reflexos para o erário, para o consumidor de energia elétrica e para a sustentabilidade do setor*”, “*sob pena de responsabilização das autoridades competentes*” (itens 9.2. e 9.5. do Acórdão n° 1.971/2017 – TCU – Plenário).

Com efeito, a União emitiu sinais contraditórios ao conduzir processos de licitação e de negociação em paralelo, mostrando-se pertinente a apuração instaurada pelo TCU, a fim de afastar qualquer incerteza ou insegurança jurídica. No entanto, não foi constatada nenhuma ilegalidade na atuação da União a ponto de justificar a suspensão das negociações, tendo o Tribunal de Contas, sem dúvidas, extrapolado suas competências e se imiscuído em esfera de discricionariedade exclusiva do Poder Executivo. Vale lembrar, nesse aspecto, que, de acordo com o art. 71, incisos IX e X, da Constituição, o âmbito de atuação cautelar conferido ao TCU é restrito às hipóteses de constatação de *ilegalidade*, o que em nenhum momento foi apontado pela Corte no bojo do processo administrativo instaurado.

Por essa razão a CEMIG impetrou mandado de segurança (MS n° 35192), tendo o Ministro Dias Toffoli, relator, suspenso o acórdão do TCU, sob o argumento de que a Corte promoveu “*uma substituição da esfera de atuação administrativa e política da União e, de outro lado, interferiu na discricionariedade das partes judiciais quanto ao interesse*

em conciliar e mesmo quanto aos termos em que eventualmente pretendam fazer o ajuste". Aprofundando ainda mais a sua análise, o ministro argumentou que *"o TCU procedeu a uma nítida substituição do gestor público, do órgão de representação da União, e mesmo das partes litigantes do processo judicial"*.

Em relação às agências reguladoras federais, são amplos os debates e a crítica a respeito da grande intervenção do TCU – e também de outros órgãos de controle – em relação às suas atividades-fim. Sobre o ponto, Alexandre Santos de Aragão afirma que *"o Tribunal de Contas pode realmente controlar tais atos de regulação [atividades-fim das agências reguladoras], uma vez que, imediata ou mediatamente, os atos de regulação e de fiscalização sobre os concessionários de serviços públicos se refletem sobre o Erário"*²⁶⁵. Floriano Marques Neto, no entanto, pontua que o controle das atividades-fim das agências reguladoras traz o risco de *"de as Cortes de Contas se substituïrem ao regulador pois, ao punir os agentes incumbidos da regulação por falta ou insuficiência de exercício do poder de apenar, o Tribunal de Contas passa a assumir o papel de avaliar a conduta do regulado"*. O autor destaca que ainda *"há o risco de que esta atividade evolua para uma sanção indireta ao regulado (pois este não é sujeito diretamente à jurisdição do Tribunal) com todos os problemas trazidos pela falta de contraditório e ampla defesa"*²⁶⁶. Ou seja, o exercício de um controle intenso pelo Tribunal de Contas sobre as agências reguladoras pode não só transferir – indevidamente – a competência regulatória às Cortes de Contas, como ainda pode trazer insegurança jurídica ao mercado e investidores.

Nesse aspecto, em dissertação de mestrado sobre o tema, Cristiana Muraro Társia destaca que, embora em alguns episódios a performance do Tribunal de Contas no âmbito da regulação possa até se revelar eficiente, não se pode confundir a função do controle externo com a da regulação econômica. Isso porque, segunda a autora, *"a extrapolação da competência fiscalizatória do TCU pode submeter os agentes a determinações desalinhadas com as políticas públicas e regras regulatórias, implicando*

²⁶⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 340.

²⁶⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo Marques. *Agências Reguladoras Independentes. Fundamentos e seu Regime Jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 120.

*a desestabilização dos setores regulados e, por obviedade, trazendo insegurança jurídica aos seus entes*²⁶⁷.

Em seu trabalho, há diversos exemplos de interferência do Tribunal de Contas da União na atuação ordinária das agências reguladoras, valendo o destaque ao TC nº 012.693/2009-9 que tramitou perante a Corte, em que o Tribunal avaliou a governança das agências reguladoras no setor de infraestrutura para identificar oportunidades de melhoria. Em 24/08/2011, foi prolatado o Acórdão nº 2261/2011 – TCU – Plenário, que, embora tenha destacado a importância da autonomia das agências reguladoras, ao consignar que essa autonomia “*é importante para que seu processo decisório seja técnico e imparcial, livre de ações externas indevidas*”, assinalou que “*a atuação do TCU sobre a atividade finalística das agências não se resume à apreciação das suas contas anuais*” e que “*cabe à Corte de Contas verificar, no caso das agências, se os resultados obtidos estão de acordo com os objetivos desses órgãos, conforme estabelecidos em lei*”.

A respeito da influência das instâncias fiscalizatórias em geral na performance das agências reguladoras, Eduardo Jordão e Maurício Portugal Ribeiro²⁶⁸, em artigo sarcástico intitulado “*Como Desestruturar uma Agência Reguladora em Passos Simples*”, elencam a interferência nas escolhas e decisões regulatórias pelos órgãos de controle como uma das causas para o esvaziamento das agências reguladoras brasileiras. Para os autores, essa interferência pelas instâncias de controle ocorre de duas formas. A primeira consiste na conduta dos órgãos de controle em ignorar a complexidade do direito e a absoluta ausência de respostas inequívocas para as várias questões que devem ser resolvidas pelas agências reguladoras e impor a sua solução de preferência, sob o argumento de que ela é exigida pelo ordenamento jurídico. Como ressaltam os autores, os juízes e tribunais brasileiros “*costumam impor as suas próprias soluções, muitas vezes a partir do que supõem que um princípio abstrato necessariamente exigiria diante de um*

²⁶⁷ TÁRSIA, Cristiana Muraro. *A atuação do Tribunal de Contas da União sobre as atividades-fim das Agências Reguladoras Federais*. 2012. 147 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional Econômico) – Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, 2012.

²⁶⁸ JORDÃO, Eduardo; RIBEIRO, Maurício Portugal. Como desestruturar uma agência reguladora em passos simples. *REI - Revista Estudos Institucionais*, [S.l.], v. 3, n. 1, p. 180-209, ago. 2017. ISSN 2447-5467. Disponível em: <<https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/155/132>>. Acesso em: 01 out. 2017.

caso concreto qualquer". A segunda residiria "em realizar um esgarçamento (ou uma "interpretação criativa") de suas próprias competências de controle", ilustrada pelos autores por meio dos seguintes exemplos:

Tome-se o caso do Congresso. A Constituição lhe permite sustar atos normativos do Poder Executivo "que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa". Mas o dispositivo tem sido usado para afastar regras técnicas impopulares ou regras com as quais o Congresso simplesmente não concorda. Assim se deu em 2014, quando o Congresso editou Decreto Legislativo para sustar a eficácia de resolução da ANVISA que vedava a comercialização de medicamentos inibidores de apetite usados contra a obesidade. Mais recentemente, o Senado já aprovou o Decreto Legislativo que afastará a resolução da ANAC que liberava a cobrança, pelas companhias aéreas, de bagagens despachadas em voos domésticos. Há exemplos também do TCU, que costuma se valer dos processos de tomada de contas especial para alterar aspectos regulatórios de contratos de concessão em curso. Em relação aos contratos da 1ª Etapa do Programa de Concessões de Rodovias Federais – PROCOFE, a Corte de Contas exigiu da ANTT a adoção da metodologia do reequilíbrio econômico financeiro por fluxo de caixa marginal para a inclusão de novos investimentos nesses contratos. Este exemplo, aliás, é ótimo para mostrar a eficácia das intervenções do controlador. É que aqui se trata de uma medida que não poderia ter sido tomada nem mesmo pela agência isoladamente – a Lei de Licitações exige o assentimento dos concessionários para alteração de regras econômico-financeiras de contratos em curso.²⁶⁹

Inclusive, a Resolução da ANAC mencionada no trecho acima transcrito também foi objeto de ingerência pelo Judiciário. Decisão liminar²⁷⁰ proferida pela Justiça Federal de São Paulo chegou a determinar a suspensão do ato da agência, sob o fundamento de que "o Estado tem o dever de promover a defesa dos direitos e dos interesses dos consumidores". Eduardo Jordão, em outra oportunidade, critica a decisão judicial, ressaltando que não há nenhum dispositivo no ordenamento jurídico brasileiro que defina a questão, não se podendo extrair do mero princípio da proteção ao consumidor uma solução específica para a questão da cobrança de bagagens despachadas. Para o autor, o problema no Brasil é que "os operadores do Direito (juízes, promotores, advogados) têm resistido a admitir que não é possível encontrar no Direito a resposta para todas as

²⁶⁹ Idem.

²⁷⁰ Processo nº 0002138-55.2017.4.03.6100, em curso perante a 22ª Vara Federal da Justiça Federal de São Paulo. A liminar foi revertida posteriormente pelo Tribunal Regional da 3ª Região.

*questões sociais. Optam por fazer referência a princípios abstratos e de pouca densidade normativa, fingindo que deles decorrem necessariamente as soluções X ou Y*²⁷¹.

Esse esgarçamento das competências pode inclusive se dar sobre a atuação de outros órgãos de controle. Como visto no item 2.2 acima, o TCU, por meio da Instrução Normativa nº 74/2015, passou a exercer um controle prévio sobre o processo de celebração de acordo de leniência pelos órgãos competentes, estipulando que sua apreciação sobre as minutas negociadas constitui condição necessária para a celebração da avença, não obstante não se extraia do ordenamento jurídico a competência do Tribunal para fiscalizar, aprovar ou rejeitar a celebração de acordos pelo Executivo, como destacado acima em relação ao acordo firmado entre a União e a CEMIG.

A expansão do controle jurisdicional no Brasil é uma conquista democrática. O problema é que essa ampliação do controle judicial não pode conduzir a uma inversão de papéis entre Administração Pública e Judiciário, de modo a se trocar a discricionariedade da autoridade administrativa por uma eventual arbitrariedade da autoridade judicial. Como bem destaca Luís Roberto Barroso, o controle da discricionariedade administrativa deve ser exercido “*observando-se, naturalmente, a contenção e a prudência, para que não se substitua a discricionariedade do administrador pela do juiz*”²⁷².

No que se refere ao Ministério Público, Rodrigo Mascarenhas²⁷³ destaca um recente exemplo em que uma “recomendação” expedida pelo *Parquet* significou, na verdade, uma verdadeira substituição do órgão competente para a tomada da decisão administrativa em questão. Trata-se da controvérsia acerca da manutenção ou não de cartazes com conteúdo político no muro no Colégio Pedro II. De acordo com matéria divulgada pelo jornal O Globo²⁷⁴, após denúncias de pais de alunos, o Ministério Público Federal expediu uma “recomendação” para a retirada imediata dos cartazes. Em trecho

²⁷¹ JORDÃO, Eduardo. *Cobrança por bagagem: o que diz o Direito?*. Disponível em <<https://jota.info/colunas/supra/cobranca-por-bagagem-o-que-diz-o-direito-24032017>>. Acesso em 12 nov. 2017.

²⁷² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 403.

²⁷³ MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. *O medo e o ato administrativo*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rodrigo-tostes-mascarenhas/o-medo-e-o-ato-administrativo>>. Acesso em 02 out. 2017.

²⁷⁴ Matéria disponível em <<https://oglobo.globo.com/brasil/mpf-recomenda-retirada-de-cartaz-fora-temer-no-colegio-pedro-ii-1-20237082>>. Acesso em 07 out. 2017.

da decisão apresentada na matéria, remetida aos dirigentes do colégio, o Ministério Público informa que, caso não seja acolhida a recomendação, *“ajuizará ação de improbidade administrativa (...) bem como extrairá cópia dos autos para remessa à Área Criminal, haja vista a tipificação do crime de prevaricação”*. No entendimento do administrativista, *“uma decisão corriqueira acerca da pertinência ou não de se permitir manifestação política no espaço escolar – tema que admite legítimo espaço de divergência à luz de distintas concepções pedagógicas – é decidido não pela direção do estabelecimento, mas pelo órgão fiscalizador (os cartazes, esclarece a matéria, foram retirados)”*.

Para o autor, são duas as perversas consequências do medo incutido no administrador público em razão da ostensiva atuação dos órgãos de controle. A primeira seria a perda manifesta de condições mínimas para a tomada serena de uma decisão, com evidente distorção dos seus motivos. Isso porque, à medida que órgãos de controle passam a adotar a estratégia da ameaça como metodologia corriqueira para alcance dos resultados por eles fixados, o agente passa a tomar a decisão, não porque ela seja justa, necessária, recomendável ou legal, mas sim por medo de ser punido. Já a segunda consequência seria justamente a ilegítima transferência do poder de decisão administrativa ao órgão de controle. Sobre o tema, o autor tece as seguintes considerações:

A segunda consequência, esta de inegável dimensão constitucional, é a de uma silenciosa redistribuição de Poder dentro do aparelho de estado. Com efeito, sem qualquer alteração da Constituição, nem de qualquer lei, decisões que a Constituição atribuiu ao Poder Executivo – órgão jurídica e politicamente responsável – passam, de fato, a ser tomadas por órgãos de controle, órgãos que, além de serem irresponsáveis politicamente (salvo num grau muito remoto de responsabilidade política difusa), raramente são juridicamente responsabilizados por seus excessos.

Não se nega, aqui, a possibilidade de os órgãos de controle, no legítimo exercício de suas prerrogativas funcionais, substituam – ou tomem medidas que, na prática, poderão substituir – a decisão administrativa ao constatarem uma *efetiva* inconformidade com o ordenamento jurídico. Inclusive, o sistema constitucional inaugurado pela Carta de 1988 ampliou consideravelmente o espectro de incidência do controle sobre os atos administrativos, o qual não mais se restringe à análise da estrita vinculação positiva à lei

formal²⁷⁵, sendo possível a sindicância de questões relacionadas a toda a *juridicidade* da atuação estatal²⁷⁶. Como bem destaca Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Com a passagem do Estado Social de Direito para o chamado Estado Democrático de Direito, consagrado na Constituição de 1988, passou a haver grande preocupação com princípios e valores contidos de forma expressa ou implícita na Constituição. Passou a haver preocupação com a lei em sentido material, com o seu conteúdo de justiça. Daí o controle passar a ser feito, não apenas em confronto com a lei, mas também diante da moralidade, economicidade, legitimidade, razoabilidade, adequação dos fatos à norma, qualificação jurídica dos fatos. Como grande parte dos princípios tem fundamento na própria Constituição, passou-se a falar em constitucionalização do direito administrativo. Melhor se diria constitucionalização dos princípios do direito administrativo²⁷⁷.

Não se pode permitir, no entanto, a completa eliminação da margem de liberdade e de discricionariedade legitimamente conferida à Administração Pública. Como pondera Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *qualquer outra conclusão significaria acabar em definitivo com a função administrativa do Estado e, em consequência, com o próprio princípio da separação de poderes, chegando-se muito próximo do chamado governo dos juízes, de longa data já superado nos Estados Unidos, seu país de origem*²⁷⁸. Como ressalta Marçal Justen Filho, o órgão controlador não é investido na titularidade da competência cujo exercício está sujeito à sua fiscalização, não lhe sendo permitido substituir-se ao titular da competência para avaliações e estimativas no tocante à oportunidade, à consistência ou à finalidade de providências de natureza discricionária²⁷⁹.

Assim, não é consentânea com a ordem constitucional vigente a substituição da decisão administrativa tomada dentro das possibilidades facultadas pelo ordenamento jurídico, sem que seja constatada qualquer ilegalidade ou sem que sejam observadas as previsões legais ou constitucionais que autorizem essa substituição, muito menos que o

²⁷⁵ Sobre o tema, v. FERRAZ, Sérgio. Extinção dos atos administrativos: algumas reflexões. *Revista de Direito Administrativo*, nº 231, jan/mar 2003, p. 58.

²⁷⁶ Sobre o princípio da juridicidade, v. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 142-149; BARROSO, Luís Roberto. *Direito constitucional Contemporâneo*. 4. ed. Saraiva: São Paulo, 2013, p. 403; ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 616.

²⁷⁷ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Limites do controle externo da Administração Pública: Ainda é possível falar em discricionariedade administrativa?. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 37, janeiro/fevereiro/março de 2014. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=704>>. Acesso em 12 nov. 2017.

²⁷⁸ Idem.

²⁷⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. Fórum: Belo Horizonte, 2011, p. 1.115.

órgão de controle supere os limites de suas próprias competências constitucionais para avocar para si a tomada de uma decisão que, via de regra, cabe à Administração Pública, como visto em nos exemplos acima.

3.2.4 O aumento dos custos

Além dos reflexos mencionados acima, vale a menção aos vultosos custos em que incorrem não só o sistema de controle, como a própria Administração Pública, em razão dessa atuação cada vez mais incisiva dos órgãos de controle. Em primeiro lugar, é preciso considerar que se mostra contraproducente uma estratégia de controle fundada na presença de múltiplos atores, agindo de forma independente e controlando, retrospectivamente – e sem qualquer coordenação de tarefas –, os mesmos fatos, principalmente quando de elevada relevância. Isso significa desperdício de tempo e de recursos e pode comprometer o próprio combate à corrupção, já que, considerando um cenário de escassez e a inviabilidade fática de os órgãos de controle prevenirem e reprimirem todas as ilicitudes praticadas contra a Administração, enquanto se envidam esforços na fiscalização de determinado fato já amplamente investigado por outras instâncias, outros tantos podem deixar de serem investigados²⁸⁰.

Como ressalta Floriano de Azevedo Marques Neto²⁸¹, “*quando uma mesma ação administrativa se submete a uma miríade de múltiplas instâncias de controle, para além da inócua multiplicação de procedimentos, corre-se o risco de controlar várias vezes um aspecto e de se deixar de ter em conta outro, criando a falsa impressão de rigor quando na verdade há ociosidade e omissão em controlar o efetivamente relevante*”. Como lembra o autor, o próprio controle também configura uma atividade administrativa e, tal qual seus controlados, deve se submeter aos princípios da economicidade e eficiência. Portanto, estruturas duplicadas ou superdimensionadas é também um desvio a ser também coibido e controlado.

²⁸⁰ ALVES, Maria Fernanda Colaço; CALMON, Paulo Carlos Du Pin. Múltiplas Chibatadas? – Governança da Política de Controle da Gestão Pública Federal. Encontro de Administração Pública e Governança – EnAPG. ANPAD, Salvador, 2008. Disponível em < anpad.org.br> Acesso em 07 set. 2016.

²⁸¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, p. 7-30, abr. 2010.

Em segundo lugar, cabe destacar os valores imprevisíveis incorridos pela Administração Pública para adequar as suas ações às determinações do controlador, como, por exemplo, a implementação das providências determinadas pelo TCU no processo que avaliou a atuação do governo federal no controle sobre a incidência da sífilis no Brasil mencionado no tópico precedente. Os recursos para implementação das medidas determinadas pelo TCU certamente não estavam previstos no orçamento da União e provavelmente serão subtraídos de outra rubrica para o cumprimento da ordem emanada. Como abordado, o problema é que, geralmente, estas imposições são instituídas sem que o controlador tenha uma visão global do orçamento público e tal circunstância é fundamental para a eleição de prioridades a serem atendidas, num cenário real de escassez de recursos para satisfazer todas as necessidades públicas²⁸².

Além disso, quanto maior for a demanda dos órgãos de controle, ou a Administração será obrigada a contratar mais servidores, aumentando seus custos, ou, caso isso não seja possível, parte de sua atuação ordinária será destinada ao atendimento às múltiplas fiscalizações, reduzindo o tempo e recursos disponíveis para a realização de sua atividade-fim. Isso porque, numa escolha entre alocar tempo e recursos escassos no exercício de suas funções ordinárias da Administração ou responder aos órgãos de controle, os administradores públicos, via de regra, priorizam as demandas dos controladores²⁸³. Nesse aspecto, vale ressaltar as considerações de Alexandre Santos de Aragão:

O que se vê muitas vezes na Administração Pública é o controle assumir o papel preponderante no cotidiano administrativo, com órgãos e agentes cada vez mais numerosos e incumbidos dessa tarefa, em detrimento dos órgãos e agentes encarregados de suas atividades-fim, muitas vezes menos numerosos proporcionalmente, pior remunerados e equipados do que aqueles. A Administração Pública existe para realizar direitos fundamentais e objetivos constitucionais, não simplesmente para ser controlada, girando em torno de si mesma.²⁸⁴

²⁸² JORDÃO, Eduardo. *Por mais realismo no controle da administração pública*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Eduardo-Jordao/por-mais-realismo-no-controle-da-administracao-publica>>. Acesso em 17 jun. 2017.

²⁸³ MARQUES NETO; Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Os sete impasses do controle da Administração Pública no Brasil. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de (Coord.). *Controle da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 28.

²⁸⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*. São Paulo: Forense, 2017, p. 315.

Nesse sentido, em entrevistas com gestores federais realizada por Rodrigo Eloy Arantes em sua dissertação de mestrado²⁸⁵, foi recorrente a alegação de que o atendimento às solicitações da CGU tem prioridade nas atividades executadas na unidade, o que obriga servidores a interromperem suas atividades cotidianas para se dedicar a responder ao órgão de controle interno, conforme se observa dos trechos abaixo extraídos do trabalho:

“Para elaborar uma resposta, você tem que de novo buscar o processo, você tem que estudar o processo de novo, você tem que escrever. Isso dá trabalho. Te desvia daquilo que você está fazendo para atender, porque isso é prioridade”. (Entrevistado 2)

(...)

“Dá trabalho, dá muito trabalho. Grande parte do tempo nosso aqui é para ficar atendendo CGU, TCU, Ministério Público, Polícia Federal etc. A gente perde uma energia grande. O pessoal que está nos cargos-chave às vezes reclama um pouco porque dá muito trabalho e tem-se que tomar muito cuidado com o que está se escrevendo, porque às vezes você pode com a melhor das intenções gerar um baita problema aqui desnecessariamente, mas a maioria do pessoal entende”. (Entrevistado 9)

“É fato que isso gera um esforço adicional. Isso foge um pouco do dia-a-dia do servidor ou do técnico que precisa parar um pouco as atividades dele para poder se dedicar a responder”. (Entrevistado 3)

“É sobrecarga de trabalho. Isso traz muito desconforto. A gente já tem uma equipe de pessoal muito reduzida para tocar o dia-a-dia. Aí quando chega a auditoria ela dobra ou triplica o seu trabalho. E você tem que se dedicar e fazer o melhor possível, senão o apontamento virá totalmente errado se você prestar uma informação inadequada. Quem está chefiando um programa ou projeto já tem um acúmulo de serviço. Com a auditoria ele já vive aquela tensão. Ele tem que parar para se dedicar e o prazo é sempre curto. Isso deixa a pessoa nervosa, a pessoa tem que acompanhar”. (Entrevistado 7)

Essa situação é ainda mais alarmante em relação às empresas públicas e sociedades de economia mista, que concorrem no mercado com empresas privadas que não se sujeitam a toda essa ordem de controle público. Em relação às estatais, o incremento do controle acaba lhes gerando gastos adicionais e perda de receita e de

²⁸⁵ ARANTES, Rodrigo Eloy. *O controle interno como apoio à gestão dos órgãos públicos?: uma análise sob a perspectiva dos gestores federais*. 2016. 105 f. Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas e Desenvolvimento) – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Brasília. 2016.

competitividade, em razão da necessidade de remuneração de riscos e despesas a que suas concorrentes não se submetem²⁸⁶.

Isso tudo sem contar os ônus públicos, incorridos pela sociedade, decorrentes das decisões determinadas pelo controlador. Como bem destacado por Eduardo Jordão²⁸⁷, em especial no caso do controle realizado sobre decisões técnicas, como a das autoridades reguladoras, os riscos econômicos de uma intervenção descomedida são significativos. Em estudo sobre o impacto da atuação do Judiciário no ambiente regulatório, os economistas Fernando Meneguim e Maurício S. Bugarin destacaram que, embora a intervenção judicial em regra buque um maior bem-estar à sociedade, sua satisfação diminui à medida em que se expande a intervenção, já que o custo social aumenta²⁸⁸. Nos estudos econômicos realizados pelos autores, apresentam-se diversas situações hipotéticas de atuação judicial, demonstrando-se que, naquelas em que é adotada uma postura judicial mais ostensiva, pode haver significativa elevação dos custos sociais e redução do bem-estar da coletividade, o que pode causar diminuição da oferta do bem, aumento dos preços e, até mesmo, fechamento de portas das empresas, com a consequente perda do emprego de seus funcionários.

Portanto, as distorções do sistema de fiscalização da Administração Pública podem ampliar os custos (i) do próprio exercício da atividade de controle, já que a redundância e incoerência entre ações pode significar desperdício de recursos, (ii) da gestão estatal ordinária, seja pela necessidade de realização de gastos não previstos para cumprimento das determinações das instâncias de controle, seja pela aumento dos

²⁸⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*. São Paulo: Forense, 2017, p. 371.

²⁸⁷ JORDÃO, Eduardo. *Por mais realismo no controle da administração pública*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Eduardo-Jordao/por-mais-realismo-no-controle-da-administracao-publica>>. Acesso em 17 jun. 2017.

²⁸⁸ “Parte-se do pressuposto de que a intervenção judicial irá agregar bem-estar por meio do incremento das utilidades dos membros da sociedade. (...) O benefício marginal da intervenção é o incremento na utilidade social agregada por consequência do gasto de um Real a mais decorrente de ordem judicial, o que pode acontecer por meio de uma despesa extra do Estado. Por outro lado, o custo marginal da intervenção é a diminuição no bem-estar social por conta da necessidade de arrecadação adicional necessária para esse gasto de um Real a mais oriundo de algum mandamento do Judiciário. (...) A reta denominada BM retrata o benefício marginal para a sociedade resultante da intervenção do Judiciário em uma determinada política pública. Note que a linha é decrescente. Isso denota que o incremento no bem-estar social diminui à medida que a intervenção judicial aumenta”. (MENEQUIM, Fernando; BUGARIN, Maurício. *Regulação Ótima e a Atuação do Judiciário: uma Aplicação de Teoria dos Jogos*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Novembro/2014 (Texto para Discussão nº 160). Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/estudos>>. Acesso em 20 set. 2016.

custos internos pela priorização do atendimento às demandas dos órgãos de controle, afetando a eficiência da atuação estatal e, ainda, (iii) da própria sociedade, já que não se pode considerar a possibilidade de redução do bem-estar social decorrente da excessiva interferência dos órgãos de controle sobre a máquina estatal. Assim, embora seja positiva o fortalecimento do controle, suas deficiências podem gerar os aumentos dos custos sociais, mostrando-se premente que se repense o desenho institucional dos sistema de controle²⁸⁹.

²⁸⁹ JORDÃO, Eduardo. *Por mais realismo no controle da administração pública*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Eduardo-Jordao/por-mais-realismo-no-controle-da-administracao-publica>>. Acesso em 17 jun. 2017.

4 OS CAMINHOS PARA O APERFEIÇOAMENTO DO SISTEMA

Como visto anteriormente, o sistema brasileiro de controle da Administração Pública apresenta várias distorções, decorrentes de uma cultura institucional de intensificação das ações de controle. Observa-se, em nosso ordenamento, (i) uma multiplicidade de instâncias de controle e instrumentos de responsabilização de gestores públicos que não atuam em harmonia, (ii) uma frequente disputa institucional entre os órgãos de controle pela proeminência no cenário nacional de combate à corrupção, (iii) uma gradativa intensificação do poder investigativo-punitivo estatal para além dos parâmetros que devem guiar a atuação do controlador, (iv) a constante repreensão da atuação estatal com base em conceitos jurídicos amplamente indeterminados das legislações de controle e (vi) a primazia de um controle formalista, pouco preocupado com os efetivos resultados da ação estatal.

Embora o fortalecimento do controle da atuação estatal tenha como finalidade tornar a máquina pública mais eficiente e promover o aperfeiçoamento das atividades desenvolvidas pela Administração Pública – o que de fato se verifica quando a ação de controle é exitosa –, fato é que as distorções apontadas acima podem gerar o efeito contrário. Como visto, essa intensificação da fiscalização sobre as atividades administrativas premidas pela diretriz de controlar a qualquer custo – e com possibilidade de sujeição do administrador público às duras penalidades previstas nas legislações de controle –, tem o condão de instaurar um clima de medo na Administração Pública e acabar retirando do gestor os incentivos para uma atuação inovadora e eficaz, em razão do receio de ver sua conduta sendo questionada pelos órgãos de controle. Além disso, pode gerar uma atuação omissiva da máquina pública e acabar transferindo a competência decisória para os órgãos de controle, que não possuem responsabilidade política pelas decisões tomadas e nem expertise técnica para lidar com os problemas sociais a cargo do Executivo, acarretando um aumento imprevisível dos custos estatais.

Para a superação desse quadro de medo e de ineficiência gerado por todas as distorções apontadas, mostra-se salutar uma mudança de certos parâmetros do controle da Administração Pública. Numa sociedade em constante e dinâmica transformação e em que cada vez mais se exige do Estado novas respostas aos problemas e desafios

que se apresentam, é essencial que a fiscalização dos atos da Administração Pública não represente um obstáculo à consecução das políticas públicas e à satisfação dos interesses sociais. Pelo contrário: o controle da atuação estatal deve servir como um dos instrumentos à disposição do Estado para o aprimoramento da máquina estatal e, principalmente, para o alcance dos objetivos públicos com maior eficiência e racionalidade. Nesse sentido, vale a referência à lição de Amauri Feres Saad:

Se formos traduzir tais orientações em linguagem não técnica, haveremos de afirmar o seguinte: nesta obra se defende que a tarefa do administrativista é facilitar a vida do bom administrador e dificultar a do mau administrador. Tudo que vá nesta direção contribui para a efetividade das ações de controle, sem a obstaculização indevida da atuação administrativa. Tudo, a seu turno, que enseje o inverso, contribuirá para a manutenção de um modo de agir da administração pública ineficiente, pouco criativo, paralisante, que é, a todas as luzes, o cenário que temos hoje em todas as esferas de governo. As ações de controle devem ser inflexíveis com as condutas antijurídicas dos agentes públicos, atuem eles com dolo ou culpa, e com situações objetivas (atos jurídicos e materiais estatais) que violem a esfera jurídica dos administrados. "É preciso que a responsabilidade acompanhe real e inevitavelmente os agentes da administração, em todos os graus de hierarquia, como a sombra ao corpo". Mas, por outro lado, não podem interferir na esfera de legítima atuação dos agentes públicos e dos órgãos e pessoas da Administração Pública direta e indireta²⁹⁰.

Nessa esteira, esse último capítulo será destinado a apresentar alguns caminhos para essa mudança. Em primeiro lugar, serão apresentados três paradigmas jurídicos que devem nortear o exercício da atividade fiscalizatória e que devem ser levadas em consideração em qualquer tentativa de se pensar novos arranjos para o sistema de controle. Em segundo lugar, serão expostas algumas propostas concretas que podem, de alguma forma, contribuir para afastar ou minimizar a ocorrência das distorções acima. A ideia é apenas indicar alguns exemplos pontuais, sem qualquer pretensão de esgotar as possibilidades, muito menos de delinear de forma determinante um desenho institucional ideal do sistema de controle. É preciso reconhecer que o Direito não é capaz de apresentar todas as soluções para os problemas sociais, revelando-se presunçoso qualquer trabalho jurídico que buscasse traçar um prognóstico completo de um sistema

²⁹⁰ SAAD, Amauri Feres. *Do conceito de controle da administração pública no direito administrativo brasileiro*. 2016. 192 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2016.

institucional, tendo em vista a necessidade de consideração, para tal desiderato, das diversas variáveis que extrapolam a dogmática jurídica.

4.1 Os paradigmas jurídicos que devem nortear as ações de controle

4.1.1 A impossibilidade de eliminação total da prática de antijuridicidade na Administração Pública: a contribuição de Adrian Vermeule

O ponto de partida para a concepção de um modelo de controle eficiente e para a delimitação adequada das competências e atribuições das instituições de *accountability* deve levar em consideração a seguinte premissa: *não se pode ter como objetivo a eliminação de todas as hipóteses de desvio de poder*. Trata-se de proposição desenvolvida pelo professor da Universidade de Harvard Adrian Vermeule em artigo intitulado *Optimal Abuse of Power*²⁹¹. Como já diz o título, o autor defende que, na Administração Pública, os desvios de poder devem ser vistos como algo a ser otimizado, e não terminantemente eliminado. Nas palavras do autor, “*um regime de estado administrativo tolerará um nível previsível de desordem, mesmo abuso de poder, como o inevitável subproduto de alcançar outros fins que são desejáveis em geral*”²⁹².

Como destaca o jurista norte-americano, além de haver uma inviabilidade fática de se reduzir a zero todas as hipóteses de abuso de poder, especialmente diante do constante incremento das atribuições do Poder Executivo, tê-lo como objetivo sequer é desejável para o bem-estar social. Isso porque é excessivamente dispendiosa a criação de um aparato institucional que busque eliminar por completo as hipóteses de abuso, até porque as instituições destinadas a essa finalidade devem ser igualmente fiscalizadas, para que elas próprias também não abusem de seu poder. Assim, quando se atinge determinado nível, os custos desse sistema não compensam os benefícios almejados e os esforços adicionais para eliminar as condutas desviantes não se justificam numa

²⁹¹ No original: “*an administrative state regime will tolerate a predictable level of misrule, even abuse of power, as the inevitable byproduct of attaining other ends that are desirable overall*” (VERMEULE, Adrian, *Optimal Abuse of Power*. *Northwestern University Law Review*, *Forthcoming*, v. 109, n° 3, 2015, p. 673-694. Disponível em <<http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/nulr/vol109/iss3/4/>>. Acesso em 30 set. 2017).

²⁹² Idem.

análise de custos e benefícios. Desse modo, como bem ressalta Eduardo Jordão, “o nível ótimo de abuso de poder numa sociedade será sempre maior do que zero e o desenho de diversas instituições parte implicitamente deste pressuposto”²⁹³.

No Brasil, há uma certa cultura ideológica, talvez fruto dos históricos desmandos perpetrados no país, no sentido de que quanto mais controle melhor, quanto maior o número de normas e instituições de controle, maior será o bem-estar social, já que, teoricamente, se garantirá maior conformação da atuação da Administração Pública e, conseqüentemente, melhor prestação das obrigações do Estado.

Ocorre que, como bem pontuado por Vermeule, o controle não é barato. Para que se tenha uma ideia, somente os gastos com despesa de pessoal do Tribunal de Contas da União no ano de 2016 foi de quase R\$ 1,6 bilhão, conforme se extrai do relatório de gestão fiscal extraído de seu sítio eletrônico²⁹⁴. Já na então denominada Controladoria-Geral da União esse gasto foi de R\$ 808 milhões de reais para o mesmo período²⁹⁵. Ou seja, quase R\$ 2,5 bilhões foram gastos somente com despesas de pessoal do TCU e da CGU no período de um ano. Trata-se de custos significativos no orçamento do Estado, os quais, portanto, devem ser devidamente levados em consideração em face do benefício pretendido no momento de delineamento do sistema.

Nesse aspecto, o movimento da *Law and Economics* – traduzida como “Análise Econômica do Direito” – pode trazer um arcabouço teórico capaz de orientar os ajustes do desenho institucional do sistema de controle. Trata-se de movimento surgido na década de 60 a partir dos trabalhos de Ronald Coase²⁹⁶ e Guido Calabresi²⁹⁷ e difundido por diversos outros expoentes das universidades norte-americanas – como Richard Posner e Gary Becker – que, orientado pelo pensamento liberal e reconhecendo a forte interligação entre direito e economia, prega a adoção do critério da eficiência econômica

²⁹³ JORDÃO, Eduardo. *Por mais realismo no controle da administração pública*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Eduardo-Jordao/por-mais-realismo-no-controle-da-administracao-publica>>. Acesso em 17 jun. 2017.

²⁹⁴ Disponível em <<http://portal.tcu.gov.br/publicacoes-institucionais/relatorios/relatorios-de-gestao-fiscal/>>. Acesso em 26 nov. 2017.

²⁹⁵ Disponível em <<http://www.portaldatransparencia.gov.br/PortalComprasDiretasOEUnidadeGestora.asp?Ano=2016&CodigoOS=20000&CodigoOrgao=66101>>. Acesso em 26 nov. 2017.

²⁹⁶ COASE, Ronald. *The Problem of Social Cost*. Journal of Law & Economics, v. III, 1960

²⁹⁷ CALABRESI, Guido. *Some thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*. The Yale Law Journal. Vol.70, n.4. Yale: The Yale Law Journal Company, 1961.

para a aplicação do Direito²⁹⁸. De acordo com os percussores da teoria, como os recursos para a promoção de direitos são escassos, não se pode compreender e interpretar o Direito sem levar em consideração suas consequências econômicas. Dessa forma, a análise econômica do direito considera que as instituições jurídicas não são externas ao sistema econômico, mas sim variáveis pertencentes a ele, que vão orientar e influenciar toda a sua movimentação²⁹⁹.

Assim, de forma genérica, a análise econômica do direito busca utilizar a economia como instrumento de interpretação e aplicação do direito. Rejeitando-se uma visão do direito como uma disciplina estanque em relação às demais ciências sociais, procura-se diagnosticar os efeitos da atuação estatal e prognosticar o design institucional ou a elaboração de normas e políticas públicas que gerem os melhores resultados sob a perspectiva econômica. Em resumo, o objetivo principal da análise econômica do direito é a promoção da eficiência. E, nesse aspecto, o ordenamento constitucional brasileiro se aproxima dessa ideia ao inserir, por meio da Emenda Constitucional nº 19/1998, a

²⁹⁸ Para um maior aprofundamento sobre o tema, v. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law & economics*. 5th ed. Boston: Pearson, 2008. Para fins de conceituação, destaca-se o seguinte trecho: “The economic analysis of law is an interdisciplinary subject that brings together two great fields of study and facilitates a greater understanding of both. Economics helps us to perceive law in a new way, one that is extremely useful to lawyers and to anyone interested in issues of public policy. You probably are already accustomed to thinking of rules of law as tools for justice. Indeed, many people view the law only in its role as a provider of justice. This book will teach you to view laws as incentives for changing behavior—that is, as implicit prices—and as instruments for policy objectives (efficiency and distribution)” (p. 11)

Em tradução para a língua portuguesa: “A análise econômica do direito é um assunto interdisciplinar que reúne dois grandes campos de estudo e facilita uma maior compreensão de ambos. A economia nos ajuda a perceber a lei de uma maneira nova, que é extremamente útil para os advogados e para qualquer pessoa interessada em questões de política pública. Você provavelmente já está acostumado a pensar em regras do direito como ferramentas para a justiça. Na verdade, muitas pessoas veem a lei apenas em seu papel de provedor de justiça. Este livro ensinará você a considerar as leis como incentivos para mudar o comportamento - isto é, como preços implícitos - e como instrumentos para objetivos políticos (eficiência e distribuição)”.

²⁹⁹ “A economia forneceu uma teoria científica para prever os efeitos das sanções legais sobre o comportamento. Para os economistas, as sanções se parecem com os preços e, presumivelmente, as pessoas respondem a essas sanções tanto quanto respondem aos preços. As pessoas respondem a preços mais elevados ao consumir menos do bem mais caro, então, presumivelmente, as pessoas respondem a sanções legais mais pesadas ao fazer menos atividades sancionadas. A economia tem teorias matematicamente precisas (teoria dos preços e teoria dos jogos) e métodos empiricamente sólidos (estatísticas e econometria) de análise dos efeitos dos preços sobre o comportamento”. No original: “Economics provided a scientific theory to predict the effects of legal sanctions on behavior. To economists, sanctions look like prices, and presumably, people respond to these sanctions much as they respond to prices. People respond to higher prices by consuming less of the more expensive good, so presumably people respond to heavier legal sanctions by doing less of the sanctioned activity. Economics has mathematically precise theories (price theory and game theory) and empirically sound methods (statistics and econometrics) of analyzing the effects of prices on behavior” (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law & economics*. 5th ed. Boston: Pearson, 2008, p. 3).

eficiência dentre os princípios que devem ser observados pela Administração Pública, como visto acima.

Portanto, uma sociedade que pretenda atingir um grau elevado de eficiência da Administração Pública deve promover uma análise econômica inclusive do sistema destinado a controlá-la, realizando um balanço entre os custos das instituições de controle *vis a vis* seus reflexos na atuação estatal e da própria economia. Assim, da mesma forma que se exige racionalidade nos gastos da Administração Pública, o mesmo deve ser pensado em relação ao sistema de *accountability*, já que investir demais em controle pode significar elevar demasiadamente os gastos em prol de um resultado econômico que não necessariamente será superior ao investimento, deixando-se de se satisfazer diversos outros interesses públicos. Existe, portanto, conforme pontuado por Vermeule, um ponto ótimo de desvios que a sociedade deve tolerar em nome de outros valores, igualmente essenciais.

Veja-se que não se questionam aqui os custos com os órgãos de controle no Brasil, tampouco se pretende afirmar que esses gastos são excessivos, até porque nossos órgãos de controle estão longe de serem capazes de reduzir a corrupção em níveis próximos a zero. O que se quer dizer é que qualquer tentativa de se pensar em um sistema de controle, qualquer avaliação quanto à pertinência de mais uma norma ou à criação de mais uma instância destinada a fiscalizar a atuação da Administração Pública, deve ser pensada em termos de eficiência para todo o Estado, sob a premissa de que a eliminação de todas as hipóteses de abuso de poder é utópica e que, portanto, seus custos devem ser sopesados com os benefícios que poderão resultar com a sua implementação.

Na linha do pensamento racional exposto por Sunstein e Vermeule em *Interpretation and Institutions*³⁰⁰, é preciso reconhecer a impossibilidade de se atingir o estado de coisas ideal. Perseguir, a qualquer custo, o melhor cenário possível pode trazer um resultado inferior à adoção de uma segunda alternativa (“*second best option*”³⁰¹), que,

³⁰⁰ SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian Vermeule, Interpretation and Institutions. In: *Michigan Law Review*, vol. 101, pp. 885-951, fev. 2003.

³⁰¹ Sunstein e Vermeule se utilizam dos conceitos originalmente econômicos de *first* e *second-best option* para sustentar que, caso não seja possível pôr em prática a teoria interpretativa tida como ideal (*first-best option*), seria mais benéfico partir para uma alternativa inteiramente distinta – *second-best option* – do que simplesmente fazer ajustes muitas vezes irreconciliáveis na teoria tida como ideal.

embora não seja capaz de promover o estado de coisas ideal, em condições reais apresenta melhores resultados. Como bem destaca André Saddy, “a *redução das distintas formas de subjetividades ou autonomias públicas a seus limites mais estreitos poderá produzir um efeito indesejável*”³⁰².

Em resumo, a busca por um modelo de controle da Administração Pública não deve ser premida por concepções idealistas, que procuram eliminar, a todo custo, todas as hipóteses de desvio de poder. O delineamento de um sistema de controle que seja capaz de obstruir qualquer oportunidade de desvio, além de irrealista, é extremamente dispendioso, não compensando numa análise de custo/benefício. Muito mais eficaz do que buscar reduzir a zero o desvirtuamento da máquina pública é envidar esforços para a racionalização e otimização das instituições de controle, estruturando-se, ao menor custo possível, um sistema que seja eficiente, sem, por outro lado, representar um entrave ao bom funcionamento da Administração ou inviabilizar o controle, tornando-o demasiadamente custoso e ineficaz.

4.1.2 A necessidade de uma postura mais contida no controle das decisões administrativas

Como já observado alhures, no Estado moderno crescem vertiginosamente as hipóteses de atuação discricionária da Administração Pública, seja em razão da necessidade de uma intensa ação afirmativa para a efetivação dos direitos fundamentais³⁰³, seja como fruto de uma sociedade e de movimentos sociais cada vez mais reivindicadores de uma atuação positiva estatal, seja, ainda, pela inevitabilidade de que o Estado intervenha no domínio econômico para corrigir falhas de mercado, para executar medidas contra crises econômicas ou para ajudar a parcela mais necessitada

³⁰² SADDY, André. Limites à tomada de decisão e controle judicial da Administração Pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 19.

³⁰³ “Uma importante decorrência do reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais é o surgimento dos chamados *deveres de proteção* do Estado, de quem se passa a exigir não apenas uma *abstenção*, mas também condutas positivas de *proteção e promoção*” (BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 75).

da população³⁰⁴. Diante desse quadro, um dos temas mais relevantes no Direito Administrativo é, sem dúvida, os limites do controle da Administração Pública.

Numa realidade socioeconômica em constante transformação, em que as ações exigidas do Estado mostram-se cada vez mais variadas, complexas e especializadas, ao mesmo tempo que se expande a margem de discricionariedade³⁰⁵ do gestor público, igualmente se amplia a necessidade de controle sobre a Administração, “*para evitar que pela porta dos fundos adentrem interesses particularísticos, os interesses ilegítimos e que, sobre a égide de dizer que há um interesse público sendo atendido, comecem a ser consagrados apenas interesses de parcelas da sociedade, interesses que não se legitimam à luz da coletividade*”³⁰⁶.

Nesse contexto, o controle da Administração Pública acaba envolvendo uma tensão inerente entre a necessidade de se ampliar a atuação administrativa discricionária da Administração Pública e, ao mesmo tempo, de se evitar, por meio do controle interno e externo, que essa expansão das atribuições da Administração descambe para uma absoluta arbitrariedade. Como bem destaca André Saddy³⁰⁷, o exercício da margem de liberdade conferida ao gestor público é indispensável ao trabalho desempenhado pela Administração. Ocorre que quanto maior for a subjetividade ou autonomia do agente público, maiores são as chances de abusos.

Nessa tensão, diversos valores jurídicos devem ser conciliados: (i) a necessidade de controle sobre o poder exercido pelas autoridades administrativas, para que a

³⁰⁴ PEREZ, Marcos Augusto. Controle da discricionariedade administrativa. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de (Coord.). *Controle da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 67-68.

³⁰⁵ Discricionariedade, para fins do presente trabalho, refere-se à liberdade de escolha, entre as opções que podem atender à finalidade ou o interesse público específico inerente à prática de um determinado ato ou à tomada de uma determinada decisão administrativa, conferida pelo legislador ao administrador ou à autoridade pública. Não é objetivo desse estudo se aprofundar acerca do conceito e dos aspectos jurídicos que envolvem a discricionariedade administrativa. Além de todas as obras de direito administrativo, que sempre abordam a matéria, especificamente sobre o tema indicam-se as seguintes obras: DI PIETRO, Maria Sylvia. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Altas, 2012; SADDY, André. *Apreciatividade e discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Discricionariedade administrativa e controle judicial da administração*. *Boletim de Direito Administrativo*, v. 6, 2002, p. 200; MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

³⁰⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Discricionariedade administrativa e controle judicial da administração*. *Boletim de Direito Administrativo*, v. 6, 2002, p. 471.

³⁰⁷ SADDY, André. *Limites à tomada de decisão e controle judicial da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 212.

discricionarieidade não se confunda com arbitrariedade, (ii) a garantia de ampla acessibilidade ao controle jurisdicional, de modo que qualquer interessado possa buscar perante o Judiciário a reversão de alguma situação ilegal ou abusiva praticada pelo Estado e seus agentes³⁰⁸ e (iii) a preservação do sistema democrático e da separação dos poderes, os quais atribuem às autoridades eleitas democraticamente o comando das atividades administrativas do Estado³⁰⁹.

A tarefa de delimitar os contornos jurídicos do controle da atuação da Administração Pública não é simples e é incapaz de oferecer respostas inequívocas para todos os casos. Em razão dessa dificuldade, o esforço de alguns juristas, sobre os mais variados aspectos, tem se concentrado, essencialmente, na definição de parâmetros que devem nortear o controle dos atos da Administração Pública, e não na prescrição de uma postura fixa. No geral, as teorias sobre o assunto voltam-se à análise do controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, principalmente nos países de jurisdição una como no Brasil. Na medida em que, nesses países, todo aquele que se sentir lesado pode se socorrer do Judiciário, há uma natural tendência de se jurisdicionalizar a atividade discricionária da Administração Pública, concentrando-se no controle judicial grande parte das dúvidas e problemas a respeito dos limites da sindicância dos atos administrativos. Embora prevaleça o enfoque sobre o controle judicial, no geral, a essência das ideias sobre o tema também pode ser pensado em relação às demais instâncias de controle.

Uma das teorias mais conhecidas e difundidas a respeito é a *judicial deference* (“deferência judicial”) ou *Chevron doctrine* (“doutrina Chevron”) criada pela Suprema Corte dos Estados Unidos. A Corte, em *Chevron v. NRDC* (*Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc* – 1983), entendeu que a Administração Pública detém

³⁰⁸ Num sistema de jurisdição una, como o brasileiro, em que todos aqueles que se sentirem lesados contra a atuação estatal podem buscar o Judiciário, há uma clara tendência na judicialização da atividade discricionária da Administração Pública. Nesse contexto, o controle jurisdicional da Administração Pública pelo Judiciário é, sem dúvida, uma das interações institucionais que mais suscitam dúvidas e debates, em razão da inerente dificuldade de se estabelecer seus contornos, mormente no contexto moderno de expansão do Poder Judiciário. Sobre o tema, vide BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, v. 263, maio/ago. 2013. Disponível em: <<http://dspace.almg.gov.br/xmlui/bitstream/item/7581/PDlexibepdf.pdf?sequence=1>>. Acesso em 02 out. 2017.

³⁰⁹ PEREZ, Marcos Augusto. Controle da discricionarieidade administrativa. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de (Coord.). *Controle da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 70-71.

primazia na interpretação dos conceitos indeterminados das leis a ela dirigidas e que o Judiciário somente poderia intervir em casos teratológicos. Assim, o Judiciário deve ser deferente às interpretações promovidas pelas agências (Poder Executivo), a menos que a lei seja clara em sentido diverso ou a interpretação dada pela Administração seja desarrazoada. De acordo com a teoria, os tribunais deveriam, num primeiro passo (“*first step*”) verificar se a legislação apresentava uma resposta clara a questão específica levada a juízo. Caso positivo, o caso está solucionado: basta aplicar a prescrição legal. Caso negativo, o segundo passo (“*step two*”), o papel dos juízes se limitaria a analisar se a solução adotada pela Administração Pública é *razoável*, e não se é a *melhor* interpretação.

Na doutrina brasileira, diversos autores tratam do tema. Gustavo Binbenojm, por exemplo, apresenta alguns *standards* para a revisão judicial em matéria de regulação econômica³¹⁰. As propostas apresentadas pelo autor, no entanto, podem orientar o controle de qualquer ato administrativo e por qualquer órgão de controle. Assim, (i) quanto maior o grau de *objetividade* extraível da norma incidente à hipótese em exame, mais intenso poderá ser o grau do controle judicial, (ii) quanto maior o grau de *tecnicidade* da matéria, objeto de decisão por órgãos dotados de expertise e experiência, menos intenso deve ser o grau do controle judicial, (iii) quanto maior o grau de *politicidade* da matéria, menos intenso deve ser o grau do controle judicial, (iv) quanto maior o grau de *participação social* no processo de deliberação que resultou na decisão questionada, menos intenso deve ser o grau do controle judicial e (v) quanto maior o grau de *restrição imposto a direitos fundamentais*, mais intenso deve ser o controle judicial.

Marcos Auguro Perez também apresenta alguns critérios para o controle judicial dos atos administrativos que igualmente podem ser expandidos para todos os tipos de controle³¹¹: (i) deve haver amplo controle judicial em caso de erro manifesto por parte da Administração Pública (“erro manifesto”); (ii) o Judiciário deve rever as decisões administrativas incoerentes com a atuação anterior da Administração Pública

³¹⁰ BINENBOJM, Gustavo. *Estudos de Direito Público – artigos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 123-125.

³¹¹ PEREZ, Marcos Augusto. Controle da discricionariedade administrativa. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de (Coord.). *Controle da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 77-79.

(“afastamento de precedentes e práticas habituais”); (iii) o Judiciário deve promover o teste da proporcionalidade (“balanço”); (iv) a autoridade judicial deve conferir se houve uma ponderação entre os diversos interesses em jogo, completa e livre de vícios (“ponderação de interesses”). Do mesmo modo, Rafael Carvalho Rezende de Oliveira³¹², igualmente, apresenta algumas tendências para o controle judicial da atividade administrativa, que também podem servir de diretrizes para todo e qualquer tipo de controle. Além de defender o reforço da legitimidade das decisões judiciais, a exemplo da previsão de *amicus curiae*, o autor ainda destaca outras direções importantes para um controle adequado dos atos administrativos: a relativização do controle sobre aspectos formais e ênfase no resultado da atuação administrativa, o predomínio do controle *a posteriori* em detrimento do controle preventivo e o controle judicial primordialmente ablativo, e não substitutivo.

Há inúmeras outras técnicas destinadas a delinear o controle dos atos administrativos, mas não é o foco do presente trabalho e deste capítulo descrever cada uma delas³¹³, muito menos propor uma teoria específica a ser adotada em todo e qualquer caso, como mencionado. Afinal, no ambiente social há perguntas para as quais não há uma única resposta certa, sendo necessário, quase sempre, algum tipo de conformação ao contexto específico do caso em questão. Como bem assinala Eduardo Jordão em sua obra³¹⁴, diante da multiplicidade de fórmulas e graus em que a intensidade do controle judicial pode ser adaptada à complexidade da Administração Pública, não há uma solução única, específica, que se sobreponha às demais. Assim, tendo isso em mente, o objetivo deste tópico é apenas traçar, na linha das técnicas apresentadas pela doutrina, sem nenhum grau de definitividade e sem a necessidade de observância estrita em todos os casos, uma orientação geral que, observada, pode contribuir para a reversão das deficiências apontadas.

³¹² OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Novo perfil da regulação estatal: Administração Pública de resultados e análise de impacto regulatório. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 238-240.

³¹³ Para uma leitura profunda sobre as diversas técnicas existentes, v. JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros, 2016; SADDY, André. *Limites à tomada de decisão e controle judicial da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 211-352).

³¹⁴ JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros, 2016.

Nesse sentido, vale destacar a importância de que os órgãos de controle, em homenagem à margem de liberdade e autonomia conferida ao gestor público, cerquem-se de maior cautela na apreciação das escolhas públicas, exercendo uma postura mais ponderada e contida e evitando a realização de um controle intenso caso não seja constatada nenhuma ilegalidade flagrante ou inequívoca má-fé ou culpa grave, especialmente nos casos não cotidianos ou para cuja análise seja necessário o enfrentamento de decisões de natureza política ou tecnicamente complexas³¹⁵. É claro que nem sempre será fácil identificar a natureza predominante do ato administrativo analisado³¹⁶. No entanto, a despeito de tal dificuldade, o que se sugere é que, principalmente nos casos em que seja necessária a análise de alguma questão técnica complexa ou decisão de natureza política, é preferível a adoção dessa postura mais comedida.

Ou seja, é relevante que, principalmente nesses casos, haja, por parte dos órgãos de controle, uma observância reforçada da presunção de legitimidade dos atos administrativos³¹⁷, os quais, *em geral*, somente devem ser revistos – ou seus prolatores responsabilizados – quando houver provas inequívocas de sua não conformação ao

³¹⁵ Eduardo Jordão se utiliza da expressão “relações tendenciais” para demonstrar as justificativas em geral utilizadas para um maior ou menor grau de intensidade de atuação do Judiciário. Essas relações seriam estipuladas da seguinte forma (sob a perspectiva do Judiciário): (i) caso o ato em questão seja eminentemente técnico, o Judiciário deveria ter uma postura mais autocontida; (ii) caso o ato questionado possua natureza essencialmente política, o Judiciário igualmente deveria se ater ao Poder que o originou, prestando-lhe deferência, em razão de seu menor resquício democrático por características institucionais próprias; (iii) caso o ato tenha significativa sensibilidade jurídica, em que esteja em jogo matéria afeta a direitos fundamentais, o Judiciário deveria agir mais expansivamente (JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 55 e ss).

³¹⁶ O autor identificou e demonstrou que a utilização estrita dessas relações tendenciais como parâmetro da intensidade do controle é problemática, já que pode se mostrar extremamente complexo e subjetivo compreender qual das relações tendenciais se aplicaria ao caso. Em muitos casos, os três universos (técnico, político e jurídico) interagem de forma intrincada entre si, não sendo possível isolar e definir a preponderância de um sobre o outro. Além disso, ainda que fosse possível definir de forma objetiva a natureza do ato que se sobrepõe, a intensidade de controle indicada para cada relação tendencial é meramente indicativa e não necessariamente será aplicável a todo caso, já que há, por exemplo, casos eminentemente políticos que, não obstante, exigem algum tipo de intervenção do Judiciário (JORDÃO, Eduardo. *Controle Judicial de uma Administração Pública Complexa*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 172 e ss.).

³¹⁷ “A presunção de legitimidade consiste na presunção relativa quanto à regularidade jurídica dos atos produzidos pelo exercente de função administrativa, do que decorre sua aptidão para gerar efeitos vinculantes erga omnes. (...) O primeiro aspecto da presunção de legitimidade se relaciona com o conteúdo do ato administrativo. Presume-se que o conteúdo é compatível com o direito e que os fatos cuja ocorrência é afirmada efetivamente ocorreram” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 374-375).

ordenamento jurídico, ocasião em que o ônus argumentativo do juiz será muito maior se comparado à resolução das controvérsias jurídicas triviais. Se, por outro lado, não ficar caracterizada uma evidente e inequívoca violação aos parâmetros legais estabelecidos, caberá ao controlador, *via de regra*, em deferência ao papel do gestor público, reconhecer a regularidade e legitimidade da decisão da Administração Pública, ainda que haja outras interpretações razoáveis³¹⁸. A interpretação dos órgãos de controle não pode ser levada à verdade absoluta, de modo que agentes administrativos sejam penalizados pela mera divergência de entendimento. Como bem ressalta Alexandre Santos de Aragão em relação ao controle exercido pelo Judiciário:

Mas essa deferência do Judiciário com as decisões administrativas e legislativas, muito mais do que uma invocação de figuras como discricionariedade e vinculação, ainda em voga, mas que nunca foram satisfatoriamente diferenciadas na prática, será tanto maior quanto mais e em mais forte grau estiverem presentes elementos como os seguintes: capacidade institucional do órgão emissor do ato (órgão colegiado, capacidade técnica, independência etc.); grande densidade normativa da norma a ser aplicada; consequências gerais e futuras (prospectivas), para quem não é parte naquele específico processo, da decisão que vier a ser tomada; caráter técnico do ato sob controle; natureza colegiada da decisão; maior ou menor identidade do caso concreto com a hipótese de incidência abstratamente prevista na lei; a pouca magnitude dos direitos restringidos pela norma (por exemplo, se nem forem ligados à dignidade da pessoa humana); da higidez do processo administrativo ou legislativo que o precedeu, inclusive se teve audiências ou consultas públicas, se estas tiveram participação significativa etc. Quanto mais esses fatores estiverem presentes, maior preferência deve o Judiciário dar às decisões tomadas pelo legislador ou pela administração³¹⁹.

A necessidade da observância dessa postura decorre, como mencionado (vide tópico 3.2.3), da inferior capacidade institucional dos órgãos de controle na análise e compreensão do multifacetado fenômeno administrativo e dos riscos ao bem-estar social que um controle mais intenso, sem uma devida análise contextualizada e sistêmica, pode provocar. A complexidade do fenômeno social demonstra que, em geral, os órgãos de controle – principalmente aqueles de formação dogmático-jurídica, como o Judiciário e o Ministério Público –, não são as instâncias mais especializadas para a análise meritória

³¹⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 617.

³¹⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Subjetividade judicial na ponderação de valores: alguns exageros na adoção indiscriminada da teoria dos princípios. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 267, p. 41-65, set. 2014. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46457/44448>>. Acesso em: 04 dez. 2017.

das controvérsias afetas à atuação da Administração Pública, razão pela qual os controladores devem redobrar suas cautelas na apreciação dessas questões, para o bom funcionamento da máquina administrativa. Nesse sentido, vale destacar as palavras de Luiz Roberto Barroso sobre o controle realizado pelo Judiciário, que podem ser estendidas para os demais órgãos de controle:

Para evitar que o Judiciário se transforme em uma indesejável instância hegemônica, a doutrina constitucional tem explorado duas ideias destinadas a limitar a ingerência judicial: a de capacidade institucional e a de efeitos sistêmicos. Capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou de conhecimento específico. Também o risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejáveis pode recomendar uma posição de cautela e de deferência por parte do Judiciário. O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça, sem condições, muitas vezes, de avaliar o impacto de suas decisões sobre um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público³²⁰.

Assim, é importante que, no exercício de sua competência em relação a matérias fora de seu cotidiano, os órgãos de controle afastem-se da tentação de adoção de posturas particularistas³²¹ e cerquem-se de uma maior cautela na apreciação do caso, para evitar decisões contrárias à lógica econômica ou social e capazes de produzir graves distorções³²². Dessa forma, devem evitar a adoção de medidas excepcionais precipitadas – como, por exemplo, decisões liminares sem a prévia oitiva da parte afetada –, buscando o maior número de informação possível para a tomada de uma decisão esclarecida. No decorrer da instrução processual, detendo o controlador o absoluto domínio sobre as

³²⁰ BARROSO, Luiz Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *RDE, Revista de Direito do Estado*, v. 21, p. 82-122, 2011.

³²¹ A postura particularista na tomada de decisões caracteriza-se pela possibilidade de correção da regra quando o intérprete entende que ela não seja capaz de produzir o resultado correto. Como destaca Noel Struchiner, “aquele que toma as decisões é um alfaiate que pode ajustar a linguagem da regra da maneira que desejar”. (STRUCHINER, Noel. Posturas Interpretativas e Modelagem Institucional: A dignidade (contingente) do Formalismo Jurídico. In SARMENTO, Daniel (org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 470).

³²² Trata-se, de certa forma, da utilização dos critérios de proporcionalidade (v. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008). Embora a técnica contemple um procedimento mais objetivo, sua importância reside na criação de uma cultura de ponderação dos bens jurídicos em jogo, mostrando que é necessário encontrar um ponto ótimo de efetivação de cada um dos interesses, reforçando o ônus argumentativo do intérprete no sentido de considerar todos os aspectos que envolvem o caso em questão.

informações coletadas e a capacidade necessária para a tomada de uma decisão esclarecida no que se refere ao mérito do assunto, não deverá hesitar em adotá-la³²³. Como bem destaca Alexandre Santos de Aragão a respeito do controle jurisdicional, “o Poder Judiciário só poderá suprir (em caso de omissão) ou substituir (em caso de anulação) o exercício da atividade discricionária da Administração Pública nos casos concretos em que existirem elementos objetivos suficientes para que, do conjunto dos dados normativos e fáticos disponíveis, se possa extrair uma – e apenas uma – solução legítima”³²⁴. E, nesse cenário, é importante que meras irregularidades formais sejam sopesadas e abstraídas, utilizando-se o princípio do formalismo moderado³²⁵ como um parâmetro para o próprio exercício do controle da regularidade da atuação estatal.

Por outro lado, caso constate um natural obstáculo institucional para a compreensão da política pública ou da decisão administrativa em seu âmago, por envolver elementos externos à praxe de sua atuação, deve, no geral, abster-se de realizar interpretações extensivas ou ampliativas e focar o exercício de sua atribuição na verificação da legitimidade e regularidade do procedimento decisório do gestor, mantendo a decisão administrativa caso não seja verificada nenhuma violação frontal ou desmesurada ao ordenamento jurídico³²⁶. Como assinala Gustavo Binenbojm, “*naqueles campos em que, por sua alta complexidade técnica e dinâmica específica, falecem*

³²³ CYRINO, André Rodrigues. Separação de Poderes e Controle Judicial: Por um *Amicus Curiae* Regulatório. In: *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, n. 20, nov/dez/jan 2009/2010, p. 16.

³²⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 353.

³²⁵ O princípio do formalismo moderado – ou informalismo – dispensa ritos sacramentais e formas rígidas no âmbito do processo administrativo. Como destaca Hely Lopes Meirelles, “bastam as formalidades estritamente necessárias à obtenção da certeza jurídica e à segurança procedimental (...). Realmente, o processo administrativo deve ser simples, despido de exigências formais excessivas (...). Todavia, quando a lei impõe uma forma ou uma formalidade, esta deverá ser atendida, sob pena de nulidade do procedimento, mormente se da inobservância resulta prejuízo para as partes, mesmo porque, segundo o princípio da instrumentalidade das formas, não há nulidade sem prejuízo (*pas de nullité sans grief*)” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 554).

³²⁶ Especialmente em relação ao controle judicial dos atos regulatórios, vide CYRINO, André Rodrigues. *Direito Constitucional Regulatório - elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 272-273; VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *Controle Judicial da Atividade Normativa das Agências de Regulação Brasileiras*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. (Coord.). *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Forense: Rio de Janeiro, 2006, p. 413-414.

*parâmetros objetivos para uma atuação segura do Judiciário, a intensidade do controle deverá ser tendencialmente menor*³²⁷.

É importante atentar que não se busca aqui, de forma alguma, caracterizar como indefectíveis as decisões administrativas. A atuação da Administração Pública, mesmo no que tange às decisões mais complexas, está frequentemente suscetível a diversos vieses – como, por exemplo, pressões dos grupos de interesse, falta de transparência, limitação cognitiva decorrente da especialização técnica (“*tunnel view*”), dentre outros –, os quais deverão ser corrigidos pelos órgãos de controle, quando provocado. Ocorre que até mesmo para identificar a ocorrência desses vieses, é possível que o controlador tenha que se deparar com questões que vão além do universo jurídico ou do âmbito de sua atuação. E, diante dessas matérias, é necessário que haja a alegada postura de maior cautela, evitando-se, como dito, decisões açodadas e realizando, para a solução da controvérsia, uma análise abrangente da questão em jogo, com o reforço de seu ônus argumentativo caso decida pela invalidação do ato administrativo.

4.1.3 O enfoque do controle na verificação de busca por resultados

Conforme mencionado no tópico anterior, especialmente nos casos não cotidianos que envolvam questões complexas ou de natureza política, os órgãos de controle devem, em geral, evitar a adoção de medidas precipitadas e buscar o máximo de informação possível, para a realização de uma análise informada e esclarecida. Se o controlador encontrar obstáculos intransponíveis para um amplo domínio do mérito da matéria, em razão da reduzida capacidade de sua instituição para compreender o assunto de forma especializada, deve focar o exercício de sua atribuição na verificação da legitimidade e regularidade do procedimento decisório do gestor, mantendo a decisão administrativa caso não seja constatada nenhuma violação frontal ao ordenamento jurídico. Por outro lado, se o desenho institucional do órgão de controle lhe conferir a capacitação técnica necessária para apreciar o assunto, pode – e deve – se aprofundar na análise do mérito da matéria. E, neste último caso, é importante que o exercício do controle seja pautado

³²⁷ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 241.

por critérios de *eficiência*, cabendo ao controlador focar sua atuação na verificação da *busca de resultados* à Administração.

Como visto acima (tópico 3.1), com a promulgação da Emenda Constitucional nº 19/1998, a eficiência passou a constituir um dos princípios que deve reger a Administração Pública. A ideia de sua inserção no texto constitucional está intimamente relacionada com a necessidade de se alcançar as finalidades públicas de forma célere e, principalmente, efetiva. Consiste no compromisso da Administração Pública de buscar – e efetivamente promover –, na melhor relação custo/benefício, os resultados qualitativos constitucionalmente almejados. Como destaca Humberto Ávila, “*eficiente é a atuação administrativa que promove de forma satisfatória os fins em termos quantitativos, qualitativos e probabilísticos*”³²⁸. Sobre o tema, Alexandre Santos de Aragão também tece importantes considerações:

O Direito deixa de ser aquela ciência preocupada apenas com a realização lógica dos seus preceitos; desce do seu pedestal para aferir se esta realização lógica está sendo apta a realizar os seus desígnios na realidade da vida em sociedade. Uma interpretação/aplicação da lei que não esteja sendo capaz de atingir concreta e materialmente os seus objetivos, não pode ser considerada como a interpretação mais correta. Note-se que essas mudanças metodológicas evidenciam a queda do mito da interpretação como atividade meramente declaratória do que já estava na lei, da única interpretação possível, já que os resultados práticos desta ou daquela forma de aplicação da norma terão relevante papel na determinação de qual, entre as diversas interpretações plausíveis existentes, deverá ser adotada, opção que, posteriormente, pode inclusive vir a ser alterada diante da comprovada mudança dos dados da realidade, que devam ser acompanhados de uma nova estratégia regulatória.³²⁹

Como bem destaca Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a própria redação originária da Constituição já estabeleceu a necessidade de uma administração de resultado, cuja regularidade e legitimidade está atrelada à efetiva satisfação do interesse público:

O que até aqui se depreende das considerações apresentadas é que a Constituição de 1988, com louvável antecipação, já estabelece todo o fundamento necessário para a afirmação e aplicação em nosso país da,

³²⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Moralidade, Razoabilidade e Eficiência da Atividade Administrativa*. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, outubro/novembro/dezembro, 2005. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/humberto-avila/moralidade-razoabilidade-e-eficiencia-na-atividade-administrativa>>. Acesso em 06 dez. 2017.

³²⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da eficiência. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 237, p. 1-6, jul. 2004. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44361>>. Acesso em 13 Dez. 2017.

assim denominada, administração de resultado, ou seja: confere uma base institucional da legalidade finalística ou, melhor e mais amplamente, para empregar a denominação já difundida na literatura jurídica, por envolver também a legitimidade: uma base institucional da juridicidade finalística, no direito público brasileiro. Na realidade, essa promissora doutrina se vem consolidando dentro de uma nova concepção das próprias relações entre os cidadãos e a administração pública, como especificamente voltada à afirmação de seu dever funcional de proporcionar resultados concretos e materializados em uma boa e justa atribuição de bens e serviços às pessoas, como um *proprium* da função administrativa³³⁰.

Trata-se, em geral, de uma imposição decorrente do esforço para a implementação de uma *Administração Pública Gerencial*. Conforme bem delineia Luiz Carlos Bresser Pereira, com o aumento do tamanho do Estado, foi se tornando clara a ineficiência da administração pública burocrática tradicional. A administração burocrática proporcionava um mínimo de eficiência que a tornava economicamente viável. No entanto, na medida em que se avançaram as reformas sociais e passou-se a exigir do Estado a promoção de resultados sociais, ficou claro que esse mínimo era insuficiente. Nesse cenário, a elevação do custo dos serviços do Estado trouxe à tona o problema da ineficiência, impondo a adoção de uma reforma, que transformasse a administração pública burocrática tradicional na chamada administração pública gerencial, pautada pela busca de eficiência. Para tal desiderato, o autor elenca alguns contornos dessa nova administração pública:

a) descentralização do ponto de vista político, transferindo-se recursos e atribuições para os níveis políticos regionais e locais; b) descentralização administrativa, através da delegação de autoridade os administradores públicos, transformados em gerentes cada vez mais autônomos; c) organizações com poucos níveis hierárquicos, ao invés de piramidais; d) pressuposto da confiança limitada e não da desconfiança total; e) controle *a posteriori*, ao invés do controle rígido, passo a passo, dos processos administrativos; e f) administração voltada para o atendimento do cidadão, ao invés de autorreferida.³³¹

Diante desse contexto, como inclusive delineado pelo autor, é importante que os órgãos de controle, quando aptos a realizarem o exame do mérito da decisão

³³⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 133.

³³¹ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter (Org.). *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 241-243.

administrativa, superem os rígidos critérios formalistas tradicionais de aferição da regularidade da atuação estatal – pautados na verificação da estrita conformação com as formalidades legais – e passem a priorizar a realização de uma análise finalística da atuação administrativa, focando o exercício de sua atividade na verificação dos resultados gerados à sociedade, com vistas à constante obtenção de eficiência no funcionamento da máquina pública. Como bem destaca Floriano de Azevedo Marques, o foco do controle deve ser a aferição de eficiência da atividade administrativa, evitando-se que meras questões formais representem um entrave ao bom funcionamento da máquina pública:

Deve-se buscar como meta a estruturação de um sistema de controle eficiente, no sentido de ser efetivo, aproximando o poder político dos seus destinatários, sem, no entanto, engessar a máquina administrativa. Os mecanismos de controle devem ser concebidos para que sejam eficientes e que permitam aferir, não apenas mas de forma determinante, o quanto a atividade administrativa está revertendo em benefício do administrado (seja com resultados concretos das políticas públicas, seja mesmo com probidade, economicidade e eficiência). Para isso deve-se evitar que o excesso de regras e procedimentos e a sobreposição de controles acabe por se constituir em entrave ao bom funcionamento da Administração³³².

Nesse mesmo sentido, os economistas Mauricio Bugarin e Fernando Meneguim, após demonstrarem que as regras extremamente rígidas de nosso sistema desincentivam a tomada de decisões inovadoras pelos gestores públicos (como visto no tópico 3.2.1 acima), sugerem que, na fiscalização dos atos da Administração Pública pelos órgãos de controle, não sejam punidas as ações que revertam resultados benéficos à sociedade:

Uma forma natural de se estimular o gestor de carreira que valora o bem-estar social a inovar é simplesmente não puni-lo, caso seja confirmado o benefício social de sua ação. A nova instituição funcionaria da seguinte forma. Assim como ocorre atualmente, os gestores continuam sendo investigados pelos órgãos de controle, de forma que há uma probabilidade π de ser identificada ação irregular do gestor. No entanto, caso os órgãos de controle confirmem que a ação inovadora foi benéfica à sociedade, o gestor não perderá seu emprego³³³.

³³² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, p. 7-30, abr. 2010.

³³³ BUGARIN, Mauricio; MENEGUIM, Fernando Boarato. Incentivos à corrupção e à inação no serviço público: Uma análise de desenho de mecanismos. *Estudos Econômicos (São Paulo)*, v. 46, n. 1, p. 43-89, Mar. 2016. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-41612016000100043&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 20 set. 2017.

Desse modo, revelando-se eficiente a decisão administrativa, diante da presença de resultados positivos à sociedade, deve ser reconhecida a regularidade da atuação estatal, mesmo que sejam constatadas irregularidade formais no processo decisório ou verificada a ausência de conformação completa da atuação administrativa com o texto legal. Afinal, como bem ressalta Gustavo Binembojm³³⁴, com a constitucionalização do direito administrativo, a vinculação da Administração Pública se circunscreve ao ordenamento jurídico como um todo (“bloco de legalidade”), tendo como cerne a promoção dos valores constitucionais. Portanto, uma atuação administrativa que não se molde estritamente aos ditames legais ordinários, mas promova adequada e razoavelmente os princípios previstos no texto constitucional, está de acordo com a ideia de juridicidade administrativa e, desse modo, não deve ser deslegitimada.

Assim, diante da aferição de resultados positivos à sociedade, os órgãos de controle devem reconhecer a regularidade da atuação estatal, ainda que não tenham sido estritamente seguidos os ditames legais. E, mesmo que o princípio da eficiência imponha que a atuação administrativa efetivamente satisfaça o interesse público, nos casos em que a ação estatal não houver gerado resultados positivos, é salutar que os órgãos de controle analisem as circunstâncias vivenciadas pelo agente e as razões que o levaram a tomar a decisão adotada, aferindo se, naquele cenário e diante das informações que detinha na ocasião, havia outra conduta a ser exigida. Atualmente é comum que os órgãos de controle, anos depois da prática do ato, julguem-no fora do contexto em que foi praticado, fazendo com que uma decisão plenamente justificável acabe sendo invalidada apenas por não ter sido devidamente contextualizada. Desse modo, deve-se punir o gestor que, deliberadamente, não buscou a realização do interesse público ou que tentou promovê-lo temerariamente, e não aquele que, de forma razoável, envidou todos os esforços que estavam à sua disposição para a efetiva produção de benefícios à sociedade.

A ideia é que se confira liberdade e autonomia aos gestores públicos para, razoavelmente, tomarem as decisões inovadoras e criativas que lhe parecerem mais acertadas, assumindo riscos, inerentes a toda e qualquer gestão, quando entenderem

³³⁴ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 148-149.

vantajoso. Nestes casos, demonstrada a diligência e cautela na tomada da decisão administrativa, devem os órgãos de controle deixar de penalizá-los, mesmo que a decisão administrativa não tenha atingido os benefícios sociais almejados, como um incentivo à produção de soluções eficientes. Afinal, o dever do administrador é atuar de forma proba, eficiente, diligente e razoável, sempre com vistas à satisfação do interesse público. Se assim o fizer – ou envidar todos os esforços que estavam ao seu alcance para tal – deve ser reconhecida a regularidade de sua atuação, estimulando-se a constante busca pela obtenção de resultados positivos à sociedade.

4.2 Algumas propostas concretas

4.2.1 O Anteprojeto da nova lei orgânica para a Administração federal e o Projeto de Lei que inclui na LINDB disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público

Há algumas louváveis iniciativas legislativas que procuram, de algum modo, afastar alguns dos problemas apontados no presente trabalho. Neste tópico, serão abordados o Anteprojeto da nova lei orgânica para a Administração federal e o Projeto de Lei que inclui na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público.

Em 10/12/2007, foi publicada no Diário Oficial da União a Portaria nº 426, de 06/12/2007, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (posteriormente alterada pela Portaria nº 84, de 23/04/2008), instituindo comissão destinada a elaborar anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública Federal e entes de colaboração. A comissão foi composta pelos professores Almiro do Couto e Silva, Carlos Ari Sundfeld, Floriano de Azevedo Marques Neto, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Maria Coeli Simões Pires, Paulo Eduardo Garrido Modesto, e Sérgio de Andréa Ferreira. O resultado dos trabalhos foi entregue à pasta em 16 de julho de 2009³³⁵.

³³⁵ Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública Federal e Entes de Colaboração*. Autoria: Comissão de Juristas constituída pela Portaria nº 426, de 6 de dezembro de 2007, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. 2009. Disponível em:

Mais do que propor uma simples lei orgânica para a Administração Pública federal, o trabalho dos juristas sugere uma verdadeira redefinição das várias classes de entidades que compõem a administração pública. No que tange ao sistema de controle, o trabalho dedicou uma seção própria para tratar do tema. Neste ponto, o diagnóstico dos juristas foi no sentido de que “os *mecanismos de controle existentes atualmente são marcadamente formais e custosos (ineficientes e ineficazes)*”³³⁶, razão pela qual o principal esforço da Comissão foi estruturar um sistema de controle capaz de, a um só tempo, ser eficiente, sem, no entanto, engessar a Administração ou inviabilizar o controle, tornando-o demasiadamente custoso e ineficaz.

Desse modo, e levando-se em consideração o forte processo de mudança que o controle tem sofrido no direito comparado, foram indicadas no anteprojeto interessantes diretrizes gerais para o sistema (art. 50³³⁷), que estão em consonância com os paradigmas elencados acima: (i) supressão de controles meramente formais ou cujo custo seja evidentemente superior ao risco; (ii) fortalecimento do controle *a posteriori* (ao invés da vertente *ex ante*); (iii) predomínio da verificação de resultados (ao invés do controle formal prevalecente); (iv) simplificação dos procedimentos, (v) erradicação de sobreposição de competências e instrumentos de controle (a fim de que a multiplicidade de mecanismos de controle não acarrete a sobreposição e, com ela, a ineficiência); (vi) obrigatoriedade dos órgãos ou entes de controle verificarem a existência de alternativas compatíveis com as finalidades de interesse público dos atos ou procedimentos que sejam por eles impugnados; (vii) responsabilização pessoal do agente que atuar com incúria, negligência ou improbidade. O parágrafo único do referido dispositivo estabelece

<http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/seges/comissao_jur/arquivos/090729_seges_arq_leiorganica.pdf/view>. Acesso em 15 dez. 2017.

³³⁶ Idem, p. 14.

³³⁷ Art. 50. O controle das atividades dos órgãos e entidades estatais deve obedecer ao disposto na Constituição, nesta Lei e na legislação especial e observar as seguintes diretrizes:

I - supressão de controles meramente formais ou cujo custo seja evidentemente superior ao risco;

II - controle *a posteriori*, constituindo exceção o controle prévio ou concomitante; III - predomínio da verificação de resultados;

IV - simplificação dos procedimentos;

V - eliminação de sobreposição de competências e de instrumentos de controle;

VI - dever, para os órgãos ou entes de controle, de verificação da existência de alternativas compatíveis com as finalidades de interesse público dos atos ou procedimentos que sejam por eles impugnados; e

VII - responsabilização pessoal do agente que atuar com incúria, negligência ou improbidade.

Parágrafo único. Os órgãos e entes de controle não podem substituir-se aos agentes, órgãos ou entes controlados no exercício de suas competências, inclusive quanto à definição de políticas públicas.

expressamente a impossibilidade de que os órgãos de controle se substituam aos agentes controlados no exercício de suas competências, inclusive quanto à definição de políticas públicas.

Mais à frente, ao abordar o controle externo (art. 62³³⁸), o anteprojeto novamente destaca a impossibilidade de que os entes incumbidos do controle interfiram na gestão das entidades fiscalizadas ou na definição das políticas públicas. Em seguida (art. 63³³⁹), estabelece expressamente a impossibilidade de validação prévia no âmbito do controle externo como condição de legitimidade ou eficácia de atos da administração.

O Ministério do Planejamento divulgou o resultado final dos trabalhos da Comissão, mas não há notícia de sua submissão ao Legislativo. No momento atual, em que o debate sobre os limites do exercício da atividade de controle da Administração Pública cada vez mais vem à tona, seria extremamente oportuna a deflagração de uma discussão legislativa sobre as reformas propostas no anteprojeto, que, como visto, traz interessantes mecanismos normativos na tentativa de afastar os problemas sistêmicos identificados.

Outra relevante proposta lançada é o Projeto de Lei nº 349/2015, apresentado pelo Senador Antonio Anastasia, aprovada no Senado com algumas emendas e remetida em 19/04/2017 à Câmara dos Deputados (Projeto de Lei nº 7448/2017). O objetivo do projeto é incluir na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro disposições sobre segurança jurídica e eficiência na aplicação do direito público. Com o propósito de compartilhar o conteúdo do projeto, o Senador convidou juristas e professores para que examinassem artigo por artigo, na expectativa de motivar a participação de interessados em contribuir para o aprimoramento do texto, resultando na publicação de um estudo³⁴⁰.

³³⁸ Art. 62. Ressalvado o controle jurisdicional, o controle externo dos órgãos e entidades estatais é exercido pelo Poder Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas respectivo.

Parágrafo único. O controle externo não pode implicar interferência na gestão dos órgãos ou entidades a ele submetidos nem ingerência no exercício de suas competências ou na definição de políticas públicas.

³³⁹ Art. 63. O controle externo não implica a exigência ou o processamento de exames prévios, como condição de validade ou eficácia de atos da administração.

³⁴⁰ PEREIRA, Flavio Henrique Unes (Coord.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática. Estudos sobre o Projeto de Lei no 349/2015, que inclui, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, disposições para aumentar a segurança jurídica e a eficiência na aplicação do direito público*. Brasília: Senado Federal, 2015.

Os dispositivos apresentados no projeto possuem em geral pertinência com as diretrizes gerais propostas no presente estudo. O destaque principal, no entanto, fica para o artigo 22 proposto no texto final do projeto³⁴¹:

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

Como bem destaca Alexandre Santos de Aragão no estudo publicado, a importância da inserção do dispositivo reside na implementação do conceito de equidade no direito público, *“pelo qual na aplicação das normas não se deve ter em conta apenas a frieza de suas previsões abstratas, mas adequá-las às peculiaridades de cada caso concreto para que a sua incidência sobre eles se customize, sendo justa”*³⁴². Como visto acima, há uma prevalência do controle burocrático-formal, abstraído das peculiaridades e premências do caso concreto que justificam a decisão administrativa no momento de sua adoção, mas que, quando desconsideradas no momento de sua apreciação, levam à indevida invalidação do ato questionado. Assim, mostra-se positivo prescrever, expressamente, que os órgãos de controle devam levar em consideração as exigências práticas com as quais o administrador tem que lidar em cada caso concreto, pois, como ressaltado pelo administrativista, *“a Administração Pública não se destina apenas a fazer*

³⁴¹ Disponível em <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5227329&disposition=inline>>. Acesso em 23 dez. 2017.

³⁴² ARAGÃO, Alexandre Santos de. Artigo 21. In PEREIRA, Flavio Henrique Unes (Coord.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática. Estudos sobre o Projeto de Lei no 349/2015, que inclui, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, disposições para aumentar a segurança jurídica e a eficiência na aplicação do direito público*. Brasília: Senado Federal, 2015, p. 20.

*belas subsunções formais, mas a transformar concretamente a realidade de acordo com o programa constitucional*³⁴³.

4.2.2 Redução da vagueza da Lei de Improbidade

Como também visto acima, um dos grandes problemas do sistema de controle é a abertura e indeterminação das legislações destinadas a fiscalizar as atividades da Administração Pública. Como ressalta Gustavo Binenbojm, “o *Direito Administrativo Sancionador no Brasil ainda é um enclave do velho Direito Administrativo, baseado num controle puramente discricionário*”³⁴⁴.

Especialmente em relação às espécies mais graves de infração funcional – e aqui o destaque fica com a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), em que essa disfunção se apresenta mais acentuadamente –, o método de arrolamento de ilícitos por meio de mandados proibitivos de textura aberta não se mostra adequado. Isso porque o frequente uso de conceitos jurídicos indeterminados e de cláusulas vagas na descrição das infrações – vale lembrar que a lei considera ímprobo qualquer ato contrário aos “princípios da administração pública” – acarreta amplos e constantes juízos de valor por parte do julgador, o que não se coaduna com a gravidade das sanções que podem ser impostas aos agentes, dando margem a abusos e distorções, como visto no tópico 2.4.

Não obstante haja uma sedimentação jurisprudencial a respeito dos conceitos vagos previstos na Lei de Improbidade Administrativa, não se pode deixar ao alvedrio do julgador a interpretação dos conceitos jurídicos estabelecidos na norma sancionadora. Não se mostra consentâneo com o direito administrativo moderno a previsão abstrata de condutas hábeis a violar a probidade administrativa. A ampliação da tipificação não é a melhor solução, tampouco a discricionariedade do intérprete é o expediente adequado para que se efetivamente coíba a prática de atos de improbidade.

³⁴³ Ibidem, p. 21.

³⁴⁴ Palestra “Novos Paradigmas da Responsabilidade do Gestor Público” ministrada no evento jurídico promovido pela Associação de Funcionários do BNDES em 25 de agosto de 2017 com o tema “Gestor Público, Riscos de Responsabilização e Segurança Jurídica”. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=qj1WHQRtTs4>>. Acesso em 30 set. 2017.

Assim, em respeito às garantias constitucionais, em especial a segurança jurídica, é preciso repensar o controle da improbidade a partir de parâmetros mais objetivos e tipos infracionais mais fechados. Vale destacar, nesse aspecto, as oportunas soluções apresentadas por André Luiz Maluf, Matheus Meott Silvestre e Carina de Castro Quirino:

Neste sentido, é preciso que o legislador atente-se para o futuro do combate à improbidade, corrigindo as falhas já constatadas após os 25 anos de vigência da lei 8429/92: i) fechar os tipos que ensejam improbidade, garantindo segurança jurídica e uma moldura mais definida para o intérprete, o que, ao fim e ao cabo, possibilita maior celeridade em virtude da menor abertura para discussões e contestações; ii) criar tipos que punam o agente que verdadeiramente busca obter vantagem indevida para si ou terceiro às custas do erário através de demonstração de dolo específico, punindo agentes que causam dano ao erário de forma inescusável; iii) focar sanções no corruptor que coíbam a reiteração de ilícitos, independentemente da responsabilidade do agente público.³⁴⁵

Além disso, diante da natureza punitiva da Lei de Improbidade Administrativa, também é importante que se reconheça a inadmissibilidade da utilização de analogia ou de interpretação extensiva para fins de caracterização do ato ímprobo. Essas interpretações ampliatórias do conteúdo normativo dos tipos infracionais criam uma inaceitável insegurança jurídica na vida dos agentes públicos, sujeitos ao subjetivismo do intérprete.

Assim, a par da necessidade de adoção de um sistema de tipicidade cerrada, dotado de precisão semântica na fixação dos ilícitos, os arts. 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/1992 – que atualmente apresentam um rol meramente exemplificativo – devem ser encarados como verdadeiros catálogos taxativos, exhaustivamente previstos nos preceitos legais da norma, vedando-se qualquer espécie de interpretação ampliativa de seu conteúdo³⁴⁶. Com isso, garante-se a segurança jurídica daqueles administradores que

³⁴⁵ MALUF, André Luiz; SILVESTRE, Matheus Meott; QUIRINO, Carina de Castro. Tipificação genérica na improbidade administrativa. Disponível em <<https://jota.info/artigos/tipificacao-generica-na-improbidade-administrativa-30062017>>. Acesso em 03 dez. 2017.

³⁴⁶ O Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a impossibilidade de aplicação da analogia *in malam parte* em relação à tipificação de atos de improbidade administrativa: “ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CARACTERIZAÇÃO. CARGO OCUPADO SEM REMUNERAÇÃO. BASE DE CÁLCULO PARA FIXAÇÃO DA MULTA. SALÁRIO MÍNIMO. CABIMENTO. DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. ANALOGIA IN MALAM PARTEM. IMPOSSIBILIDADE. (...) 5. Como se trata de aplicação de penalidades, é se utilizar de um princípio geral de direito, que cuida da vedação da analogia em desfavor do sancionado. No Direito Penal, ramo em que esta norma foi melhor trabalhada, distinguem-se dois subtipos de analogia: a analogia *in malan partem* e a analogia *in bonan partem*. A primeira agrava a pena em pressupostas hipóteses não abrangidas pela lei. Já a segunda utiliza-se de situações semelhantes para solucionar o caso sem agravar a pena. 6. Ora, diante da lacuna da Lei de Improbidade Administrativa frente

precisam trazer inovações positivas para a gestão da coisa pública, limitando-se a margem de interpretação dos atos que seriam de fato lesivos ao erário como atos de improbidade administrativa.

4.2.3 Ampliação da interação institucional

Um dos problemas apontados refere-se à falta de coordenação nas atividades dos órgãos de controle. Numa gestão pública cada vez mais complexa, é salutar que haja algum tipo de articulação entre os órgãos de controle. Num cenário de escassez de recursos e de busca pela produtividade, especialmente em países em desenvolvimento como o Brasil, é crucial que haja preocupação com a eliminação de esforços redundantes e contraditórios na atuação dos Poderes Públicos, especialmente por meio da racionalização das atividades exercidas e uniformização de procedimentos e padronizações, com vistas a uma constante interação entre os atores envolvidos³⁴⁷.

A necessidade de coordenação entre os entes de controle impõe que se levem em consideração os processos desenvolvidos por outras unidades ou instituições, envolvendo não apenas o trabalho conjunto em concreto, mas, principalmente, a criação de mecanismos de compartilhamento de informações e de conhecimento que, por meio do diálogo entre os órgãos de controle, favoreçam o desenvolvimento de processos de responsabilização a cargo de cada instância de controle de forma mais racional e otimizada.

Conforme apontado por Maíra Rocha Machado e Bruno Paschoal em pesquisa sobre os mecanismos de coordenação institucional³⁴⁸, o sistema de controle já possui,

ao caso apresentado, pode-se utilizar da analogia para a determinação da base da pena de multa. No entanto, a analogia não pode ser aplicada in malam partem, porque no âmbito do Direito Administrativo sancionador. 7. O acórdão, de forma coerente com os princípios regentes do direito, estabeleceu como base da pena de multa a menor remuneração do país, o que se coaduna com a função honorífica realizada pelo recorrido. Neste raciocínio, não há como prosperar a alegação do recorrente segundo a qual deve ser aplicada multa com base no vencimento mais elevado dos cargos de nível superior da estrutura remuneratória de autarquia, pois estar-se-ia operando analogia desabonadora. 8. Recurso especial não provido" (STJ, DJe 14 dez. 2010, Recurso Especial 1216190 / RS. Rel. Min. Mauro Campbell Marques).

³⁴⁷ PETERS, B. Guy. *Managing Horizontal Government: The Politics of Coordination*. Ottawa: Canadian Centre for Management Development, 1998. Disponível em: <<http://publications.gc.ca/collections/Collection/SC94-61-21-1998E.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

³⁴⁸ MACHADO, Maíra Rocha; PASCHOAL, Bruno. Monitorar, investigar, responsabilizar e sancionar: a multiplicidade institucional em casos de corrupção. *Novos Estudos CEBRAP*, v. 104, p. 11-36, 2016.

esparsamente, diversos mecanismos de coordenação institucional. Um primeiro passo, portanto, pode ser dado apenas por meio da propagação desses instrumentos para e entre os demais órgãos de controle. Com base na pesquisa dos autores, vale elencar alguns desses esses mecanismos já existentes, cujo aproveitamento de outras formas e por outros entes pode contribuir para o afastamento das distorções apontadas no trabalho:

- a) Padronização de procedimentos: O Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União e o Tribunal de Contas da União tem auxiliado outros órgãos de controle para que seus funcionários saibam identificar quais organismos teriam interesse em receber determinada informação, enviar os documentos em prazo útil, coletar informações relevantes e solicitar ajuda para compreender dados e evidências para as quais não possuam habilidade técnica para interpretar sozinhos. Trata-se de medida importante na medida em que a demora em responder a solicitações, enviar relatórios e informações para outras instituições ou não coletar evidências necessitadas por outros entes de controle podem impactar o processo de responsabilização.
- b) Compartilhamento de informações e bancos de dados: Observa-se um esforço de algumas instituições para compartilhar deis bancos de dados com as suas próprias unidades e unidades de instituições distintas. Dentre esses esforços, os autores destacam a criação de Fóruns Permanentes de Combate à Corrupção e Movimentos Articulados de Combate à Corrupção. Além disso, novos sistemas são criados para permitir esse compartilhamento de informações, como o Monitora, do Ministério Público Federal, que permite a inserção de informações sobre investigações e processos em curso que podem ser consultados por outros procuradores, e o Sistema de Gestão de Processos Disciplinares, que armazena informações sobre processos disciplinares contra funcionários públicos da Administração federal.
- c) Criação de grupos especializados: a 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, responsável por processos casos

de corrupção na área cível e criminal, tem como objetivo colocar procuradores em contato e resolver controvérsias entre eles, por intermédio da fixação de interpretações que, mesmo sem caráter vinculante, pode servir de apoio à atuação de procuradores em diferentes regiões do país;

- d) Forças-tarefas e operações conjuntas: As forças-tarefas em casos de corrupção são implementadas apenas em casos específicos, depois de sua cuidadosa análise e de identificação do interesse de outras instituições em participar. O único exemplo de força-tarefa permanente identificada é a Força-Tarefa Previdenciária, que integra Ministério Público Federal, a Polícia Federal e o Ministério da Previdência. As forças-tarefas – ou, ao menos, o trabalho próximo do MPF e da DPF – são especialmente úteis para evitar que provas coletadas pela polícia sejam posteriormente consideradas insuficientes ou anuladas pelos tribunais. Além disso, elas permitem a complementação de expertises e informações restritas a órgãos específicos.
- e) Planejamento conjunto de ações e operações: A pesquisa identificou, na AGU, experiências nas quais a unidade de consultoria e a unidade de persecução (responsabilização ou imposição de sanções) trabalham juntas, de modo a aproveitar o conhecimento produzido pela primeira na formulação de estratégias a serem perseguidas pela segunda, resultando até mesmo na elaboração de documentos conjuntos.

Apesar dos inúmeros obstáculos apontados pelos autores para a promoção de uma ampla coordenação institucional – como vaidade institucional, demora no atendimento das solicitações, dificuldade de compreensão da linguagem empregada pelos outros entes de controle e compartilhamento raro de provas –, é essencial fortalecer e expandir os mecanismos de coordenação entre as instituições de controle, otimizando e racionalizando o exercício dessa atribuição pelos entes incumbidos de tal tarefa.

4.2.4 Adoção de mecanismos consensuais

Da mesma forma que a administração burocrática vem evoluindo para uma administração pública gerencial, com o desafio de atender, de modo eficiente, as demandas sociais (como visto acima no item 4.1.3), sua forma de atuação e de resolução de controvérsias também teve que se adaptar a esse novo paradigma do direito administrativo. Assim, a administração pública moderna, diferente da administração do Estado Liberal, que se utilizava do ato de autoridade como instrumento privilegiado, tende, cada vez mais, a flexibilizar e diversificar seu *modus operandi*, afastando-se dos meios autoritários, em prol de formas mais consensuais de atuação. Como bem destacam Onofre Alves Batista Junior e Sarah Campos:

Por ser a sede dos aparelhos coercitivos estatais e a responsável pela definição, das “razões de Estado”, a Administração do Estado Liberal, pendia, indubitavelmente, para um agir mais autoritário, centrado no típico ato administrativo unilateral. (...)

O Estado Social, entretanto, abre-se à diretriz de que o indivíduo possui direito a prestações por parte da Administração Pública. Em vez da idéia de garantia de direitos individuais obtida por meio da simples abstenção dos poderes públicos, os direitos subjetivos dos administrados crescem em número e diversidade, deixando o administrado de ser mero objeto do poder administrativo, passando a ser sujeito titular de direitos e obrigações.

O administrado, portanto, não apenas deseja que a administração atue, mas solicita essa atuação. Nesse sentido, o ato administrativo deixa de ser visto apenas como uma agressão à esfera individual, para ser, igualmente, um instrumento de satisfação de interesses individuais. Nesse contexto, a Administração prestacional, viu-se obrigada a adotar formas mais consensuais de atuação, utilizando-se de mecanismos institucionalizados de audição e participação dos interessados, mesmo na formatação de decisões administrativas “unilaterais”³⁴⁹.

Gustavo Justino de Oliveira e Cristiane Schwanka também ressaltam que a expansão do consensualismo na Administração Pública vem acarretando a restrição de medidas de cunho unilateral e impositivo, provocando o florescimento da denominada Administração consensual e a mudança de eixo do Direito Administrativo, que passa a ser orientado pela lógica do consenso³⁵⁰. Nesse mesmo sentido, Luciano Ferraz defende

³⁴⁹ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; CAMPOS, Sarah. A administração pública consensual na modernidade líquida. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, v. 14, n. 155, p. 31-43, jan. 2014, p. 34.

³⁵⁰ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. Administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos

a alteração da racionalidade dos mecanismos de controle, para que “*deixam de ser vistos numa vertente estritamente sancionatória – visão típica do Direito concebido como ordem da coerção –, para se alinhar como meio de pacificação negociada das controvérsias na ordem interna*”³⁵¹.

Nesse cenário de superação do paradigma da Administração burocrática e verticalizada e de desenvolvimento de uma administração participativa e democrática, a lógica adversarial existente no clássico modelo imperativo de controle unilateral da Administração Pública precisa ser afastada. Como visto, de acordo com a pesquisa realizada pela equipe da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, os gestores públicos entrevistados enxergam os controladores “*como algozes em busca de situações que possam promover punições aos funcionários públicos*”, visão essa que se mostra totalmente contrária à tentativa de implantação da participação e do diálogo na Administração Pública.

Assim, substituições pontuais de soluções unilaterais e imperativas por medidas consensuais pode fomentar o diálogo entre controlador e controlado e se mostrar mais positiva do que punições decorrentes de condenações administrativas e judiciais – geralmente morosas e pouco efetivas³⁵² –, conferindo maior eficiência não só à condução da atividade de controle, como à própria reparação dos prejuízos causados. Como destaca Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

A participação e a consensualidade tornaram-se decisivas para as democracias contemporâneas, pois contribuem para aprimorar a governabilidade (eficiência), propiciam mais freios contra o abuso (legalidade); garantem a atenção a todos os interesses (justiça); proporcionam decisão mais sábia e prudente (legitimidade); desenvolvem a responsabilidade das pessoas (civismo); e tornam os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (ordem).³⁵³

de ação. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, p. 31-50, abr./jun. 2008. p. 27.

³⁵¹ FERRAZ, Luciano. Termo de Ajustamento de Gestão (TAG): do sonho à realidade. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n° 27, setembro, outubro, novembro, 2011. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=577>>. Acesso em 20 dez. 2017.

³⁵² Sobre a morosidade das condenações judiciais, v. PRADO, Mariana Mota; CARSON, Lindsey D.; CORREA, Izabela. The Brazilian Clean Company Act: Using Institutional Multiplicity for Effective Punishment (October 13, 2015). *Osgoode Legal Studies Research Paper No. 48/2015*, item 2.2.3. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=2673799> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2673799>. Acesso em: 07 jun. 2017

³⁵³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 40.

Nesse ponto, algumas iniciativas esparsas têm buscado promover essa maior consensualidade no âmbito do controle pautado pelo direito administrativo. A mais em voga, sem dúvida, é a previsão do acordo de leniência na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013). Embora tal mecanismo não seja novidade em nosso ordenamento – o instituto surgiu em 2000, por meio da Medida Provisória nº 2.055-4, convertida na Lei nº 10.149/2000, responsável por alterar a Lei Antitruste vigente a época (Lei nº 8.884/94) – o acordo de leniência, apesar das inúmeras dúvidas a respeito de seus efeitos e da competência para a sua celebração, é um instrumento vindo em boa hora e pode ter grande aplicação e efetividade – afinal, é pressuposto de sua celebração que a pessoa jurídica colabore com as investigações –, sempre a depender de uma interpretação jurídica apurada e constitucional.

Os ajustes necessários ao êxito no cumprimento de suas finalidades virão ao longo do tempo, com a experiência e prática. O mais premente, no entanto, é a necessidade de definição da disputa entre os órgãos de controle pela competência para a sua celebração e de delimitação exata de sua interface com outros instrumentos punitivos como a ação de improbidade administrativa, como visto ao longo do trabalho, para que sejam afastados todos os riscos e insegurança jurídica que tais dúvidas suscitam.

Na mesma linha, o Anteprojeto da nova lei orgânica para a Administração federal, mencionado acima, propõe, em seu art. 57, que os órgãos de controle público possam propor a assinatura de termos de ajustamento de gestão (TAG) para o efeito de afastar a aplicação de penalidades ou sanções e adequar os atos e procedimentos do órgão ou entidade controlada aos padrões de regularidade³⁵⁴. Para Flávio de Araújo Willeman, o TAG tem amparo no princípio da finalidade administrativa, implícito no artigo 37, caput, da CRFB/1988 e explícito no artigo 2º da Lei Federal nº 9.784/99, que deve ser interpretado *“à luz de preceitos teóricos que dão sentido ao que se tem denominado de consensualidade administrativa na busca do interesse público, razão para se afastar, em casos concretos, mediante ponderação técnica fundamentada, a atuação imperativa sancionatória do Estado para encontrar, no consenso, sobretudo no diálogo*

³⁵⁴ Art. 57. Os órgãos de controle público podem propor a assinatura de termos de ajustamento de gestão para o efeito de afastar a aplicação de penalidades ou sanções e adequar os atos e procedimentos do órgão ou entidade controlada aos padrões de regularidade.

*compromissório de seus “parceiros”, alternativas para aprimorar as parcerias e, eventualmente, os serviços públicos a eles delegados”*³⁵⁵.

Na verdade, o anteprojeto busca normatizar um instrumento já utilizado por algumas entidades administrativas. O TAG foi pioneiramente adotado pelo Município de Belo Horizonte, onde obteve um percentual de 87% de resolução negociada dos problemas administrativos³⁵⁶, sendo atualmente previsto em diversas leis orgânicas de tribunais de contas estaduais³⁵⁷. No TCU, no entanto, foi vedada a proposta de inclusão de dispositivo possibilitando a celebração de Termos de Ajustamento de Conduta no regimento interno do Tribunal³⁵⁸, não sendo permitida, portando, a adoção de mecanismos alternativos na Corte. Seria oportuno que, enquanto não for aprovado o anteprojeto de lei orgânica, o TCU revisitasse seu entendimento ou ao menos pusesse novamente em debate a possibilidade de celebração de acordos no âmbito de seus processos administrativos. Vale frisar que a legitimidade da celebração de acordos não é matéria estranha ao Tribunal e tampouco defesa, já que a própria Corte, em decisão paradigmática para o setor, já considerou regular a celebração do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) entre a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) e a Telefônica Brasil (Vivo)³⁵⁹.

³⁵⁵ WILLEMANN, Flávio de Araújo. Termo de Ajustamento de Gestão nas concessões: conversibilidade das sanções administrativas pecuniárias em investimentos. *Revista de Direito da Administração Pública*, v. I, n. 1, p. 1-12, 2012.

³⁵⁶ FERRAZ, Luciano. Termo de Ajustamento de Gestão (TAG): do sonho à realidade. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n° 27, setembro, outubro, novembro, 2011. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=577>>. Acesso em 20 dez. 2017.

³⁵⁷ Sobre o tema, v. SANTOS, Daniela Ramos de Oliveira dos. Termo de Ajustamento de Gestão no novo modelo de controle consensual da Administração Pública: estudo de caso do Estado de Minas Gerais. 2017. 110 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde da Universidade FUMEC, Belo Horizonte. 2017.

³⁵⁸ O dispositivo proposto teria o seguinte teor: “Art. 300. O Tribunal poderá celebrar com as pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, sobre as quais tem jurisdição, Termo de Ajustamento de Conduta Administrativa, objetivando fazer cessar irregularidades e promover correções para o atendimento às suas determinações e recomendações. Parágrafo único. Ato normativo do Tribunal disciplinará os procedimentos para a celebração do TAC”. A proposta foi deliberada na sessão extraordinária do Plenário do Tribunal de Contas da União, realizada em 04/10/2011. Disponível em <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/CONSES/TCU_ATA_0_N_2011_41.pdf>. Acesso em 22 dez. 2017.

³⁵⁹ Acórdão n° 2261/2011 – TCU – Plenário. Sobre a decisão, v. matéria disponível em <http://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-aprova-celebracao-de-tac-entre-anatel-e-telefonica-brasil-s-a-vivo.htm>. Acesso em 07 fev. 2018.

Em relação às sanções pecuniárias, a AGU tem buscado negociar os termos da execução – valores e número de parcelas – com as pessoas condenadas com vistas a maximizar o cumprimento dessas obrigações. Anualmente, a AGU promove o “mês da conciliação”, ocasião em que propostas de melhores condições de pagamento são oferecidas, incluindo os casos de corrupção. Foi por intermédio de um acordo desse tipo que a AGU garantiu a execução da decisão do TCU no escândalo de superfaturamento na construção da nova sede do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) de São Paulo que veio à tona em 1998 (“Caso TRT”), o que gerou o maior ressarcimento aos cofres públicos em caso de corrupção³⁶⁰ até a Operação Lava Jato.

No âmbito do Judiciário, a adoção de mecanismos consensuais e a aplicação de penas alternativas é avaliada positivamente por 61,7% dos juízes, de acordo com pesquisa realizada pela Associação e Magistrados Brasileiros³⁶¹. Inclusive, como mencionado, o Governo Federal chegou a editar medida provisória (MPV nº 703/15) que revogava o §1º do art. 17 da Lei nº 8.429/92³⁶², a fim de permitir que os acordos de leniência previstos na Lei nº 12.846/2013 pudessem estabelecer a inaplicabilidade das sanções previstas na Lei de Improbidade. Porém, com a ausência de votação pelo Senado Federal em prazo hábil à tramitação subsequente na Câmara dos Deputados em prol de sua conversão em lei, a medida provisória perdeu sua vigência, permanecendo vedada a possibilidade de transação em ações de improbidade³⁶³. De todo modo, já está em trâmite projeto de lei na Câmara dos Deputados (PL 5.208/2016³⁶⁴) para mudar a Lei

³⁶⁰ MACHADO, Maíra Rocha; PASCHOAL, Bruno. Monitorar, investigar, responsabilizar e sancionar: a multiplicidade institucional em casos de corrupção. *Novos Estudos CEBRAP*, v. 104, p. 11-36, 2016.

³⁶¹ Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/pesquisa-amb.pdf>>. Acesso em 09 set. 2017.

³⁶² Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

§ 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput.

(...)

³⁶³ Humberto Dalla e Bianca Oliveira destacam a possibilidade de pequenas concessões relativas à forma e ao prazo para cumprimento das obrigações constantes do acordo, uma vez que tais condições não significam transação sobre o direito material controvertido, tratando-se, portanto, de direitos disponíveis (DE PINHO, Humberto Dalla Bernardina; DE FARIAS, Bianca Oliveira. *Apontamentos sobre o compromisso de ajustamento de conduta na lei de improbidade administrativa e no projeto de lei da ação civil pública*. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6468. Acesso em 03 jan. 2018.

³⁶⁴ Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2083754>>. Acesso em 03 jan. 2018.

de Improbidade e permitir expressamente acordos de leniência nesses casos, “*desde que haja efetiva colaboração com as investigações e com o processo judicial*”.

A aprovação de proposta nesse sentido mostra-se providencial. Inclusive, em diversos acordos de leniência firmados no âmbito da Operação Lava Jato, o Ministério Público tem se comprometido a requerer, em ação de improbidade administrativa eventualmente propostas, tão somente o reconhecimento declaratório dos atos de improbidade administrativa, sem aplicação de sanções. Como bem destacado pela juíza federal Giovanna Mayer em decisão proferida em ação civil pública (autos nº 5006717 18.2015.4.04.7000, em curso perante a 5ª Vara Federal de Curitiba)³⁶⁵, na época da edição da Lei 8.429/92 a vedação da celebração de acordos até se justificava, “*tendo em vista que estávamos engatinhando na matéria de combate aos atos ímprobos*”. Atualmente, entretanto, “*tal dispositivo deve ser interpretado de maneira temperada*”, entendimento que foi mantido pelo desembargador federal Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região³⁶⁶.

É claro que a consensualidade apresenta limitações, principalmente quando se trata de situações em que há alto grau de vinculação da Administração ao regime jurídico-administrativo. Nesse aspecto, vale a referência à lição de Patrícia Baptista:

O tratamento jurídico da consensualidade, no entanto, não se apresenta sem dificuldades. A maior destas é proceder ao seu adequado enquadramento dogmático. Não se tem mostrado simples, com efeito, a delimitação da atividade administrativa consensual no sistema jurídico-administrativo, tantas e tão vagas as formas pelas quais pode se expressar. Antes de tudo, assim, o desafio do direito administrativo é prever e regular adequadamente a realização da função administrativa através do consenso, porém apenas onde este não ponha em risco a objetividade e a isonomia administrativa. Tanto quanto retirar a consensualidade do plano meramente discursivo, com o fim de tornar possível a sua concretização, deve o Direito resistir a tentação do excesso de consensualidade³⁶⁷.

Como bem destacado pela administrativista, a utilização de instrumentos consensuais deve ocorrer de forma consciente e limitada. Tendo essa premissa em mente, cumpre, então, buscar implementar mecanismos consensuais que possam

³⁶⁵ Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/decisao-improbidade-lava-jato.pdf>>. Acesso em 08 jan. 2018.

³⁶⁶ Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/trf-acao-improbidade.pdf>>. Acesso em 08 jan. 2018.

³⁶⁷ BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 268.

superar, de modo eficiente e de acordo com os valores constitucionais, o controle tradicional, orientado a verificar, de forma estrita, a ligação entre a atuação administrativa e o cumprimento da lei. A solução negociada convida o jurisdicionado a assumir um papel ativo no controle, deixando de ser mero espectador. A lógica dialética e consensual na seara administrativa e a celebração de um acordo equilibrado no sistema de controle permitem o confronto crítico de ideias, fomentam o diálogo e contribuem para a construção de novas soluções para os problemas encontrados, mostrando-se imperioso que discussões acerca de sua utilização pelos órgãos de controle estejam na pauta do dia.

CONCLUSÃO

É fundamental uma maior reflexão sobre o discurso de controle da Administração Pública e de combate à corrupção administrativa. Em artigo³⁶⁸ publicado no jornal O Globo, o Ministro do Tribunal de Contas da União Bruno Dantas afirma que deve haver um *“equilíbrio entre gestão e seu controle, sob pena de criarmos no país um “apagão decisório”, despertando nos gestores temor semelhante ao de crianças inseguras educadas por pais opressores”*. O próprio ministro do TCU reconhece que *“a hipertrofia e o voluntarismo devem ser repelidos nos órgãos de controle, pois não possuem legitimação democrática para formular políticas públicas”*, sendo preciso, portanto, *“resistir à tentação de substituir o gestor público nas escolhas que cabem a Poder Executivo”*.

As preocupações do Ministro vão ao encontro das reflexões feitas neste trabalho. É preciso encontrar o equilíbrio entre eficiência e burocracia, controle e usurpação de competências, autonomia discricionária e legalidade. Como visto, algumas características do intrincado sistema de controle da Administração Pública, orientadas pelo discurso de que *“quanto mais controle melhor”*, podem retirar incentivos do administrador inovador e preocupado com novas soluções para os problemas sociais que tem que gerir e resolver e, conseqüentemente, acabar contribuindo para uma Administração Pública ineficiente e pouco criativa. Assim, após traçar um panorama geral dos principais órgãos de controle, o presente estudo procurou abordar cinco fragilidades do sistema que denotam essa cultura de incremento do controle e da repressão, para, em seguida, demonstrar os reflexos na atuação ordinária da Administração Pública.

Em primeiro lugar, mostrou-se que, não obstante uma ampla rede de instrumentos e instituições destinadas a controlar os desvios na Administração Pública possa se mostrar efetiva no combate à corrupção, mormente em um país de dimensões continentais como o Brasil, a heterogeneidade das instâncias e das ferramentas de controle no país tem gerado algumas disfuncionalidades, em razão da *forma*

³⁶⁸ DANTAS, Bruno. *O risco de ‘infantilizar’ a gestão pública*. O Globo, Rio de Janeiro, 06 jan. 2018. Opinião. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/opinia0/o-risco-de-infantilizar-gestao-publica-22258401#ixzz53i3DcHyO>>. Acesso em 11 jan. 2018.

desordenada e pouco sistemática com que, em determinados contextos, esse controle vem se expandindo, se multiplicando e se sobrepondo.

Como visto, importantes mecanismos de controle foram instituídos por impulso, como uma resposta política à descoberta de esquemas de corrupção perpetrados pelas autoridades públicas, com pouca preocupação com os efeitos das estruturas criadas e a sua coordenação com os instrumentos já existentes. Em consequência, acaba sendo comum que as instâncias de controle investiguem, isoladamente, os mesmos fatos – principalmente os de maior repercussão –, ao mesmo tempo, com pouca ou nenhuma articulação entre si. As ações com vistas a uma atuação mais harmônica entre essas estruturas ainda são escassas e, em sua boa parte, reservadas aos casos de maior repercussão e de grande relevância, sendo a atuação cotidiana da Administração Pública, em geral, submetida ao exercício descoordenado das competências fiscalizatórias das instâncias de controle.

Em seguida, observou-se a existência de um ambiente de disputa pela atenção midiática e de competição pela proeminência no cenário de combate à corrupção. Há incentivos para que as instâncias de controle compitam entre si pelo protagonismo institucional, buscando atrair a atenção dos diversos segmentos sociais e, conseqüentemente, gerar o estímulo necessário às autoridades competentes para ampliar suas competências e provê-las em termos materiais e financeiros, seguindo a máxima de que *“quem não é visto, não é lembrado”*. Embora essa disputa pudesse, potencialmente, se revelar positiva – por ter o condão de gerar incentivos para a superação de alguns obstáculos que a princípio dependeria de profundas reformas legislativas –, no Brasil tem se mostrado problemático, criando alguns conflitos, trazendo insegurança jurídica, desestimulando práticas lenientes e gerando efeitos deletérios, como visto em relação à Operação Carne Fraca e a investigação sobre suposto desvio na Universidade Federal de Santa Catarina que levou ao suicídio de seu então reitor.

Em terceiro lugar, verificou-se que, nessa estratégia de angariar maior relevo no cenário institucional de combate à corrupção, os órgãos de controle acabam incrementando sua atuação repressiva –, principalmente em relação aos conluíus criminosos mais difíceis de serem descobertos –, muitas vezes sem o devido zelo em relação à observância de todos os aspectos essenciais para o justo exercício do *jus*

puniendi, criando uma tendência punitivista que se manifesta de inúmeras formas e em diversos momentos do exercício do controle, em especial, por meio (i) da crescente fixação de interpretações rígidas e inflexíveis, (ii) do amplo enquadramento dos atos administrativos como improbidade e (iii) da larga decretação de medidas constritivas sem a devida demonstração do preenchimento dos requisitos legais necessários.

Após, o presente estudo mostrou que, buscando não deixar nenhuma potencial situação desviante fora do espectro de incidência das normas destinadas à fiscalização, o Legislador optou pela adoção de uma redação marcadamente vaga e aberta. Ocorre que a larga utilização de conceitos jurídicos indeterminados nas legislações que monitoram as atividades da Administração Pública confere aos órgãos de controle ampla margem de liberdade e discricionariedade no exercício de suas competências, o que não se coaduna com a gravidade das sanções que podem ser impostas aos seus agentes e potencializa o risco de abusos na atividade sancionadora. Em relação ao exemplo mais emblemático – a Lei de Improbidade Administrativa –, observa-se que a abertura do texto legal gera sua tipificação é inconstante e sujeita ao alvedrio do julgador.

Em quinto lugar, mostrou-se que, muitas vezes, o cerne da fiscalização exercida pelos órgãos de controle tem sido analisar meramente subsunção da atuação estatal às formalidades burocráticas organizacionais, com pouca preocupação com a análise da eficiência de soluções diversas promovidas pela entidade. Embora a organização burocrática weberiana tenha o potencial de promover eficiência administrativa e inibir imoralidades no serviço público, muitas vezes não resulta no meio mais adequado ao atingimento dos fins estatais, dada a complexidade e o dinamismo próprio da sociedade pluralista moderna, que, muitas vezes, não se amoldam às formalidades normativas. Assim, a incidência de um controle baseado na mera verificação do cumprimento dos instrumentos burocráticos, sem qualquer tipo de consideração das circunstâncias fáticas específicas, acaba impedindo a adoção de novas soluções para a resolução dos desafios estatais.

É claro que essa cultura institucional de intensificação das ações de controle, apesar de suas distorções, contribui, de alguma forma, para o aperfeiçoamento do funcionamento da máquina pública quando bem-sucedidas. O fortalecimento do controle contribui para a promoção de eficiência e melhoria da performance da Administração

Pública. Por outro lado, porém, também pode retirar os incentivos para uma atuação eficiente por parte dos gestores públicos, que, num instinto de autoproteção, preferem não ser proativos, não tomar decisões heterodoxas ou criativas, não assumir riscos, com receio de que sua conduta seja interpretada de forma rígida e irredutível e reputada ilegítima. O foco do gestor deixa de ser a busca da melhor solução o para se tornar um mero instrumento de proteção. E esse temor no exercício das atividades cotidiano acaba gerando ineficiência, paralisia, indevida transferência da decisão administrativa para os órgãos de controle e aumento dos custos da Administração.

A reversão desse quadro atinge-se, principalmente, por meio de uma mudança de mentalidade acerca do exercício da atividade de controle. Numa sociedade em constante e dinâmica transformação e em que cada vez mais se exige do Estado novas respostas aos problemas e desafios que se apresentam, é essencial que a fiscalização dos atos da Administração Pública não represente um obstáculo à consecução das políticas públicas e à satisfação dos interesses sociais. Pelo contrário: o controle da atuação estatal deve servir como um dos instrumentos à disposição do Estado para o aprimoramento da máquina estatal e, principalmente, para o alcance dos objetivos públicos com maior eficiência e racionalidade.

Embora o Direito não seja capaz de apresentar todas as soluções para sanar as distorções abordadas ao longo do trabalho, o presente estudo apontou três paradigmas jurídicos a serem levados em consideração em qualquer tentativa de se pensar novos arranjos para o sistema de controle que podem contribuir, de alguma forma, para a atenuação das distorções apuradas: (i) um modelo de controle da Administração Pública não deve ser premida por concepções que procuram eliminar, a todo custo, todas as hipóteses de desvio de poder, já que, além de irrealista, é extremamente dispendioso, sendo muito mais eficaz envidar esforços para a racionalização e otimização das instituições já existentes; (ii) no exercício de sua competência em relação a matérias fora de seu cotidiano, os órgãos de controle devem se afastar da tentação de adoção de posturas precipitadas e particularistas e se cercar de uma maior cautela na apreciação do caso, para evitar decisões contrárias à lógica econômica ou social, buscando o maior número de informação possível para a tomada de uma decisão esclarecida; (iii) detendo o controlador o absoluto domínio sobre as informações coletadas e a capacidade

necessária para a tomada de uma decisão esclarecida no que se refere ao mérito do assunto, deve pautar sua atuação com base em critérios de *eficiência*, focando o exercício de sua atribuição na verificação da *busca de resultados* à Administração.

Além disso, foram expostas, sem qualquer pretensão de esgotar as possibilidades, alguns exemplos pontuais que também podem, de alguma forma, contribuir para afastar ou minimizar a ocorrência das distorções acima. Assim, sugerem-se: (i) a aprovação do Anteprojeto da nova lei orgânica para a Administração federal e o Projeto de Lei que inclui na LINDB disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público; (ii) a adoção de medidas legislativas que reduzam a vagueza da Lei de Improbidade Administrativa; (iii) a ampliação dos mecanismos de interação institucional entre os órgãos de controle; (iv) a adoção e desenvolvimento de mecanismos consensuais no exercício da atividade de controle da Administração Pública.

Enfim, mais do que apresentar soluções, o principal objetivo do presente trabalho é atentar para a necessidade de se repensar o nosso sistema de combate à corrupção e o arranjo de incentivos que norteiam a atuação dos gestores públicos. O que se espera é que, a partir das constatações apresentadas desse estudo, surjam maiores debates, propostas e reformas sobre o tema, que desbordam os limites deste trabalho. Mais do que nunca é preciso rever a formatação do sistema de controle e o objetivo do presente estudo foi exatamente alertar para essa premente necessidade.

REFERÊNCIAS

ALVES, Maria Fernanda Colaço; CALMON, Paulo Carlos Du Pin. Múltiplas Chibatas? – Governança da Política de Controle da Gestão Pública Federal. *Encontro de Administração Pública e Governança – EnAPG. ANPAD*, Salvador, 2008. Disponível em < anpad.org.br> Acesso em 07 set. 2016.

ANECHIARICO, Frank; JACOBS, James. Jacobs *The pursuit of absolute integrity. How corruption control makes government ineffective*. Chicago: The University of Chicago Press, 1996.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. *Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*. São Paulo, Forense, 2017.

_____. O princípio da eficiência. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 237, p. 1-6, jul. 2004. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44361>>. Acesso em 13 Dez. 2017.

_____. Subjetividade judicial na ponderação de valores: alguns exageros na adoção indiscriminada da teoria dos princípios. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 267, p. 41-65, set. 2014. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46457/44448>>. Acesso em: 04 dez. 2017.

ARAGÃO, Cecília Vescovi. Burocracia, eficiência e modelos de gestão pública: um ensaio. In: *Revista do Serviço Público*, v. 48, n. 3, set/dez, Brasília: ENAP – Escola Nacional de Administração Pública, 1997.

ARANHA, Ana Luiza Melo. *A rede brasileira de instituições de accountability: um mapa do enfrentamento da corrupção na esfera local*. 2015. 495 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Belo Horizonte, 2015.

_____; FILGUEIRAS, Fernando. Instituições de *accountability* no Brasil: mudança institucional, incrementalismo e ecologia processual. *Cadernos ENAP*, v. 44, p. 1-53, 2016.

ARANTES, Rodrigo Eloy. *O controle interno como apoio à gestão dos órgãos públicos?: uma análise sob a perspectiva dos gestores federais*. 2016. 105 f. Dissertação (Mestrado

em Políticas Públicas e Desenvolvimento) – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Brasília. 2016.

ARIELY, Dan. *A Mais Pura Verdade sobre a Desonestidade*. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2012.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Moralidade, Razoabilidade e Eficiência da Atividade Administrativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, outubro/novembro/dezembro, 2005. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/humberto-avila/moralidade-razoabilidade-e-eficiencia-na-atividade-administrativa>>. Acesso em 06 dez. 2017.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARCELLOS, Ana Paula de. Submissão de acordos de leniência ao TCU necessita de esclarecimentos. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-fev-23/ana-barcellos-submissao-acordos-leniencia-tcu-gera-duvidas>. Acesso em 11 jan. 2018.

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BATESON, Melissa; NETTLE, Daniel; ROBERTS, Gilbert. Cues of being watched enhance cooperation in a real-world setting. *Biology letters*, v. 2, n. 3, p. 412-414, 2006.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; CAMPOS, Sarah. A administração pública consensual na modernidade líquida. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, v. 14, n. 155, p. 31-43, jan. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *RDE, Revista de Direito do Estado*, v. 21, p. 82-122, 2011

BECKER, Gary Stanley. Crime and Punishment: An Economic Approach. *The Journal of Political Economy*, Chicago, v. 76, n. 2, p. 169-217, mar./abr. 1968.

BINENBOJM, Gustavo. *Estudos de direito público – artigos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

_____. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

_____. *Uma teoria do direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BOUCKAERT, Geert; PETERS, B. Guy; VERHOEST, Koen. *The Coordination of Public Sector Organizations: Shifting Patterns of Public Management*. London: Palgrave Macmillan, 2010.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter (Org.). *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

BRITTO, Carlos Ayres. O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 9, dez. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 29 out. 2016.

_____. Distinção entre "controle social do poder" e "participação popular". *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 189, p. 114-122, jul. 1992. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45286/47723>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de R. *Improbidade Administrativa: questões polêmicas e atuais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BUGARIN, Mauricio; MENEGUIN, Fernando Boarato. Incentivos à corrupção e à inação no serviço público: Uma análise de desenho de mecanismos. *Estudos Econômicos (São Paulo)*, v. 46, n. 1, p. 43-89, Mar. 2016. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-41612016000100043&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 20 set. 2017.

CAPEZ, Fernando. *Limites Constitucionais à Lei de Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2010.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. *Sistema de controle interno: uma perspectiva do modelo de gestão pública gerencial*. 3. ed. Belo Horizonte: Forum, 2014.

CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita. Indisponibilidade de bens na Improbidade Administrativa. In: LOCON, Paulo Henrique dos Santos et ali (Coord.). *Improbidade Administrativa – aspectos processuais da Lei nº 8.429/92*. São Paulo: Atlas, 2013

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law & economics*. 5th ed. Boston: Pearson, 2008.

CYRINO, André Rodrigues. Separação de Poderes e Controle Judicial: Por um *Amicus Curiae* Regulatório. In: *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, n. 20, nov/dez/jan 2009/2010, p. 16.

DANTAS, Bruno. *O risco de 'infantilizar' a gestão pública*. O Globo, Rio de Janeiro, 06 jan. 2018. Opinião. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/opiniao/o-risco-de-infantilizar-gestao-publica-22258401#ixzz53i3DcHyO>>. Acesso em 11 jan. 2018.

DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Tribunais de Contas no Brasil*. São Paulo: Dialética, 2006.

DE PINHO, Humberto Dalla Bernardina; DE FARIAS, Bianca Oliveira. *Apontamentos sobre o compromisso de ajustamento de conduta na lei de improbidade administrativa e no projeto de lei da ação civil pública*. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6468. Acesso em 03 jan. 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites do controle externo da Administração Pública: ainda é possível falar em discricionariedade administrativa?. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 11, n. 42, p. 9-24, jul./set. 2013.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNANDEZ, Tomás Ramon. *Curso de Derecho Administrativo*, v. II, 7. ed., Madri: Civitas, 2000, p. 161.

EVANS, Peter. O Estado como problema e solução. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, 28-29, 1993: p.107-156.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FERLIE, Ewan; LYNN JR., Laurence; POLITT, Christopher (Eds.). *The Oxford Handbook of Public Management*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*, 2ª ed. Belo Horizonte: Forum, 2005.

FERNANDEZ, Tomas Ramón. *De la arbitrariedad de la Administracion*. 3. ed. Madri: Civitas Ediciones, 1999.

FERRAZ, Luciano. Termo de Ajustamento de Gestão (TAG): do sonho à realidade. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n° 27, setembro, outubro, novembro, 2011. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=577>>. Acesso em 20 dez. 2017.

_____; Luciano; MOTTA, Fabrício (Coord.). *Direito Público Moderno*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FERRAZ, Sergio. O Controle da Administração Pública na Constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 188.

FURTADO, Lucas Rocha. *As raízes da corrupção no Brasil: estudos de casos e lições para o futuro*. 1. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

FREITAS, Juarez. As políticas públicas e o direito fundamental à boa administração. *NOMOS: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, Fortaleza, v.35, n.1, 2015, p.195-217.

GUEDES, Demian. *Autoritarismo e Estado no Brasil: tradição, transição e processo administrativo*. Belo Horizonte: Letramento, 2016.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>>. Acesso em 27 set. 2016.

HUSSELL, Peter. Toward a General Theory of Judicial Independence. In RUSSELL, Peter H.; O'BRIEN, David M.. *Judicial Independence in the Age of Democracy: Critical Perspectives from Around the World*. Charlottesville: University Press of Virginia, 2001.

JENSEN, Erik G.; HELLER, Thomas (Eds.). *Beyond common knowledge: empirical approaches to the rule of law*. Stanford: Stanford University Press., 2003, pp. 406-09.

JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros, 2016.

_____. *Cobrança por bagagem: o que diz o Direito?*. Disponível em <<https://jota.info/colunas/supra/cobranca-por-bagagem-o-que-diz-o-direito-24032017>>. Acesso em 12 nov. 2017.

_____. *Por mais realismo no controle da administração pública*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Eduardo-Jordao/por-mais-realismo-no-controle-da-administracao-publica>>. Acesso em 17 jun. 2017.

_____; RIBEIRO, Maurício Portugal. Como desestruturar uma agência reguladora em passos simples. *REI - Revista Estudos Institucionais*, [S.l.], v. 3, n. 1, p. 180-209, ago. 2017. ISSN 2447-5467. Disponível em: <<https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/155/132>>. Acesso em: 01 out. 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

LOUREIRO, Maria Rita. (Coord.). Coordenação do sistema de Controle da Administração Pública Federal. *Série Pensando o Direito*, nº 33/2009, Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, Brasília, 2009.

_____. et al. Do Controle Interno ao Controle Social: A Múltipla Atuação da CGU na Democracia Brasileira. *Cadernos Gestão Pública e Cidadania*, [S.l.], v. 17, n. 60, jan. 2012. ISSN 2236-5710. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/cgpc/article/view/3980/2851>>. Acesso em: 07 jul. 2017.

MACHADO, Maíra Rocha; PASCHOAL, Bruno. Monitorar, investigar, responsabilizar e sancionar: a multiplicidade institucional em casos de corrupção. *Novos Estudos CEBRAP*, v. 104, p. 11-36, 2016.

MALUF, André Luiz; SILVESTRE, Matheus Meott; QUIRINO, Carina de Castro. *Tipificação genérica na improbidade administrativa*. Disponível em <<https://jota.info/artigos/tipificacao-generica-na-improbidade-administrativa-30062017>>. Acesso em 03 dez. 2017.

MARRARA, Thiago. *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. As fontes do direito administrativo e o princípio da legalidade. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 1, n. 1, p. 23-51, 2014.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências Reguladoras Independentes. Fundamentos e seu Regime Jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 120.

_____. Discricionariedade administrativa e controle judicial da administração. *Boletim de Direito Administrativo*, v. 6, 2002.

_____. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, p. 7-30, abr. 2010.

MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. *O medo e o ato administrativo*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rodrigo-tostes-mascarenhas/o-medo-e-o-ato-administrativo>>. Acesso em 02 out. 2017.

MASHAW, Jerry. *Greed, Chaos, and Governance: Using Public Choice to Improve Public Law*. New Heaven: Yale University Press, 1997.

MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEIRELLRES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Heurísticas: Yes, a opinião pública também é irracional!. In: *Revista Insight Inteligência*, nº 60. Disponível em: <<http://insightinteligencia.com.br/pdfs/60.pdf>>. Acesso em 09 jul. 2017.

_____. *O fetiche do jurista e por que ele deve acabar*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/jose-vice-santos-mendonca/o-fetiche-do-jurista-e-por-que-ele-deve-acabar>>. Acesso em 28 jul. 2017.

_____. *PL das Agências: quando o possível ainda é pouco*. Disponível em <<https://jota.info/colunas/reg/pl-das-agencias-quando-o-possivel-ainda-e-pouco-16052017>>. Acesso em 09 out. 2017

MENEGUIN, Fernando; BUGARIN, Maurício. *Regulação Ótima e a Atuação do Judiciário: uma Aplicação de Teoria dos Jogos*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Novembro/2014 (Texto para Discussão nº 160). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 20 set. 2016.

MODESTO, Paulo. Controle Jurídico do Comportamento Ético da Administração Pública no Brasil. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 10, jun./jul./ago de 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-10-JUNHO-2007-PAULO-MODESTO.pdf>>. Acesso em 09 out. 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 40.

_____. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____; GARCIA, Flávio Amaral. A principiologia no Direito Administrativo sancionador. *Revista Brasileira de Direito Público: RBDP*, Belo Horizonte, v. 11, n. 43, p. 9-28, out./dez. 2013.

MOREIRA, Egon. *Crescimento econômico, discricionariedade e o princípio da deferência*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/egon-bockmann-moreira/crescimento-economico-discricionariedade-e-o-principio-da-deferencia>>. Acesso em 30 jun. 2017.

O'DONNELL, Guillermo. Accountability horizontal: la institucionalización legal de la desconfianza política. *Revista Española de Ciencia Política*, n. 11, p. 11-31, 2004.

OLIVEIRA, Gercina Alves de. A burocracia weberiana e a administração federal brasileira. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, FGV, 4(2): 47-74, jul./dez. 1970. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/viewFile/4847/3585>>. Acesso em 29 out. 2017.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. Administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas

de expressão e instrumentos de ação. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, p. 31-50, abr./jun. 2008. p. 27.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Improbidade administrativa na Constituição de 1988: uma ilegalidade qualificada. In: *Debates em Direito Público – Revista de Direito dos Advogados da União*, Brasília: ANAUNI, 2009, ano 8, nº 8, out./2009.

_____. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PEREIRA, Flavio Henrique Unes (Coord.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática. Estudos sobre o Projeto de Lei no 349/2015, que inclui, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, disposições para aumentar a segurança jurídica e a eficiência na aplicação do direito público*. Brasília: Senado Federal, 2015.

PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de (Coord.). *Controle da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

PETERS, B. Guy. *Managing Horizontal Government: The Politics of Coordination*. Ottawa: Canadian Centre for Management Development, 1998. Disponível em: <<http://publications.gc.ca/collections/Collection/SC94-61-21-1998E.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Limites do controle externo da Administração Pública: Ainda é possível falar em discricionariedade administrativa?. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 37, janeiro/fevereiro/março de 2014. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=704>>. Acesso em 12 nov. 2017.

POWER, Timothy; TAYLOR, Matthew (Eds.). *Corruption and Democracy in Brazil: The Struggle for Accountability*. Notre Dame University Press, 2011.

PRAÇA, Sérgio; TAYLOR, Matthew. Inching toward accountability: the evolution of Brazil's anticorruption institutions 1985-2010. *Latin America Politics and society*, v. 56, n. 2, p. 27-48, 2014.

PRADO, Mariana Mota; CARSON, Lindsey D.. Brazilian Anti-Corruption Legislation and its Enforcement: Potential Lessons for Institutional Design. *IRIBA Working Paper*. 09, 2014. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2497936>. Acesso em: 26 ago. 2017

_____; CORREA, Izabela. The Brazilian Clean Company Act: Using Institutional Multiplicity for Effective Punishment (October 13, 2015). *Osgoode Legal Studies*

Research Paper No. 48/2015. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=2673799> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2673799>. Acesso em 07 jun. 2017.

QUAH, Jon S. T.. Controlling corruption in city-states: A comparative study of Hong Kong and Singapore. *In Crime, Law and Social Change* 22:391-414, 1995.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. "Na dúvida, dorme tranquilo quem indefere", e o *Direito Administrativo como caixa de ferramentas*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/leonardo-coelho-ribeiro/na-duvida-dorme-tranquilo-quem-indefere-e-o-direito-administrativo-como-caixa-de-ferramentas>>. Acesso em 09 out. 2016.

RIBEIRO, Sheila Maria Reis. *Controle interno e paradigma gerencial*, Texto para discussão n. 17. Brasília: MARE/ENAP, 1997.

ROSE-ACKERMAN, Susan; TRUEX, Rory. Corruption and Policy Reform (February 17, 2012). *Yale Law & Economics Research Paper No. 444*. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2007152>. Acesso em 03 jun. 2017.

ROSILHO, André. Poder Regulamentar do TCU e o Acordo de Leniência da Lei Anticorrupção. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Andre-Rosilho/poder-regulamentar-do-tcu-e-o-acordo-de-leniencia-da-lei-anticorruptao>. Acesso em 11 jan. 2018.

SAAD, Amauri Feres. *Do conceito de controle da administração pública no direito administrativo brasileiro*. 2016. 192 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2016.

SADDY, André. *Limites à tomada de decisão e controle judicial da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SANTOS, Daniela Ramos de Oliveira dos. *Termo de Ajustamento de Gestão no novo modelo de controle consensual da Administração Pública: estudo de caso do Estado de Minas Gerais*. 2017. 110 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde da Universidade FUMEC, Belo Horizonte. 2017.

SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SCHAUER, Frederik. Formalismo. In RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). *A justificação do formalismo jurídico: textos em debate*. São Paulo, Saraiva, 2011.

SOREIDE, Tina; ROSE-ACKERMAN, Susan. Corruption in State Administration (August 3, 2015). *Yale Law & Economics Research Paper No. 529*. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2639141>. Acesso em: 03 jun. 2017.

SOUSA, Luis de. Anti-corruption agencies: between empowerment and irrelevance. *Crime, Law and Social Change*, v. 53, pp. 5-22, 2009.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Chega de axé no direito administrativo*. Disponível em: <http://www.brasilpost.com.br/carlos-ari-sundfeld/chega-de-axe-no-direito-administrativo_b_5002254.html>. Acesso em 12 fev. 2017.

_____. *O controle público como espetáculo*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/control-publico/o-control-publico-como-espetaculo-18012017>. Acesso em 31 jan. 2018.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian Vermeule, Interpretation and Institutions. In: *Michigan Law Review*, vol. 101, pp. 885-951, fev. 2003.

STRUCHINER, Noel. Posturas Interpretativas e Modelagem Institucional: A dignidade (contingente) do Formalismo Jurídico. In SARMENTO, Daniel (org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 464.

TÁRSIA, Cristiana Muraro. *A atuação do Tribunal de Contas da União sobre as atividades-fim das Agências Reguladoras Federais*. 2012. 147 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional Econômico) – Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, 2012.

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: Heuristics and Biases. In: *Science*, vol. 185, 1974.

VERMEULE, Adrian, Optimal Abuse of Power. *Northwestern University Law Review, Forthcoming*, v. 109, nº 3, 2015, p. 673-694. Disponível em <<http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/nulr/vol109/iss3/4/>>. Acesso em 30 set. 2017.

WEBER, Max. Os fundamentos da organização burocrática: uma construção do tipo ideal. In CAMPOS, Edmundo (Org. e Trad.). *Sociologia da Burocracia*. 4. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978, p. 15-28.

WILLEMANN, Flávio de Araújo. Termo de Ajustamento de Gestão nas concessões: conversibilidade das sanções administrativas pecuniárias em investimentos. *Revista de Direito da Administração Pública*, v. I, n. 1, p. 1-12, 2012.

XAVIER, Gabriela. Novos Rumos da Administração Pública eficiente: participação administrativa, procedimentalização, consensualismo e decisões colegiadas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v.1, p.12 - , 2015.

ZYMLER, Benjamin. *Direito Administrativo e Controle*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.