



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**  
**MESTRADO EM DIREITO**

**FRANCISCO ARLEM DE QUEIROZ SOUSA**

**DIREITO ADMINISTRATIVO DO MEDO:**  
**O CONTROLE ADMINISTRATIVO DA GESTÃO PÚBLICA NO BRASIL**

**FORTALEZA**

**2021**

FRANCISCO ARLEM DE QUEIROZ SOUSA

DIREITO ADMINISTRATIVO DO MEDO:  
O CONTROLE ADMINISTRATIVO DA GESTÃO PÚBLICA NO BRASIL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Ordem Jurídica Constitucional.

Orientadora: Prof<sup>ª</sup>. Dra. Cynara Monteiro Mariano

FORTALEZA

2021

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2021.  
Orientação: Profa. Dra. Cynara Monteiro Mariano.

1. Controle administrativo. 2. Medo. 3. Administração Pública. 4. Discrecionariedade. I. Título.  
CDD 340

FRANCISCO ARLEM DE QUEIROZ SOUSA

DIREITO ADMINISTRATIVO DO MEDO:  
O CONTROLE ADMINISTRATIVO DA GESTÃO PÚBLICA NO BRASIL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Constituição, Sociedade e Pensamento Jurídico.

Aprovada em: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_.

BANCA EXAMINADORA

---

Prof<sup>a</sup>. Dra. Cynara Monteiro Mariano (Orientadora)  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Prof. Dr. Martônio Mont'Alverne Barreto Lima  
Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

---

Prof. Dr. Rodrigo Valgas dos Santos  
Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina (CESUSC)

---

Prof<sup>a</sup>. Dra. Ligia Maria Silva Melo de Casimiro  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

## **AGRADECIMENTOS**

Em primeiro lugar agradeço a Deus, fonte de toda bondade, por sua paciência e amor incondicional para comigo. Sem Ele, nada disso seria possível.

À minha mãe, Teresa Maria de Queiroz, mulher forte e batalhadora que com muita dedicação e esforço criou a mim e meus irmãos. À minha irmã, Arlene de Queiroz Sousa, pela qual tenho profunda admiração e orgulho. À meu falecido irmão, Alex de Queiroz Sousa, por todos os abraços que não lhe dei, mas que um dia darei.

À minha companheira, Marina Acioly Miranda, por compartilhar comigo sua vida, tornando meus dias melhores com seu amor, apoio e incentivo constantes, por estar comigo em todos os momentos.

À minha orientadora, Professora Cynara Monteiro Mariano, por quem tenho muito respeito, admiração e orgulho de ter sido orientando, colhendo ensinamentos acadêmicos em função de seu vasto e reconhecido saber jurídico, e de vida, pelo simples observar do seu modo de agir para com o próximo e do seu amor para com a docência.

Agradeço, ainda, aos demais professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, em especial, aqueles que tive o privilégio de ser aluno, bem como outros que passei a admirar nesses dois anos de mestrado: Felipe Braga Albuquerque, Germana de Oliveira Moraes, Gustavo Cabral, Hugo de Brito Machado Segundo, João Luis Nogueira Matias, Juliana Cristine Diniz Campos e Maria Vital da Rocha.

Meus agradecimentos, por fim, aos meus colegas de Procuradoria Federal do DNOCS, que com muita dedicação e competência labutam cotidianamente para que o interesse público prevaleça. Muitas de nossas discussões jurídicas estão plasmadas ao longo desta dissertação.

Eu tenho medo e já aconteceu/ Eu tenho medo e inda está por vir/ Morre o meu medo e isto não é segredo/ Eu mando buscar outro lá no Piauí/ Medo, o meu boi morreu, o que será de mim? / Manda buscar outro, maninha, lá no Piauí (Belchior).

## RESUMO

O medo é um sentimento relacionado a ideia de ameaça, física ou moral, ou perigo, real ou abstrato, de ser atingido por algum mal. Ele é um dos quatro gigantes da alma, conatural à existência humana, alterando-se segundo os tempos, os lugares e as pessoas. Atualmente, o medo deita suas raízes no direito administrativo brasileiro e hoje participa da gestão pública. Tornou-se comum relatos de gestores aterrorizados por força do leviatã controlador que a muitos intimida em função dos amplos poderes que titularizam, exercidos praticamente sem freios e sem contrapesos. Com a promulgação da Constituição de 1988 e a redemocratização ampliaram-se os mecanismos de controle sobre os atos da Administração Pública. Ocorre que o modelo constitucional de “múltiplas chibatas” tem provocado externalidades negativas, pois as instituições ao invés de cooperarem, disputam entre si por reputação como estratégia de poder, utilizam indiscriminadamente os princípios jurídicos como camuflagem para decisões solipsísticas, além de se apossarem de um fascínio popular por criarem um mundo onde tudo é possível, principalmente quando não se tem a responsabilidade de pôr em prática as próprias decisões. Os efeitos devastadores do ativismo controlador são percebidos, dentre outros sintomas, nas inúmeras obras paradas, fruto do “apagão das canetas”. A “accountability overload” tem afugentado profissionais gabaritados dos quadros da administração pública e os atuais ocupantes se sentem infantilizados, quando não são tratados como objetos de direito, tal qual a caneta que temem em usar ao disporem da discricionariedade que lhes é conferida por lei, mas que vem sendo capturada pelos controladores. Além da tradicional pesquisa bibliográfica e documental, buscou-se, no presente trabalho, fontes capazes de produzir conhecimento aplicado à prática, visando alterar paradigmas e mentalidades, mirando em um futuro onde o controle administrativo não seja razão para pânico, especialmente, considerando-se os traços do direito administrativo moderno, que trilham pelo diálogo entre as instituições, pela consensualidade, por uma visão mais realista e menos idealizada da gestão pública, laborando para a concretização do direito fundamental à boa administração.

**Palavras-Chave:** Medo. Administração pública. Controle administrativo. Discricionariedade.

## ABSTRACT

Fear is a feeling related to the idea of a threat, physical or moral, or danger, real or abstract, of being hit by some evil. He is one of the four giants of the soul, connected to human existence, changing according to times, places and people. Currently fear has its roots in Brazilian administrative law and today it participates in public management. It has become common for reports of managers terrified by the leviathan controller that intimidates many due to the wide powers they hold, exercised practically without checks and balances. With the promulgation of the 1988 Constitution and the re-democratization, the control mechanisms over the actions of the Public Administration were expanded. It so happens that the constitutional model, dubbed “multiple whips”, has provoked negative externalities, because the institutions instead of cooperating, compete for reputation as a strategy of power, they use legal principles indiscriminately as a camouflage for solipsistic decisions, in addition to seize a popular fascination for creating a world where anything is possible, especially when there is no responsibility to put one's own decisions into practice. The devastating effects of controlling activism are perceived, among other symptoms, in the countless stopped works, the result of the “blackout of pens”. Accountability overload has chased away skilled professionals from public administration staff and current occupants feel childish, when they are not treated as objects of law, just like the pen they fear to use when they have the discretion that is given them by law, but that has been captured by the controllers. In addition to traditional bibliographic and documentary research, sought, in the present work, sources capable of producing knowledge applied to practice were sought, aiming to change paradigms and mentalities, aiming at a future where administrative control is not a reason for panic, especially considering the features of administrative law modern, that walk through the dialogue between the institutions, through consensus, through a more realistic and less idealized vision of public management, working towards the realization of the fundamental right to good administration.

**Keywords:** Fear. Public administration. Administrative control. Discretion.



## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

AGU	Advocacia-Geral da União
ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANP	Agência Nacional de Petróleo
ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres
DNIT	Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes
DNOCS	Departamento Nacional de Obras contra as Secas
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CF	Constituição Federal
CGU	Controladoria-Geral da União
CISET	Secretaria de Controle Interno
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPI	Comissão Parlamentar de Inquérito
COAF	Conselho de Controle de Atividades Financeiras
ENAP	Escola Nacional de Administração Pública
IPCA	Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo
IRRF	Imposto de Renda Retido na Fonte
LIA	Lei de Improbidade Administrativa
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
MP	Ministério Público
OCDE	Organização para Cooperação e Desenvolvimento
PF	Polícia Federal
PIB	Produto Interno Bruto
SFC	Secretaria Federal de Controle Interno
TAC	Termo de Ajustamento de Conduta
TCU	Tribunal de Contas da União
TRF	Tribunal Regional Federal
STF	Supremo Tribunal Federal

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>2. CONTROLE ADMINISTRATIVO .....</b>	<b>17</b>
<b>2.1 Do conceito de controle da administração pública .....</b>	<b>19</b>
<b>2.2 Dos entes encarregados do controle .....</b>	<b>22</b>
<b>2.3 Da importância do controle administrativo .....</b>	<b>34</b>
<b>3. DEFICIÊNCIAS DO SISTEMA DE CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL .....</b>	<b>38</b>
<b>3.1 Disputa institucional.....</b>	<b>40</b>
<b>3.2 Principiologia na estrutura do controle.....</b>	<b>48</b>
<b>3.3 Solipsismo decisório e controle formalístico.....</b>	<b>54</b>
<b>3.4 Déficit de responsividade.....</b>	<b>63</b>
<b>4. EFEITOS DO CONTROLE ADMINISTRATIVO BRASILEIRO NA GESTÃO PÚBLICA.....</b>	<b>75</b>
<b>4.1 O apagão das canetas.....</b>	<b>82</b>
<b>4.2 Ossificação, insegurança e ineficiência.....</b>	<b>88</b>
<b>4.3 Captura de competências administrativas.....</b>	<b>99</b>
<b>4.4 O fim da discricionariedade administrativa.....</b>	<b>108</b>
<b>4.4.1 Juridicização da discricionariedade.....</b>	<b>117</b>
<b>4.4.2 O gestor Hércules e a única decisão correta.....</b>	<b>127</b>
<b>5. FUTURO DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL.....</b>	<b>131</b>
<b>5.1 Lei da segurança para inovação pública.....</b>	<b>133</b>
<b>5.2 Controle sobre o controle.....</b>	<b>140</b>
<b>5.3 Diálogos institucionais.....</b>	<b>149</b>
<b>5.4 Adoção de mecanismos consensuais.....</b>	<b>153</b>
<b>5.5 Controle realista.....</b>	<b>157</b>
<b>5.6 Controle para a boa-administração.....</b>	<b>160</b>
<b>6. CONCLUSÃO.....</b>	<b>165</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>170</b>

## 1. INTRODUÇÃO

Quem nunca teve medo, atire a primeira pedra! Essa emoção absolutamente essencial que está presente em todos<sup>1</sup> foi responsável pela superação do caos, fruto do medo da desordem; pelo nascimento da ciência, face ao medo do desconhecido;<sup>2</sup> e, pelo surgimento das famílias, consequentemente das cidades, formadas pelo medo da solidão.

Ele muda segundo os tempos, os lugares e as pessoas em virtude das ameaças que pesam sobre elas. O medo é um dos quatro gigantes da alma, na opinião de Lopez (1994, p. 71), tendo-se passado a época em que se acreditava ser ele parte do instinto de autopreservação. O medo é o prenúncio da morte, o gigante negro contra o qual se deve lutar até o fim.<sup>3</sup>

O medo está presente na obra de Maquiavel (1998, p. 88) quando aconselha o príncipe que o melhor é ser amado e temido, mas não se podendo conciliar os dois, como os homens são maus e o amor é mantido por um vínculo de reconhecimento, em tempos difíceis é complicado ser amado, ao passo que ser temido é muito mais seguro, pois o temor é mantido pelo medo da punição que não esmorece nunca!

O medo está na origem das paixões e é a paixão mais triste que existe. Spinoza (2009) o define como uma tristeza instável, surgida igualmente da imagem de uma coisa duvidosa que nos

---

<sup>1</sup> Presente em todos e em tudo, nas palavras do poeta: “Congresso Internacional do Medo: Provisoriamente não cantaremos o amor, que se refugiou mais abaixo dos subterrâneos. Cantaremos o medo, que esteriliza os abraços, não cantaremos o ódio porque esse não existe, existe apenas o medo, nosso pai e nosso companheiro, o medo grande dos sertões, dos mares, dos desertos, o medo dos soldados, o medo das mães, o medo das igrejas, cantaremos o medo dos ditadores, o medo dos democratas, cantaremos o medo da morte e o medo de depois da morte, depois morreremos de medo e sobre nossos túmulos nascerão flores amarelas e medrosas” (ANDRADE, 1978, p. 108-109).

<sup>2</sup> Por isso, a afirmação de que Deus está morto é a passagem mais célebre e polêmica de Nietzsche (2012, p. 147-148): “O homem louco se lançou para o meio deles e trespassou-os com seu olhar. ‘Para onde foi Deus?’, gritou ele, ‘já lhes direi! Nós o matamos – vocês e eu. Somos todos seus assassinos!’ Mas como fizemos isso? Como conseguimos beber inteiramente o mar? Quem nos deu a esponja para apagar o horizonte? Que fizemos nós, ao desatar a terra do seu sol? Para onde se move ela agora? Para onde nos movemos nós? Para longe de todos os sóis? Não caímos continuamente? Para trás, para os lados, para frente, em todas as direções? Existem ainda ‘em cima’ e ‘embaixo’? Não vagamos como que através de um nada infinito? Não sentimos na pele o sopro do vácuo? Não se tornou ele mais frio? Não anoitece eternamente? Não temos de acender lanternas de manhã? Não ouvimos o barulho dos coveiros a enterrar Deus? Não sentimos o cheiro da putrefação divina? – também os deuses apodrecem! Deus está morto! Deus continua morto! E nós o matamos! Como nos consolar, a nós, assassinos entre os assassinos? O mais forte e mais sagrado que o mundo até então possuía sangrou inteiro sob os nossos punhais – quem nos limpará este sangue?” Essa narrativa representa o declínio da religião e a derrubada de seus dogmas, em face da secularização e das descobertas científicas que permitiram compreender os fenômenos naturais sem apelo ao misticismo religioso.

<sup>3</sup> Os outros 3 (três), segundo Lopez (1994) são a ira (gigante vermelho), o dever (gigante incolor) e o amor (gigante rosa).

leva, ao lado da esperança, a uma dinâmica de afetos capaz de unir os homens, pois não há esperança sem medo, nem medo sem esperança.<sup>4</sup>

O medo é um importante instrumento religioso e o maior de todos eles - o medo da morte - é sua fonte suprema, pois a certeza de sua ocorrência e a incerteza do que está por vir, somado ao medo de ir para o inferno, são a matéria-prima de praticamente todas as religiões. Virá-la de ponta cabeça, transformando a queda mais repugnante na mais jubilosa ascensão, é um dos mecanismos mais engenhosos da pregação religiosa (BAUMAN, 2008, p. 46).

A Igreja Católica, por exemplo, explorou o medo do inferno para conter a diminuição do rebanho e com isso poder pagar as dívidas. A pregação de uma vida após a morte onde não tem vez a dor e o sofrimento fazia com que muitos cristãos cometessem suicídio, pois a recompensa era “tentadora”. Viver com tanto sofrimento nesse mundo, tendo que pagar o dízimo e ainda sujeito aos desejos exagerados e às concupiscências da carne que conduzem às chamas do fogo eterno, onde só existe pranto e ranger de dentes, é arriscar o futuro certo com um prêmio infinito por uma existência terrena desprovida de qualquer sentido. Esse raciocínio atrapalhava tanto os “negócios” que no século IV d. C. a saída encontrada para esfriar a impaciência e o ardor dos fiéis foi declarar o suicídio um pecado mortal, capaz de condenar à danação eterna quem o praticasse. As labaredas do inferno seriam juros muito altos a se pagar. Ademais: o paraíso requer paciência (GIANNETTI, 2006, p. 120).

Todavia o poder religioso se separou do poder político e o estado se tornou laico com a chegada da modernidade, mas o medo foi apenas moldado para atender aos desejos da classe que ascendia ao poder. O racionalismo marcante da época não tinha a pretensão de eliminá-lo definitivamente, mesmo que possível fosse, mas se aproveitar de suas virtudes, tornando-o sociológico, não mais teológico, e se manifestando no medo dos indivíduos, na “guerra de todos contra todos”.

Discordando da sabedoria filosófica grega que acreditava ser a criatura homem nascida para a vida em sociedade, Hobbes (2002, p. 25) se contrapõe afirmando que a origem de todas as grandes e duradouras sociedades não provêm da boa vontade recíproca entre os homens, mas do

---

<sup>4</sup> “Dado que os homens, como dissemos, se conduzem mais pelo afeto que pela razão, segue-se que não é por condução da razão, mas por algum afeto comum que uma multidão se põe naturalmente de acordo e quer ser conduzida como que por uma só mente, ou seja (como dissemos no art. 9, cap. III), por uma esperança ou medo comuns, ou pelo desejo de vingar algum dano comum. Como, porém, o medo da solidão existe em todos os homens, porque ninguém na solidão tem forças para poder defender-se e reunir o necessário para a vida, segue-se que os homens desejam por natureza o estado civil, não podendo acontecer que eles alguma vez o dissolvam por completo” (Espinoza, 2009, p. 47).

medo recíproco que uns têm dos outros. Em *Leviatã*, Hobbes (2003, p. 122) somente confia na possibilidade de um poder visível manter os homens em respeito, creditando isso novamente ao medo, pois é ele quem faz com que as pessoas se associem e se mantenham unidas pelos laços do contratualismo,<sup>5</sup> haja vista que no estado da natureza a força das palavras é demasiada fraca para os obrigar a cumprirem os seus pactos e encerrar a guerra de todos contra todos, sendo a paz o fruto da única paixão com a qual se pode contar: o medo.

Bercovicci (2013, p. 91-92) observa que para Hobbes a sociedade deveria ser criada, que ela necessita se constituir, pois a legitimidade do soberano hobbesiano não vem de Deus, mas de cada um dos indivíduos que compõem o povo, abrindo-se espaço para a teorização de um poder constituinte. Por outro lado, é o medo da morte violenta que impulsiona os indivíduos a se associarem em prol da construção do Estado como protetor e mantenedor da paz, visando à conservação de suas próprias existências.

Rousseau (2005, p. 203) diverge desse pensamento. Para ele o homem não é naturalmente mal no estado da natureza, mas com o processo civilizatório ele vai se transformando em face das paixões e da desigualdade social que surge em razão da apropriação da propriedade por alguns. O primeiro fundador da sociedade civil foi aquele que se atreveu a dizer: “Isto é meu”, e ninguém lhe contestou. Acaso houvesse encontrado resistência, muitos crimes, guerras, misérias e horrores teriam sido poupados ao gênero humano. Isso fez com que a felicidade natural do “bom selvagem” se transformasse em sofrimento e foi o estopim para a Revolução Francesa com seus ideais de igualdade, liberdade, fraternidade, racionalização do poder, fim dos privilégios, identidade entre governantes e governados, fazendo com que os mais humildes perdessem o medo, chegando até mesmo eles a instaurarem o Terror.<sup>6</sup>

Desde então o medo se tornou o motor para controle das populações e para os golpes de estado.<sup>7</sup> É o elemento cultural que habita nas massas. É ele quem justifica toda a propaganda

---

<sup>5</sup> Para Hobbes (2003, p. 118), se não houver um medo proveniente de algum poder coercitivo situado acima dos contratantes com direito e força suficiente, nenhuma garantia há para aquele que cumprir um pacto primeiro, pois os vínculos são demasiados fracos, na condição de simples natureza, para refrear a ambição, a avareza, a cólera e outras paixões dos homens.

<sup>6</sup> O Terror corresponde ao período mais radical da Revolução Francesa (1793 – 1794) marcado por prisões e execuções na guilhotina de adversários políticos dos jacobinos.

<sup>7</sup> Na psicologia, o medo é um dos principais objetos de estudo, sendo mencionada nas mais diversas abordagens existentes, para os mais diversos públicos-alvo. A abordagem psicanalítica tem como seu principal expoente Freud, que em seus textos refere-se ao medo através do conceito de *angst*, o qual tem sua origem, assim como inúmeras neuroses vislumbradas na vida adulta, na primeira infância: na fase fálica, através da ocorrência do complexo de Édipo e/ou medo da castração (FREUD, 2014, p. 60). Sob outra ótica, Winnicott (2005, p.120) menciona o medo através do

relacionada às políticas repressivas e as campanhas que visam a supressão dos direitos e garantias dos inimigos (CASARA, 2017, p. 187).<sup>8</sup>

Hodiernamente, observa-se que o medo está migrando do campo da filosofia política e deitando raízes no âmbito do direito administrativo pátrio, coabitando na administração pública brasileira. Nesse sentido, aponta-se que o controle administrativo tem causado inseguranças e ineficiências em função de vários fatores, dentre os quais o medo disseminado entre os gestores públicos,<sup>9</sup> os quais para se proteger estão se omitindo e deixando de tomar decisões, gerando uma atmosfera de autopreservação e causando paralisias institucionais, sendo cada vez menos raro que

---

“medo do colapso/loucura”, afirmando que o homem por receio do contato com o temor originário cria inúmeras defesas em torno deste, de modo a torná-lo inacessível. Na perspectiva existencial-humanista, o qual possui suas raízes na filosofia, em seu texto “Que é metafísica?”, Heidegger (1979, p. 237) esclarece que o temor, diferentemente da angústia, caracteriza-se pela presença de um objeto ou situação específica atrelado ao contexto temível. Em suma, teme-se algo ou por algo. Ainda sob o prisma existencial-humanista, Fadiman e Frager (2002, p. 274) mencionam o medo através da teoria do Complexo de Jonas, proposto por Maslow em sua obra “The Farther Reaches of Human Nature”, onde aduzem que o homem é, em essência, bom e possuidor de imenso potencial criativo e de crescimento. Porém, o medo do fracasso e do julgamento o impedem de utilizar de forma plena suas capacidades, o que serviria como mecanismo de proteção e preservação. Em oposição a tudo isso, sob a ótica do behaviorismo metodológico, sugere-se que a emoção, especificamente, o medo, seria o efeito de uma causa externa, agindo como causa e efeito ou estímulo e resposta. Se esta causa for manipulada ou modelada o efeito poderá ser extinto ou reforçado, nesse caso, podendo evoluir para um quadro de emoção intensa ou fobia, como vislumbrado no caso do “Pequeno Albert”: estudo realizado com um bebê de 11 meses, o qual tinha como único registro de aversão o som alto. Este foi emparelhado com outros estímulos de modo a eliciar o comportamento emocional desejado, obtendo êxito ao final do experimento. Os autores sugeriram que o oposto (remoção do medo) também ocorreria, se o estudo tivesse sido concluído (BISACCIONI e CARVALHO NETO, 2010, p. 495).

<sup>8</sup> Sobre a relação entre medo e autoritarismo, esclarece Graziano Sobrinho (2007, p. 165-166): “Sob o primeiro ponto de vista, a violência e a cultura do medo exercem papel fundamental em nossa sociedade. Fundada a partir da lógica da dominação, a sociedade interpreta determinados fatos, conforme a ideologia vigente naquele momento histórico, ou seja, a lógica hegemônica do grupo dominante deve prevalecer, difundindo a ideia principal através de pequenas justificações, as quais permitirão, ante a presença do fato indesejado, mas real, que parcelas de sua liberdade sejam reprimidas a fim de manter (ou restaurar) a ordem, ainda que em troca de arbitrariedade ou opressão. Diante disso, é notável o tratamento político a ser evidenciado nesta correlação de forças, visto que o medo é traduzido como mecanismo de dominação política e social, tolhendo a liberdade do indivíduo e reduzindo direitos dos cidadãos. As razões de instalar o medo nas camadas mais baixas da população é justificável ante a necessidade de implementação do Estado autoritário, ou seja, quanto maior for o medo social maior será a carga de legitimação do Estado para ter uma postura autoritária, surgindo, semelhante à ótica maquiaveliana, o paradoxo no qual o medo social é necessário para que o Estado seja realmente uma estrutura de poder.”

<sup>9</sup> Medo de que e de quem? Garcia e Mascarenhas (2017, p. 241-242) elencam as hipóteses: “Em primeiro lugar, o agente pode ter medo das consequências para a própria Administração Pública, procurando verificar se aquele ato não causará prejuízo à administração. [...] Em segundo lugar, o agente pode ter medo das consequências para terceiros. [...] Em terceiro lugar, o agente – nesse caso, tipicamente um agente político – pode ter medo das consequências eleitorais do ato, do seu impacto nas próximas eleições, de sua capacidade de agradar ou desagradar os eleitores. Em quarto lugar, o agente pode ter medo de consequências do ato que o atinjam diretamente. Nesse caso, há duas possibilidades: o agente pode ter medo de ser vítima de um crime por parte de alguém que seja atingido pelo ato administrativo (a autoridade tem medo de caçar uma linha ilegal de ônibus e ser assassinada por causa disso) ou de ser punido por órgãos de controle por sua iniciativa (Tribunais de Contas, Ministério Público) se o seu ato for considerado ilegal”. O último tipo de medo é o objeto que move essa pesquisa.

políticos, advogados públicos, ministros e particulares reclamem da atuação invasiva e, algumas vezes, abusiva dos “fiscais” do Estado.

Cogita-se que há um apagão das canetas com gestores perplexos e assombrados pelos órgãos de controle que os veem como criminosos ou, no mínimo, inimigos e que a inefetividade do serviço público tem como uma de suas causas o medo que assola o administrador público em face de controles cada vez mais intrusivos a que está sujeito. Haveria um vácuo decisório onde ninguém quer mais decidir nada por receio de ser responsabilizado, limitando-se a uma atuação protocolar.

A Constituição Federal (CF) de 1988, não há dúvidas, ampliou as amarras sobre a Administração Pública com a edição de um grande número de normas, a criação de instituições ou a reconfiguração de outras, tudo com o objetivo de regular a atuação dos entes e dos agentes públicos. Souza C. (2017, p. 29) aponta que a partir de meados dos anos 1990 o Brasil passou por profundas transformações, profissionalizando e qualificando sua burocracia agora recrutada majoritariamente por meio de concursos públicos, mas que houve uma assimetria na modernização do estado, pois em algumas áreas de políticas essa profissionalização ainda está incompleta, o que não acontece com a burocracia responsável pelo controle das normas e procedimentos voltados para o *accountability* da burocracia e para o controle dos gastos públicos.<sup>10</sup>

Os escândalos de corrupção contribuíram decisivamente para que o desenho institucional do sistema de controle inspirado pela Carta Magna recrudescesse nos últimos 30 (trinta) anos, provocando externalidades, dentre as quais o efeito psicológico<sup>11</sup> que se propagou no âmbito da administração pública, favorecendo a imobilidade em detrimento da proatividade. Estar-se-ia caminhando para uma Administração Pública totalmente automatizada, na qual qualquer conduta que divirja do entendimento dos órgãos de controle está errada. As consequências disso

---

<sup>10</sup> “However, the greatest change seems to be the strengthening of the bureaucratic capacity of control bodies, whether fiscal, or those in charge of the compliance with rules and procedures. If, on the one hand, this strengthening is an indicator of the maturity of Brazilian democracy and the inclusion of the country into the globalized economy, it can also mean the prevalence of the means — or control — over the ends or the results of policies” (SOUZA, C., 2017, p. 42).

<sup>11</sup> Ao abordar o medo imputado por meio do governo e agências reguladoras - em lição que calha à fiveleta para o tema em estudo - Skinner (2003, p. 367) destaca se ter por unanimidade que ambos se utilizam das leis e do temor da punição para obter os comportamentos adequados ou favoráveis dentro da sua expectativa, pois operam principalmente através do poder de punir, usando seus poderes para manter a paz e para restringir comportamentos que ameaçam a propriedade e as pessoas de outros membros do grupo. O medo, o receio e a vergonha de servir como exemplo por um ato ilegal faz com que o indivíduo evite a todo custo a punição indesejada, podendo esta generalizar-se a vários âmbitos da sua atuação profissional, assim como pessoal, pois alguém é punido para que seja menos provável que se comporte mal no futuro e também para desencorajar outros a terem comportamentos semelhantes (SKINNER, 2003, p. 373).

estão nas inúmeras obras paralisadas<sup>12</sup> que geram desperdício de recursos públicos, além de privarem a sociedade dos benefícios que esses empreendimentos proporcionariam.

Com o agigantamento do controle administrativo, os controladores estariam a substituir os gestores e tomar decisões em seu lugar, além de puni-los com base em parâmetros criados por eles próprios, outras vezes em abstrações ou até mesmo em predileções ou preconceitos, sem qualquer embasamento em uma hermenêutica jurídica séria. Pensar diferente se tornara perigoso e crimes de hermenêutica, ou seja, a punição de agentes públicos por adotarem interpretações divergentes do superveniente entendimento proferido pelos órgãos de controle, como a existir uma presunção absoluta de superioridade interpretativa desses frente àqueles em qualquer situação, fazendo com que a solução do controlador necessariamente prevaleça, se multiplicaram.

Logo, essa dissertação cuida de um assunto muito áspero, pois o controle administrativo é um daqueles temas de ouro e qualquer um que se ponha a criticar seus mecanismos e órgãos pode ser visto como “advogado do diabo”, alguém que escolheu o lado negro<sup>13</sup> da força na luta contra as energias do bem, que prefere compactuar com a corrupção, com o desvio de finalidade, com o patrimonialismo, o nepotismo, o clientelismo, o fisiologismo e o mandonismo, dentre outros quejandos. Nesse trabalho, contudo, se reconhece que o controle dos atos administrativos, não há dúvidas, é de capital importância, mas essa atividade não deve ir ao ponto de se tornar um entrave para a execução do serviço público e um obstáculo à efetiva realização das políticas públicas. Desse modo, a importância desse assunto reside não só na sua complexidade,

---

<sup>12</sup> Segundo auditoria operacional realizada pelo Tribunal de Contas da União, existiam no Brasil 14.000 (catorze mil) obras paralisadas em 2019, segundo o Acórdão nº 1079/2019 – Plenário. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/-/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A1079%2520ANOACORDAO%253A2019/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=19fc10a0-6e20-11ea-998f-7bbc0ac906a9](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/-/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1079%2520ANOACORDAO%253A2019/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=19fc10a0-6e20-11ea-998f-7bbc0ac906a9). Acesso em: 24 mar. 2020.

<sup>13</sup> O uso da expressão “lado negro” foi proposital para que se possa condenar o racismo estrutural em nossa sociedade, o qual se manifesta, dentre muitos outros meios, pelo poderoso instrumento da linguagem. Porque associar o vocábulo “negro” a alguma coisa lhe confere um valor negativo? Pela mesma razão que se diz que a “coisa tá preta” ou que não se deve comprar no “mercado negro” ou, ainda, que é preciso abrir a “caixa-preta”. Esses são exemplos do preconceito racial que se reproduz cotidianamente por meio da língua, transmitindo a ideia de inferioridade da raça negra através do estabelecimento de vínculos entre a cor (negra ou preta) e algo ruim, mórbido ou diabólico. Almeida (2019, 24) elenca três concepções de racismo (individualista, institucional e estrutural). O racismo estrutural é aquele que está arraigado nas instituições, na vida cotidiana e na mentalidade das pessoas, sejam elas brancas e até mesmo negras, ou seja, ele é inerente à ordem social, reproduzindo-se em suas práticas cotidianas. Ele é uma decorrência da própria estrutura social, ou como ressalta Almeida (2019, p. 33), do modo “normal” com que se constituem as relações políticas, econômicas, jurídicas e até familiares, não sendo uma patologia social e nem um desarranjo institucional.



mas também na relevância de seu conteúdo para o contexto social, por isso se buscou gerar conhecimento para aprimorar o controle administrativo nacional de forma a torná-lo mais realista.

Com essa perspectiva, intentar-se-á responder se há excesso de órgãos e instituições controladoras no Brasil, se os controles administrativos são redundantes e se os órgãos de controle são (in)eficientes. Na sequência investigar-se-á de quem é a responsabilidade pelo intitulado direito administrativo do medo e porque se diz que a discricionariedade administrativa chegou ao fim.<sup>14</sup> Independentemente das respostas a esses questionamentos iniciais, uma pergunta inconveniente que se almeja responder é porque mesmo com tantos controles a corrupção no Brasil não diminui.

Por meio dessas indagações objetivou-se investigar se o controle administrativo brasileiro está sendo responsável por gerar ineficiências administrativas e insegurança jurídica, propondo alternativas para melhorias; discutir as causas pelas quais, mesmo com tantos controles administrativos, a corrupção no Brasil continua alarmante, sugerindo mudanças para torná-los mais eficazes; aprimorar o controle administrativo nacional de forma a torná-lo mais responsivo, contribuindo para uma mudança de mentalidade dos responsáveis pela atividade controladora para que ela não se torne inibidora de ações voltadas ao aprimoramento da gestão, almejando cooperar para a melhoria na prestação de serviços públicos. Por fim, buscou-se contribuições no direito estrangeiro com vistas à alteração legislativa.

Em termos metodológicos, a pesquisa realizada com emprego do método descritivo e explicativo permitiu a aproximação entre a teoria e o plano concreto, possibilitando descobertas que viabilizaram reflexões profundas com esteio na dogmática de direito administrativo, mas também dialogando com a psicologia, a filosofia e a ciência política, com ênfase em artigos, periódicos e livros da doutrina nacional e estrangeira, além da investigação de textos específicos sobre a matéria, pautando-se pela segurança metodológica, de modo que as premissas utilizadas foram baseadas nas diversas posições doutrinárias e as conclusões sedimentadas em pesquisas sérias e orientadas por critérios de coerência e plausibilidade.

Para fins de recorte analítico, a reflexão sobre a temática em foco pressupôs a análise qualitativa de conteúdos legislativos; fragmentos de decisões judiciais, acórdãos do Tribunal de Contas da União, recomendações do Ministério Público Federal, achados de auditorias da

---

<sup>14</sup> Binenbojm (2008, p. 209) afirma que não há mais que se falar em uma vetusta dicotomia entre atos vinculados e discricionários. Na atualidade se tem uma classificação em graus de vinculação à juridicidade, havendo escalas de densidade normativa vinculante.

Controladoria-Geral da União, além da inafastável análise da jurisprudência nacional sobre decisões administrativas discricionárias, oportunidade em que se pesquisou situações abrangidas pelo tema.

Visando estruturar o trabalho para melhor alcançar seus objetivos e encontrar respostas que possam solucionar os problemas apontados nessa pesquisa, a presente dissertação é dividida em cinco capítulos. O capítulo segundo tem o propósito de apresentar ao leitor uma explanação geral acerca do controle administrativo brasileiro, com ênfase nas principais instituições que realizam essa atividade e sua importância para o Estado Democrático de Direito. No terceiro, são abordados pontos essenciais concernentes às principais deficiências do sistema de controle da administração pública no Brasil, com foco na disputa entre as instituições, em detrimento da cooperação e colaboração e a utilização indiscriminada de abstrações nas razões de decidir como arma para espertos e preguiçosos. Segue-se, no terceiro, aprofundando discussões sobre solipsismos decisórios provenientes da construção por parte dos controladores de uma realidade que inexistente, mas que os tem guiado na condução de suas auditorias, além de se adentrar na polêmica questão sobre quem controla o controlador.

No quarto capítulo estão elencadas as principais externalidades negativas produzidas pelo ativismo controlador, à exemplo do famigerado apagão das canetas, possibilitando-se compreender por que o direito administrativo do medo é uma expressão que condensa insegurança, ineficiência e convite à má-administração pública. Diante desse panorama, o último capítulo é dedicado a apontar alternativas para a crise de ineficiência, aliada à insegurança jurídica, acima apontadas, e encontrar soluções para o medo que habita a cabeça de praticamente todos os gestores públicos no Brasil e que tem trazido tantos malefícios na gestão da coisa pública, tendo como foco principal o controle administrativo no Brasil.

## 2. CONTROLE ADMINISTRATIVO

O controle do dinheiro público já fazia parte das preocupações dos gregos três séculos antes da Era Cristã. Ferreira (1992, p. 394) relata que em Atenas havia um tribunal constituído de dez oficiais eleitos pelas *Eclesias* que tomavam as contas dos arcontes, estrategos, embaixadores, sacerdotes e de todos aqueles que lidavam com o dinheiro público.<sup>15</sup> Mas é com a advertência de Charles de Secondat, conhecido como o Barão de Montesquieu (2000, p.166), oriunda da experiência eterna, acerca da necessidade de "*le pouvoir arrête le pouvoir*", que são lançados os fundamentos do controle administrativo, tendo por essência a separação dos poderes, haja vista que “todo homem que possui poder é levado a abusar dele; ele vai até onde encontra limites. Quem, diria! Até a virtude precisa de limites”.

Por ser uma atividade essencial a qualquer organização política, a dimensão do controle começa a se delinear no Estado Moderno, tornando-se fundamental para seu desenvolvimento:

A relação é direta com a própria noção de Estado de Direito. Este Estado, em contraposição ao Estado-Polícia característico do absolutismo, não apenas impõe normas jurídicas aos indivíduos. A lei subordina também a própria atuação do Estado, pois seus agentes a ela devem obediência. Quando a vontade individual dos governantes é substituída pela autoridade da norma geral, e o Estado passa a se submeter à ordem jurídica, o poder estatal passa a ser limitado e pode então ser controlado pelos seus destinatários. Vistas antes apenas como forma de se exigir obediência das pessoas às determinações do poder político, já agora na Idade Contemporânea - especialmente a partir dos marcos históricos das Revoluções Americana e Francesa - as normas jurídicas possibilitam disciplinar a organização e o funcionamento da máquina estatal. A ideia de controle da Administração Pública é então intrínseca a essa necessidade de proteger os delegatários do poder estatal contra o risco do seu exercício arbitrário (MARQUES NETO, 2010, p. 9).

Desse modo, no Estado moderno há um compromisso com a separação de poderes e a garantia de direitos individuais. Nele o poder se institucionaliza, ocorrendo a separação entre o público e o privado. Ele nasce absolutista,<sup>16</sup> mercantilista e patrimonial, tudo pertencendo ao soberano e com o príncipe detendo amplo poder para escolher e decidir o que é melhor para os

---

<sup>15</sup> Held (1992, p. 38) menciona características institucionais da democracia grega que foram cruciais para sua sobrevivência: “Casi todos los funcionarios eran elegidos por un período, no renovable, de un año. Más, aún, con el fin de evitar los peligros de la política autocrática o de clientela, asociada a las elecciones directas, se desplegaron una variedad, de métodos de selección, incluyendo la rotación de puestos, el sorteo, el sorteo por grupos y la elección directa, que garantizaban la responsabilidad de los administradores políticos y, en términos más generales, del sistema estatal en su conjunto.”

<sup>16</sup> No Estado de Polícia ou Absolutista, anota Di Pietro (2001, p. 18), se estabelece um direito ilimitado de administrar sob as ideias de soberania e polícia, estruturado sob princípios como o de que o rei não pode errar, a sua vontade é suprema e aquilo que lhe agrada tem força de lei.

súditos, sem a participação desses, posteriormente evoluindo para o Estado de Direito, no qual a atividade estatal somente se pode desenvolver se for regulada e autorizada por uma ordem jurídica.<sup>17</sup>

Em que pese Kelsen (1999, p. 222) considerasse inteiramente infrutíferas todas as tentativas de legitimar o Estado como “Estado de Direito”, posto que para ele são conceitos idênticos, na medida em que todo Estado é uma ordem jurídica, é de se ressaltar, como faz Dallari (2011, p. 129) que não obstante o Estado deva procurar o máximo de juridicidade, não se pode pretender reduzi-lo a uma ordem normativa, existindo exclusivamente para fins jurídicos. Por isso Reale (2000, p. 128) ressalta o tríplice aspecto do Estado, tal qual uma pirâmide de três faces: uma é a social, destinada a estudar a formação e o desenvolvimento da instituição estatal em razão de fatores sócio-econômicos; outra é a jurídica, voltada ao estudo do ordenamento jurídico; a terceira é a política, que trata das finalidades do governo em razão dos diversos sistemas de cultura.

De uma perspectiva tríplice também para Ferrajoli (1995, p. 851-852), o Estado de Direito no plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognoscitivo de poder mínimo, no plano político como uma técnica de tutela capaz de minimizar a violência e maximizar a liberdade e no plano jurídico como um sistema de vínculos impostos ao poder punitivo do estado em garantia dos direitos dos cidadãos.

Em sua origem, como aponta Silva (2014, p. 114), o Estado de Direito era um conceito tipicamente liberal, fruto das revoluções burguesas que romperam com o absolutismo e subjugaram os governantes à vontade da lei, mas somente a lei que atendesse aos interesses da classe emergente, substituindo o absolutismo monárquico pelo absolutismo contratual e exaltando a liberdade, a qual seria um direito supremo, mas somente devido àqueles que não dependam de ninguém para ganhar a vida. Seus postulados básicos são: a divisão de poderes, que separa de forma independente e harmônica Legislativo, Executivo e Judiciário; a enunciação e garantia dos direitos individuais; e a nota primária de seu conceito é a submissão ao império da lei (SILVA, 2014, p. 114-115).

O Estado (Social) de Direito adveio da pressão social por justiça. O individualismo e absenteísmo do Estado Liberal promoveram imensa desigualdade, ancorado sob o paradigma da neutralidade legal, ordem geral e abstrata garantidora de igualdade apenas formal. Contudo, a lei

---

<sup>17</sup> Podem ser identificadas duas grandes famílias do Estado de Direito: de um lado, tem-se o sistema do *rule of law* de origem anglo-saxônica como antecedente imediato do Estado de Direito; e, de outro lado, o *Rechtstaat* de origem alemã.

deve servir de instrumento para fomentar o desenvolvimento humano por meio de ações concretas que consigam assegurar um padrão de vida digno a todos.

O Estado (Liberal ou Social) de Direito se fundamenta, portanto, no direito natural à contenção do poder. Nele a vontade individual dos governantes submete-se à ordem jurídica e o risco de exercício arbitrário das potestades públicas precisa ser vigiado, nascendo a ideia de controle da administração pública, corolário do atual Estado Democrático de Direito<sup>18</sup> e um de seus temas mais caros, podendo-se afirmar categoricamente que não existe democracia sem controle.

## **2.1 Do conceito de controle da administração pública<sup>19</sup>**

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 contém, antes do festejado art. 16 (A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição) previsão, em seu art. 15, de que “a sociedade tem o direito de pedir conta, a todo agente público, quanto à sua administração”. Nesse singelo “direito de pedir conta” nascido no Estado Liberal encontra-se o gérmen da noção de controle. Evidentemente que essa ideia evoluiu à medida que o estado foi se transformando pela absorção de novas e crescentes demandas da sociedade, resultando na necessidade de que novos e diferentes extratos da realidade passassem a ser incorporados ao núcleo conceitual daquilo que se entende por controle da administração pública nos dias atuais.

---

<sup>18</sup> Acerca da superação do Estado Social de Direito pelo Estado Democrático de Direito, Streck e Moraes (2014, p. 132) pontuam: “O Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade, apropriando-se do caráter incerto da democracia para veicular uma perspectiva de futuro voltada à produção de uma nova sociedade, na qual a questão da democracia contém e implica, necessariamente, a solução do problema das condições materiais de existência.”

<sup>19</sup> Em linhas gerais, Moreira (2010, p. 392) aborda o sentido do termo controle: “O termo controle, sob o ponto de vista da ciência da Administração, tem sentido de correção de rota. Liga-se à experiência com o lançamento de mísseis, na Segunda Guerra Mundial, em que a cada lançamento buscava-se corrigir o percurso para que o alvo fosse atingido com precisão. O controle é uma espécie de painel destinado a registrar alterações no ambiente e no funcionamento da administração e a indicar providências que devem ser implementadas para alcançar os objetivos preestabelecidos. Por meio das informações obtidas o administrador revê, na medida das necessidades e oportunamente, o esquema de funcionamento do sistema administrativo, assegurando-lhe o que em linguagem sistêmica denomina-se homeostasia (adaptação ao ambiente e objetivos). A retroalimentação, além de estimular o progresso, previne a entidade dos efeitos da lei da decadência ou esclerose da organização, que é um processo de desgaste, afrouxamento dos padrões e aumento da aleatoriedade com o qual luta constantemente qualquer empreendimento humano.”

Di Pietro (2018, p. 994) conceitua-o como “o poder de fiscalização e correção que sobre ela exercem os órgãos dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico”. Para os fins desse estudo, adotar-se-á o conceito restrito de controle proposto por Saad (2016, p. 26):

Controle, para nós (e confinamo-nos ao direito administrativo), é a competência (e, portanto, o dever) cometida a um agente público isolado ou a um colegiado para contrastar atos jurídicos ou materiais de outro(s) agente(s) público(s) em face das balizas jurídicas (constitucionais, legais e infralegais, portanto) que os regem, podendo, conforme a norma de competência assim o estabeleça, atuar objetiva ou subjetivamente,<sup>20</sup> em constatada situação de ilicitude.

A predileção ocorre em função do conceito ressaltar, nas palavras de seu Autor, o aspecto estritamente jurídico da atividade de controle, excluindo a admissibilidade de os controladores exercerem competências primárias jurídicas ou materiais, bem como substituírem a declaração de vontade exteriorizada pelo agente ou órgão controlado (SAAD, 2016, p. 26-27).<sup>21</sup>

Marques Neto (2010, p. 11) trabalha o controle em três dimensões. A primeira se relacionando com o Estado de Direito e voltado a controlar o poder para garantir liberdade. A segunda controla os meios para racionalizar a atividade administrativa. A terceira seria um controle sobre os objetivos, visando alcançar estabilidade e permanência na consecução das políticas públicas com o intuito de garantir que as demandas dos administrados sejam supridas. Assinala que o controle pode advir: i) de uma relação de hierarquia, na qual ele é exercido pelos superiores sobre os subordinados como uma consequência lógica da estrutura hierarquizada da Administração Pública; ii) de um vínculo contratual, pressupondo a existência de um acordo, no qual está prevista a possibilidade de uma parte fiscalizar a outra; ou, iii) proveniente de uma relação institucional, no qual ocorre a tutela de um ente por outro para verificação do atingimento dos objetivos institucionais (MARQUES NETO, 2010, p. 16).<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> “Por atuação objetiva entendemos a competência para suspender ou declarar a validade ou invalidade de atos praticados (ou, no caso de atos materiais, aos quais juízos de validade logicamente não são aplicáveis, a desconstituição dos seus efeitos, concomitantemente ou não, com a atuação subjetiva); e, por atuação subjetiva, entendemos a competência para responsabilização e aplicação de penalidades aos agentes controlandos, e, em grau mais fraco, a competência para censurar ou recomendar aos mencionados agentes as providências para o reparo da situação ilícita” (SAAD, 2016, p. 26).

<sup>21</sup> Ao final deste trabalho se perceberá que os capítulos 3 e 4 desse estudo seriam bastante diminutos se o conceito de controle elaborado por Saad (2016, p. 26) fosse aplicado, pois partindo dele se consegue expurgar grande parte das disfuncionalidades constatadas hoje em dia.

<sup>22</sup> No âmbito federal tem-se a supervisão ministerial prevista no Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, como exemplo de controle por relação institucional: Art. 19. Todo e qualquer órgão da Administração Federal, direta ou

Ressalte-se que para Di Pietro (2018, p. 668) tutela, controle hierárquico e autotutela são modalidades do gênero controle administrativo, em contrariedade ao entendimento de Saad (2016, p. 112), para quem a autotutela (e a tutela) somente incidem em relações de hierarquia, nunca nas atividades de controle.

Sob o prisma legislativo, o Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967,<sup>23</sup> atribuiu ao controle o “status” de princípio fundamental da Administração Federal, o qual deverá ser exercido em todos os níveis e em todos os órgãos. A Constituição de 1988 acompanhou a propensão mundial por um maior controle sobre o Poder Executivo, dispondo que “a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder” (art. 70) e que “os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno [...]” (art. 74).

Dentre as diferentes perspectivas nas quais o controle se desdobra,<sup>24</sup> importa ao presente trabalho abordar as principais instituições incumbidas dessa atividade no contexto brasileiro, destacando as particularidades dos entes encarregados de controlar a Administração

---

indireta, está sujeito à supervisão do Ministro de Estado competente, excetuados unicamente os órgãos mencionados no art. 32, que estão submetidos à supervisão direta do Presidente da República. Art. 20. O Ministro de Estado é responsável, perante o Presidente da República, pela supervisão dos órgãos da Administração Federal enquadrados em sua área de competência. Parágrafo único. A supervisão ministerial exercer-se-á através da orientação, coordenação e controle das atividades dos órgãos subordinados ou vinculados ao Ministério, nos termos desta lei (BRASIL, 1967).

<sup>23</sup> Art. 6º. As atividades da Administração Federal obedecerão aos seguintes princípios fundamentais: I - Planejamento. II - Coordenação. III - Descentralização. IV - Delegação de Competência. V - Controle (BRASIL, 1967).

<sup>24</sup> Os critérios utilizados pela doutrina para classificar o controle administrativo são os mais diversos, bastando consultar a obra seminal da Professora Odete Medauar (1993). Distingue-se de proêmio o controle político do controle administrativo por aquele decorrer da clássica separação de poderes e da ideia de freios e contrapesos para que os Poderes da República atuem em harmonia. O controle administrativo se volta para as funções da administração pública, muito embora possa haver entrelaçamento com as funções políticas. Quando é a natureza do controlador que está em foco, tem-se o Judiciário; o Legislativo, sob critérios políticos e financeiros, limitando-se às hipóteses previstas constitucionalmente, em face do princípio da separação de poderes; ou, a própria Administração com o objetivo de confirmar, corrigir ou alterar seus atos. No que concerne ao momento ele pode ser prévio, quando exercido antes da conduta administrativa para que não sejam praticados ato ilegais ou contrários ao interesse público; concomitante, quando é exercido simultaneamente à atuação administrativa; e posterior, quando exercido para rever os atos administrativos, seja corrigindo-os ou confirmando-os. Em relação à natureza do controle, ele pode ser de legalidade ou de mérito. O primeiro consiste na verificação de compatibilidade da conduta administrativa com a lei em sentido amplo (constituição, lei, decreto, regulamento, portaria, etc.). Hodiernamente, fala-se que o princípio da juridicidade substituiu o vetusto princípio da legalidade e que a administração pública submete suas ações a um contraste não apenas com as regras, mas com todo o arcabouço de princípios do Direito (implícitos ou explícitos), os quais tiveram sua normatividade reconhecida com a onda pós-positivista. O controle de mérito, para quem o aceita, deve ser mais limitado, pois incide sobre o núcleo da discricionariedade administrativa, ou seja, sobre a conveniência e oportunidade da conduta administrativa, devendo ser, portanto, insuscetível de controle pelos outros poderes.

Pública brasileira, com ênfase no Ente maior,<sup>25</sup> onde existe uma pluralidade de competências e uma diversidade de atores efetuando o acompanhamento e a fiscalização do dinheiro público.

## 2.2 Dos entes encarregados do controle

O controle interno é quando o ente exerce a fiscalização dos seus próprios atos, isto é, no âmbito de sua própria estrutura.<sup>26 27</sup> As Controladorias são os principais órgãos incumbidos de assessorar as autoridades do Poder Executivo nos assuntos relacionados à defesa do patrimônio público e à transparência da gestão, exercendo atividades de controle interno e correição, dentre outras correlatas.

Na órbita federal o principal órgão encarregado do controle interno é a Controladoria-Geral da União, mas essa atividade no início estava fragmentada, havendo uma Secretaria de Controle Interno (CISSET) em cada ministério. Somente em 1994, por meio da Medida Provisória nº 480/1994, foi criada a Secretaria Federal de Controle Interno (SFC), no âmbito do Ministério da Fazenda, centralizando todas as CISSET's.

---

<sup>25</sup> Não estão incluídas nesse tópico algumas instituições em razão de não terem como atividade principal o controle em sentido estrito sobre a administração pública, muito embora interfiram direta ou indiretamente nos processos de fiscalização, à exemplo da Polícia Federal (PF), do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) e da advocacia pública. Sobre o “controle interno” atribuído à advocacia pública, escreveu Mourão (2009, p. 136): “O Estado de Direito impõe à Administração Pública que seus atos estejam vinculados à lei, e, para tanto, foram criados sistemas de controles desses atos. Assim, a execução de suas obrigações constitucionais se dá por intermédio de entes de direito público de caráter permanente, cujos membros ingressaram na carreira mediante concurso. Dentre eles, os procuradores públicos, que têm a obrigação legal e exclusiva de analisar atos administrativos à luz do princípio da legalidade. Portanto, cabe à Advocacia Pública o poder-dever de realizar, institucionalmente, o controle interno de legalidade da Administração Pública.”

<sup>26</sup> Para a quase totalidade da doutrina nacional ele decorre do poder de autotutela, amplamente reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) por meio da Súmula nº 346: “a Administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos” (BRASIL, 1963) e da Súmula nº 473: “a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial” (BRASIL, 1969).

<sup>27</sup> Destaque-se que no conceito estrito de controle desenvolvido por Saad (2016, p. 26), a autotutela não é forma de controle, confira-se: “A autotutela, assim conceituada, só poderia incidir no desempenho de competências hierárquicas, inseridas na função administrativa, com vistas à consecução da utilidade pública, e nunca nas atividades de controle, ainda quando exercidas por autoridades administrativas. Explica-se: a autotutela, que supõe medidas tomadas pelo próprio agente público que corrige uma atuação anterior ou pelo seu superior hierárquico, exercita-se em ambiente que permite explicitamente não apenas os pressupostos de juridicidade, mas também a própria conveniência da atuação administrativa. Por isso não se acomoda bem ao ambiente de controle, atividade vinculada, em que é impossível juridicamente nova integração da vontade do próprio agente ou de superior hierárquico sobre ato praticado” (SAAD, 2016, p. 112).



Em 2001, por meio da Medida Provisória nº 2.143-31, é criada a Corregedoria-Geral da União, a qual incorporou no ano seguinte as atividades de controle interno desempenhadas pela Secretaria Federal de Controle Interno e de ouvidoria, desempenhadas pela Ouvidoria-Geral da União, vinculada ao Ministério da Justiça. Essas mudanças ocorreram no final do segundo mandato do Presidente Fernando Henrique Cardoso, em função de denúncias de corrupção, para mostrar compromisso na criação e fortalecimento de instituições de controle (LOUREIRO, 2012, p. 57).

A Controladoria-Geral da União (CGU) nasce com a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, de lavra do então Presidente Luís Inácio Lula da Silva, que altera a nomenclatura da Corregedoria-Geral da União<sup>28</sup> e a eleva ao “status” de ministério. Em 2016 foi editada a Medida Provisória nº 726/2016, pelo presidente Michel Temer, transformando a Controladoria-Geral da União em Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle, com posterior alteração de sua nomenclatura para Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União.<sup>29</sup>

Durante todo esse percurso tem havido o fortalecimento institucional e a ampliação de competências da CGU (definidas de maneira não muito clara nos arts. 70 e 74 da atual Constituição da República), em especial com a entrada em vigor da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 (Lei Anticorrupção), que lhe atribuiu competência para instaurar e julgar processos administrativos de apuração da responsabilidade de pessoas jurídicas, bem como para celebrar acordos de leniência com pessoas jurídicas responsáveis pela prática de atos contra a administração pública federal ou estrangeira.

Por sua vez, o Poder Legislativo exerce o controle legislativo ou parlamentar, diretamente ou por meio dos tribunais de contas, sobre os atos do Poder Executivo e sobre os atos do Poder Judiciário, esse apenas em relação ao desempenho da função administrativa, tratando-se de uma atribuição que simboliza, por excelência, o sistema de freios e contrapesos consagrado em nosso sistema constitucional. Todavia, como implica interferência de um Poder nas atribuições dos outros dois, deve se limitar às hipóteses previstas na Constituição Federal, não se admitindo que a legislação complementar ou ordinária inove outras modalidades de controle fora do âmbito constitucional, sob pena de ofensa ao já desgastado princípio da separação de Poderes.

---

<sup>28</sup> Medida provisória nº 2.143-31, de 2 de abril de 2001. Art. 1º A [Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998](#), passa a vigorar com as seguintes alterações: ‘Art. 1º A Presidência da República é constituída, essencialmente, pela Casa Civil, pela Secretaria-Geral, pela Secretaria de Comunicação de Governo e pelo Gabinete de Segurança Institucional. [...] § 3º Integram ainda a Presidência da República: I - a Corregedoria-Geral da União; [...]’.

<sup>29</sup> Fruto da conversão da Medida Provisória nº 726/2016 na Lei nº 13.341, de 29 de setembro de 2016. Ocorre que com a Lei nº 13.844, de 18 de junho de 2019, o órgão voltou a se chamar Controladoria-Geral da União (art. 19).

De acordo com o art. 49, inc. X, da Constituição/88, compete exclusivamente ao Congresso Nacional fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta.<sup>30</sup> A Câmara dos Deputados (art. 51, CF/88) e o Senado Federal (art. 52, CF/88) detêm competências privativas específicas relacionadas ao controle político como, por exemplo, o poder convocatório por meio do qual tanto a Câmara ou Senado Federal, ou qualquer de suas Comissões, podem convocar Ministro de Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República para prestarem depoimento sobre assunto previamente determinado (art. 50, *caput*, CF/88), podendo ainda solicitar por escrito informações às mesmas autoridades (art. 50, § 2º, CF/88).

Há, ainda, necessidade em determinados casos de o Poder Legislativo autorizar ou aprovar a prática de atos administrativos, como nas hipóteses de aprovação pelo Senado do nome indicado pelo Chefe do Executivo para ocupar os cargos de Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) e dos Tribunais Superiores, do Procurador-Geral da República, do presidente e diretores do Banco Central e outros servidores, quando determinado em lei (art. 84, XIV, da CF/88).

Registre-se, além disso, as comissões parlamentares de inquérito (CPI's) como instrumento de suma importância de controle das minorias parlamentares, conforme estabelece o art. 58, § 3º, do texto constitucional, pois têm poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, sendo 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.

O controle financeiro, por sua vez, é exercido pelo Congresso, com o auxílio do Tribunal de Contas da União (TCU).<sup>31</sup> Desde a antiguidade se registra preocupação com o controle

---

<sup>30</sup> O art. 24 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados estabelece que compete às suas Comissões Permanentes, de acordo com a matéria, “[...] XI – exercer a fiscalização e o controle dos atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta” (BRASIL, 2019, p. 26). Do mesmo modo, o art. 90 do Regimento Interno do Senado Federal dispõe que compete às suas Comissões: “X - exercer a fiscalização e controle dos atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta, e quanto às questões relativas à competência privativa do Senado (Const., arts. 49, X, e 52, V a IX)” (BRASIL, 2019, p 50).

<sup>31</sup> Há dois principais entes encarregados do controle externo, a depender do país: as Cortes de Contas e as Auditorias Gerais. Existem várias semelhanças entre ambos, mas via de regra os Tribunais de Contas dão maior ênfase a aspectos relacionados à legalidade, enquanto as Auditorias Gerais focam no desempenho dos auditados. As Cortes de Contas ou as Auditorias Gerais são vinculadas ao Poder Legislativo na maioria dos países. Em Portugal e na Grécia, o Tribunal de Contas é vinculado ao Poder Judiciário. Na França não tem vinculação com nenhum Poder. No Paraguai, Bolívia e

da administração, tendo a Grécia evidenciado estruturas mais organizadas para fiscalizar os gastos públicos, mas é na França onde se encontra indícios de uma embrionária ideia que culminou na criação de tribunais de contas quando, por volta de 1807, Napoleão Bonaparte declarou: “Quero que mediante uma vigilância ativa seja punida a infidelidade e garantido o emprego legal dos dinheiros públicos” (MARANHÃO, 1992, p. 327). Entre nós, ele surgiu ainda na República Velha por meio do Decreto nº 966-A, de 7 de novembro de 1890,<sup>32</sup> de autoria do então Presidente da República, marechal Manoel Deodoro da Fonseca, chefe do Governo Provisório, e da mente brilhante de seu Ministro da Fazenda, Rui Barbosa.<sup>33</sup> Na Constituição Federal de 1988 as competências da Corte de Contas são ampliadas e ela passa a exercer a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da Administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade e a fiscalização da aplicação das subvenções e renúncia de receitas (art. 70 c/c art. 71).

Enquanto o Congresso Nacional exerce um controle político, o TCU exerce na condição de *custodes in nomine populi* (guardiões em nome do povo) um controle técnico-financeiro sem qualquer subordinação ou relação hierárquica, na linha da jurisprudência do STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4190/RJ:

---

Suécia as Auditorias Gerais são vinculadas ao Poder Executivo. O sistema de Auditorias Gerais ou Controladorias, denominado de anglo-saxão, é utilizado principalmente nos Estados Unidos e na Inglaterra, caracterizando-se por ser essencialmente consultivo, sem poderes coercitivos e jurisdicionais, ter suas manifestações na forma de pareceres ou recomendações e serem subscritas de forma monocrática. O sistema de Tribunais de Contas é utilizado nos países com tradição romano-germânica e tem como características as decisões colegiadas e o poder coercitivo, apesar de que alguns Tribunais de Contas como o alemão, o austríaco, o holandês e o da União Europeia não possuem poderes jurisdicionais (PUCCIONI, 2019, p. 20-21).

<sup>32</sup> Decreto nº 966-a, de 7 de novembro de 1890: Art. 1º É instituído um Tribunal de Contas, ao qual incumbirá o exame, a revisão e o julgamento de todas as operações concernentes à receita e despesa da República.

<sup>33</sup> A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 24 de fevereiro de 1891, o manteve, dando-lhe berço constitucional de modo a protegê-lo contra as investidas daqueles que iria fiscalizar. Com a Constituição de 1934, o Tribunal de Contas foi tratado em seis artigos, no Capítulo VI, como órgão de cooperação das atividades governamentais ao lado do Ministério Público, fixando-se sua competência para emitir parecer prévio sobre as contas do Presidente (BRASIL, 1934). A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937 veio à reboque do Estado novo e trouxe o Tribunal de Contas em um único artigo ao lado do Poder Judiciário com a missão de: “Art. 114 - acompanhar, diretamente, ou por delegações organizadas de acordo com a lei, a execução orçamentária, julgar das contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos e da legalidade dos contratos celebrados pela União” (BRASIL, 1937). Com a Constituição de 1946, a competência para fiscalizar a administração financeira da União, especialmente a execução do orçamento, é do Congresso Nacional com o auxílio do Tribunal de Contas, cujos contornos jurídicos foram ampliados e definidos, na Seção VI, inserida no Capítulo II, destinado ao Poder Legislativo (BRASIL, 1946). No Golpe Militar de 1964 o Tribunal de Contas é rebatizado e passa a sua denominação atual de Tribunal de Contas da União – TCU, mas com a Constituição Federal, de 15 de março de 1967, desaparecem competências e princípios consagrados que prevaleciam desde sua criação, sendo incluída a incumbência de realizar auditoria financeira e orçamentária sobre as contas dos três Poderes da União.

Os Tribunais de Contas ostentam posição eminente na estrutura constitucional brasileira, não se achando subordinados, por qualquer vínculo de ordem hierárquica, ao Poder Legislativo, de que não são órgãos delegatários nem organismos de mero assessoramento técnico. A competência institucional dos Tribunais de Contas não deriva, por isso mesmo, de delegação dos órgãos do Poder Legislativo, mas traduz emanção que resulta, primariamente, da própria Constituição da República. Doutrina. Precedentes. (BRASIL, 2010).

Em que pese tenha sido denominado de “tribunal” e a Constituição de 1988 lhe tenha atribuído a competência para julgar,<sup>34</sup> sua função nada tem de jurisdicional e é eminentemente administrativa, como assinala Cretella Júnior (1986, p. 13), pois não se observa “[...] no desempenho desta, Corte de Contas, nem autor, nem réu; nem propositura de ação, nem provocação para obter prestação jurisdicional, nem inércia inicial, nem existência de órgão integrante do Poder Judiciário, nem julgamento de crimes contra a administração”. Também não é órgão auxiliar no sentido de subordinação hierárquica, como poderia dar a entender uma leitura apressada da Constituição de 1988, pois sua colocação junto ao Poder Legislativo se dá somente para fins de organicidade, face à tricotômica separação dos poderes, podendo-se afirmar serem tribunais *sui generis*, externos à estrutura dos três Poderes Estatais. Nesse sentido, Britto (2001, p. 3) o define como órgão da pessoa jurídica União, diretamente, sem pertencer a nenhum dos três Poderes Federais, devendo atuar em harmonia com o Poder Legislativo em tema de controle externo.

Portanto, o Tribunal de Contas da União é um órgão independente que teve suas competências definidas diretamente pelo Constituinte, não integrando qualquer das três esferas de Poder, sem subordinação ao Executivo, ao Legislativo ou ao Judiciário, com autonomia estabelecida pela Constituição similar a esse último (art. 73, *caput*)<sup>35</sup> e aos seus Ministros as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça (art. 73, § 3º).<sup>36</sup>

---

<sup>34</sup> Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: [...] julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público (BRASIL, 1988).

<sup>35</sup> Art. 73. O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96 (BRASIL, 1988).

<sup>36</sup> Art. 73. [...] § 3º Os Ministros do Tribunal de Contas da União terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, aplicando-se-lhes, quanto à aposentadoria e pensão, as normas constantes do art. 40 (BRASIL, 1988).

Apesar de ter passado mais de 100 (cem) anos como um grande desconhecido (LINS NETO, 1995, p. 71), sua importância foi decisivamente marcada com a rejeição das contas presidenciais em 2014, abrindo caminho para o segundo *impeachment* da história republicana brasileira<sup>37</sup> e para que alguns doutrinadores chegassem ao extremo, como fez Marçal Justen Filho, de defender abertamente a existência de cinco poderes na Constituição Brasileira, sendo o Tribunal de Contas “[...] um dos Poderes do Estado brasileiro porque apresenta uma estrutura organizacional com sede constitucional” (CAMPELO; CAVALCANTE, 2018, p. 45).<sup>38</sup> Nos últimos anos tem-se observado um protagonismo cada vez maior do Tribunal de Contas da União, o qual se atribui inúmeras competências inatas em matéria jurídica e política, inclusive dar a última palavra em termos de interpretação jurídica a ser adotada definitivamente no âmbito da Administração Pública.<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> O Acórdão TCU nº 2461/2015 – Plenário aprovou o parecer prévio que recomendava a rejeição, pelo Congresso Nacional, das contas atinentes ao exercício financeiro de 2014 da Presidente Dilma Rousseff, sob o argumento de que houve omissão de passivos da União junto ao Banco do Brasil, ao Banco Nacional de Desenvolvimento Social (BNDES) e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) nas estatísticas da dívida pública de 2014 e dos adiantamentos concedidos pela Caixa Econômica Federal para despesas dos programas Bolsa Família, Seguro-Desemprego e Abono Salarial e os adiantamentos concedidos pelo FGTS para despesas do Programa Minha Casa, Minha Vida (Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-conclui-parecer-sobre-contas-prestadas-pela-presidente-da-republica-referentes-a-2014.htm>. Acesso em: 20 abr. 2021). As chamadas “pedaladas fiscais” foi o apelido dado ao atraso nos repasses de recursos do Tesouro Nacional para que o Banco do Brasil, a Caixa Econômica Federal e o BNDES pagassem benefícios sociais como o Bolsa-Família, Minha Casa Minha Vida, seguro desemprego e crédito agrícola. A tese foi de que essas pedaladas constituíam crime de responsabilidade, pois se traduziam em operação de crédito entre a União e os bancos federais, vedada pela Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF). Frise-se que tais operações de crédito eram uma prática bastante comum, feita antes por outros presidentes sem que fosse apontada nenhuma irregularidade. Ademais, segundo parecer do professor Ricardo Lodi, essa prática jamais poderia ser confundida com operação de crédito: “16. Nesse conceito e a esse regramento não podem ser subsumidos quaisquer montantes constantes no passivo contábil da entidade pública, como o nascimento de débitos com instituições financeiras decorrentes do inadimplemento de obrigações contratuais, a partir da ausência de repasses de recursos para o pagamento de subvenções sociais pelos bancos públicos. Não se pode confundir operação de crédito com o surgimento de um crédito em decorrência de um inadimplemento contratual, que, obviamente, não sofre as mesmas restrições legais. A União, como qualquer outro contratante, deve responder pelo inadimplemento das obrigações por ela assumidas com as instituições financeiras que contrata, ainda que seja controladora dessas entidades. Assim, o mero adiantamento de valores por meio do fluxo de caixa para suprimento de fundos no âmbito na relação contratual entre a União e os bancos públicos, sem que tenha sido contratada qualquer operação de crédito, não se submete ao regramento jurídico das operações de crédito, inclusive no que se refere à vedação do art. 36 da LRF” (Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-ricardo-lodi-impeachment-dilma.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2021).

<sup>38</sup> Infelizmente, o ilustre professor Marçal Justen Filho não está sozinho. Há muito tempo que a tese de separação tripartite de poderes de Montesquieu é questionada em face da ascensão de entes não-eleitos ou do surgimento de novos arranjos institucionais que exercem parcela do poder estatal. No Brasil, o Ministério Público e os Tribunais de Contas interferem tanto nos poderes constituídos que há uma forte tendência a enquadrá-los com um quarto e quinto poder, respectivamente, ao lado ou até mesmo acima do Executivo e Legislativo.

<sup>39</sup> Competência essa que pertence à Advocacia-Geral da União, nos termos do art. 131 da Constituição: A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e

Em linhas gerais e de acordo com seu Regimento Interno,<sup>40</sup> as atividades de controle externo são exercidas pelo TCU por meio do julgamento de processos de tomada ou prestação de contas ordinárias, extraordinárias ou especiais (art. 189); de fiscalizações nos órgãos e entidades sob sua jurisdição, com vistas a verificar a legalidade, a economicidade, a legitimidade, a eficiência, a eficácia e a efetividade de atos, contratos e fatos administrativos (art. 238 a 258);<sup>41</sup> da apreciação, para fins de registro, de atos de admissão e concessão de aposentadorias, reformas e pensões a servidores públicos federais civis e militares ou a seus beneficiários (art. 259 a 263); e, de respostas a consultas quanto à dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de sua competência (art. 264).

O Poder Judiciário exerce o controle jurisdicional. Esse, segundo Medauar (2018, p. 389), “abrange a apreciação, efetuada pelo Poder Judiciário, sobre atos, processos e contratos administrativos, atividades ou operações materiais e mesmo a omissão ou inércia da Administração”. O controle judicial da Administração ao redor do mundo se faz basicamente por meio de dois sistemas. No sistema de jurisdição dupla adotado na Alemanha, Portugal e França há duas ordens de jurisdição: uma administrativa para julgar litígios que envolvam a Administração Pública e uma jurisdição chamada de ordinária. No outro sistema, chamado de jurisdição una ou sistema inglês, todos os litígios são levados a uma única instância decisória de alçada do Poder Judiciário.

Vigorou entre nós, durante certo hiato constitucional,<sup>42</sup> o entendimento de que assuntos pertencentes a esfera marcadamente política, ou seja, aqueles que dissessem respeito aos interesses superiores da nação e não afetassem direitos individuais, mesmo com todas as dificuldades em subscrevê-los perante a politização desses direitos no Estado social, estariam infensos ao controle dos Tribunais (BONAVIDES, 2010, p. 321).

Essa concepção, que persistiu mesmo após a referida Constituição, foi aos poucos sendo superada; inicialmente, pelo reconhecimento de que o ato político pode, em determinados casos, causar lesão a direitos individuais, como ocorre na promoção de juízes e na intervenção federal; disso resultou uma distinção entre atos exclusivamente políticos (que não afetam direitos individuais) e atos quase

---

extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo (BRASIL, 1988).

<sup>40</sup> Disponível em: [https://portal.tcu.gov.br/data/files/2A/C1/CC/6A/5C66F610A6B96FE6E18818A8/BTRegimento Interno do TCU](https://portal.tcu.gov.br/data/files/2A/C1/CC/6A/5C66F610A6B96FE6E18818A8/BTRegimento%20Interno%20do%20TCU). Acesso em: 8 jun. 2020.

<sup>41</sup> São instrumentos de fiscalização os levantamentos, as auditorias, as inspeções, os acompanhamentos e os monitoramentos (art. 238 a 243 do Regimento Interno do TCU).

<sup>42</sup> Art. 94: É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas (BRASIL, 1937).

políticos ou não exclusivamente políticos (que, embora dizendo respeito a interesses superiores do Estado, da nação, da sociedade, afetam também direitos individuais); os primeiros não podiam e os segundos podiam ser submetidos ao Poder Judiciário (DI PIETRO, 2018, p. 1.012).

Somente com a Constituição de 1946<sup>43</sup> se reconheceu o direito de qualquer cidadão em provocar o controle judicial para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio das entidades públicas ou controladas pelo Poder Público, com a regulamentação desse direito vindo a ocorrer apenas em 1965 com edição da Lei nº 4.717, que criou a ação popular. A Constituição de 1988 pôs em crise os paradigmas que limitavam o controle da Administração e, à bem da verdade, o Judiciário atualmente intervém em todos os quadrantes da vida em sociedade. Decisões se multiplicam e invadem quaisquer escaninhos sociais ou políticos, públicos ou privados. Nada mais escapa da apreciação judicial. A consagração do princípio da inafastabilidade da jurisdição<sup>44</sup> abarcou até os legítimos espaços de conformação legislativa, em detrimento do princípio da separação dos poderes, e levou também a um amplíssimo controle sobre a Administração Pública.

Os Tribunais convertem-se então em censor do legislador e torna-se recorrente a chamada a princípios *supra* positivos para justificar a ampliação de suas competências. A ascensão do Judiciário à última instância da consciência social traz consigo outro fenômeno preocupante: as leis, a despeito de suas respectivas densidades regulatórias, são reconhecidas apenas como predições altamente improváveis e como premissas da atividade decisória judicial (MAIA, 2015, p. 288).

Estão sujeitos à competência fiscalizadora do Poder Judiciário os atos administrativos do Executivo, do Legislativo<sup>45</sup> e do próprio Judiciário no intuito de lhes aferir a juridicidade, ou seja, a conformidade com a ordem jurídica vigente, que inclui a intrincada rede de princípios, dentre os quais figura o da inércia da jurisdição que, alçado ao *status* de norma fundamental do processo civil brasileiro,<sup>46</sup> informa que a jurisdição somente poderá ser exercida caso seja provocada.

---

<sup>43</sup> Art. 141, § 38: Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista (BRASIL, 1946).

<sup>44</sup> Art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (BRASIL, 1988).

<sup>45</sup> Excetuam-se os chamados atos *interna corporis*, ou seja, aqueles atinentes à organização interna das casas legislativas, sua estrutura e competência. Contudo, permite-se a análise jurisdicional desses atos se causarem lesão ou danos a terceiros.

<sup>46</sup> Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei (BRASIL, 2015).

São vários os instrumentos disponíveis para questionar os atos da Administração Pública<sup>47</sup> e qualquer enunciação dos mesmos seria meramente exemplificativa, uma vez que toda decisão judicial em qualquer ação que incida sobre a atividade administrativa pode configurar um controle. Igualmente parece não haver limites para a expansão do controle judicial, especialmente quando é o próprio Judiciário quem dá a última palavra sobre absolutamente tudo, inclusive acerca da própria competência, com os excessos se multiplicando, com demonstra a tutela antecipada concedida pelo Ministro do STF, Marco Aurélio, na Ação Cível Originária nº 3.508 – DF, determinando a realização do censo demográfico no ano de 2021.<sup>48</sup> Perceba-se, em acréscimo, que nos tribunais as decisões deveriam ser tomadas em colegiado, entretanto, assiste-se a um abuso de decisões liminares monocráticas, muitas permanecendo anos sem apreciação do Plenário e quando o processo é pautado, após décadas, ainda pode incidir pedidos de vista com previsão de retorno dos autos a perder de vista.

Chega-se, portanto, ao Ministério Público como a instituição que mais provoca o Judiciário com o fito de exercer o controle da administração pública. Seu embrião surgiu há 4.000 (quatro) mil anos, no Egito, na figura dos funcionários reais que tinham a missão de serem a “língua e os olhos do rei”; castigar os rebeldes, reprimir os violentos e proteger os cidadãos pacíficos; acolher os pedidos do homem justo e verdadeiro, perseguindo o malvado e mentiroso; ser o marido da viúva e o pai do órfão; ouvir as palavras da acusação, indicando as disposições legais aplicáveis em cada caso; e, tomar parte nas instruções para descobrir a verdade (BRÜNING, 1987, p. 56). Sua gênese determinada e irrecusável como instituição ocorreu na França, onde o Rei Felipe, o belo, assinou sua certidão de batismo (*Ordonnance*) em 25 de março de 1302. “Isso porque nesse diploma se previu expressamente a entidade do *procureur du roi* como um corpo de funcionários

---

<sup>47</sup> Podendo-se elencar os principais: mandado de segurança (individual e coletivo), *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de injunção, ação popular e a ação civil pública.

<sup>48</sup> Não que a realização do censo não seja essencial, mas essa providência é definida pelo Poder Executivo e os recursos financeiros necessários devem estar previstos no orçamento público que é aprovado pelo Poder Legislativo. Decisões como essa do Ministro Marco Aurélio, e que estão se proliferando em todas as instâncias do Judiciário, intervêm em searas que não lhe dizem respeito, além de configurarem um desrespeito à autoridade dos outros dois Poderes da República. A professora Cynara Monteiro Mariano (2010, p. 158) explica que tradicionalmente o Poder Legislativo sempre foi desprestigiado no Brasil e que razões históricas, políticas e ideológicas resultantes da influência do sistema jurídico americano explicam a tradição de maior destaque do Poder Executivo e agora do Judiciário. Prossegue afirmando que a expansão da jurisdição constitucional não é fruto unicamente do ativismo judicial, mas tem como maior causa a “perda paulatina de efetividade do processo político em virtude das omissões do próprio Legislativo no desempenho de suas funções, que são ofuscadas pela preponderância dos vícios intrínsecos às lutas partidárias pela continuidade no poder, enquanto que as questões políticas e jurídicas que interessam ao povo ficam em segundo plano” (MARIANO, 2010, p. 201).



legalmente organizado com incumbência de zelar pelos interesses do Estado” (FONSECA, 2013, p. 143).

No Brasil, a paternidade do Ministério Público é portuguesa e tem genealogia nas Ordenações Afonsinas (1446) com o procurador dos feitos do rei; nas Ordenações Manuelinas (1521) com o promotor de justiça; e, nas Ordenações Filipinas (1603) onde são citados o procurador dos feitos da Coroa e o procurador dos feitos da Fazenda, surgindo a figura genuinamente brasileira do promotor de justiça apenas em 1609, no Tribunal de Relação da Bahia (BERNARDINO, 2019, p. 21). Em uma perspectiva histórica, o Ministério Público foi criado para defender os interesses do Monarca. No Brasil, ele muitas vezes foi utilizado como instrumento pela ditadura militar.<sup>49</sup> Somente com a Carta de 1988 que o *parquet* alcançou suas maiores conquistas em termos institucionais e de prerrogativas para seus membros, em função da atuação de seus representantes junto à Assembleia Nacional Constituinte o Ministério Público tornou real anseios que nem em seus maiores sonhos os integrantes da carreira imaginariam um dia concretizar.

Os membros do Ministério Público souberam aproveitar as oportunidades que uma nova ordem constitucional traria e trabalhando com inteligência, somado a um forte *lobby*, conseguirão que a Constituição de 1988 erigisse a Instituição a praticamente um quarto Poder da República. Possuem garantias iguais às dos magistrados<sup>50</sup> e a independência funcional que desfrutam faz com que cada membro haja como um Ministério Público à parte, sem paralelo em nenhum outro país do mundo (MELO, 2010, p. 48-49).

Não tardou para que o Ministério Público se tornasse, com amparo nos princípios institucionais que a Constituição de 1988 lhe conferiu,<sup>51</sup> um notável controlador. Suas atribuições não pararam de ser alargadas. Quando não são seus próprios membros que as incrementam, é o Judiciário quem as concede, ainda que a lei disponha em contrário.<sup>52</sup>

---

<sup>49</sup> “Quietinho, hoje mais ou menos herói nacional, sem jenipapo, com reais serviços prestados à sociedade e à lei, o Ministério Público não deve desejar que remexam no passado, porque, mais que os militares, seus membros, em grande parte, foram na época inquisidores fanáticos, arbitrários, subservientes, submissos à ditadura, terríveis” (RAMOS, 2005).

<sup>50</sup> Vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios (art. 128, § 5º, da Constituição/88).

<sup>51</sup> Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. § 1º - São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional (BRASIL, 1988).

<sup>52</sup> Mesmo com o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública), dispondo não ser cabível ação civil pública para veicular pretensões relativas ao Fundo de Garantia por tempo de Serviço – FGTS, o Supremo Tribunal Federal fixou tese de repercussão geral (850) assentando que o Ministério

Além de ser o autor natural de ações penais públicas, é dotado de instrumentos processuais exclusivos de controle, à exemplo do inquérito civil para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, podendo expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva (art. 129, inc. I, III e VI, CF/88). Seu principal instrumento de atuação é a ação civil pública,<sup>53</sup> disciplinada pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, a qual vem sendo modificada periodicamente para a ampliar seu âmbito de proteção com a consequente expansão das áreas em que o Ministério Público pode intervir.<sup>54</sup>

Apesar de sua aparência frágil, a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, revolucionou a gestão pública, abrindo frestas por meio das quais o Ministério Público e o Judiciário passaram a disputar com a Administração quem cuida do interesse público. “A partir dela, a Justiça foi sendo intensamente acionada para discutir demandas de políticas públicas, para todo tipo de pressão contra órgãos públicos ou contra particulares, para medidas interventivas variadas, indenizações, e assim por diante” (SUNDFELD, 2017, p. 334).

Encerrando esse tópico, resta tecer algumas considerações acerca de um importante controle não institucionalizado, fruto da soberania popular direta, ou seja, o controle social. Se o Estado contemporâneo deve ser democrático, a participação popular nas questões centrais de seu interesse é que diferem o Estado Democrático de Direito, de feição pluriclasse, no qual as pessoas têm o direito de escolher como querem ser governadas, do clássico Estado de Direito, onde a democracia se resume à escolha de governantes que farão leis muitas vezes dissociadas da vontade popular. O controle social é uma forma de *accountability* vertical e um poderoso instrumento democrático que tem aptidão para ser muito eficaz, muito embora dependa da intervenção dos

---

Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa de direitos sociais relativos ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (BRASIL, 2019).

<sup>53</sup> Muito embora Di Pietro (2018, p. 1.078) discorde que a ação civil pública se constitua em meio específico de controle da Administração Pública.

<sup>54</sup> Assim vem ocorrendo desde a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), que habilitou a ação civil pública para defesa de “qualquer outro interesse difuso ou coletivo”, tornando exemplificativa a enumeração; passando pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, que incluiu a infração da ordem econômica, da economia popular e da ordem urbanística; pela Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, que ampliou o cabimento da ação para casos de infração à ordem econômica; e pela Lei nº 12.966, de 24 de abril de 2014, que incluiu a honra e a dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos; chegando na Lei nº 13.004, de 24 de junho de 2014, que acresceu o patrimônio público e social.

outros meios de controle acima citados,<sup>55</sup> atuando por meio de instrumentos próprios como os mecanismos de consulta popular (plebiscito e referendo), dos processos orçamentários participativos, da participação em conselhos de políticas públicas, além da fiscalização realizada por entidades da sociedade civil, das manifestações de partidos políticos, das passeatas, da imprensa e das denúncias dos cidadãos.<sup>56</sup>

Para que ocorra um efetivo controle social é necessário que as ações governamentais sejam transparentes, amplamente divulgadas (princípio da publicidade), permitindo-se que todos os interessados tenham acesso à informação de caráter público ou pessoal produzidas ou guardadas pelos poderes públicos e particulares.<sup>57</sup> Nesse contexto, algumas inovações legislativas gestadas em passado recente buscaram uma maior inserção popular nas decisões governamentais, destacando-se a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, que regulamentou o acesso à informação, e a Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014, que instituiu o Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil.

---

<sup>55</sup> Essa é uma das razões pela qual Saad (2016, p. 146) discorda, com base no conceito por ele proposto, que exista um “controle social”, no sentido técnico-jurídico.

<sup>56</sup> Carlos Ayres Britto (1992, p. 115) distingue as formas de controle que nascem no interior do aparato estatal das que nascem em seu exterior: “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 II). 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. 1.5. 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.”

<sup>57</sup> Nessa linha, a Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inc. XIV, assegura a todos o acesso à informação, resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; no inciso XXXIII, o direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; e no inciso XXXIV, o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder e de obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal.

Para que a sociedade efetivamente exerça algum tipo de controle faz-se necessário que existam canais por meio dos quais ela possa se expressar, ser ouvida. Desse modo, cabe ainda comentar acerca do “ombudsman” (palavra sueca que significa “homem encarregado de missão pública”), ou mais precisamente acerca de seu equivalente no Brasil, quais sejam, as ouvidorias públicas. Em que pesem todas as tentativas de realmente se criar um “ombudsman” brasileiro tenham falhado,<sup>58</sup> o art. 37, § 3º, da Constituição/88 abriu caminho para as ouvidorias ao estabelecer formas de participação dos indivíduos no funcionamento do Estado, enquanto usuários dos serviços públicos, prevendo a possibilidade de: reclamações relativas à prestação desses (inciso I); o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo (inciso II); e a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na Administração Pública (inciso III).

Com a Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017,<sup>59</sup> ressaltou-se o papel das ouvidorias na promoção da participação social, sendo possível conceituá-las como: a instância de controle e participação social responsável pelo tratamento das reclamações, solicitações, denúncias, sugestões e elogios relativos às políticas e aos serviços públicos, prestados sob qualquer forma ou regime, com vistas ao aprimoramento da gestão pública.<sup>60</sup>

## 2.3 Da importância do controle administrativo

Nos dois capítulos seguintes serão abordadas deficiências na atuação do controle da administração brasileira e suas principais consequências, mas antes é necessário ressaltar a

---

<sup>58</sup> Medauar (1993, p. 156) relata que um poderoso “lobby” corporativo do Tribunal de Contas da União e do Ministério Público foi contrário ao projeto de criação do Defensor do Povo nos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte com base nas alegações de que o “ombudsman” teria eficácia duvidosa, perder-se-ia no excesso de reclamações, seria dispendioso e burocrático e o controle jurisdicional possibilita maiores garantias.

<sup>59</sup> Art. 13. As ouvidorias terão como atribuições precípua, sem prejuízo de outras estabelecidas em regulamento específico: I - promover a participação do usuário na administração pública, em cooperação com outras entidades de defesa do usuário; II - acompanhar a prestação dos serviços, visando a garantir a sua efetividade; III - propor aperfeiçoamentos na prestação dos serviços; IV - auxiliar na prevenção e correção dos atos e procedimentos incompatíveis com os princípios estabelecidos nesta Lei; V - propor a adoção de medidas para a defesa dos direitos do usuário, em observância às determinações desta Lei; VI - receber, analisar e encaminhar às autoridades competentes as manifestações, acompanhando o tratamento e a efetiva conclusão das manifestações de usuário perante órgão ou entidade a que se vincula; e VII - promover a adoção de mediação e conciliação entre o usuário e o órgão ou a entidade pública, sem prejuízo de outros órgãos competentes.

<sup>60</sup> Art. 1º, Parágrafo Único, da Instrução Normativa nº 1, da Ouvidoria-geral da União da Controladoria-Geral da União, de 05 de novembro de 2014.

importância dessa atividade, especialmente no Brasil, onde existe uma impressionante resiliência de práticas patrimonialistas que se soma a um quadro de corrupção sistêmica.<sup>61</sup>

Uma das grandes preocupações dos federalistas norte-americanos (James Madison, Alexander Hamilton e John Jay) era acerca da necessidade de conter a ambição daqueles que iriam governar, pois se os homens fossem anjos não haveria necessidade de vigilância alguma, mas como a natureza humana é frágil e cheia de debilidades, era preciso estratégias para obrigar os governantes a controlarem a si mesmos.<sup>62</sup> Com preocupações idênticas, Acemoglu e Robinson (2012) defendem que o progresso de certas nações frente a outras decorreu da forma como o poder foi exercido e como as instituições políticas foram sendo moldadas na dinâmica histórica das sociedades.<sup>63</sup> Violência, corrupção, desigualdade social e pobreza sempre existiram em toda parte e em todas as épocas, mas esses padrões foram alterados em algumas sociedades em face de opções políticas que conseguiram fazer com que os direitos políticos fossem distribuídos de maneira muito mais ampla e que o governo tivesse que responder pelos seus atos perante os cidadãos.

---

<sup>61</sup> De acordo com a Teoria da Agência, a corrupção decorre da relação principal-agente. A classe política representa o principal e os funcionários públicos os agentes. Ao principal compete controlar a atuação dos agentes para agirem com responsabilidade, sempre prestando contas. Entretanto, sem os controles adequados o poder discricionário dos agentes permite-lhes atuar no seu próprio interesse ao invés daqueles em nome de quem deveriam atuar (MARQUETTE; PEIFFER, 2015, p. 2). Ocorre que, em ambientes onde a corrupção é generalizada indivíduos se corrompem porque acreditam que todos os demais membros da comunidade são corruptos, portanto, sua ação se baseia em uma percepção coletiva. Nesses casos de corrupção sistêmica as soluções baseadas na Teoria da Agência não costumam funcionar, por isso se “argumenta que, especialmente em ambientes completamente corruptos, a corrupção se assemelha mais a um problema de ação coletiva do que a um problema de principal-agente” (CARSON; PRADO, 2018, p. 181).

<sup>62</sup> Madison coloca a questão em *Federalist* nº 51 (HAMILTON; MADISON; JAY, 2009, p. 120): “But the great security against a gradual concentration of the several powers in the same department consists in giving to those who administer each department the necessary constitutional means and personal motives to resist encroachments of the others. The provision for defense must in this, as in all other cases, be made commensurate to the danger of attack. Ambition must be made to counteract ambition. The interest of the man must be connected with the constitutional rights of the place. It may be a reflection on human nature, that such devices should be necessary to control the abuses of government. But what is government itself, but the greatest of all reflections on human nature? If men were angels, no government would be necessary. If angels were to govern men, neither external nor internal controls on government would be necessary. In framing a government which is to be administered by men over men, the great difficulty lies in this: you must first enable the government to control the governed; and in the next place oblige it to control itself. A dependence on the people is, no doubt, the primary control on the government; but experience has taught mankind the necessity of auxiliary precautions.”

<sup>63</sup> “Mostraremos que essa interpretação da pobreza egípcia, a interpretação popular, na verdade constitui uma explicação genérica de porque os países pobres são pobres. Seja Coreia do Norte, Serra Leoa ou Zimbábue, vamos mostrar que os países pobres são pobres pelo mesmo motivo por que o Egito também é. Países como o Reino Unido e os Estados Unidos enriqueceram porque seus cidadãos derrubaram as elites que controlavam o poder e criaram uma sociedade em que os direitos políticos eram distribuídos de maneira muito mais ampla, na qual o governo era responsável e tinha de responder aos cidadãos e onde a grande massa da população tinha condições de tirar vantagem das oportunidades econômicas” (ACEMOGLU; ROBINSON, 2012, p. 18).

Se fazer com que aqueles que detêm alguma parcela do poder estatal tenham que responder pelos seus atos é essencial para o sucesso, seja sob o prisma econômico ou social, de qualquer nação, poder-se-á, então, apontar uma primeira importância fundamental do controle administrativo.<sup>64</sup> Essa importância fundamental se delineia no constitucionalismo moderno onde está extrínseca a ideia de se proteger os titulares da soberania estatal contra os riscos da delegação de seu exercício, face a possibilidade de abuso por parte dos encarregados em executar a vontade popular.

Adicione-se a relevantíssima missão de garantia da própria democracia, pois ela estaria fadada ao perecimento se não fossem estabelecidas instituições com a missão de fiscalizar o cumprimento das escolhas públicas, por isso a necessidade de instituições que auxiliem os cidadãos a obrigar que os governantes correspondam às expectativas daqueles que os elegeram.<sup>65</sup> Como assinala Shapiro (2016, p. 320), “é por meio desses controles que os cidadãos são capazes de garantir maior aderência dos governos às suas opções políticas. É também por meio desses mecanismos que são garantidos os direitos de oposição e de contestação às decisões do governo vigente”.

Sérvulo Correia (2012, p. 70-75) destaca que a consagração de um Estado de direito democrático só faz sentido se a formação e a aplicação do direito se desenvolverem ao abrigo de mecanismos de legitimação democrática (princípio democrático). Há, então, uma responsabilidade democrática (que o Autor qualifica de *accountability*)<sup>66</sup> para a Administração consistente na

---

<sup>64</sup> Em 1824 a pessoa do Imperador era inviolável e sagrada, não estando sujeita a responsabilidade de acordo com o art. 99 da Constituição Política do Império do Brasil: Art. 99 - A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Ele não está sujeito a responsabilidade alguma (BRASIL, 1824). Com a Proclamação da República é que o Presidente pôde vir a ser processado por crimes de responsabilidade: Art. 54 - São crimes de responsabilidade os atos do Presidente que atentarem contra: [...] (BRASIL, 1891).

<sup>65</sup> Manin, Przeworski e Stokes (1999, p. 50) ressaltam a necessidade de que se tenham mecanismos de controle capazes de garantir efetivamente uma democracia: “Although democracy may not assure representation, it is still plausible that democracy is more conducive to representation than alternative regimes. Yet the conclusion of this analysis must be that citizens’ control over politicians is at best highly imperfect in most democracies. Elections are not a sufficient mechanism to insure that governments will do everything they can to maximize citizens’ welfare. This is not an argument against democracy but one for institutional reform and for institutional innovation. We need electoral institutions that enhance clarity of responsibility and make it easy for citizens to reward and punish those responsible. We need moral and economic conditions in which public service would enjoy respect as well as appropriate material rewards”.

<sup>66</sup> “A figura da *accountability* tem sido versada sobretudo por uma geração de cultores do Direito Público na Inglaterra dos nossos dias. O termo não tem tradução literal para a linguagem jurídica portuguesa. Poderá corresponder-lhe responsabilidade política, mas apenas no domínio de relações de direito constitucional (a responsabilidade dos governos perante os parlamentos ou de órgãos executivos do poder local perante assembleias de base eletiva, sobretudo quando a subsistência do executivo dependa da confiança destas). Mas a *accountability* é transversal ao Direito Constitucional e ao Direito Administrativo. E, mesmo no plano político, esta assim chamada *responsabilidade* não

obrigação de fornecer os meios para que os cidadãos participem e acompanhem o exercício do poder administrativo. A responsabilidade democrática, ou *accountability*, tem como ideia central a sujeição ao escrutínio da opinião pública, uma colaboração ativa com tal escrutínio e uma disponibilidade para lhes corresponder, podendo ser tornada efetiva pelos mecanismos institucionais de controle.

Ao mesmo tempo, contribuir para que haja a utilização dos recursos orçamentários da maneira mais equânime, econômica, eficaz, efetiva, eficiente, ecológica e ética (os 7 “E’s”), aprimorando as políticas públicas e melhorando a performance estatal em termos de resultados por meio de avaliação, monitoramento e acompanhamento de projetos, atividades e ações é outra importante missão do controle administrativo que se materializa através de recomendações com vistas à melhoria da gestão pública.

Não se pode esquecer, à guisa de conclusão, a obrigação primordial de todo aquele que usufrui de alguma competência estatal: trabalhar para a efetividade dos direitos fundamentais. Nesse ponto, o controle administrativo é de vital importância quando zela pela otimização dos recursos financeiros do Estado, ao mesmo tempo em que fiscaliza o uso correto das receitas públicas.

Proteger os indivíduos contra abusos de poder, exigir o cumprimento das preferências dos cidadãos,<sup>67</sup> contribuir para uma administração de resultados, responsabilizar aqueles que causem prejuízos ao erário por meio da prática de atos ilegais ou ímprobos e cooperar para a efetivação dos direitos fundamentais são algumas das relevantes finalidades do controle administrativo que podem ser ressaltadas com a pretensão de demonstrar nesse sucinto rol o quão altaneiras são as suas atribuições.

---

significa apenas nem primariamente a sujeição a sanções por parte de quem haja errado no exercício dos cargos públicos. A ideia central é antes, a este propósito, a de uma sujeição ao escrutínio dos cidadãos e, para esse efeito, a de um dever geral de dar conta (*duty to give an account*)” (CORREIA, 2012, p. 72).

<sup>67</sup> Nessa linha, Dromi (2005, p. 6.514): “Además, los Organismos de Control constituyen, como todo órgano estatal, una herramienta de los poderes constituidos para llevar a cabo los objetivos que la Constitución define como causa final de la creación del Estado mismo.”

### 3. DEFICIÊNCIAS DO SISTEMA DE CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL

Com a promulgação da Constituição de 1988 e a redemocratização ampliaram-se os mecanismos de controle sobre os atos da Administração Pública, muito por conta da desconfiança que reinava sobre o Poder Executivo após a ditadura militar. Os escândalos de corrupção<sup>68</sup> no decorrer das últimas décadas também contribuíram para o incremento do controle. Muito embora esse não seja um fenômeno recente,<sup>69</sup> nos últimos anos a forma utilizada para demonstrar a preocupação governamental em combatê-la foi a criação de múltiplos controles concedidos a várias instituições que atuando de forma independente buscaram reduzir ao máximo a discricionariedade dos agentes públicos.

Diversas leis foram sendo criadas ou modificadas, instituindo novas ações, procedimentos, competências fiscalizatórias, sancionatórias e prerrogativas inéditas às instituições controladoras, bastando mencionar a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa),<sup>70</sup> a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei de licitações),<sup>71</sup> a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal),<sup>72</sup> a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso a Informação),<sup>73</sup> a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 (Lei

---

<sup>68</sup> *Collorgate* (1992), Anões do Orçamento (1996), CPI dos Precatórios (1997), CPI do Banestado (2003), Mensalão (2005), Máfia dos Sanguessugas (2006), Navalha na Carne (2007), Lava jato (2014), Zelotes (2015), Calicute (2016) e Carne Fraca (2017) são os nomes pelos quais ficaram conhecidos alguns dos maiores escândalos de corrupção no país.

<sup>69</sup> Os primeiros registros de corrupção no Brasil datam da colonização portuguesa quando o comércio ilegal de pau-brasil, tabaco, ouro e diamante era feito pelos funcionários da coroa, que proibiam a comercialização sem autorização do rei. Furtado (2015, p. 15) relata que “ao longo dos três séculos em que se manteve a relação de dependência do Brasil, multiplicaram-se os casos de corrupção, que não mais se resumiam ao contrabando”.

<sup>70</sup> Art. 22. Para apurar qualquer ilícito previsto nesta lei, o Ministério Público, de ofício, a requerimento de autoridade administrativa ou mediante representação formulada de acordo com o disposto no art. 14, poderá requisitar a instauração de inquérito policial ou procedimento administrativo.

<sup>71</sup> Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.

<sup>72</sup> Art. 73-A. Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para denunciar ao respectivo Tribunal de Contas e ao órgão competente do Ministério Público o descumprimento das prescrições estabelecidas nesta Lei Complementar.

<sup>73</sup> Art. 16. Negado o acesso a informação pelos órgãos ou entidades do Poder Executivo Federal, o requerente poderá recorrer à Controladoria-Geral da União, que deliberará no prazo de 5 (cinco) dias se: [...].



Anticorrupção),<sup>74</sup> a Lei nº 13.019, de 31 de julho 2014 (Parcerias com Entidades Sem Fins Lucrativos),<sup>75</sup> a Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016 (Responsabilidade das Estatais),<sup>76</sup> e a Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017 (Defesa do Usuário do Serviço Público).<sup>77</sup>

Poder-se-ia até mesmo cogitar da existência de um microssistema de defesa da moralidade administrativa, no qual acrescentar-se-ia a Lei nº 7.347, 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública), e a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 (Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência), não fosse o furor legislativo ter levado à produção normativa desconcertante com repetição das mesmas condutas em várias leis, muitas delas de autoria dos próprios controladores.

Exemplo disso é a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 (Lei Anticorrupção),<sup>78</sup> que reportou fatos albergados há mais de 50 (cinquenta) anos na Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965 (Lei da ação popular),<sup>79</sup> os quais constavam como crimes há mais de duas décadas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei de licitações),<sup>80</sup> e como ilícitos civis na Lei nº 8.429, de 2 de junho de

---

<sup>74</sup> Art. 16. [...] § 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.

<sup>75</sup> Art. 60. Sem prejuízo da fiscalização pela administração pública e pelos órgãos de controle, a execução da parceria será acompanhada e fiscalizada pelos conselhos de políticas públicas das áreas correspondentes de atuação existentes em cada esfera de governo.

<sup>76</sup> Art. 87. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelos órgãos do sistema de controle interno e pelo tribunal de contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando as empresas públicas e as sociedades de economia mista responsáveis pela demonstração da legalidade e da regularidade da despesa e da execução, nos termos da Constituição.

<sup>77</sup> Art. 13. As ouvidorias terão como atribuições precípua, sem prejuízo de outras estabelecidas em regulamento específico: [...] V - auxiliar na prevenção e correção dos atos e procedimentos incompatíveis com os princípios estabelecidos nesta Lei.

<sup>78</sup> Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos: [...] IV - no tocante a licitações e contratos: a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente.

<sup>79</sup> Art. 4º São também nulos os seguintes atos ou contratos, praticados ou celebrados por quaisquer das pessoas ou entidades referidas no art. 1º. [...] III - A empreitada, a tarefa e a concessão do serviço público, quando: [...] b) no edital de concorrência forem incluídas cláusulas ou condições, que comprometam o seu caráter competitivo; c) a concorrência administrativa for processada em condições que impliquem na limitação das possibilidades normais de competição.

<sup>80</sup> Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação; Art. 93. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório; Art. 95. Afastar ou procurar afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de

1992 (Lei de Improbidade Administrativa),<sup>81</sup> prevendo, ainda, que a aplicação de suas sanções não afastam as das demais.<sup>82</sup>

Ocorre que esse conjunto de leis e instituições tem causado externalidades<sup>83</sup> negativas, comprometendo a eficiência e desestimulando de tal forma práticas inovadoras na gestão pública que a preocupação agora passou a ser com a denominada *accountability overload*. Apelidado de “modelo de múltiplas chibatas” (ALVES, 2009, p. 1), muito se tem debatido sobre a capacidade do sistema federal de controle brasileiro, em função do excesso de órgãos, da competição entre eles, da vaidade institucional, da falta de coordenação, do déficit de responsividade, dentre outras deficiências que serão analisados a seguir e que são apontadas como fatores responsáveis pelo engessamento dos programas governamentais.

### 3.1 Disputa institucional

No concernente à modelagem institucional, o Brasil adota o sistema de multiagências (MONTEIRO, 2013, p. 27), ou seja, a estrutura nacional é composta por vários órgãos públicos que têm a missão de controlar a burocracia, além de monitorar, investigar e sancionar atos de corrupção. A existência de diversos órgãos de controle pode ser muito útil na medida em que a reunião de conhecimentos e expertises distintas aumenta as chances de sucesso. Prado e Carson (2014, p. 8-9) apontam alguns dos benefícios que a multiplicidade institucional agrega como: (i) a compensação, que ocorre quando uma das instituições falha em desempenhar suas funções, outra

---

vantagem de qualquer tipo”; “Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente.

<sup>81</sup> Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: [...] VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente.

<sup>82</sup> Art. 30. A aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de: I - ato de improbidade administrativa nos termos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992; e II - atos ilícitos alcançados pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ou outras normas de licitações e contratos da administração pública, inclusive no tocante ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC instituído pela Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.

<sup>83</sup> Em termos econômicos, as externalidades são definidas como benefícios ou custos produzidos pelos agentes que desempenham suas atividades no mercado, cujos efeitos são sentidos sobre terceiros não participantes. Essa ideia pode ser transposta para o tratamento do controle da Administração Pública, segundo Oliveira (2020, p. 3), pois “nesse caso, as externalidades refletiriam os efeitos da tomada de decisão sobre os gestores públicos que, mesmo não integrantes da relação jurídica submetida ao controle, pautarão as suas condutas a partir do comando dos controladores, com o intuito de prevenir eventuais sanções no futuro”.

está equipada para preencher a lacuna resultante; (ii) a colaboração, na qual haverá adição de recursos humanos, financeiros e outros disponíveis para o desempenho de uma única tarefa; e (iii) a complementaridade, que ocorrerá quando instituições diferentes contribuem com habilidades diferentes para executar uma tarefa específica e esses diferentes conjuntos de habilidades se complementam.

Por outro lado, as mesmas Autoras elencam as desvantagens associadas à multiplicidade institucional: primeiro, quando a corrupção é sistêmica (caso do Brasil) há risco de os próprios controladores serem seus sujeitos ativos e, nesse caso, a multiplicidade institucional cria mais oportunidades.<sup>84</sup> A segunda desvantagem ocorre quando se constata sobreposição de competências, a qual pode ser interpretada como uma alocação ineficiente de recursos, especialmente em países em desenvolvimento, pois a miríade de instâncias de controle muitas vezes faz com que as competências sejam exercidas de maneira sobreposta e desordenada (PRADO; CARSON, 2014, p. 9).<sup>85</sup>

Nesse ponto, a sobreposição de competências das instâncias de controle no Brasil é insofismável. Basta que um único licitante acredite ter sido prejudicado pelo pregoeiro na análise de suas propostas para que uma simples contratação pública (compra de caneta para a repartição pública, por exemplo) provoque uma enxurrada de procedimentos e requisições de documentos: auditoria da CGU; inquérito civil do MPF; representação no TCU; e processo judicial, tudo sobre o mesmo fato.

A multiplicação de centros defletores de poder em nosso modelo de democracia ameaça uma ruptura anárquica dos poderes do Estado. Rende inútil a divisão funcional de poderes por meio da concreção de efeitos muito diferentes dos fins modelares, dos fins minimamente aceitáveis do Estado (WARDE, 2018, p. 48).

A terceira desvantagem que a multiplicidade institucional pode gerar é a competição destrutiva, criando tensões entre as instituições e minando os esforços umas das outras (PRADO; CARSON, 2014, p. 9). Não há dúvidas que um sistema de controle formado por diversos atores independentes necessita de cooperação para que possa atingir seus objetivos eficazmente, pois

---

<sup>84</sup> “Third, if accountability institutions themselves fall prey to corruption, institutional multiplicity may create more opportunities for corruption; for example, if authorities from multiple (corrupt) investigation institutions are able to extract bribes by threatening innocent citizens with false charges, the overall risk and incidence of corruption may increase” (PRADO; CARSON, 2014, p. 9).

<sup>85</sup> Nesse aspecto, é ilustrativa a aquisição da Refinaria de Pasadena, no Texas, pela Petrobras, a qual foi objeto de investigação pelo Tribunal de Contas da União, pela Controladoria-Geral da União, pelo Ministério Público Federal de dois estados (Rio de Janeiro e de Curitiba), pela Comissão de Valores Mobiliários e pela própria estatal, além de ações populares espalhadas pelo Brasil para anular a compra.

permite o acesso a informações de outras esferas de governo e o compartilhamento de dados, mas o auxílio muito, infelizmente, não tem sido a tônica da relação interinstitucional no país.

Não que elas não interajam, segundo Aranha e Filgueiras (2016, p. 34), mas essa interação ocorre na forma de uma competição predatória entre as instituições de *accountability*, que se preocupam mais com a mídia do que com a cooperação e trocas simbióticas. Quando não é isso, a outra preocupação é angariar poder e para tanto é preciso se destacar junto aos iguais. Como quem não cria problemas não merece atenção nem é visto como importante, é necessário utilizar-se da estratégia de vedar e proibir, enfim, criar obstáculos para a gestão, de modo que o desempenho da política pública fique à mercê da aprovação daquela instituição que se favorecerá da técnica do desacordo-como-poder (MENDONÇA, 2018, p. 46). A disputa entre as instituições também foi identificada por Machado e Paschoal (2016, p. 33). Elas apontam que a coordenação não é a regra entre as instituições de controle e que em muitos casos elas competem entre si para serem as únicas a receber o crédito por desvendar grandes casos de corrupção.<sup>86</sup>

O Ministério Público Federal (MPF) constantemente protagoniza episódios de disputa institucional. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.508/DF, o MPF pedia a declaração de inconstitucionalidade do art. 4º, §§ 2º e 6º, da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, ou, sucessivamente, a interpretação conforme a Constituição, a fim de considerar indispensável a presença do Ministério Público desde o início e em todas as fases de elaboração de acordos de colaboração premiada celebrados pela Polícia Federal e considerar sua manifestação como de caráter obrigatório e vinculante, pois defendiam que a atribuição a delegados de polícia da iniciativa de acordos de colaboração premiada, contraria o devido processo legal (Constituição da República, art. 5º, LIV), o princípio da moralidade (art. 37, caput), o princípio acusatório, a titularidade da ação penal pública conferida ao Ministério Público pela Constituição (art. 129, I), a exclusividade do exercício de funções do Ministério Público por membros legalmente investidos na carreira (art. 129, § 2º, primeira parte) e a função constitucional da polícia, como órgão de segurança pública (art. 144, especialmente os §§ 1º e 4º).

A Polícia Federal contestou o pedido alegando que o Ministério Público pretendia atuar como Estado-investigador, como órgão de controle externo da atividade policial e como

---

<sup>86</sup> Outros entraves à coordenação, segundo Machado e Paschoal (2016, p. 33-34), são a falta de confiança entre as instituições; a demora no compartilhamento de informações; dificuldades de compreensão da linguagem; e raro compartilhamento de provas.

Magistratura, monopolizando e invadindo atribuições e competências de outros órgãos e que alijar a instituição do emprego de referida técnica de investigação desregula o sistema de freios e contrapesos necessários ao Estado Democrático de Direito.

O Supremo Tribunal Federal por maioria, nos termos do voto do Relator, Min. Marcos Aurélio Mello, julgou improcedente o pedido do Ministério Público Federal, assentado a constitucionalidade do § 2º e do § 6º do art. 4º da Lei 12.850/13. No penúltimo parágrafo do seu voto o Relator deixou assentado que:

[...] a supremacia do interesse público conduz a que o debate constitucional não seja pautado por interesses corporativos, mas por argumentos normativos acerca do desempenho das instituições no combate à criminalidade. A atuação conjunta, a cooperação entre órgãos de investigação e de persecução penal, é de relevância maior. É nefasta qualquer “queda de braço”, como a examinada.<sup>87</sup>

A disputa pelo protagonismo na celebração dos acordos de leniência estabelecido pela Lei Anticorrupção é outro caso representativo da competição entre os órgãos de controle. Logo após sua edição a CGU, o MPU e o TCU se digladiaram pela competência para celebração desses ajustes. O TCU, avesso à pirâmide normativa kelseniana, estabeleceu, *sponte propria*, sua autoridade para fiscalizar a elaboração dos acordos de leniência pelos outros órgãos de controle, ainda que sem amparo em nenhuma norma do ordenamento jurídico, à exceção de uma instrução normativa de sua própria autoria.<sup>88</sup>

<sup>87</sup> O resultado desse julgamento teve ares de revanche para a Polícia Federal que tinha sofrido uma “derrota” no Recurso Extraordinário nº 593727/MG (Relator: Min. Cezar Peluso e Relator do Acórdão Min. Gilmar Mendes), no qual restou decidido pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral (Tema 184), que “o Ministério Público possui poder investigatório, dispondo de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei nº 8.906/94, art. 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade, sempre presente no Estado democrático de Direito, do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante nº 14), praticados pelos membros dessa Instituição”.

<sup>88</sup> A Instrução Normativa nº 74, de 11 de fevereiro de 2015, foi revogada pela Instrução Normativa - TCU nº 83, de 12 de dezembro de 2018, que atualmente rege a matéria: Art. 1º A autoridade celebrante dos acordos de leniência objeto desta instrução normativa deverá, em até cinco dias úteis, informar ao Tribunal de Contas da União a instauração de processo administrativo específico de reparação integral do dano de que trata o art. 13 da Lei 12.846/2013, bem como de procedimento administrativo para celebração de acordo de leniência, previsto no art. 16 do referido diploma legal. Art. 2º O Tribunal de Contas da União poderá requerer, a qualquer tempo, a fim instruir os processos de controle externo, informações e documentos relativos às fases do acordo de leniência; § 1º Nenhum dos documentos de que trata o *caput* poderá ser sonegado ao Tribunal de Contas da União, nos termos do art. 42 da Lei 8.443, de 1992; § 2º No âmbito do Tribunal de Contas da União, sob pena de falta grave, as autoridades e servidores que tiverem acesso aos documentos, relativos a acordos de leniência, deverão zelar pela confidencialidade das informações, sendo a eles aplicado procedimento que lhes assegure o sigilo. Art. 3º A fiscalização do Tribunal de Contas da União sobre os acordos de leniência seguirá, no que couber, o rito das demais ações de controle e será realizada de acordo com as diretrizes do Plano de Controle Externo, considerando os critérios de risco, materialidade e relevância. Art. 4º As

Em que pesem as duras críticas da doutrina,<sup>89</sup> o TCU não recuou e, inclusive, tem advertido<sup>90</sup> para a possibilidade de sancionar aqueles que discordarem de sua autoridade para decidir sobre sua própria competência, como se pode observar no voto do Ministro Relator, Walton Alencar Rodrigues, proferido no Acórdão nº 2920/2019 – Plenário, no bojo do Processo nº 011.715/2018-9, instaurado para apurar a legalidade, a legitimidade e a economicidade de atos praticados na negociação e na celebração de acordo de leniência em nome do Poder Executivo federal, nos termos da Lei nº 12.846/2013.<sup>91</sup>

Outro conflito em aberto foi iniciado a pedido do Ministro do TCU, Bruno Dantas, que propôs aos demais membros da Corte de Contas que abrisse investigação ampla sobre todos os

---

autoridades celebrantes do acordo de leniência poderão ser responsabilizadas pela inclusão de cláusulas ou condições que limitem ou dificultem a atuação do Tribunal de Contas da União, bem como a eficácia e a execução de suas decisões, nos termos da Lei 8.443, de 1992. Parágrafo único. Estão abrangidas pelo disposto no caput as cláusulas que impeçam ou dificultem a execução judicial dos títulos executivos constituídos pelas deliberações do Tribunal de Contas da União.

<sup>89</sup> Conferir Barcellos (2015) e Rosilho (2016). Em sentido favorável a intervenção do TCU, argumenta Albuquerque (2017, p. 86): “Sendo assim, mais do que possível, a atuação das cortes de contas na fiscalização dos acordos de leniência se faz necessária. Nesse sentido, a atuação normativa do TCU, ao editar a IN 74/2015, está totalmente aderente ao ordenamento jurídico pátrio. Ao analisar a atuação operacional do TCU, procurei responder aos seguintes questionamentos: a atuação do TCU mais tende a ajudar ou a atrapalhar o instituto do acordo de leniência? A fiscalização concomitante do TCU pode ser vista como intervenção inapropriada nos acordos de leniência? A atuação do TCU não poderia trazer mais insegurança jurídica para o jurisdicionado? Uma vez que a resposta aos três questionamentos foi no sentido de que a atuação do TCU mais tende a ajudar, não pode ser vista como intervenção inapropriada e não traz insegurança jurídica, foi comprovado que o TCU exerce papel fundamental para o sucesso do instituto do acordo de leniência. Foi verificado, ainda, que por meio de sua atuação na fiscalização dos acordos de leniência, o TCU vem exercendo importante papel integrativo e colaborativo com os demais órgãos legitimados para atuar no controle da coisa pública”.

<sup>90</sup> “Ministro da CGU destaca harmonia com outras instituições, menos o TCU” Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/republica/breves/ministro-da-cgu-destaca-harmonia-com-outras-instituicoes-menos-o-tcu/>. Acesso em: 21 mar. 2020.

<sup>91</sup> Confira o voto: “De início, não vislumbro plausibilidade na tese defendida pela AGU e pela CGU quanto à alegada ausência de competência desta Corte de Contas, para fiscalizar a celebração de acordos de leniência. A matéria já se encontra pacificada no Plenário deste Tribunal, que expressamente afirmou sua competência por ocasião da apreciação do TC 000.126/2018-7, assim constando dos consideranda da referida IN TCU 83/2018: Considerando que, a celebração de acordos de leniência por órgãos e entidades da Administração Pública federal é ato administrativo sujeito à jurisdição do Tribunal de Contas da União quanto a sua legalidade, legitimidade e economicidade, nos termos do art. 70 da Constituição Federal. Na mesma linha, deixou-se assente a possibilidade de as autoridades celebrantes responderem pela inclusão de cláusulas e condições que limitem ou dificultem a atuação deste Tribunal, bem como aquelas que porventura venham a comprometer a execução judicial dos títulos executivos constituídos a partir das deliberações desta Corte. [...] Causa espécie que se pretenda que a celebração de acordos que impactam negativamente os processos de recuperação dos danos causados à Administração possam estar fora do escrutínio deste Tribunal, cuja missão constitucional, por excelência, é o julgamento das contas daqueles que causaram prejuízo ao Erário. Não parece razoável, ainda, que a CGU sustente interpretação da lei que leve a resultado em desacordo com as normas constitucionais, como se o texto legal pudesse restringir o alcance normativo da Constituição, mormente quando a Carta Máxima define como dever do controle interno auxiliar o controle externo no exercício de sua missão institucional, e não obstar esse exercício. Por essas razões entendo necessário alertar a CGU a respeito de sua obrigação constitucional de auxiliar as atividades do controle externo, o que é incompatível com a recusa em fornecer documentos e informações necessários ao cumprimento dos deveres constitucionalmente atribuídos a esta Corte.”

acordos firmados pelo Ministério Público Federal para avaliar a dimensão do "orçamento paralelo" hoje administrado pelos procuradores.<sup>92</sup>

Acertadamente, pontua Campana (2018, p. 67), que há incentivos estruturais para que as instâncias de controle compitam entre si por protagonismo no plano institucional. Dificilmente uma autoridade terá coragem de não atender aos pedidos da controladoria por mais orçamento ou por recomposição de força de trabalho nas unidades de auditoria interna, nem que seja remanejando recursos de outras áreas ou transferindo servidores de outros departamentos mais deficitários, pois o desatendimento aos pleitos daqueles que combatem os malfeitos causará um profundo desgaste a sua imagem ou quem sabe até perseguições.

O prestígio auferido pela instituição que consegue se destacar dentre as outras no descobrimento e revelação de desfalques milionários aos cofres públicos é convertido em moeda de troca por mais recursos e vantagens ou compensações extraeconômicas. Não é por acaso que o orçamento das burocracias de controle se ampliou consideravelmente nos últimos anos, conforme demonstra o gráfico abaixo.

Gráfico 1: Evolução do orçamento das burocracias de controle (2002 – 2017)



<sup>92</sup> Segundo o Ministro Bruno Dantas: “Considerando a quantidade de transações, TACs e acordos em geral que vêm sendo pactuados, outras reflexões se fazem necessárias. Indaga-se, por exemplo, qual seria a real magnitude dos recursos envolvidos nesses ajustes, cuja destinação tem sido dada à margem do ciclo orçamentário. Questiona-se se não está sendo completamente desconfigurada a repartição de tarefas estatais já há alguns séculos estabelecida no mundo ocidental. [...] Sabemos, por ofício, quantas regras condicionam um ordenador de despesa ordinário, integrante do poder executivo: ele precisa planejar, desenhar uma política, realizar análises ex ante, aprovar uma rubrica orçamentária junto ao Parlamento, seguir inúmeras regras de operacionalização, de empenho, liquidação e pagamento, registrar informações em diversos sistemas, avaliar a conformidade, desenvolver indicadores e apresentar os resultados, além de responder à CGU, ao TCU, ao MPU... E essas receitas e despesas públicas que estão correndo de forma paralela ao sistema orçamentário? Como estão sendo conduzidas, geridas e avaliadas? Considerarei relevante que o TCU ponderasse a pertinência de avaliar a regularidade da forma de recolhimento e gasto dos recursos, bem como o grau de transparência dessas informações para o público em geral (no mínimo, quantidade de acordos desse tipo e valores envolvidos). É fundamental a participação desta Corte no aperfeiçoamento da transparência dessas informações para os contribuintes e para o público em geral”. Disponível em: <https://migalhas.com.br/arquivos/2019/8/art20190822-02.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2019. A proposta foi aceita e incorporada ao processo TC n ° 007.597/2018-5, que abordava a mesma temática, mas se restringia ao Ministério Público do Trabalho.

A cultura do escândalo é fundamental nesse processo de empoderamento. Quanto maior visibilidade se puder conferir ao caso melhor, ainda que com base em investigações preliminares,<sup>93</sup> pouco importando se as suspeitas se confirmam e se antes disso a intimidade e vida privada dos acusados é devassada, se serão expostos a vergonha e humilhação públicas ainda na fase investigatória ou se vidas serão destruídas.<sup>94</sup> Marcados pela cultura do escândalo, quanto maior o alvoroço produzido na esfera pública pela descoberta de um novo caso de desvio de recursos públicos maior é a reputação da entidade que o revelou, acirrando-se a utilização de prerrogativas de controle para ampliar a capacidade investigatória, ocasionando embates que minam as possibilidades de cooperação mútua entre os controladores.

Nesse interim, há certo consenso de que os órgãos de controle ligados a teia de mecanismos de *accountability*, formada pela tríade monitoramento contínuo, investigações das alegações e sanção, devem trabalhar para a redução de sobreposições e lacunas entre suas competências com o fito de aumentar a interação entre suas atividades (OLIVEIRA JÚNIOR, 2019, p. 1.057). No entanto, como há um foco excessivo nas atividades relacionadas à investigação,

---

<sup>93</sup> A cultura do escândalo é bem representada por meio de operações policiais espetaculosas que tomam a pauta dos jornais durante várias semanas, até que outra a suceda. Na operação Carne Fraca deflagrada pela Polícia Federal em 2017, inicialmente se propagandeou que toda a carne produzida pelas empresas brasileiras do setor era adulterada e que era uma prática amplamente comum a aceitação de suborno pelos agentes do Ministro da Agricultura para a liberação desses produtos. Noticiou-se que havia papelão sendo misturado à carne. Que havia conservante cancerígeno. A exportação de carne foi paralisada. Posteriormente, no entanto, foi esclarecido que os problemas estavam concentrados em apenas 21 (vinte e um) frigoríficos de um total de quase 5.000 (cinco mil) e apenas 33 (trinta e três) servidores, num universo de 11 (onze) mil funcionários do Ministério da Agricultura, foram considerados suspeitos de praticaram os crimes, tendo a Polícia Federal lançado nota (Disponível em: <http://www.pf.gov.br/agencia/noticias/2017/03/nota-a-imprensa-2013-operacao-carne-fraca>. Acesso em: 5 jun. 2020) 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. Era tarde demais. O país teve um prejuízo brutal. Levantamentos do setor apontaram perdas pela queda nos embarques para o exterior em US\$ 2,74 bilhões de dólares. Sobre as autoridades responsáveis pela condução desse caso, o Ministro Gilmar Mendes fez os seguintes comentários: "O delegado - o nome precisa ser dito, não se pode esquecer - é o delegado Maurício Moscardi. O procurador que assina a denúncia é Alexandre Melz Nardes. E o juiz, Marcos Josegurei. Têm responsabilidade sobre isso. Portanto é uma coisa chocante, chocante (...). Todos querem virar um Moro, ganhar um minuto de celebridade. Não precisamos de corregedores, mas de psiquiatras. Porque é um problema sério. Quer dizer, os estrupícios se juntam e produzem uma tragédia. Produzem uma tragédia. É constrangedor". (Relatório da sentença proferida no Procedimento do Juizado Especial Cível nº 5040456-74.2018.4.04.7000/PR – 5ª Vara Federal de Curitiba).

<sup>94</sup> No histórico caso da Escola Base ocorrido em 1994, seus proprietários (o casal Icushiro Shimada – morreu em 2014 de infarto e, Maria Aparecida Shimada – morreu em 2007 de câncer), a professora Paula Milhim Alvarenga e o seu esposo e motorista Maurício Monteiro de Alvarenga foram massiva e injustamente acusados pela polícia e pela imprensa de abuso sexual contra alguns alunos de quatro anos. Em consequência da revolta da opinião pública, a escola foi obrigada a encerrar suas atividades logo em seguida. O caso foi arquivado por falta de provas, mas não sem antes os acusados terem sofrido um verdadeiro linchamento por parte da mídia e passarem a sofrer de doenças como estresse, fobia e cardiopatia, além de perderem seus empregos, seus patrimônios, suas honras, suas vidas.



por trazerem maiores retornos positivos à instituição, a teia de mecanismos de *accountability* apresenta uma “ortodontia imperfeita”, indicando desequilíbrio no conjunto de ações das instituições ligadas a ela, algo que está comprometendo, inclusive, a eficiência no combate à corrupção. Oliveira Júnior (2019, p. 1.068) esclarece:

Nesse sentido, o caso sugere não só que disputas pelo protagonismo da investigação de escândalos de corrupção e a consequente “ortodontia imperfeita” continuam, mas que em seu cerne está a diferença entre os retornos de reputação e poder que os diversos institutos relacionados a cada estágio da *accountability* geram às agências anticorrupção. Concluo propondo que em contextos marcados pela cultura do escândalo há maior tendência para conflitos pelas competências relativas à investigação, situação que traz desafios para harmonia e interação e aumenta a possibilidade de sobreposições e lacunas na teia a que estas agências estão ligadas.

Os múltiplos atores em vez de disputar a atenção da mídia, deveriam é atuar de maneira cooperativa, evitando incoerências e repetições ineficientes de esforços. Winters (2015, 691-693), ao tratar da Lei Anticorrupção brasileira, compartilha das mesmas preocupações, ressaltando que existe um grande potencial para a ineficiência acaso não exista cooperação substancial entre os entes de controle. O problema é que, segundo Filgueiras (2015, p. 19), as mudanças incrementais das instituições de controle brasileira, promovidas desde o retorno da democracia, não foram acompanhadas de uma mudança ecológica voltada à interação entre estas instituições para produção de ações coordenadas e cooperativas, assegurando um sequenciamento racional de atividades destinadas ao aprimoramento da *accountability*.<sup>95</sup>

Não fosse o bastante, a multiplicidade institucional ainda pode gerar imprevisibilidade e inconsistência na aplicação das leis, em face de muitas autoridades as interpretarem e tomarem decisões de forma independente, podendo ocorrer resultados incoerentes e maus precedentes. Com relação a falta de uniformidade de orientações chegara a mesma conclusão Marques Neto (2010, p. 26), pois percebeu que a multiplicação de instâncias exercendo atividades de controle, muitas vezes de maneira sobreposta e excessiva, faz com que inexista uma uniformidade das orientações veiculadas pelos órgãos de controle. Fundamental, portanto, que haja cooperação, e não

---

<sup>95</sup> “A ecologia do sistema de instituições de *accountability* reflete um processo espiralado de desenvolvimento institucional, que faz com que ocorram mudanças incrementais em cada uma das instituições. Porém, ao mesmo tempo em que a mudança institucional produziu no Brasil ganhos incrementais, disto resultou uma disputa por poder simbólico entre as instituições. Esta disputa por poder inviabiliza a cooperação e coordenação do sistema de instituições de *accountability*, prejudicando o sequenciamento de atividades e os resultados alcançados com as ações de controle” (FILGUEIRAS, 2015, p. 111).

competição, entre os órgãos de controle, com vistas a uma atuação harmônica entre essas estruturas para que não se produza insegurança jurídica, ineficiência e desperdício de recursos.

### 3.2 Principiologia na estrutura do controle

Princípios são, na sempre lembrada lição de Alexy (2011, p. 90), mandamentos de otimização, são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. De acordo com Neves (2013a, p. 103-119), os princípios são normas no plano reflexivo que possibilitam o balizamento e a construção ou reconstrução de regras. Eles tornam possível a transformação da complexidade desestruturada do ambiente do sistema jurídico, que implica uma pluralidade de valores, interesses e expectativas normativas contraditórias, em uma complexidade estruturável, ao mesmo tempo em que ampliam as possibilidades de argumentação.

Os princípios, em função de sua linguagem aberta, têm sido utilizados equivocadamente para manipular decisões de acordo com a necessidade ou interesses de cada caso concreto. A febre principiológica tem banalizado e vulnerabilizado a força dos princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana, que pode estar em vários lugares ao mesmo tempo, ainda que opostos, como destaca Barroso (2013, p. 9-10):

A dignidade, como conceito jurídico, frequentemente funciona como um mero espelho, no qual cada um projeta seus próprios valores. Não é por acaso, assim, que a dignidade, pelo mundo afora, tem sido invocada pelos dois lados em disputa, em matérias como aborto, eutanásia, suicídio assistido, uniões homoafetivas, [...].

Em sua crítica ao que denomina de panprincipiologismo, Streck (2014, p. 545) obtempera que os princípios podem ocasionar o “[...] enfraquecimento da autonomia do direito (e da força normativa da Constituição), na medida em que parcela considerável (desses ‘princípios’) é transformada em discursos com pretensões de correção [...]”.<sup>96</sup> Ademais, esses enunciados principiológicos, para Streck (2014, p. 546), se apresentam como para-regras, sendo possível com eles qualquer resposta correta, pois sempre haverá um enunciado desse jaez, como que construído

---

<sup>96</sup> O panprincipiologismo é abastecido pela insensatez de parte da doutrina que eleva à condição de mandamentos nucleares do sistema jurídico numerosos *standards* sem qualquer sentido (Princípio da proibição do atalhamento constitucional?).

do nada, do grau zero de significado, passível de aplicação no caso concreto.<sup>97</sup> O panprincipiologismo é fruto de um descontrolado empreendimento conceitual doutrinário<sup>98</sup> que investe na criação desenfreada de princípios, torcendo para que a invenção angarie reconhecimento acadêmico, de modo a notabilizar o criador, carreando-lhe importância e prestígio. O único desafio é encontrar alguma palavra impactante no vernáculo, de preferência polissêmica, para batizar sua criação. Com isso, mais um membro é registrado à numerosa família dos princípios e estará apto a solucionar inúmeros casos concretos, bastando fazer-lhe menção.

Marcelo Neves alerta para a panaceia que se criou com a invocação de princípios:

Por um lado, a invocação aos princípios (morais e jurídicos) apresentava-se como panaceia para solucionar todos os males da nossa prática jurídica e constitucional. Por outro, a retórica principialista servia ao afastamento de regras claras e “completas”, para encobrir decisões orientadas à satisfação de interesses particularistas. Assim, tanto os advogados idealistas quanto os astutamente estratégicos souberam utilizar-se exitosamente da pompa dos princípios e da

---

<sup>97</sup> Lenio Luiz Streck exemplifica o uso anormal dos princípios com o jogo da Katchanga: “Em um cassino se aceita todos os tipos de jogos e um belo dia entra um forasteiro e pede para jogar a Katchanga, jogo desconhecido no cassino. O dono do cassino, e também crupiê, aceita, não tendo alternativa, já que o cassino aceita todo tipo de jogo, como já dito antes. O jogo começa e algumas cartas são compradas e colocadas na mesa. O crupiê aprende conforme o jogo se desenvolve. Subitamente então o forasteiro grita Katchanga e pega todo dinheiro apostado. O crupiê não entende direito, mas imagina que o forasteiro pôde pedir Katchanga e pegar o dinheiro porque as cartas na mesa não formavam uma sequência. Começa um novo jogo, o crupiê toma cuidado para formar uma sequência com as cartas antes de colocá-las na mesa. Mesmo assim, depois de alguns minutos, o forasteiro grita Katchanga de novo e pega todo o dinheiro de novo. O crupiê não entende nada, mas toma uma decisão. Quando começa o novo jogo, o crupiê espera passar um pouco de tempo e grita Katchanga, o forasteiro simplesmente balança a cabeça, olha o crupiê com desdém e grita Katchanga Real, pegando todo o dinheiro de novo. Moral da história: em um jogo que ninguém conhece todas as regras, sempre há uma palavra mágica que pode ser tirada da cartola para ganhar a rodada. É assim com os princípios, visto sua característica de abertura interpretativa, se não forem tomados os devidos cuidados na sua aplicação. Aplicá-los como solução mágica para todos os problemas jurídicos, além de revelar certa indolência, leva a uma discricionariedade e uma hermeticidade inadmissível nas decisões jurisprudenciais.” Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jun-28/senso-incomum-katchanga-bullying-interpretativo-brasil>. Acesso em: 21 ago. 2019.

<sup>98</sup> Realmente, muitos princípios são como “conceitos inventados de direito administrativo”, segundo definição de Mendonça (2016, p. 10). Eles são fruto de uma criação intelectual de um empreendedor conceitual, ou seja, de “todo aquele que cria, manipula ou recupera conceitos, de modo a utilizá-los como meio para determinado fim”. O procedimento de invenção de princípios se assemelha ao de invenção de conceitos jurídicos de direito administrativo: “O procedimento da invenção de conceitos jurídicos de direito administrativo não segue estrutura clara, mas, em geral, pode-se tentar cogitar de noção procedimental, aplicável às três espécies, e que seria a seguinte: o empreendedor conceitual, em especial os que gozam de algum privilégio simbólico – v.g., professores de direito de universidades de ponta; ministros de cortes superiores – inventam o conceito. A partir daí, surge a etapa de disseminação da novidade: certos alunos (ex.: alunos que assessoram ministros) e juízes de instâncias inferiores tenderão a replicar a invenção, até o ponto em que, mercê da replicação, ela se naturalize. No ponto em que uma nova doutrina já não é mais referida, nas petições, decisões e pareceres, como ‘nova doutrina’, então ela deixa de ser adorno retórico e se transforma em doutrina de verdade. Não existe nova doutrina: toda doutrina é velha ou ainda está tentando. Quando uma doutrina sofre críticas, aí, então, pode-se dizer que ela se consagrou, pois só se bate no que existe. Daí então que se pode antever estratégia arriscada de empreendedorismo conceitual, que é propor, de cara, ideias extravagantes, convidando à crítica; se o convite for aceito, a proposta doutrinária encurtou caminhos e passou a existir, se bem que sua efetividade pode não ser das maiores (v. próximo item)” (MENDONÇA, 2016, p. 12 – 13).

ponderação, cuja trivialização emprestava a qualquer tese, mesmo as mais absurdas, um tom de respeitabilidade. Isso tudo, parece-me, em detrimento de uma concretização jurídica constitucionalmente consistente e socialmente adequada.<sup>99</sup>

Tem-se observado o uso abusivo dos princípios pelos órgãos de controle (em especial o Tribunal de Contas da União e o Judiciário) que os utilizam para justificar qualquer decisão em qualquer circunstância, como se fossem varinhas de condão capazes de transformar, em um passe de mágica, a dura desigualdade brasileira em um jardim do Éden, com mero apelo retórico a princípios.<sup>100</sup>

Não se pode concordar com Justen Filho (2017, p. 67) quando aduz que “o controle por meio de princípios amplia a dificuldade de identificação de condutas reprovadas pela ordem jurídica, especialmente quando se estabelece uma comparação em vista das regras”, e de que “são adotados princípios que permitam a ampla criatividade do governante para desenvolver imagens de uma falsa submissão a controles”. Na realidade está acontecendo o contrário, com os princípios sendo utilizados para validar a solução do fiscal, construída com base em algum valor abstrato, como a melhor opção e a que deveria ter sido adotada, motivo pelo qual se deve multar o gestor incompetente, ineficiente, incapaz, além de, por que não, processá-lo por improbidade administrativa.

Tanto a profusão desenfreada de princípios, quanto a banalização e o livre uso destes pelos controladores, em sobreposição às regras ou até mesmo ignorando-as para impor a sua visão da realidade em conformidade com a própria consciência, tem desembocado em decisões voluntaristas de nítido caráter oportunista e arbitrário. Como no Brasil vigora a máxima de que “quem decide por último, decide melhor”, dessa vez acerta Justen Filho (2018, p. 27) quando assevera que “uma decisão arbitrária pode ser legitimada mediante a invocação a fórmulas gerais e abstratas, que se referem a valores considerados de modo teórico. Cada pessoa pode aplicar essas fórmulas verbais para justificar soluções que lhe pareçam adequadas e satisfatórias”.

De acordo com Sundfeld (2017, p. 215), os princípios jurídicos se tornaram uma arma para espertos que procuram iludir os outros com sua simples invocação; e preguiçosos que não querem ter o trabalho de analisar os fatos. O fetichismo pelos princípios é visto como algo bom e

---

<sup>99</sup> Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-out-27/observatorio-constitucional-abuso-principios-supremo-tribunal>. Acesso em: 21 ago. 2019.

<sup>100</sup> Acertada a crítica de Cristóvam (2019, p. 1002): “Uma trágica espécie de ‘principiorragia’ faz jorrar princípios que passam a funcionar como genuínas ‘chaves mestras’ que abrem todas as portas (fundamentam decisões de todos os matizes), invadindo o discurso judicial sem a menor preocupação teórica e de argumentação racional”.

respeitar a lei se tornou ultrapassado. Com isso o controlador acaba tomando conta de um poder que não lhe foi concedido e suas convicções pessoais findam por prevalecer em detrimento da discricionariedade conferida pela lei ao gestor. Nesse cenário de grande fluidez é que estão ocorrendo punições a gestores públicos pela desatenção a normas sancionadoras em branco, cujo complemento axiológico depende em alto grau da subjetividade do controlador.

Pode-se constatar empiricamente essas afirmações analisando pesquisa realizada entre os anos de 2010 e 2013 pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ (BRASIL, 2015, p. 65), na qual se verifica que a média das condenações em ações civis públicas de improbidade administrativa<sup>101</sup> por violações a princípios são superiores as que envolvem enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário.

Tabela 1: Número absoluto e percentual (entre parênteses) por TJ e a informação sobre o Acórdão de segundo grau.

Acórdão de segundo grau	Tribunal						Total
	STJ	TJMT	TJPA	TJRN	TJSP	TRF4	
<b>a) Recurso não reconhecido</b>	1 (3,57)	2 (50)	0(0)	0(0)	2 (15,38)	0 (0)	<b>5 (5,75)</b>
<b>f) Improcedência de todos os pedidos</b>	9 (32,14)	1 (25)	1 (100)	8 (88,89)	2 (15,38)	19 (59,38)	<b>40 (45,98)</b>
<b>b) Condenação com fundamento no art.9º da LIA</b>	5 (17,86)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	1 (7,69)	2 (6,25)	<b>8 (9,2)</b>
<b>c) Condenação com fundamento no art. 10 da LIA</b>	3 (10,71)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	1 (7,69)	1 (3,13)	<b>5 (5,75)</b>
<b>c.1) Com dolo</b>	5 (17,86)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	1 (3,13)	<b>6 (6,9)</b>
<b>c.2) Sem dolo</b>	0 (0)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	1 (7,69)	2 (6,25)	<b>3 (3,45)</b>
<b>d) Condenação com fundamento no art. 11 da LIA</b>	4 (14,29)	1 (25)	0 (0)	1 (11,11)	6 (46,15)	7 (21,88)	<b>19 (21,84)</b>
<b>e) Condenação com fundamento no Estatuto da Cidade, art. 52</b>	1 (3,57)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	<b>1 (1,15)</b>

Fonte: CNJ (2015).

Ratificando esses dados, recente pesquisa coordenada pelo Instituto de Direito Público analisou 800 acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, publicados entre 2005 e 2018, contra prefeitos e concluiu que metade dos casos de improbidade administrativa (50%) envolvem ofensa

<sup>101</sup> Se bem que, como apontam Salama e Palma (2016, p. 458), não existe legalmente uma “ação civil pública de improbidade administrativa”. Cuida-se de uma simbiose feita pelo Ministério Público que conjugou a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) e a Lei da Ação de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), criando um superprocesso judicial pela junção de duas leis em uma mesma medida, a qual, no final das contas, serviu para ampliar seus poderes.

aos princípios da Administração Pública e menos de 10% (dez por cento) das ações que chegaram ao STJ têm relação com enriquecimento ilícito.<sup>102</sup>

O quadro se agrava ainda mais quando parte minoritária da doutrina chega a defender a desnecessidade da existência de dolo ou culpa para a configuração de lesão ao art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa:

Sobre o ponto, sei que há séria divergência doutrinária e jurisprudencial no que tange ao tema da exigência de dolo à caracterização da violação de princípio da Administração Pública — não bastando a culpa para tanto —, porém, filio-me ao entendimento de que a lesão a princípios administrativos contida no art. 11 da Lei no 8.429/92 não exige dolo ou culpa na conduta do agente, nem prova da lesão ao erário. Basta a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade, como já teve oportunidade de decidir o Superior Tribunal de Justiça: [...] (Leal, 2014, p. 103).<sup>103 104</sup>

<sup>102</sup> Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-20/pesquisa-mostra-sancoes-improbidade-sao-amplas>. Acesso em: 18 abr. 2020. Outro dado que causa espanto é o número total de condenações por improbidade administrativa no período de 2008 a 2020. O relatório atualizado do CNJ aponta que foram 8.015 condenações no âmbito dos TRF's e 21.934 nos tribunais de justiça dos estados (Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/improbidade\\_adm/relatorioQuantitativoCondenacoes.php](https://www.cnj.jus.br/improbidade_adm/relatorioQuantitativoCondenacoes.php). Acesso em: 16 nov. 2020).

<sup>103</sup> Felizmente, além de minoritária essa doutrina, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) firmou entendimento oposto, consolidando que é inadmissível a responsabilidade objetiva na aplicação da Lei nº 8.429/1992, exigindo-se a presença de dolo nos casos dos arts. 9º e 11 (que cobrem o enriquecimento ilícito e o atentado aos princípios administrativos, respectivamente) e ao menos de culpa nos termos do art. 10, que censura os atos de improbidade por dano ao Erário, como se pode constatar nos seguintes julgados: AgRg no REsp 1500812/SE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, Julgado em 21/05/2015, DJE 28/05/2015; AgRg no REsp 968447/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, Julgado em 16/04/2015, DJE 18/05/2015; REsp 1238301/MG, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, Julgado em 19/03/2015, DJE 04/05/2015; AgRg no AREsp 597359/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, Julgado em 16/04/2015, DJE 22/04/2015; REsp 1478274/MT, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, Julgado em 03/03/2015, DJE 31/03/2015; AgRg no REsp 1397590/CE, Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, Julgado em 24/02/2015, DJE 05/03/2015; AgRg no AREsp 560613/ES, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, Julgado em 20/11/2014, DJE 09/12/2014; REsp 1237583/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, Julgado em 08/04/2014, DJE 02/09/2014.

<sup>104</sup> Filia-se ao escólio da professora Cynara Mariano (2018, p. 17-18), a qual ensina que o § 6º do art. 37 da Constituição da República de 1988 estabelece expressamente a responsabilidade civil subjetiva dos agentes públicos, logo, nem o agente nem o terceiro podem cometer ato improprio sem que se verifique no mínimo a culpa: “Assim, se em termos de responsabilidade civil, exigem-se o dolo ou a culpa do agente público, tais elementos subjetivos também são imprescindíveis para caracterizar o ato de improbidade administrativa, pois se trata de ilícito de natureza semelhantemente civil. Além da identidade da natureza do ilícito, a norma constitucional também enuncia a natureza da responsabilidade individual, apesar de mencionar apenas a responsabilidade dos agentes públicos. Logo, se a própria Lei n. 8.429/1992, no art. 3º, exige o concurso da conduta do terceiro beneficiário com a conduta do agente público para caracterizar o ato de improbidade das pessoas que não se enquadram no conceito de agente público, a exigência quanto ao elemento subjetivo também se faz necessária para configurar a improbidade administrativa do terceiro. Conclui-se que o agente público e o terceiro que induziram ou concorreram para a prática do ato de improbidade administrativa devem agir de forma intencional ou culposa, ou seja, devem ser conscientes da violação aos preceitos da probidade e da boa administração bem como dos demais princípios que regem a administração pública. Ou então, devem agir motivados pela desonestidade e pela má-fé, evidenciando, em qualquer caso, um comportamento doloso ou culposos.”

Sem dúvidas o art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa<sup>105</sup> contém curingas hermenêuticos que permitem um enquadramento extremamente amplo de condutas,<sup>106</sup> ensejando que o controlador se utilize da vagueza linguística para ampliar seu poder intimidatório, ainda que algumas ações de improbidade sejam elas próprias o ato de improbidade, posto que lastreadas em remições genéricas a violações de princípios da administração pública,<sup>107</sup> estando patente a ausência de dolo ou desonestidade por parte do agente estatal, resultando em abusos acusatórios.

Muito embora despidas de substratos fáticos e jurídicos ou ausentes mínimos elementos obrigatórios à configuração de agravo à probidade, esses processos não desaparecem sem deixar sequelas. Pelo contrário, acarretam muitas preocupações, sofrimento pessoal e familiar, constrangimentos sociais, manchas na reputação, desprestígio, danos à saúde e até suicídios,<sup>108</sup> além dos custos financeiros, pois não existe processo grátis, como advertem Sundfeld e Voronoff (2018, p. 176):

---

<sup>105</sup> A Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92) é importantíssima, mas sua aplicação pelos órgãos de controle tem inviabilizado a gestão pública. As razões são elencadas por Santos (2020, p. 163): i) abertura da LIA a inúmeros conceitos jurídicos indeterminados; ii) falta de critérios adequados para dosimetria das sanções; iii) referência a violação de princípios como ato de improbidade (art. 11); iv) ampla discricionariedade dos órgãos acusadores no manejo das ações de improbidade; v) radical repercussão nos direitos políticos fundamentais e nos direitos subjetivos dos acusados; e vi) arbítrio e abuso no seu uso.

<sup>106</sup> Figueiredo (2001, p. 285-286) reconhece essa amplitude acusatória: “[...] eu diria que é o dispositivo que maior polêmica contempla na Lei de Improbidade, porque é exatamente no campo dos princípios que há a maior generalidade, a maior abstração e a maior capacidade de interpretação que se pode conferir a uma determinada norma. Qualquer conduta, ainda que não seja diretamente lesiva ao patrimônio público, ou que não seja uma conduta de enriquecimento ilícito estrito senso, pode violar determinado princípio administrativo, um princípio da administração pública (...). Nesta hipótese, como a lei tem textura aberta, conceito plástico, mais aberto, faz com que qualquer conduta que viole a moralidade administrativa num sentido mais abrangente, mais aberto, possa ser catalogada como violadora do art. 11 da Lei de Improbidade, que é, exatamente, atentar contra os princípios da administração pública.”

<sup>107</sup> Campana (2018, p. 155) alerta que: “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 efetivamente coíba a prática de atos de improbidade.”

<sup>108</sup> Luiz Carlos Cancellier era reitor da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e foi preso pela Polícia Federal na chamada Operação Ouvidos Moucos, em 14 de setembro de 2017. Acusado de tentar barrar a investigação interna sobre o suposto desvio de mais de R\$ 80 milhões da UFSC, ele foi levado algemado e acorrentado pelos pés para a cadeia, submetido à revista íntima e ficou em cela de segurança máxima por 30 horas. Dias depois, suicidou-se, deixando um bilhete relatando o quê o havia levado a se matar (uma investigação interna que não o 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 completara um ano de denúncias relativas a período anterior). O inquérito foi concluído sem provas cabais de seu envolvimento. Agora o Ministério Público Federal acusa Mikhail Vieira Cancellier, filho do ex-reitor, por atos de corrupção na Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em: <https://noticias.ufsc.br/2017/11/revista-veja-publica-reportagem-especial-sobre-o-reitor-luiz-carlos-cancellier-de-olivo/>. Acesso em: 11 abr. 2020.

Veja-se que as autoridades públicas, embora competentes para adotar medidas processuais graves capazes de afetar a fruição de direitos material de outrem, não suportam, elas próprias, os ônus daí decorrentes. Há no ordenamento jurídico regras que condicionam e limitam o exercício dessas competências processuais públicas. Mas não há meio prático de impedir que os agentes decisórios se excedam (ainda que por erro escusável), com a consequência de prejudicar terceiro, o qual terá de suportar os custos de se defender em processo sem justa causa e os eventuais danos associados à suspensão de seus direitos.<sup>109</sup>

Como decisões diretamente fundamentadas em princípios são naturalmente menos favoráveis à segurança jurídica “[...] e, sendo assim, em dadas situações poder-se-ia paradoxalmente cogitar do risco de insegurança jurídica pela aplicação, desmedida, do princípio da segurança jurídica” (ALMEIDA, 2013, p. 61), é necessário que haja o exercício responsável de competências na instauração de processos como também que se interdite a utilização indiscriminada de abstrações nas razões de decidir, as quais tem servido principalmente para ampliar o espectro de poder dos controladores, com a introdução de condicionantes para a força normativa dos princípios, dentre as quais a de que somente podem ser utilizados para fundamentar uma decisão se forem consideradas as implicações futuras (MARQUES NETO; FREITAS, 2019, p. 21).<sup>110</sup>

### 3.3 Solipsismo decisório e controle formalístico

Muitas de nossas leis são obras de arte jurídica. Algumas elaboradas ou copiadas de outros países nos quais vigora um contexto social, político e cultural distinto, passam a vigorar sem que existam mínimas condições materiais para serem aplicadas, tornando-se ideias fora do lugar.<sup>111</sup> Traz-se, como nos lembra Holanda (1995, p. 27), “de países distantes nossas formas de convívio, nossas instituições, nossas ideias, e timbrando em manter tudo isso em ambiente muitas vezes desfavorável e hostil, somos ainda hoje uns desterrados em nossa terra”. Mimetizadas, importadas ou transplantadas de outros ordenamentos jurídicos, muitas leis no Brasil se espelham na

---

<sup>109</sup> Basta imaginar as medidas cautelares do TCU, interditando obras com base em suspeitas de sobrepreço ou superfaturamento. Ao final, quando nada é provado, nenhum técnico ou ministro da Corte de Contas se apressa para informar, com base no princípio da publicidade, os prejuízos causados com a paralisação indevida. É como se o erro deles fosse o custo da democracia ao qual todos devem se conformar.

<sup>110</sup> Como fez o Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), vedando o emprego de conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo concreto de sua incidência ao caso (art. 489, § 1º, inc. II).

<sup>111</sup> A frase ficou consagrada por Schwarz (2000, p. 1) no ensaio de abertura do livro “Ao vencedor as batatas”, onde é retratada a disparidade entre as hipócritas manifestações da burguesia nacional, defensora dos ideais liberais europeu, e a manutenção da escravidão em suas fazendas.



experiência internacional, mas se esquecem que serão aplicadas em um contexto distinto, próprio e peculiar. Implanta-se o ajuste fiscal por meio de teto de gastos em detrimento de maior investimento em saúde e educação, seguindo a cartilha dos países centrais do capitalismo, mas se olvidam que nos países periféricos esses direitos fundamentais ainda não são usufruídos pela maior parte da população, diferentemente do que ocorre nas nações ditas desenvolvidas.<sup>112</sup>

Na mesma senda, o gestor enfrenta circunstâncias práticas ditadas pelo próprio, distinto e peculiar sistema político-jurídico-administrativo brasileiro que condicionam o cumprimento das leis: escassez de recursos; contingenciamento ou atrasos na descentralização de verbas; falta de orientação interpretativa ou divergência jurisprudencial acerca da questão; excesso de demandas; ausência de autorização necessária de outra repartição pública; carência de servidores; falta de capacitação; dentre inúmeras outras dificuldades que surgem, exigindo respostas que nem sempre estão inseridas na moldura normativa abstrata.

São deficiências estruturais que estão levando à responsabilização pessoal dos administradores públicos, exigindo-se deles os fins, muito embora não lhes estejam fornecendo os meios necessários, como se a consecução das políticas públicas pudesse ser alcançada no éter. Essas dificuldades não são levadas em consideração pelos órgãos de controle,<sup>113</sup> os quais optam

---

<sup>112</sup> A qualidade das leis brasileiras é péssima porque, via de regra, não há preocupação em realizar estudos prévios ou análises de viabilidade, citando-se como exemplo o Projeto de Lei nº 4.380-A, de 2016, que proíbe o transporte de passageiro alcoolizado sem apresentar nenhum estudo preliminar de quantos acidentes ocorrem por perturbação provocada por caronas embriagados. As leis são ruins também porque muitos parlamentares estão mais preocupados em “mostrar serviço” aos seus eleitores do que em produzir algo aplicável a realidade social, por isso muitas leis “não pegam” como as das filas de bancos ou a que obriga o uso de cinto de segurança em ônibus rodoviários. Segue-se a tradição do idealismo platônico, como se bastasse redigir uma lei para que a realidade a ela se adequasse automaticamente.

<sup>113</sup> Julgam atos e ações com base no resultado presente sem se importar com as condições do passado, sob o prisma de um perigoso viés retrospectivo, como ensina Kahneman (2012, p. 219): “O viés retrospectivo apresenta efeitos perniciosos nas estimativas dos tomadores de decisão. Leva os observadores a avaliar a qualidade de uma decisão sem considerar se o processo foi sólido, mas se o desfecho foi bom ou ruim. Imagine uma intervenção cirúrgica de baixo risco em que um acidente imprevisto ocorreu e levou à morte do paciente. O júri ficará propenso a acreditar, após o fato, que a operação era de fato arriscada e que o médico que a recomendou deveria ter pensado duas vezes. Esse viés de resultado torna quase impossível avaliar uma decisão do modo apropriado — em termos de crenças que eram razoáveis quando a decisão foi tomada. A percepção tardia é particularmente cruel com tomadores de decisão que desempenham o papel de agentes para outros — médicos, consultores financeiros, treinadores de terceira-base, no beisebol, CEOs, assistentes sociais, diplomatas, políticos. Somos propensos a culpar os tomadores de decisão por boas decisões que funcionaram mal e a lhes dar pouco crédito por medidas bem-sucedidas que parecem óbvias apenas após o ocorrido. Há um claro viés de resultado (*outcome bias*). Quando os resultados são ruins, os clientes muitas vezes culpam seus agentes por não enxergarem os sinais claros da desgraça — esquecendo que os sinais estão escritos em uma tinta invisível que só se torna legível após o ocorrido. Atitudes que pareciam prudentes quando vistas previamente podem parecer de uma negligência irresponsável quando vistas retrospectivamente”. Vieses cognitivos são falhas de avaliação e julgamento decorrentes do pensamento heurístico, ou seja, dos atalhos que o cérebro utiliza para tomar decisões de forma rápida com pouco esforço mental. Na seara judicial um importante viés cognitivo conhecido por

por soluções para casos concretos com base em interpretações idealizadas, fortemente dissociadas da realidade, fulcrados em solipsismos decisórios. Essa atitude espiritual é encontrada em grau mais acentuado quando se observa a mentalidade de uma pequena elite de controladores que se consideram verdadeiros espartanos da probidade. Não se sentem constrangidos em ignorar opiniões divergentes e orgulhosamente alheios à realidade brasileira timbram em dizer que trabalham para o bem do Brasil, mas o país que tomam como base para suas técnicas modernas de auditorias e inspeções<sup>114</sup> não é o Brasil de verdade, senão um modelo ideal,<sup>115</sup> ou seja, um país abstrato, metafísico, uma criatura fictícia.

Reconhece-se que, via de regra, são extremamente capacitados e utilizam técnicas de auditoria e fiscalização idealizadas, desenvolvidas e praticadas em países centrais,<sup>116</sup> mas se esquecem que a realidade brasileira é totalmente diferente, tendo o gestor nacional que enfrentar

---

aqueles que labutam na área é o da confirmação, concernente à prática de buscar fundamentos para conclusões pré-concebidas. Não se vê o mundo como ele é, mas como se quer que ele seja. O raciocínio motivado é o viés da confirmação anabolizado. Por meio dele informações são distorcidas para adequá-las ao ponto de vista prévio.

<sup>114</sup> Como, por exemplo, tecnologias de: geolocalização (georreferenciamento e sensoriamento remoto); de acesso de dados (Analytics, Data Mining, Text Mining, Business Intelligence e Business Discovery, Big Data); de gamificação e realidade aumentada; de análise de relacionamentos e mineração de grafos; e de inteligência artificial. O TCU utiliza os robôs: a) Mônica (Monitoramento Integrado para o Controle de Aquisições) para informar fornecedores que são mais contratados e os tipos de serviço mais utilizados; b) Alice (Análise de Licitações e Editais) para analisar editais de licitações e atas de registro de preços; e, c) Sofia (Sistema de Orientação sobre Fatos e Indícios para o Auditor) que analisa possíveis erros do auditor na hora de escrever um texto ou se deixou passar alguma informação como sanções pretéritas contra a pessoa ou empresa auditada.. Para mineração de dados na busca de padrões. Além disso, criou o Centro de Pesquisa e Inovação e o Laboratório de Inovação e Coparticipação (coLAB-i). Essas tecnologias evidentemente são de muita valia, principalmente se forem utilizadas para ajudar a gestão, conforme demonstrado no Acórdão do TCU nº 1535/2008-Plenário, onde se identificou superfaturamento de milhões em serviços de terraplanagem, em face da diferença entre o volume efetivamente executado com o que foi pago. Utilizou-se de nova tecnologia consistente em sistema móvel com antena fixa em veículo utilitário que possibilita a obtenção georreferenciada e planialtimétrica de pulsos de pontos e por meio de softwares próprios de topografia compara com os levantamentos originais de campo. Pelo método de levantamento topográfico convencional se levariam meses para comprovação do prejuízo.

<sup>115</sup> Nas palavras de Santos (2020, p. 285): “A verdade é que partimos de um modelo idílico de Administração, onde não pode haver falhas, erros, tampouco equívocos. Uma vez constatadas irregularidades pelos órgãos de controle, de regra incide a pesada mão do estado repressor que parte da simples (e equivocada) premissa que o mero descumprimento das normas já deve levar à ampla responsabilização, tal qual nas ações de improbidade, como teremos a oportunidade de analisar no último capítulo”.

<sup>116</sup> “No Brasil, pode-se perceber claramente a utilização de novos conceitos relacionados com as ideias que estão em evidência na literatura internacional, em especial a avaliação de desempenho e a efetividade das políticas públicas, com base nas publicações produzidas e divulgadas pelos próprios órgãos de controle em suas páginas na internet, em especial o TCU e a CGU. O Ministério Público Federal (MPF) não é tão pródigo quanto estas duas instituições na publicação de relatórios institucionais e de atividades. O TCU foi o primeiro a buscar esses referenciais estrangeiros, enviando seus servidores para treinamento no exterior, e a CGU tem agido no mesmo sentido – muito recentemente, a controladoria promoveu seminário internacional no Brasil, com presença de dirigentes governamentais europeus, para refletir sobre suas práticas (CGU, 2015). Entretanto, há fortes indícios de que a absorção de novas ideias e a adoção de um novo discurso pouco alteram efetivamente as formas de trabalho do tribunal e da Controladoria, e têm tido muito pouco impacto no resultado final de seu trabalho com os gestores” (OLIVIERI, 2016, p. 18).

várias dificuldades típicas de países periféricos, ou seja, mede-se com a régua do outro, fechando os olhos para a realidade que estão inseridos. É com base nessa utopia que são construídos os “achados” de auditoria, idealizando-se existentes as condições materiais para a execução da política pública, chegando-se mesmo a defender que essas condições são irrelevantes e o controle não deve se preocupar com elas. Com razão Campana (2018, p. 92) observa que 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 [...]”.

Não se pode esquecer que o direito é obra do homem e como todas as coisas humanas ele não é absoluto. Pelo contrário, a lei, fruto da engenhosidade humana, só vai até onde estão presentes as circunstâncias que a motivaram, jamais além. Perelman (2000, p. 106), apoiando-se nas conclusões do procurador-geral Terlinden acerca da aplicação do art. 26 da Constituição belga<sup>117</sup> durante a primeira guerra mundial, concluiu pela legitimidade dos decretos-leis editados sozinhos pelo Rei:

Uma lei sempre é feita apenas para um período ou um regime determinado. Adapta-se as circunstâncias que a motivaram e não pode ir além. Ela só se concebe em função de sua necessidade ou de sua utilidade; assim, uma boa lei não deve ser intangível pois vale apenas para o tempo que quis reger. A teoria pode ocupar-se com abstrações. A lei, obra essencialmente prática, aplica-se apenas a situações essencialmente concretas. Explica-se assim que, embora a jurisprudência possa estender a aplicação de um texto, há limites a esta extensão, que são atingidos toda vez que a situação prevista pelo autor da lei venha a ser substituída por outras fora de suas previsões. Uma lei - constituição ou lei ordinária - nunca estatui senão para períodos normais, para aqueles que ela pode prever. Obra do homem, ela está sujeita, como todas as coisas humanas, a força dos acontecimentos, a força maior, a necessidade. “Ora, há fatos que a sabedoria humana não pode prever, situações que não pode levar em consideração e nas quais, tornando-se inaplicável a norma, e necessário, de um modo ou de outro, afastando-se o menos possível das prescrições legais, fazer frente as brutais necessidades do momento e opor meios provisórios à força invencível dos acontecimentos”.

Nesse sentido é que se assevera que o controle é demasiadamente formalístico, preocupado mais com o processo e com o cumprimento de prescrições legais e menos com a efetividade dos resultados. Há muita energia e tempo desperdiçados em controles meramente burocráticos, filigranas, detalhes insignificantes alçados pela instância controladora a valores

---

<sup>117</sup> O artigo 26 da Constituição belga rezava que o poder legislativo era exercido coletivamente pelo Rei, pela Câmara dos Representantes e pelo Senado (PERELMAN, 2000, p. 105) e o art. 130 dizia que a Constituição não poderia ser suspensão no todo ou em parte, ou seja, não havia exceções para o Rei legislar sozinho.

fundamentais do ordenamento jurídico.<sup>118</sup> Estão mais interessados em defender o cumprimento da letra fria da lei,<sup>119</sup> muitas vezes o fazendo quando o contrato se encontra em estágio avançado de execução, sem considerar todos os custos envolvidos na celebração, suspensão ou rescisão do mesmo, tampouco o resultado tangível que o cumprimento de suas exigências burocráticas trará.

Así se va distorsionando todo el sistema, no sólo a partir del control sino también a partir de la emisión de normas que el control provoca para autosatisfacerse y autorrealizarse. las normas innecesarias y detalladas que se van dictando constriñen cada vez más la creatividad e imaginación de los funcionarios, refuerzan la idea de que el actuar conforme a las normas es garantía suficiente de corrección y acierto, como si no fuera también posible actuar incorrecta e ineficazmente aún habiendo dado cumplimiento formal a las disposiciones vigentes: Y la profecía autocumplida a veces se realiza, de que la irregularidad y el abuso, cuando no el delito, pasan por medio del mejor cumplimiento y control reglamentario. Con todo ello se produce, por fin, una ‘incapacidad disciplinada’, pues se obliga al directivo “a acostumbrarse a depender de controles externos desechando las ricas posibilidades de la autofijación de objetivos y la autocrítica, y se lo induce a una rutinización progresiva.” “Lo importante pasa a ser la adhesión estrecha al reglamento, y todo lo demás es secundario;” el sistema administrativo ejerce así “múltiples presiones sobre sus miembros, induciéndolos a un comportamiento absolutamente ajustado a la norma.” Así se llega al desajuste del conjunto, pues no sólo se ignoran las normas irreales o excesivas del sistema, sino que a veces, peor aún, se las cumple! (GORDILLO, 2012, p. AP-III-15).

Militam a favor do direito administrativo dos cliques (SUNDFELD, 2017, p. 147), no qual o “papel” vem primeiro, as urgências podem esperar. Um processo licitatório deserto, mas com três pesquisas de preço, estando bem grampeado, numerado e rubricado com todas as folhas em ordem rende menos complicações futuras do que uma contratação por dispensa de licitação para conter uma emergência em saúde pública, por exemplo. Todavia não há mais lugar para auditores do tipo guarda-noturno, nem espaço para controles do tipo “cara-crachá”. A realidade

<sup>118</sup> O Acórdão nº 1.394/2012 – TCU – Plenário, proferido pelo Tribunal de Contas da União nos autos do TC nº 014.098/2008-3, que tinha como escopo fiscalizar as obras do Terminal Portuário de Pecém/CE pela Petrobras, é bem exemplificativo de quanto dinheiro público é gasto com questiúnculas jurídicas de menor importância, muitas com o único objetivo de mostrar algum resultado da atividade fiscalizatória. Na decisão, o Ministro Raimundo Carreiro votou para que seus pares aderissem à determinação para que a Petrobras “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”.

<sup>119</sup> Acerca do formalismo controlador, lúcidas são as palavras de Oliveira (2020, p. 2): “Atualmente, não raras as vezes, o controle encontra-se pautado pela lógica burocrática de Max Weber, com rigidez procedimental, hierárquica e formalista. Trata-se de atuação qualificada como sistema binário composto por comando e controle, ou seja, um modelo através do qual o controlador, basicamente, impõe sanções aos entes controlados pelo descumprimento de uma regra pré-estabelecida. Esse modelo de controle funda-se em análise estática da regularidade dos atos administrativos, avaliando uma aplicação burocrática dos standards legais ao caso concreto pelo método da subsunção. Dessa forma, são eficientes as ações administrativas que cumprem a legalidade formal, independente dos resultados efetivos.”

complexa da atual sociedade pluralista desmoronou os pilares sagrados da modernidade como a razão, a ciência e o progresso. Todos foram abalados pelos efeitos dos eventos que se sucederam ao longo do século passado, ocorrendo o mesmo com o Direito, notadamente pelas transformações oriundas da globalização e pela revolução tecnológica.

A marca da pós-modernidade é a flexibilização, a fragmentação, a fluidez, a dissolução, a diversidade, a indeterminação, a insegurança, as complexidades sociais, a descrença das teorias filosóficas fundacionais e a carência de ideologias.<sup>120</sup> Se a sociedade pós-moderna<sup>121</sup> não mais aceita verdades universais e absolutas, como se chegou a acreditar na modernidade, os critérios de validade do Direito moderno<sup>122</sup> e suas metanarrativas também foram abalados pelo modo vital da sociedade contemporânea muito mais fluido<sup>123</sup> e cambiante do que os modelos formais e fixos

---

<sup>120</sup> Carência de ideologias que, aliás, explica o niilismo ao qual o gênero humano se encontra inserido, segundo Yuval Noah Harari, pois o mundo se acostumou a viver em função das grandes narrativas (ideologias): a narrativa fascista, a narrativa comunista e a narrativa liberal. O problema é que hoje as pessoas não têm para onde ir porque todas as narrativas globais falharam, em especial, a da ordem liberal: “Consequentemente, nos restou a tarefa de criar uma narrativa atualizada para o mundo [...]. Atualmente, o gênero humano está longe de qualquer consenso quanto a essas questões. Ainda estamos no momento niilista de desilusão e raiva [...]” (HARARI, 2018, p. 25-26).

<sup>121</sup> O termo pós-moderno se popularizou na década de 80 em um momento no qual começavam a se solidificar os avanços técnicos na sociedade do século passado e muito se deve as reflexões do filósofo francês Jean-François Lyotard. Para ele o pós-moderno se caracteriza pela falência nos metadiscursos universalizantes como aqueles propostos pela filosofia iluminista, pela Revolução Francesa e pelo marxismo (LYOTARD, 2000, p. xvi -xvii). Bauman preferiu construir o termo “modernidade líquida” ao invés de se utilizar do epíteto pós-modernidade, apresentando metaforicamente os líquidos como símbolos do tempo presente (BAUMAN, 2001, p. 9). Pode-se, ainda, apontar como características da pós-modernidade o domínio das mídias eletrônicas; a supremacia dos mercados econômico e financeiro; a exacerbação do consumo; o predomínio do instantâneo, do efêmero e do casual.

<sup>122</sup> Nessa perspectiva, o paradigma da “pirâmide” kelseniana está ultrapassado, apontam François Ost e Michel Van de Kerchove, pois o positivismo não consegue explicar as relações entre as ordens estatal, interestatal e global. Em seu lugar se impõe um modelo de “rede”, haja vista que não há apenas uma ordem legal, mas uma multidão de sistemas que interagem entre si de maneiras complexas e às vezes estranhas: “La question des rapports entre systèmes juridiques, tout d'abord, a suscité une certaine perplexité. A une vision «moniste» et strictement hiérarchisée de type kelsénien qui ne peut concevoir ces rapports qu'en termes d'intégration ou d'indifférence, on a pu opposer l'idée que la prééminence d'un ordre juridique tel que le droit international sur le droit national représentait «un principe encore récent et d'une consistance assez incertaine». On a également fait valoir le fait que l'ordre juridique international demeurerait encore largement «un ordre de coordination», plutôt que d'intégration, entraînant différentes formes d'«interpénétrations» de systèmes. Enfin, on a montré que «la querelle doctrinale autour du monisme et du dualisme ne reçoit pas de solution satisfaisante en dehors d'un pluralisme juridique» qui «reconnaît à la fois la multiplicité des pouvoirs et des sociétés créateurs de droit, et leur interaction». La preuve en est que, s'il est de plus en plus fréquent qu'une règle de droit international soit directement applicable dans l'ordre interne et que l'Etat coopère à la prépondérance de la norme internationale, il arrive aussi qu'une source de droit national soit prise en considération par l'ordre juridique international, comme l'illustre par exemple le fait que la validité d'un traité en droit international dépende d'une référence aux lois nationales” (OST; KERCHOVE, 2000, p. 5-6).

<sup>123</sup> Acerca da fluidez dos novos tempos já falava Bauman (2001, p. 18-19), contudo, referindo-se ainda à modernidade: “A tarefa de construir uma ordem nova e melhor para substituir a velha ordem defeituosa não está hoje na agenda — pelo menos não na agenda daquele domínio em que se supõe que a ação política resida. O ‘derretimento dos sólidos’, traço permanente da modernidade, adquiriu, portanto, um novo sentido, e, mais que tudo, foi redirecionado a um novo alvo, e um dos principais efeitos desse redirecionamento foi a dissolução das forças que poderiam ter mantido a questão da ordem e do sistema na agenda política. Os sólidos que estão para ser lançados no cadinho e os que estão derretendo

previstos na legislação. A multiplicação de novos, variados e ampliados sistemas de produção do Direito é a mutação jurídica contemporânea mais revolucionária e mais importante do fenômeno pós-moderno (MOREIRA NETO, 2016, p. 257).

O direito administrativo também teve que se readequar aos novos tempos. No caso brasileiro as influências francesas e italianas nos legaram o referencial dessa disciplina, arraigada nas noções de serviço público, regime jurídico administrativo, princípio da legalidade, discricionariedade, bens públicos e todo o arcabouço teórico inserido na ideia de indisponibilidade do interesse público e supremacia desse sobre o interesse privado. De acordo com Correia (2016, p. 47-58), os seis grandes traços do direito administrativo no século XXI são: constitucionalização do direito administrativo; o papel matricial do princípio do Estado de Direito Democrático; recomposição dos perfis da função administrativa; a assunção de uma perspectiva relacional; centralidade da perspectiva procedimental; e, a renovação dogmática das formas jurídicas típicas de conduta administrativa - o regulamento, o ato administrativo e o contrato administrativo.

No tocante à administração pública houveram reformas que implicaram na passagem de um modelo burocrático<sup>124</sup> (aqui iniciado a partir de 1936 por Maurício Nabuco e Luís Simões Lopes, na presidência de Getúlio Vargas) para a implantação de um modelo gerencial, mimetizado da iniciativa privada.<sup>125</sup> A partir de então o cidadão deveria ser tratado como cliente e os valores

---

neste momento, o momento da modernidade fluida, são os elos que entrelaçam as escolhas individuais em projetos e ações coletivas — os padrões de comunicação e coordenação entre as políticas de vida conduzidas individualmente, de um lado, e as ações políticas de coletividades humanas, de outro.”

<sup>124</sup> Beolchi (2014, p. 96-97) apresenta as seguintes características para o modelo burocrático: “Ainda, este modelo se caracteriza pela tendência ao insulamento (gestão mais centrada em seus próprios interesses do que nos do cidadão), presença de hierarquia de autoridade (estrutura vertical, com vários níveis); competência técnica (contratação por critérios racionais de capacidade ou classificação em concurso, com promoção por mérito e por desempenho – meritocracia –, profissionalizando o servidor, em detrimento, porém, da interrelação pessoal); divisão e disciplina racionais do trabalho (divisão de forma horizontal por funções, como garantia de eficácia e conquista das metas, e atuação limitada às tarefas vinculadas ao cargo, detalhadas por escrito, de forma clara e exata); tônica na comunicação escrita (propósito de unicidade interpretativa, gerando, porém, um excesso desnecessário de papelório); gratificação diferencial por cargo, com autoridade limitada a ele (o ocupante do cargo inferior obedece ao do cargo superior, garantindo, por regras, a unidade de comando e inibindo conflitos) e de exercício pautado em normas procedimentais (rotinas e procedimentos padronizados, voltados ao êxito dos objetivos, com previsão das possíveis ocorrências), inclusive para o controle comportamental dos servidores (previsibilidade de conduta); profissionalização funcional (profissionais especializados nas funções que desempenham, assalariados e com possibilidade de evolução na carreira – ‘o funcionário burocrata é um especialista e a administração burocrata é profissional’); separação entre propriedade e administração (nítida divisão entre público e privado, o político e o administrativo)”.

<sup>125</sup> “Os países em que essa revolução foi mais profunda foram o Reino Unido, a Nova Zelândia e a Austrália. Nos Estados Unidos essa revolução irá ocorrer principalmente a nível dos municípios e condados - revolução que o livro de Osborne e Gaebler, Reinventando o Governo (1992), descreverá de forma tão expressiva. É a administração pública gerencial que está surgindo, inspirada nos avanços realizados pela administração de empresas” (PEREIRA, 1996, p. 11).

fomentados estão na base do *New Public Management* (NPM):<sup>126</sup> eficiência, descentralização administrativa, redução dos níveis hierárquicos, ênfase na competição, flexibilização organizacional e subsidiariedade estatal.<sup>127</sup> A crença no NPM evoluiu em uma época de sucesso ideológico do neoliberalismo. A crise do *Welfare State* deixou o caminho aberto para ideias-força de reinvenção da administração pública que introduzissem modelos gestionários capazes de torná-la eficiente,<sup>128</sup> impondo o foco nos resultados da ação administrativa.<sup>129</sup>

Os mecanismos utilizados pela NPM criaram a base material para o desenvolvimento do atual modelo de reforma da gestão pública denominado de governança. Muito embora existam diferenças substanciais entre os dois modelos, conforme se demonstra no quadro a seguir, o *New Public Governance* (NPG) é uma vertente do NPM que se aprimorou pelos discursos, diretrizes e valores da boa governança, buscando ampliar o relacionamento entre diferentes atores - Estado, sociedade, agentes privados - dentro de um direcionamento mais próximo de atuação em redes, no lugar de uma administração unitária e centralizada. O cidadão deixa de ser um mero cliente, passando a influenciar no processo deliberativo, conferindo legitimidade às escolhas públicas, de forma a superar o déficit da democracia representativa.

---

<sup>126</sup> O termo *New Public Management* surge no contexto das reformas implementadas nos 4 (quatro) países acima citados, expressando a corrente de decisões políticas que mudaram a governança de suas gestões. Segundo Barzelay (2001, p. 3): “The term New Public Management (NPM) expresses the idea that the cumulative flow of policy decisions over the past twenty years has amounted to a substantial shift in the governance and management of the “state sector” in the United Kingdom, New Zealand, Australia, Scandinavia, and North America. A benign interpretation is that these decisions have been a defensible, if imperfect, response to policy problems. Those problems as well as their solutions were formulated within the policy-making process. The agenda-setting process, in particular, has been heavily influenced by electoral commitments to improve macro- economic performance and to contain growth in the public sector, as well as by a growing perception of public bureaucracies as being inefficient. The alternative-generation process has been heavily influenced by ideas coming from economics and from various quarters within the field of management”.

<sup>127</sup> O NPM tem sido duramente questionado, inclusive, nos próprios países de origem, havendo quem diga que o paradigma está morto (DUNLEAVY *et al*, 2006). Osborne (2010, p. 4) faz um inventário das principais críticas arguidas pela doutrina, como a de que o NPM é simplesmente uma subescola do modelo burocrático e tem seu impacto limitado pela falta de uma base teórica real e rigor conceitual; seus benefícios são, na melhor das hipóteses, parciais e contestados; que ele foi um desastre esperando para acontecer e um paradigma fracassado em face da adesão à aplicação de técnicas obsoletas do setor privado à implementação de políticas públicas e à prestação de serviços públicos, mesmo perante evidências de sua inaplicabilidade; bem como o foco intraorganizacional em um mundo cada vez mais plural.

<sup>128</sup> Gabardo (2003, p. 127) explica: “Entretanto, no período histórico que compõe a transição de século XX para o XXI, tornou-se absolutamente hegemônica a ideia-crise do potencial intervencionista do Estado, notadamente em razão da ineficiência de seu aparelho”.

<sup>129</sup> Nohara (2014, p. 364-365) faz uma crítica severa ao modelo gerencial apresentado pela reforma administrativa da década de 90 por meio do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE), sugerindo em seu lugar uma proposta de burocracia chamada de reflexiva, na qual se primaria pelo aprofundamento de contatos com a sociedade civil através da consensualidade e que não se veria o cidadão como um mero cliente, mas sujeito participativo com voz ativa.

Quadro 1 - New Public Management X Governança

Conceito	New Public Management	Governança
Desenvolvimento de novos instrumentos para controle e <i>accountability</i>	Ignora ou reduz o papel dos políticos eleitos, recomendando a independência dos burocratas; <i>accountability</i> é uma questão pouco resolvida; o foco está na introdução dos mecanismos de mercado.	Enfatiza a capacidade de liderança dos políticos eleitos, responsáveis pelo desenvolvimento e gestão de redes público-privadas; <i>accountability</i> continua uma questão pouco resolvida; o foco está na participação de <i>stakeholders</i> , especialmente, no cliente-cidadão.
Redução da dicotomia público-privada	A dicotomia é considerada obsoleta, por causa da ineficiência do Estado. Solução proposta: importação de técnicas gerenciais do setor privado.	A dicotomia é considerada obsoleta, por causa da maior participação de outros atores. Solução proposta: o setor público deve assumir um papel de liderança na mobilização de redes público-privadas.
Ênfase crescente na competição	A competição é estratégia central para o aumento da eficiência da gestão pública e para responder melhor ao cliente.	A competição não é vista como estratégia central; o foco está na mistura de recursos públicos e privados, com maior competição, onde for o caso.
Ênfase no controle dos resultados ao invés do controle dos insumos	Foco nos resultados e crítica ao controle dos insumos. Mecanismos como contratos de gestão e acordos de resultados são incentivados.	Existe dificuldade em especificar os objetivos e, consequentemente, resultados das políticas públicas. Mecanismos como contratos de gestão ou acordos de resultados são incentivados.
Ênfase no papel articulador do Estado	O Estado deve ser capaz de cortar gastos, ao mesmo tempo em que responde às expectativas crescentes e diversificadas da clientela.	O Estado deve ser capaz de aumentar as coalizões com outros atores, definindo prioridades e objetivos. A comunicação entre os diversos atores é estimulada pela ação do Estado.
Desenho das estruturas organizacionais	Estruturas governamentais mínimas. Diferença entre formulação e execução de políticas, a partir da lógica <i>agent-principal</i> .	Estruturas interorganizacionais, acompanhadas por modificações na estrutura de pessoas, procedimentos, instrumentos de gestão, planejamento e orçamento e transparência.

Fonte: Peci, Pieranti e Rodrigues (2008, p. 41).

Para Nardes (2018, p. 137), “a governança pública representa a capacidade que os governos têm de avaliar, direcionar e monitorar a gestão de suas políticas ou serviços para atender às demandas da população, utilizando-se de um conjunto adequado de instrumentos e ferramentas.”<sup>130</sup> O tema da governança tem ganhado cada vez mais proeminência no Brasil e um conjunto de esforços estão sendo feitos no sentido de orientar e formalizar estruturas de governança nas organizações do Executivo federal, citando-se a Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016 (Lei das empresas estatais); a recente Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019 (Lei das agências reguladoras);

<sup>130</sup> “Em outras palavras, governança pública pode ser entendida como a capacidade que os governos possuem de: assegurar que a vontade dos cidadãos seja capturada nos planejamentos estratégicos, táticos e operacionais; selecionar pessoas e instituir normas e processos adequados para executar as ações planejadas; articular a ação de todos os agentes públicos e privados; alcançar e controlar os resultados previstos; estabelecer indicadores de desempenho para verificar o quanto foi ou não foi alcançado; e divulgar todas essas etapas à sociedade. Todas as vezes que, diante de um escândalo envolvendo a má aplicação de recursos públicos, surgir o responsável pela área dizendo que ‘não sabia de nada’, tenha a certeza que podemos trabalhar com duas hipóteses: ou falta a verdade ou falta a governança!” (NARDES, 2018, p. 137). O Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017, dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.



e o Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017, que dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional; especialmente em razão das iniciativas do TCU, dentre as quais se destaca levantamento feito em 2018 com 581 órgãos e entidades integrantes da Administração Pública Federal com o objetivo de obter e sistematizar informações sobre a situação de governança pública e gestão de tecnologia da informação, contratações, pessoas e resultados.<sup>131</sup>

Com relação aos controles administrativos, a reforma da gestão pública introduziu certas flexibilidades, tentando trocar controles formais por controles de resultado, dentro do enfoque da administração gerencial, como bem sintetizou Sundfeld (2014, p. 54), muito embora, mesmo com todas essas transformações pelas quais passam o modelo de administração pública, desdobramento do modelo de estado, o controle administrativo brasileiro permanece muito autocentrado, formalista, rígido e autoritário, sendo inquestionável que ante as novas perspectivas que se apresentam haja necessidade de sua evolução, com abandono dos descréditos e das desconfianças nos gestores.

### **3.4 Déficit de responsividade**

Para compreender esse tópico, exemplificar-se-á com o seguinte caso concreto: o Departamento Nacional de Obras contra as Secas (DNOCS), autarquia federal com sede em Fortaleza, estado do Ceará, celebrou o contrato administrativo nº 18/2018 para execução de obras complementares de recuperação e adequação da Barragem Jucazinho, localizada no estado de Pernambuco. Em 05 de novembro de 2018 a obra foi paralisada por força de medida cautelar proferida pelo TCU no Acórdão nº 2475/2018 –Plenário,<sup>132</sup> face aos seguintes achados de auditoria:

1. Deficiência no projeto executivo utilizado como base no RDC Eletrônico 1/2018-DA/L para a contratação de empresa de engenharia para a realização das obras complementares de recuperação da barragem, restando ausentes projetos estruturais para diversas etapas da obra, bem como apresentando quantitativos superestimados de itens/serviços;
2. Não observância do princípio da segregação de funções na execução dessa despesa de grande vulto, o que fragiliza o controle, haja vista a designação, como

---

<sup>131</sup> Acórdão TCU nº 588/2018, Plenário. Relator Min. Bruno Dantas. Ata nº 9/2018. Publicação no Diário Oficial da União de 11 de maio de 2018.

<sup>132</sup> Processo TCU nº 012.737/2018-6, Rel. Ministro Marcos Bemquerer (Ata nº 42, de 24 de outubro de 2018. Data da aprovação: 31 de outubro de 2018. Data da publicação no DOU: 14 de novembro de 2018).

fiscal da obra, do mesmo servidor que aprovou o orçamento do projeto e que, ainda, participou da comissão de licitação;

3. Não obediência, pela amostragem utilizada para extração dos corpos de prova para cálculo da resistência e estabilidade da estrutura, do protocolo previsto no item 5 da NBR 7680:2007, que preconiza a retirada de testemunhos próximos ao centro do elemento estrutural, fato não constatado na amostragem realizada. A amostra utilizada, com grande probabilidade, não representa a média da estrutura, pois as extrações dos corpos de prova foram feitas à pequena profundidade e se concentraram em apenas duas estacas e na crista da barragem; e

4. Lacuna nas especificações técnicas dos serviços a serem realizados em relação à instrumentação, haja vista não descrever, explicitamente, como se dará o treinamento aos funcionários do Dnocs para a operação da barragem.

De todas essas irregularidades, a mais grave, segundo a equipe de auditoria do TCU, foi a primeira, relativa a deficiências do projeto executivo, pois:

o início dos trabalhos sem o necessário detalhamento dos projetos traz grande risco aos cofres do Poder Público, haja vista a possibilidade de que se verifique, posteriormente, a inadequação de serviços já executados de acordo com o projeto deficiente, pois estes podem ser incompatíveis com as técnicas e especificações posteriormente definidas, situação rotineiramente trazida ao exame deste Tribunal de Contas (item 19 do Acórdão nº 2475/2018 –Plenário).

Em 4 de fevereiro de 2019 foi dado ordem de reinício da obra após a revogação da medida cautelar por meio do Acórdão nº 50/2019 – Plenário,<sup>133</sup> haja vista o DNOCS ter adotado “as providências pertinentes para o saneamento das questões que motivaram a suspensão das obras em discussão, quais sejam, a incompletude do projeto executivo” (item 14 do voto do Relator). A paralisação da obra por 4 (quatro) meses gerou um pedido indenizatório da Contratada no valor de R\$ 1.137.420,00 (um milhão, cento e trinta e sete mil, quatrocentos e vinte reais)<sup>134</sup> para cobrir os custos com a desmobilização, que envolve rescisão de contratos de trabalho, ou seja, demissões, além de custos com horas de máquinas paradas e vigilância do canteiro de obras.

Ressalte-se que a intervenção não trouxe qualquer economia para o Erário, pois na sequência foi celebrado o primeiro termo aditivo, acrescentando R\$ 800.514,89 (oitocentos mil, quinhentos e quatorze reais e oitenta e nove centavos) ao valor original do Contrato nº 18/2018 que era de R\$ 28.182.828,50 (vinte e oito milhões, cento e oitenta e dois mil, oitocentos e vinte e oito reais e cinquenta centavos), além de se ter que arcar com a indenização acima citada. Ao que tudo

<sup>133</sup> Processo TCU nº 012.737/2018-6, Rel. Ministro Marcos Bemquerer (Ata nº 1, de 23 de janeiro de 2019. Data da aprovação: 30 de janeiro de 2019. Data da publicação no DOU: 05 de fevereiro de 2019).

<sup>134</sup> Processo administrativo nº 59400.005226/2019-55. Disponível em: [https://sei.dnocs.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?wt7h6hFBI\\_9S3DJjGLl0dpQiiSEQL4RcICP821UP\\_Zu3te9Mz8pMgdSFPXZPRHsDc8jMQ17erGYJfOcrc-boq8rtgMydai3PgEaYSs5amxH8YHiB9k6zJFAGBypclWwV](https://sei.dnocs.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?wt7h6hFBI_9S3DJjGLl0dpQiiSEQL4RcICP821UP_Zu3te9Mz8pMgdSFPXZPRHsDc8jMQ17erGYJfOcrc-boq8rtgMydai3PgEaYSs5amxH8YHiB9k6zJFAGBypclWwV)

indica a paralisação da obra não era medida inafastável para que se pudesse atender aos “achados” da auditoria do TCU, pois as providências para sanear as irregularidades apontadas poderiam ser adotadas sem a suspensão do contrato e seus consequentes reflexos indenizatórios.

Esse é um caso, dentre tantos outros que se repetem Brasil afora, patrocinado pela ausência de responsividade<sup>135</sup> dos controladores, pois nem arcam com as consequências políticas de suas decisões,<sup>136</sup> muito menos respondem pelos prejuízos econômicos causados por elas, dando pouca ou nenhuma importância aos efeitos colaterais adversos oriundos das medidas de controle adotadas. “Aliás, o controle carece de legitimidade democrática para redistribuir as atribuições de planejar, formular, e realizar as políticas públicas conferidas pelo Constituinte, inclusive por lhe faltar responsabilidade política pelo seu insucesso” (OLIVEIRA, 2020, p. 7).

Como não têm qualquer compromisso com resultados, os controladores além de não terem que enfrentar as dificuldades materiais para o cumprimento de suas determinações, também estão livres do ônus que elas podem originar, pois não estão sujeitos a “prestar contas”. Desse modo, há incentivos para que eles atuem performaticamente e se apropriem de um fascínio popular por criarem um mundo onde todas as necessidades sociais podem ser atendidas, se ainda não o foram é por incompetência da gestão.

O controle será mais responsivo quando for ciente das implicações do cumprimento de suas decisões, conferindo-lhes um viés mais pragmático, no qual os resultados das medidas são avaliados antes de serem adotados. Segundo Binenbojm (2016 p. 60), o direito administrativo contemporâneo experimenta a segunda transformação radical, estando sob os influxos da razão pragmática. Nesse giro, decisões devem se basear por consequências práticas, adaptando-se às exigências locais em um determinado contexto concreto sem necessariamente reverenciar premissas teóricas abstratas.<sup>137</sup> Essa linha de pensamento tem sido adotada na política, na economia

---

<sup>135</sup> Sobre o tema da responsividade, explicita Barros (2013, p. 25): “A responsividade é elemento presente nas análises acerca do controle de qualidade da democracia; trata-se de verificar a correspondência entre as decisões políticas e os desejos e preferências dos cidadãos e da sociedade civil. Em grande medida, essa verificação está relacionada com o critério de controle da representação política, afinal é o exame da capacidade dos governantes de satisfazer as demandas dos governados naquilo que diz respeito à execução de políticas públicas, de implementação de reformas e atendimentos às reivindicações.”

<sup>136</sup> Esse isolamento, no caso do Poder Judiciário, não deixa de ser um grande trunfo para que se possa decidir com neutralidade na defesa de minorias, alheio a pressões políticas e sociais, mas esse alheamento não pode ser transmutado para alienamento.

<sup>137</sup> Gabardo (2003, p. 114) apresenta uma crítica veemente ao pragmatismo: “Em um sistema constitucional permeado por esse conjunto de princípios, não parece razoável a prevalência de uma postura pragmática, mesmo se esta procurasse justificar suas ações na maior ‘vantagem social’, pois a verificação de resultados despreocupada com os procedimentos, as motivações e os fundamentos poderiam causar uma série de deturpações. A subjetividade do critério

e no direito.<sup>138</sup> Cuida-se do pragmatismo jurídico, uma vertente do pensamento jurídico “concebida tal qual um retalho de heranças do pragmatismo clássico<sup>139</sup> em combinação com o neopragmatismo (ARRUDA, 2011, p. 67).<sup>140</sup>

Em linhas gerais o pragmatismo (jurídico) rompe com o formalismo, defendendo que as decisões não devem ser orientadas por valores abstratos ou questões platônicas,<sup>141</sup> mas se pautar nos resultados práticos das ações para a sociedade, primando pela eficiência e promoção de bem-estar.<sup>142</sup> Nessa toada, os controladores devem sopesar se a deferência cega a padrões abstratos traria

---

para atingimento da eficiência, ou do resultado mais vantajoso, ou, ainda, do resultado de maior utilidade, em geral, propicia o descaso com outras perspectivas de análise; ou mesmo, possibilita a formulação de raciocínios incompatíveis com o sistema, como, por exemplo, a legitimação de um regime autoritário, ou, ainda, como constatou o escritor Fiodor Dostoiévski, a permissão para o cometimento de assassinatos úteis”.

<sup>138</sup> Oliveira (2011, p. 140-154) propõe uma releitura do direito administrativo a partir da razão pragmática. Com relação ao controle averba: “Todavia, o controle (administrativo, judicial ou legislativo) dos atos administrativos, no contexto do estado democrático de direito e do pragmatismo, deve levar em consideração as consequências da decisão e não apenas a adequação formal do ato com a letra fria da lei”.

<sup>139</sup> O pragmatismo clássico tem como características: i) o antifundacionalismo, que consiste na rejeição de entidades metafísicas, conceitos abstratos, princípios perpétuos, instâncias últimas imune às transformações sociais; ii) o contextualismo, de acordo com o qual as proposições jurídicas devem considerar o contexto social e as relações com as instituições e práticas sociais; e iii) o consequencialismo, no sentido de que a escolha das decisões deve ser feita a partir de suas consequências práticas e resultados possíveis. “Fue como una forma de filosofar que la palabra – pragmatismo – se extendió primero por los círculos intelectuales de los Estados Unidos. El pragmatismo fue el invento de tres filósofos estadounidenses – Charles Sanders Pierce, Willian James y John Dewey – cuyas vidas se superpusieron expandiéndose, se juntamos las de todos ellos, durante casi un siglo, desde los años más tardios de la década de los 1860 a los comienzos de la de 1950, si bien sus antecedentes se retrotaen a los sofistas y a Aristóteles y de forma menos remota a Hume, Mill, Emerson, Hegel y Nietzsche” (Posner, 2011, p. 260).

<sup>140</sup> O neopragmatismo representa o ressurgimento do pragmatismo clássico sobre os influxos da virada linguística. Seu principal autor, Richard Rorty (1980), descobriu a filosofia analítica, fazendo a linguagem ocupar a posição que a fluida noção de experiência antes ocupava no pragmatismo original, nos lembra Curtis (2015, p. 245): “Nevertheless, while Rorty would generally endorse Huxley’s pragmatism, there is also much in Huxley’s work that Rorty would ignore or reject. One obvious problem that Rorty would have with Huxley is the same one he has with Dewey and James: although Huxley may be a pragmatist, he is still a pre-‘linguistic turn’ thinker, and therefore he tends to speak philosophically in terms of ‘experience’ and ‘consciousness’, which Rorty wants to dispense with and replace with the naturalistic concept of ‘language.’”

<sup>141</sup> Contudo, há de se ter cautela. Pergunta-se: seria moralmente aceitável matar uma pessoa para salvar cinco? O consequencialismo julga as ações com base no resultado. Um clássico dilema proposto pela filósofa Philippa Foot (2002, p. 23), denominado dilema trolley, ilustra a ética consequencialista: um bonde (trolley) desgovernado atropelará cinco pessoas, mas é possível mudar seu percurso acionando um botão e matar, ao invés de cinco, apenas uma pessoa. Deve-se acionar o botão? Em oposição a esse cálculo utilitarista, a ética deontológica repugna essa matemática e se abraça a valores: o valor de uma vida é inestimável. Para constatar isso imagine que a pessoa a ser “trocada” pelos cinco é seu filho.

<sup>142</sup> Muitas são as decisões pragmáticas proferidas pelo STF, sendo a que suspendeu o pagamento de auxílio-moradia aos juízes uma das mais interessantes por demonstrar como o direito pode ser manipulado e aplicado para justificar qualquer interesse a depender da ocasião e de quem seja o beneficiário. Enquanto não tiveram aumento de subsídios vigorou uma tutela antecipada concedida pelo Ministro Luiz Fux que determinava o pagamento de auxílio-moradia a todos os juízes do território nacional, independentemente de possuírem ou não imóvel próprio, pois assim determinava a lei, segundo seu entendimento: “Nesse cenário, o auxílio-moradia – direito expressamente reconhecido aos magistrados na legislação competente (LOMAN) –, exatamente por objetivar recompor despesas do agente com a sua moradia, e ser pago a inúmeras carreiras no serviço público brasileiro, não configura vantagem imoral ou mesmo ofensiva ao sistema republicano. Não se trata de benefício odioso ou inconstitucional, tampouco de privilégio

resultados mais efetivos, eficientes e econômicos do que o descumprimento aos parâmetros jurídicos trouxe, bem como avaliar se a correção de atos irregulares ou ilegais não acarretaria mais danos do que a sua manutenção.<sup>143</sup> Sendo assim, antes do TCU conceder uma medida cautelar mandando suspender um contrato para analisar uma suspeita de sobrepreço ou superfaturamento ele deve ponderar os prejuízos que uma obra parada gera como o aumento dos custos, recursos públicos desperdiçados e empreendimentos não entregues para a população.

Os controladores são duramente criticados por sua propensão a transformar regras de meios e objetivos operacionais de todos os tipos em fins,<sup>144</sup> trabalhando casuisticamente, sem considerar a influência da decisão no caso concreto sobre o sistema como um todo em termos de equidade perante os demais cidadãos. Um bom exemplo pode ser extraído do entendimento de que a celebração de aditivo de prorrogação de prazo em contrato que teve, por uma desatenção qualquer, sua vigência exaurida há um ou dois dias não tem amparo jurídico,<sup>145</sup> mas, a par disso,

---

irrazoável; mas que tem aplicação a partir do que expressamente especificado em lei, à luz das determinações constitucionais, especialmente quanto ao dever de residência na comarca de atuação e da garantida inamovibilidade aos membros da Magistratura e do Ministério Público. [...]Destarte, a abordagem delineada limitou-se à análise dos aspectos estritamente jurídicos”. Mais de 4 (quatro) anos depois, como parte de um acordo para que os subsídios dos ministros do STF fossem reajustados (segundo o *site* CONJUR. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-26/flux-revoga-auxilio-moradia-juizes-reajuste-stf>. Acesso em: 29 mar. 2020), o qual provocaria um efeito cascata em face da vinculação remuneratória dos demais membros da magistratura, a tutela antecipada foi revogada pelo Min. Luiz Fux, que incorporou análises consequencialistas a sua argumentação, demonstrando como o direito pode ser maleável: “Portanto, o enfrentamento de tema tão sensível como o dos presentes autos, em que se examina a licitude do regime remuneratório das carreiras da Magistratura e do MP, e em que a repercussão econômica é vultosa para os cofres de todos os entes da federação, não pode desprender-se dos impactos orçamentários resultantes tanto da tutela antecipada deferida quanto do recém-aprovado reajuste dos subsídios, sobretudo no contexto de grave crise econômica que acomete o país. Em cenários como esse, o Poder Judiciário deve, sempre que possível, proferir decisões ou modificar as já existentes para que produzam um resultado prático razoável e de viável cumprimento. É que, em uma abordagem pragmática e multidisciplinar, a atuação do juiz, como agente político dotado da missão de resolver conflitos intersubjetivos, deve ser informada por três axiomas: o antifundacionalismo, o contextualismo e o consequencialismo. [...] A partir dessa visão, o pragmatismo revoluciona o modo como se problematizam as funções institucionais dos magistrados, bem como a relação entre prática judicial e filosofia deontológica. Cada vez mais, Cortes constitucionais têm adotado explicitamente o discurso consequencial para resolver conflitos, especialmente em contextos de crise política e econômica. Antes um ideário distante, o pragmatismo tornou-se *common place* na prática adjudicativa” (Ação originária nº 1.773/DF, Min. Luiz Fux).

<sup>143</sup> “Agentes de Estado não se furtarão de sua responsabilidade ao dizer que seu trabalho se resume a acusar, a condenar e a prender ou mandar prender. O Estado é um só. Os agentes de Estado têm que medir consequências, para além de exercer suas funções imediatas” (WARDE, 2018, p. 17).

<sup>144</sup> “Conversely, bureaucracy is criticized for its propensity to transform means-rules and operational objectives of all kinds-into ends” (NONET; SELNICK, 2017, p. 80).

<sup>145</sup> O TCU é implacável nesse sentido: “Não se deve prorrogar contratos após o encerramento de sua vigência uma vez que tal procedimento é absolutamente nulo” (Decisão nº 451/00, Plenário, Rel. Humberto Souto, DOU de 13.06.2000). “Não deve ser celebrado termo aditivo de contrato, cujo prazo de vigência tenha expirado, por ausência de previsão legal, observando-se o disposto no artigo 65 da Lei nº 8.666, de 1993” (Acórdão nº 1.247/03, Plenário, Rel. Ubiratan Aguiar, DOU de 05.09.2003). Com o mesmo entendimento: Acórdãos 66/2004, 1.717/2005, 216/2007, 1.335/2009, 1.936/2014 e 2.143/2015, todos do Plenário do TCU. A Orientação Normativa nº 3, de 1º de abril de 2009, da AGU também impõe a impossibilidade de prorrogar contratos com prazo vencido: Na análise dos processos relativos à

sua permanência evitaria a realização de nova licitação com todos os custos administrativos que ela acarreta, além da possibilidade de elevação dos preços na nova contratação e de todo o tempo em que o serviço não estará sendo prestado ao ente público ou à sociedade.

O bom controle deve oferecer algo a mais do que a racionalidade absoluta, o autorreferenciamento e o insulamento da máquina administrativa em *standards* operacionais. Necessita abandonar sua cômoda e silenciosa inércia para cooperar com a gestão na solução dos problemas, levando em consideração as consequências jurídicas e administrativas indesejáveis que suas decisões podem acarretar. Ademais, sendo uma das diretrizes da política nacional de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional manter processo decisório orientado pelas evidências,<sup>146</sup> a argumentação com base em consequências atende melhor a esse comando do que a argumentação com fulcro em princípios, pois pode ser falseada.

Se quem celebra o contrato é responsabilizado, quem manda anulá-lo erroneamente também deve ser, mas afinal de contas: quem vigia os vigilantes (*sed quis custodiet ipsos custodes*)? Sem que haja algum tipo de controle sobre os controladores esses se sentem à vontade para impor suas predileções à revelia de uma hermenêutica jurídica séria.

A luta pelo protagonismo no combate à corrupção levou a tanto empoderamento pelos órgãos de controle que esses se contrapõem a quaisquer mecanismos de *accountability* (horizontal ou vertical), pois alegam que isso representa inaceitável retrocesso social e afronta direta a independência e autonomia funcionais, prerrogativas inexoráveis para o desempenho de suas atribuições em proveito do interesse público. Com relação ao Ministério Público, a independência funcional é tanta que ele pode ignorar até mesmo os titulares desse interesse público, como aponta Arenhart (2015, p. 3-4):

Com efeito, um agente do Ministério Público, por exemplo, pelo simples fato de sê-lo, está inquestionavelmente legitimado à tutela de qualquer interesse difuso ou coletivo e, em consequência, passa a ter a prerrogativa de dizer – sem sequer ser obrigado a consultar qualquer membro da comunidade ou da coletividade como um todo, ou mesmo sem nem mesmo dar a oportunidade a esses grupos ou à sociedade de manifestar-se previamente – aquilo que a sociedade precisa, deseja ou exige.

---

prorrogação de prazo, cumpre aos órgãos jurídicos verificar se não há extrapolação do atual prazo de vigência, bem como eventual ocorrência de solução de continuidade nos aditivos precedentes, hipóteses que configuram a extinção do ajuste, impedindo a sua prorrogação.

<sup>146</sup> Art. 4º. São diretrizes da governança pública: [...] VIII - manter processo decisório orientado pelas evidências, pela conformidade legal, pela qualidade regulatória, pela desburocratização e pelo apoio à participação da sociedade (BRASIL, 2017).

Alegam que sua altaneira missão jamais poderia ser exercida com garantias minguadas, tornando o binômio independência-*accountability* um paradoxo inconciliável. Realmente, e infelizmente, poucos têm sido os casos de responsabilização de promotores e procuradores por atuação irregular e tampouco o Conselho Nacional do Ministério Público mostra disposição para um controle mais incisivo.

De acordo com o Relatório Anual sobre as atividades do Conselho e a Situação do Ministério Público no País (BRASIL, 2020, p. 10), no ano de 2019 foram recebidas 429 reclamações disciplinares, mas somente 40 (quarenta, ou seja, menos de dez por cento) resultaram em alguma sanção, sendo que 9 (nove) ensejaram uma mera advertência.

Gráfico 2 – Sanções aplicadas pelo Conselho Nacional do Ministério Público



Fonte: CNMP (2020, p. 15)

A defesa renhida por autonomia e independência, liberdade de controles, revelou esquizofrenias na Instituição. Costumeiramente há casos de procuradores diferentes atuarem de maneira diversa em situações idênticas ou até mesmo um membro que atua na 2ª instância se manifestar contrário ao recurso da decisão de 1º grau interposto por outro membro.<sup>147</sup> <sup>148</sup> Relatório do Banco Mundial (2008, p. 17) destaca que em outras partes do mundo essa absoluta autonomia não encontra paralelo. Nos Estados Unidos o Procurador-Geral é indicado pelo Presidente e aprovado pelo Senado, sendo demissível pelo próprio Presidente. O Procurador-Geral chefia 94

<sup>147</sup> Em São Paulo a procuradora do Ministério Público Estadual, Maria Cristina Barreira de Oliveira, integrante da Procuradoria de Interesses Difusos e Coletivos, segunda instância do órgão, quis anular os termos de autocomposição celebrados entre a Promotoria de Justiça do Patrimônio Público da capital e a Odebrecht S/A. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/negocios/procuradora-quer-cancelar-acordo-com-a-odebrecht/>. Acesso em: 31 mar. 2020.

<sup>148</sup> Na França, curiosamente, o princípio da indivisibilidade do Ministério Público faz com que todos os Procuradores da República e seus substitutos sejam intercambiáveis e por isso, em face de outro princípio - princípio do engajamento de processamento - um ato praticado por um membro engaja os outros que não podem mudar de orientação (GERALDO; BARÇANTE, 2017, p. 168).

(noventa e quatro) Procuradores Federais Distritais que também são nomeados e podem ser demitidos. Tanto o Procurador-Geral, como os Procuradores Federais Distritais, têm autoridade para nomear e demitir seus assistentes, denominados respectivamente como “Assistant United States Attorney General” e “Assistant United States Attorneys”, que equivaleriam aos membros do MP Federal no Brasil.

Na Itália, o MP ficava sob a autoridade do Ministro da Justiça, mas hoje integra o Poder Judiciário e se submete ao Conselho Superior da Magistratura, que tem como atribuição aplicar sanções disciplinares que podem chegar até a destituição do cargo. Na Alemanha, os órgãos do Ministério Público, pela própria estrutura hierárquica da instituição, não gozam de independência funcional, pois no âmbito federal os promotores federais agem em nome do Procurador-Chefe, o qual é nomeado pelo Presidente da República, mediante proposta do Ministro da Justiça e está hierarquicamente abaixo desse; no âmbito estadual o Procurador-geral de Justiça do Estado (chefe dos Promotores de Justiça Estaduais) está sob as ordens do Ministro da Justiça do Estado Federado (PONTE; DEMERCIAN, 2016, p. 20).

Na França, os promotores de Justiça estão obrigados a seguir as diretrizes ditadas pelo chefe da instituição, tanto de natureza geral, relativas à política genérica de atuação da organização, quanto as de natureza específicas, relativas a cada caso particular. O MP francês é organizado sob uma estrutura fortemente hierarquizada, estando integrado ao Poder Judiciário e submetido ao controle do Ministro da Justiça, o qual detém poderes para impor sanções disciplinares aos membros do MP, podendo até destituí-los do cargo, após consulta ao Conselho Superior da Magistratura.

Os magistrados e membros do Ministério Público constituem um único corpo de juristas profissionais, formados pela Escola Nacional da Magistratura. O Presidente da República é garante da independência e autoridade judiciárias e, para tanto, é assistido pelo Conselho Superior da Magistratura. Os magistrados do Judiciário atuam sob a garantia da inamovibilidade. O mesmo, entretanto, não ocorre com os chamados magistrados do Ministério Público, que têm como vértice de sua estrutura hierarquizada o Ministro da Justiça, e este, por sua vez, tem sob sua autoridade o Procurador-geral da Corte de Cassação (seus advogados gerais ou assistentes) e o Procurador-geral que atua nas cortes de apelação (e seus substitutos) (PONTE; DEMERCIAN, 2016, p. 27-28).

No Brasil, atuando como semijuízes, expedem recomendações sobre os mais diversos assuntos, buscando na medida do possível responsabilizar os gestores por improbidade



administrativa em caso de não atendimento,<sup>149</sup> tal como ocorreu em São Paulo, onde o MP/SP ajuizou ação visando condenar o ex-presidente do metrô de São Paulo, Sergio Henrique Passos Avelleda, em virtude de não ter seguido recomendação de promotores para anular os contratos de construção da Linha 5 – Lilás, ainda que ele não tenha praticado nenhuma fraude em licitação, uma vez que esta não foi realizada em sua gestão, tampouco tenha assinado o contrato que resultou do certame licitatório.<sup>150</sup>

No âmbito da União, são 1.138 (mil, cento e trinta e oito) membros ativos (existem 649 cargos vagos) no Ministério Público Federal<sup>151</sup> que são livres e independentes para varrer todos os escaninhos da administração pública, exigindo tudo o quanto imaginam ser direito fundamental, segundo convicções pessoais que sempre encontram amparo em algum princípio constitucional ou, no mínimo, geral de direito. Por conseguinte, na base da “recomendação”, que alguns fazem questão de complementar com ameaça de responsabilização,<sup>152</sup> imiscuem-se no orçamento público

---

<sup>149</sup> Essa constatação é compartilhada por Santos (2020, p. 362): “Se tomarmos por exemplo o Ministério Público, verificaremos – com preocupação – que muitas ‘recomendações’ ou Termos de Ajuste de Conduta – TAC por ele encetados, em geral, visam definir políticas públicas e decisões que competiriam apenas à Administração. Não que tais atuações ministeriais não sejam possíveis ou desejáveis. Por vezes o são. Mas tem-se percebido que tais recomendações ministeriais, em alguns casos, são seguidas de explícita ameaça da interposição de ações civis públicas ou ações de improbidade, se não forem seguidas à risca”.

<sup>150</sup> Após condenação em primeiro grau (processo nº 0039554-31.2010.8.26.0053 – 9ª Vara da Fazenda Pública/SP), o ex-Presidente do metrô foi absolvido na apelação (processo nº 0041369-29.2011.8.26.0053 – 1ª Câmara de Direito Público). Segundo o voto do Relator, Desemb. Luís Francisco Aguilár Cortez: “É incontroverso, ainda, que o requerido Sérgio Henrique Passos Avelleda não foi responsável pela organização do certame e nem firmou os ajustes com as empresas/consórcios, ingressando nos quadros do Metrô após o início da execução das obras. Insistiu o representante do Ministério Público que, diante do disposto no art. 49, da Lei nº 8.666/93, ‘o demandado Sérgio Henrique Passos Avelleda tinha o dever de apontar para a meta prevista na lei, que era exatamente a invalidação do certame’ (em especial fls. 37); entretanto, naquele momento não havia sido realizada qualquer apuração da irregularidade, presente apenas a notícia de fraude, recomendando a legislação a verificação do interesse público (confronto entre a notícia de fraude e a paralisação das obras avançadas). Não se produziu nos autos qualquer prova de participação ou recebimento de vantagem pelo então Presidente da Companhia em razão do conluio entre licitantes, ou mesmo de que referida pessoa tenha contribuído ‘para esconder o vício’ ou ‘sequer investiga-o profundamente’, como alegado na inicial às fls. 37; consta que as denúncias foram objeto de apuração em procedimento administrativo do METRÔ que, por meio de sua Diretoria, em decisão colegiada, resolveu dar continuidade as obras que já estavam em fase de conclusão, como bem salientado pelo Estado de São Paulo às fls. 15.679 (74º volume). Assim, embora possa ser suscitada dúvida quanto a sua conduta diante da opção efetivada, tal situação não atende a necessidade de prova de dolo ou erro grave para a condenação do agente público, como agora referido nas alterações introduzidas por meio da Lei nº 13.655/18 na LINDB (art. 28). Não se preocupou o Ministério Público em apurar qualquer outra conduta para demonstrar seu eventual envolvimento.”

<sup>151</sup> Dados de dezembro de 2019, disponível em: <http://www.mpu.mp.br/navegacao/documentos-e-publicacoes>. Acesso em: 14 abr. 2020.

<sup>152</sup> Santos (2020, p. 115) ressalta essa interferência ilegítima do Ministério Público: “Já no tocante à capacidade de interferência do Ministério Público noutros poderes não há dúvida alguma. Esta interferência ocorre ora de modo legítimo, ora ilegítimo. Expliquemos. Interfere legitimamente o Ministério Público quando investiga, requer documentos e conduz inquéritos em sua própria alçada de competência. Mas interfere ilegitimamente quando a despeito de requerer providências deixa claro que o descumprimento implicará na interposição de ações de improbidade ou outras ações penais, objetivando fazer valer sua opinião sob funções tipicamente administrativas,

e agindo como se fossem a consciência moral da sociedade ditam suas preferências, dão vazão aos seus anseios e idiossincrasias e, por fim, judicializam suas escolhas sem que se possa cogitar da existência de algum filtro que barre processos descabidos com pedidos absurdos.

Então alguns membros dominados pela arrogância se inebriam do prestígio angariado, apropriando-se do imaginário popular de que são os “salvadores da pátria” ou como se costuma dizer, os guardiões da sociedade. Bernardino (2019, p. 67) pontua que a combinação de muitos poderes e poucos controles, aliado ao sentimento de defensor da Constituição e da moralidade pública, com incentivo do órgão, da mídia e consentimento da sociedade, permitem que o órgão atue como bem entende e, algumas vezes, de forma irresponsável.

Há necessidade de se pensar formas de o Ministério Público e TCU se tornarem responsivos, haja vista que exercem autoridade e controle sobre os poderes tradicionais, mas não incidem sobre os mesmos os contrapesos afetos aos poderes tradicionais:

A partir dessa premissa podemos constatar que esses novos entes que não se enquadram propriamente na tríade tradicional, mas que exercem igual gama de poderes com capacidade de interferir nos demais. As constituições contemporâneas em boa medida ainda estão presas no modelo estabelecido em meados do século XX, centradas no estabelecimento de pesos e contrapesos para poderes tradicionais. Mas para os novos entes não eleitos há pesos, mas sem contrapesos e sem que as constituições tenham desenvolvido adequadamente sua arquitetura para conciliarem desempenho de atividade independente (v.g. Ministério Público e Tribunais de Contas), há necessidade de repensarmos estes modelos (SANTOS, 2020, p. 116).

Instituições que agem sem freios e sem contrapesos, como ficou demonstrado na Operação Lava Jato, a qual teve, por meio de mensagens vazadas entre seus procuradores e o ex-juiz federal Sergio Moro, comprovada a estreita ligação entre o órgão acusador e julgador, em violação clara ao sistema acusatório, acolhido de forma explícita pela Constituição Federal de 1988 (CF, art. 129, inciso I), que impõe a separação rígida entre o juiz e acusação.

Instituições que agem sem freios e contrapesos e que levaram a prisão por 580 (quinhentos e oitenta dias) um ex-presidente da República, cassando seus direitos políticos e impedindo-lhe de concorrer novamente ao cargo mais alto do Poder Executivo, em prejuízo de uma das mais importantes garantias da democracia que é o juiz natural, a qual tem a missão de evitar que magistrados escolham a quem julgar, motivo que levou o Supremo Tribunal Federal a

---

fazendo com que gestores e chefes de poder executivo – especialmente pequenos municípios – capitulem na primeira ameaça.”

anular as ações penais contra o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva por não se enquadrarem no contexto da operação Lava Jato (Habeas Corpus nº 193726, Rel. Min. Edson Fachin).

Portanto, da sujeição à responsividade não podem escapar os juízes, pois para serem os bastiões da democracia é necessário que se democratizem. Repele-se, portanto, o hermetismo e o isolacionismo característicos da magistratura nacional, bem como a continuidade do paradigma da subjetividade encetado em uma ultrapassada filosofia da consciência<sup>153</sup> que dá suporte a princípios como o da livre convicção do juiz, designando a ampla liberdade do julgador para decidir conforme sua consciência, de modo solipsista, podendo ignorar, inclusive, a jurisprudência consolidada dos tribunais superiores, ainda que com isso submeta as partes ao longo e demorado processo recursal que, no final das contas, sempre beneficia a quem não tem razão, além de contribuir para o abarrotamento da Justiça, mesmo que o resultado seja a reforma de sua decisão após muitos anos de peleja.

Cappelletti (1989, p. 36) reporta quatro modalidades a que o juiz deve responder: social, política e jurídica, essa sendo estatal e própria. A *accountability* judicial remete à responsabilização do Poder Judiciário, em função da conduta de seus membros (comportamental), a responsabilidade pelos recursos financeiros utilizados para gerir sua estrutura (institucional) e, a mais polêmica, aquela que compreende a responsabilidade dos juízes por suas decisões (decisional).

A *accountability* judicial decisional é o poder que o povo e os agentes estatais eleitos ou não possuem de requerer informações e justificações sobre as decisões judiciais, podendo aplicar sanções políticas e jurídicas sobre o membro do Judiciário que prolatou a decisão. Essa modalidade de *accountability* deve ser desenhada com muito cuidado para não afrontar o conceito de independência judicial decisional ou motivacional (ROBL FILHO, 2013, p. 132).

Uma das maiores conquistas da humanidade foi a substituição da vontade do rei pela da lei, surgindo anos mais tarde o estado constitucional de direito, cujo desafio maior na atualidade é estabelecer parâmetros para a atuação judicial, evitando que as decisões sejam fruto de escolhas

---

<sup>153</sup> “O subjetivismo que está enraizado no Livre Convencimento Motivado tem ligação direta com a dogmática positivista – em especial com a Discricionariedade que o Positivismo Jurídico confere ao julgador – e sua base metafísica. A Filosofia da Consciência, colocando no sujeito e sua subjetividade assujeitadora o fundamento do conhecimento da essência dos objetos, é claramente identificável no Livre Convencimento Motivado. A cisão metafísica entre o sensível e o suprassensível, o real e o ideal, que coloca a razão como fundamento do conhecimento, no Direito entrega a tarefa de revelar a ‘verdade real’ à subjetividade do julgador” (MARTINS, 2017, p. 121).

particulares ou dependentes daquilo que o juiz tomou no seu café da manhã.<sup>154</sup> Porém, muitos controladores exercem o poder similarmente a reis, algo que levou Maus (2016, p. 4) a questionar: “A pergunta a ser feita é, portanto, a seguinte: não será a Justiça em sua atual conformação, além da substituta do imperador o próprio monarca substituído?”.

Diagnosticadas as centrais deficiências do sistema de controle da administração pública brasileira, passar-se-á a análise das principais consequências que esse mesmo controle tem feito incidir sobre a gestão pública.

---

<sup>154</sup> Como diz Dworkin (1999, p. 45): “Alguns realistas exprimiram essas ideias em uma linguagem profundamente cética. Afirmaram que o direito não existe, ou que resulta apenas daquilo que o juiz tomou em seu café da manhã. Queriam dizer que não existe nada que se possa chamar de direito, a não ser esses diferentes tipos de previsões”.

#### 4. EFEITOS DO CONTROLE ADMINISTRATIVO BRASILEIRO NA GESTÃO PÚBLICA

Por que razão o fiscal merece mais crédito do que o condutor? Essa questão intrigou Lima Barreto (2016, p. 232) há mais de cem anos em uma de suas rotineiras viagens de bonde pelo Rio de Janeiro. Perquirindo as razões, suscitava:

Há grande diferença de ordenados? Não. A essência de um é diversa da do outro? Não. Diferenças de educação e instrução estabelecendo um razoável desequilíbrio na natureza de ambos? Não. É pela idade? Também não. Então por que é que todos os fiscais são honestos e todos os condutores são suspeitos? Não atino, e essa metafísica elementarmente interrogativa quase me põe doido.

Talvez as sabenças modernas da época como a bacteriologia pudessem pelo exame do sangue, saliva ou outros fluídos orgânicos submetidos a agentes químicos, encontrar provas robustas acerca do grau de inteligência e honestidade dos indivíduos, dando resposta cientificamente comprovada ao fato de todos os fiscais serem honestos e todos os condutores serem suspeitos (BARRETO, 2016, p. 233).

À mingua de qualquer método científico que pudesse com razoável margem de certeza comprovar essa evidência empírica, chega-se aos dias atuais com a mesma indagação e resignação refletidas no tempo, muito embora anos de legisladores sem coragem tenham contribuído para torná-la fato incontroverso, verdadeiro axioma da ciência do direito administrativo, premissa evidente e verdadeira que independe de prova.

A desconfiança dos brasileiros com suas lideranças políticas enraizou essa mentalidade frouxa de que todas as intervenções dos órgãos de controle são acertadas e se fazem para o bem da nação, sendo que quanto mais fiscalização do exercício do poder político melhor.<sup>155</sup> Sintomático dessa mentalidade foi a sedimentação de uma cultura que se alimenta de doutrinas, conceitos e teorias inibidoras da liberdade administrativa e fortalecedora das estruturas fiscalizatórias, mas muito pouco se cogita acerca da eficiência desse sistema.

---

<sup>155</sup> Essa racionalidade é declarada, por exemplo, pelo Ministro Vital do Rêgo, do TCU. Em seu voto como relator do Acórdão nº 1.407/2016 – Plenário, ao ser questionado pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS acerca dos limites do controle do TCU, diante do controle já exercido pela ANEEL, para que não houvesse o *bis in idem*, o Ministro demonstrou nenhuma preocupação com a sobrecarga de burocracia., asseverando que: “Mesmo que houvesse a superveniência de controle, isso não seria problema, porquanto o controle nunca é demasiado quando se trata de gasto público. Não é por outro motivo que, no âmbito do Poder Judiciário, por exemplo, temos os controles internos de cada tribunal, o Conselho Nacional de Justiça e o Tribunal de Contas da União, todos eles exercendo alguma espécie de controle”. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A1407%2520ANOACORDAO%253A2016/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=89131100-bf92-11ea-966d-3d6b740241a5](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1407%2520ANOACORDAO%253A2016/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=89131100-bf92-11ea-966d-3d6b740241a5). Acesso em: 6 jul. 2020.

Cite-se, por exemplo, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social que é submetido a tantos e variados controles: societários (conselho de administração e conselho fiscal), de auditoria (externa privada independente, interna e comitê estatutário) e externos (supervisão do Banco Central, CGU, TCU, MPU e Poder Judiciário). Ainda assim seus funcionários foram acusados de esquemas de corrupção envolvendo financiamentos que culminaram com a instalação de 3 (três) comissões parlamentares de inquérito para “abrir sua caixa-preta”.

Na seara disciplinar Cunha *et al* (2020) pesquisou acerca do quantitativo de funcionários públicos responsabilizados entre 2013 e 2018, constatando que houve um significativo acréscimo no número de processos administrativos disciplinares e de punições expulsivas (p. 47), observe-se os gráficos:

Gráfico 3 - Série histórica da quantidade de processos administrativos (2004-2017)

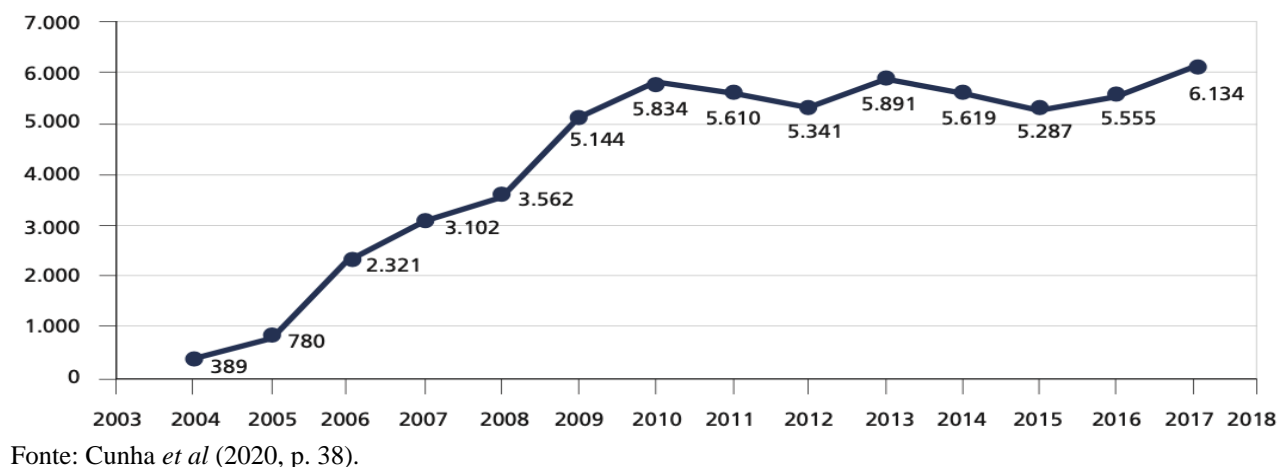
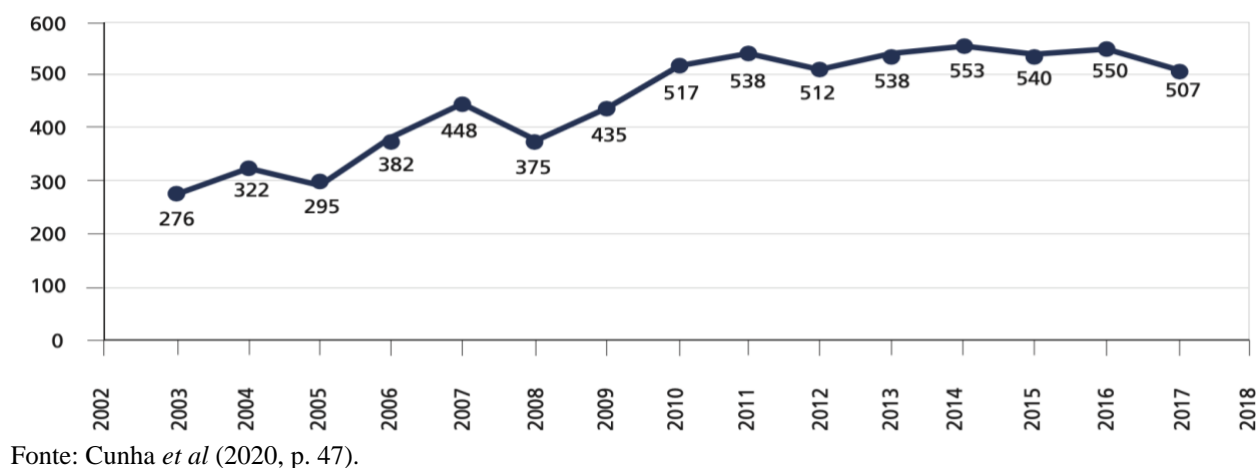


Gráfico 4 – Série histórica da quantidade de punições expulsivas (2003-2017)



Os dados mostram um crescimento de mais de 1.400% no número de processos administrativos e um aumento de 83,7% dos casos de expulsões na Administração Pública Federal brasileira entre 2004 e 2017.<sup>156</sup> Contudo há um lado intrigante, segundo Cunha *et al* (2020, p. 101), pois embora tenha havido esse crescimento dos casos de responsabilização de agentes públicos federais, isso não parece ter sido capaz de conter o *animus* para comportamentos corruptos entre os agentes.<sup>157</sup>

Isso soa verdadeiro quando se assiste a uma profusão de notícias acerca de operações e investigações policiais para combater superfaturamento em aquisições de soro fisiológico, testes, e respiradores para pacientes de COVID-19,<sup>158</sup> mesmo que ainda não se tenha esmaecido da memória nacional as prisões espetaculosas protagonizadas na operação Lava Jato, a qual desvendou esquemas ilícitos de financiamento político feitas com dinheiro proveniente de contratos superfaturados, mas que também causou demissões, desemprego, queda do produto interno bruto (PIB) e pedidos de recuperação judicial das principais empresas responsáveis pela construção da infraestrutura nacional.<sup>159</sup> São fiscalizações que anos após anos exibem repetições enfadonhas de casos de fraudes e irregularidades, mas muito pouco é feito para evitar que elas

---

<sup>156</sup> Em 2018 a CGU apresentou o maior número de sanções expulsivas desde o início da série história em 2003, segundo dados do seu Relatório de Gestão, tendo aplicado 643 penalidades expulsivas a servidores públicos (demissões, cassações de aposentadoria e destituições de cargo em comissão), perfazendo um total de 1.699 punições no período entre os anos de 2016 e 2018. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/econtasWeb/web/externo/listarRelatoriosGestao.xhtml>. Acesso em: 2 jun. 2020.

<sup>157</sup> Esse sentimento é confirmado pelo índice que avalia a percepção da corrupção em 180 (cento e oitenta países). O país ocupou em 2019 a 106ª colocação no ranking. É a pior colocação desde 2012 e a 5ª queda consecutiva. Em 2020, no ranking de corrupção elaborado anualmente pela Transparência Internacional o Brasil variou de 35 pontos, em 2019, para 38 pontos, em 2020, dentro da margem de erro da pesquisa (4,1 pontos para mais ou para menos). Isto significa que a percepção da corrupção no Brasil permanece estagnada em patamar muito ruim, abaixo da média dos BRICS (39), da média regional para a América Latina e o Caribe (41) e mundial (43) e ainda mais distante da média dos países do G20 (54) e da OCDE (64). O aumento fez o país passar da 106ª posição para a 94ª, num ranking de 180 países e territórios, ainda atrás de países como Colômbia, Turquia e China. Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br/ipc/>. Acesso em: 8 jun. 2021.

<sup>158</sup> A COVID-19 (do inglês *coronavirus disease 19*) é uma doença respiratória aguda grave provocada pelo vírus sars-cov-2 da família do coronavírus e causou uma pandemia mundial em 2020.

<sup>159</sup> Somada as críticas de seu uso político, pesa sobre a operação Lava Jato a pecha de ter levado o país quase a sangrar: “O que se fez com a Odebrecht e a Petrobras foi algo que só uma sociedade completamente imbecilizada por uma mídia paga por saqueadores legalizados da riqueza de todos torna possível. Dos americanos pode-se dizer muita coisa, mas, nunca, que foram ou são imbecis que destroem a riqueza nacional e a capacidade produtiva nacional como a Globo e a Lava Jato ajudaram a fazer, passando-se por moralizadores da nação. Nos EUA, não só apenas pessoas são responsabilizadas, mas nunca empresas como um todo, como na Lava Jato. Para não provocar perdas na economia nacional, tudo é resolvido em *secret settlements* (acordos secretos), entre corporações e instâncias da administração. A Globo, em associação com a grande mídia a maior parte do tempo, e a Lava Jato fizeram o contrário disso e a nós todos de perfeitos imbecis. À título de combater a corrupção dos tolos, turbinaram e legitimaram a corrupção real como nunca antes neste país das multidões de imbecilizados” (SOUZA, J., 2017, p. 125-126).

ocorram, ou seja, não há atuação incisiva na origem para que se possa corrigir as causas, evitando que elas se reproduzam.

Por outro lado, a *accountability overload* causa patologias organizacionais e perversos efeitos colaterais, afetando a produtividade, a eficiência da gestão, a responsividade e a qualidade dos serviços públicos, anota Halachmi (2014, p. 561):

The paradox is that the accountability fervor meant to assure performance can have direct and indirect consequences that undermine it. The direct dysfunctions manifest themselves in various ways - such as delays or red tape from the perspective of service recipients; dwelling too long on short term success; excessive use of resources when compared with private organizations; slowness in or lack of responsiveness; interference with the execution of other programs; siphoning of critical resources from operation to underwrite the overhead cost of accountability; and the discouragement of innovation and improvisation to address rapidly changing circumstances. Extreme cases of accountability overload may dissuade innovation in other organizations that consider alternatives for addressing a public need. Such deterrence may have adverse effects on the polity's welfare.

Além dos gastos necessários para adequar as ações às ordens do controlador, muito tempo e recursos escassos são despendidos para atender ao volume de demandas e informações requeridas. Muitos servidores dedicam dias de trabalho respondendo aos vários controladores<sup>160</sup> aquilo que se pretendeu fazer e porque não se fez aquilo que se pretendia fazer, em vez de estarem focados em suas atividades finalísticas. À título ilustrativo, confira-se abaixo a Tabela 2, onde se constata que a Auditoria Interna do Departamento Nacional de Obras contra as Secas – DNOCS registrou a tramitação pelo órgão de 1.080 (mil e oitenta) demandas dos controladores no ano de 2019.

Tabela 2 – Relatório Anual de Atividades de Auditoria Interna do DNOCS/2019<sup>161</sup>

<b>Demandas Órgãos de Controle – Exercício de 2019</b>				
<b>Interessados</b>	<b>Atendimentos ou Arquivados</b>	<b>Em exame</b>	<b>Pendentes</b>	<b>Total</b>
CGU	135	189	137	461
TCU	69	29	14	112

<sup>160</sup> Esse problema não passou despercebido por Santos (2020, p. 88): “O terceiro problema jurídico é que a sobreposição de diversas instâncias de controle sobre um mesmo ato administrativo (controlável pelo TCU, CGU, Ministério Público, etc.), fez com que a Administração passasse a dedicar considerável tempo para responder aos questionamentos e processos instaurados por esses órgãos, e, mesmo atendendo a determinação de alguns órgãos de controle, não ter qualquer segurança jurídica em relação aos demais, podendo ocorrer entendimentos contraditórios entre eles.”

<sup>161</sup> Processo eletrônico SEI/DNOCS nº 59400.001435/2020-63. Disponível em: [https://sei.dnocs.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?wt7h6hFBI\\_9S3DJjGLl0dpQiiSEQL4RcICP821UP\\_Zu3te9Mz8pMgdSFPXZPRHsDc8jMQ17erGYJfOcrc-boqxwmQaieHdA9L-1\\_B04Sd1JcZTYQ-weofTZKe4Io\\_12L](https://sei.dnocs.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?wt7h6hFBI_9S3DJjGLl0dpQiiSEQL4RcICP821UP_Zu3te9Mz8pMgdSFPXZPRHsDc8jMQ17erGYJfOcrc-boqxwmQaieHdA9L-1_B04Sd1JcZTYQ-weofTZKe4Io_12L). Acesso em: 20 nov. 2020.



Ministério Público	68	14	137	219
Outros Órgãos de Controle Externo	139	50	99	288
<b>TOTAL DE ÓRGÃOS DE CONTROLES</b>	<b>411</b>	<b>282</b>	<b>387</b>	<b>1080</b>
Demandas Internas	135	66	46	247
<b>TOTAL</b>	<b>546</b>	<b>348</b>	<b>433</b>	<b>1327</b>
Diligenciados				91
<b>TOTAL</b>				<b>1418</b>

Fonte: Auditoria Interna/DNOCS

Descontando os finais de semana e os feriados, em 2019 houve 255 dias úteis, o que equivale a uma média de 4,23 requerimentos por dia. Muito tempo foi gasto respondendo as solicitações do controle ao invés de estar sendo utilizado para planejamento das ações. Múltiplos atores exigindo documentos e explicações faz com que os servidores deixem de lado suas obrigações rotineiras para atender àqueles que podem lhes impor sanções.<sup>162</sup>

Como parte da estratégia de empoderamento uma boa auditoria é aquela que consegue identificar uma centena ou mais de irregularidades, reais ou possíveis, e muitos auditores se esmeram por desvendar inconformidades, pois um relatório extenso e recheado de recomendações confere relevância e dignidade ao trabalho. Há uma inversão de valores com o controle se transformando em um fim em si mesmo e a fiscalização uma obsessão, uma caça às bruxas, de modo que “[...] a boa gestão pública não é a prioridade da legislação brasileira, muito menos de seus intérpretes. A prioridade tem sido outra: limitar, controlar ao máximo e até ameaçar os gestores, em princípio suspeitos de alguma coisa.”<sup>163</sup>

Investe-se mais na fiscalização “a posteriori” do que na execução “a priori”. A consequência é que em muitos órgãos públicos sobram auditores, mas faltam engenheiros, como se demonstra no Painel Estatístico de Pessoal do Ministério da Economia, onde se constata que em fevereiro de 2020 haviam 2.715 (dois mil, setecentos e quinze) auditores-federais de finanças e controle em atividade e apenas 767 (setecentos e sessenta e sete) analistas e especialistas em

<sup>162</sup> Essa é uma das principais queixas relatadas, de acordo com Arantes (2016, p. 55): “Um dos principais motivos desse desconforto, de acordo com gestores consultados, é de que as demandas da CGU exigem um esforço grande dos servidores para atendê-las, o que torna a relação sensível principalmente nas unidades com carência de pessoal. Uma alegação recorrente é 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 em responder à CGU”.

<sup>163</sup> A conclusão é de Carlos Ari Sundfeld no artigo: Chega de Axé no Direito Administrativo. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/publication/chega-de-axe-no-direito-administrativo>. Acesso em: 01 abr. 2020.

infraestrutura sênior,<sup>164</sup> ainda que a precariedade da infraestrutura nacional seja um dos gargalos para o desenvolvimento do país.

O *Global Competitiveness Index* (GCI), divulgado em 9 de outubro de 2019, pelo Fórum Econômico Mundial, posiciona o Brasil em 78º lugar entre 141 países analisados no critério de qualidade da infraestrutura. No quesito eficiência, o Brasil é o 86º colocado em ferrovias, o 116º em qualidade de rodovias, o 85º em transporte aéreo e o 104º em portos.

Tabela 3 – Ranking da qualidade de infraestrutura nacional

	Valor	Score	Rank/141
<b>2nd pillar: Infrastructure 0-100</b>	–	<b>65.5 ↑</b>	<b>78</b>
<b>Transport infrastructure 0-100</b>	–	<b>45.6 ↑</b>	<b>85</b>
2.01 Road connectivity 0-100 (best)	76.1	76.1 ↑	69
2.02 Quality of road infrastructure 1-7 (best)	3.0	33.5 ↓	116
2.03 Railroad density km/1,000 km <sup>2</sup>	3.6	8.9 ↑	78
2.04 Efficiency of train services 1-7 (best)	2.5	24.3 ↓	86
2.05 Airport connectivity score	437,475.0	89.7 =	17
2.06 Efficiency of air transport services 1-7 (best)	4.4	56.8 ↓	85
2.07 Liner shipping connectivity 0-100 (best)	38.2	38.2 ↑	48
2.08 Efficiency of seaport services 1-7 (best)	3.2	37.1 ↑	104
<b>Utility infrastructure 0-100</b>	–	<b>85.3 ↑</b>	<b>69</b>

Fonte: World Economic Forum.<sup>165</sup>

Adicione-se que o hipercontrole implica em custos tanto em razão do deslocamento de servidores para atender as demandas oriundas de diversas origens como em face de sua estrutura administrativa (com órgãos e agentes numerosos e bem remunerados). Nesse ponto, observe-se o crescimento das despesas entre os anos de 2008 e 2018 com a CGU, o TCU e o MPF:

Tabela 4 – Dotações orçamentárias entre 2008 e 2018

Ano	CGU	MPF	TCU	IPCA (acumulado)
2008	R\$ 469.489.270,00	R\$ 1.803.537.768,65	R\$ 1.148.766.893,00	-
2018	R\$ 1.082.654.205,00	R\$ 3.876.595.243,00	R\$ 2.173.000.000,00	86,73

<sup>164</sup> Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/assuntos/servidores/painel-estatistico-de-pessoal>. Acesso em: 01 abril 2020. A carreira de analista de infraestrutura, composta por 1200 cargos, e o cargo isolado de especialista em infraestrutura sênior, com 184 cargos, foram criados pela Lei nº 11.539, de 8 de novembro de 2007, em função dos desafios de gerir projetos de grande envergadura do governo federal, atuando em atividades especializadas de planejamento, coordenação, fiscalização, assistência técnica e execução de projetos e obras de grande porte na área de infraestrutura.

<sup>165</sup> Disponível em: [http://www3.weforum.org/docs/WEF\\_TheGlobalCompetitivenessReport2019.pdf](http://www3.weforum.org/docs/WEF_TheGlobalCompetitivenessReport2019.pdf). Acesso em: 23 mar. 2020.

% (acréscimo)	130,60	114,94	89,16	86,73
---------------	--------	--------	-------	-------

Fonte: Relatórios de Gestão<sup>166</sup>

O país gasta 1,3% do PIB com o Judiciário, enquanto os países mais ricos do mundo que integram a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) gastam 0,5%. Isso é quatro vezes o gasto da Alemanha (0,32%), oito vezes o do Chile (0,22%) e dez vezes o da Argentina (0,13%). Observe-se a comparação com outros 7 (sete) países.

Gráfico 5 – Gastos com judiciário em relação ao PIB



Fonte: Instituto Millenium (2019)<sup>167</sup>

Somando o custo do Ministério Público (que chega a 0,3%) e das demais instâncias de controle, a despesa fica próxima de 2% do PIB. Para se ter uma noção do que isso representa, a educação nacional investe o equivalente a 6% do PIB.

Em face desses custos é que Vermeule (2019, p. 21) salienta que no estado administrativo contemporâneo algum abuso de poder há se tolerar, porque o preço necessário para zerá-lo é muito alto, tanto pela necessidade de se instalar inúmeros mecanismos inibitórios para evitar os abusos, quanto porque os próprios mecanismos inibitórios poderiam abusar do poder, necessitando serem vigiados.<sup>168</sup> Dado esses custos, na sociedade algum nível de abuso de poder

<sup>166</sup> Disponíveis em: <https://portal.tcu.gov.br/contas/contas-e-relatorios-de-gestao/>. Acesso em: 2 jun. 2020. O IPCA representa a variação da inflação no mesmo período. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/economicas/precos-e-custos/9256-indice-nacional-de-precos-ao-consumidor-amplio.html?=&t=resultados>. Acesso em: 2 jun. 2020.

<sup>167</sup> Disponível em: <https://www.institutomillennium.org.br/o-custo-excessivo-das-instancias-superiores-do-judiciario-brasileiro/>. Acesso em: 20 jun. 2020.

<sup>168</sup> “Whatever the constitutional and institutional rules, the costs of enforcement—of preventing official abuses—will inevitably be positive. The problem is two-fold. More obviously, the costs necessary to produce full enforcement of constitutional rules might simply not be worth paying, in light of other possible uses for those resources. It might take

haverá de se tolerar, pois em uma análise de custo/benefício o padrão ótimo será sempre maior que zero. Além do mais há de se considerar os custos à “própria sociedade, já que não se pode desconsiderar a possibilidade de redução do bem-estar social decorrente da excessiva interferência dos órgãos de controle sobre a máquina estatal” (CAMPANA, 2018, p. 130). Fiel a essas compreensões iniciais, passar-se-á a discorrer acerca de outros efeitos prejudiciais que o controle administrativo tem produzido na gestão pública brasileira.

#### 4.1 O apagão das canetas

A política do medo finca raízes cada vez mais profundas no solo da administração pública, transformando os gestores em meros robôs aplicadores da lei, quando não se omitem para protegerem seu nome e seu patrimônio, perante a possibilidade de tomarem decisões de boa-fé e mesmo assim virem a ser condenados ao pagamento de multas, dentre outras sanções. Seu papel é cumprir, ainda que não sejam a melhor opção, recomendações da controladoria, do Ministério Público, as decisões do judiciário e do Tribunal de Contas, pois a inobservância, ainda que das meras recomendações, será punida gravemente com processos administrativos disciplinares, sanções de improbidade administrativa e pesadas condenações.

Muito vezes o servidor nem tem dúvida de que o administrado tem direito ao seu pleito, mas para se resguardar de questionamentos do controle interno (leia-se: CGU), por exemplo, ele nega e ainda aconselha o peticionante a procurar a Justiça, pois tem certeza de que ele tem razão. As consequências são conhecidas: privação de um direito líquido, certo e cristalino por tempo indeterminado; abarrotamento do Judiciário; recursos públicos desperdiçados; perda de foco nas prioridades, dentre outras. Outra estratégia utilizada tem sido seguir à risca o código do fracasso

---

a large percentage of GDP to eliminate all official abuses whatsoever, leaving too little for the actual functioning of government and for the welfare goods that government supplies. I return to that issue shortly. Somewhat less obviously, eliminating abuses requires setting up an enforcement machinery that is itself a source of possible abuses. In order to 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. The resulting question, ‘Who guards the guardians?’, has a neat answer in principle: The guardians must be arranged in a circle of mutual monitoring. But the necessary institutional arrangements produce costs of their own, as the circle of mutual monitoring inevitably operates with a certain degree of friction, disagreement, conflict and delay. The upshot is that given positive costs of enforcing constitutional rules, some level of official abuse of power will be inevitable. In a thin second-best sense, it will even be desirable: insofar as there is no feasible improvement, no alternative regime that would do better. A certain level of abuse of power will necessarily be part of the best overall package solution to the problems of constitutional design” (VERMEULE, 2019, p. 21).

de Dromi (1995, p. 35): “Artigo primeiro: não pode. Artigo segundo: em caso de dúvida, abstenha-se. Artigo terceiro: se é urgente, espere. Artigo quarto: sempre é mais prudente não fazer nada”.<sup>169</sup>

Por isso que a realidade do serviço público em muitas locais é a seguinte: processos tramitando entre mesas e gabinetes sem que se encontre neles qualquer decisão; termos de referência, planilhas orçamentárias, projetos básicos e executivos apócrifos; engenheiros se recusando em anotar a responsabilidade técnica pela execução de obras ou supervisão das mesmas; servidores se ocultando para não participar de comissões de fiscalização ou de licitação; chefes de setor que não aprovam relatórios ou pareceres técnicos; fiscais de obras que não atestam medições; ordenadores de despesa preocupados em terem que pagar por serviços executados; coordenadores, diretores, superintendentes, presidentes de autarquias e fundações apreensivos com o fato de terem que decidir e, mesmo agindo de boa-fé, terem que responder a processos de responsabilização.

O controle tem provocado o “apagação das canetas” e produzido corpos docilizados.<sup>170</sup> Cada vez mais acuado o gestor público se vê reduzido a um objeto de direito, tal qual a própria caneta que ele teme usar, pois tolheram-lhe a liberdade criativa. O consenso que vigora à capucha é que a melhor forma para não correr riscos é não fazer nada, manter-se na zona de conforto, livre das consequências de suas decisões. Diante de situações controversas ou singulares, sem precedentes, que requerem uma tomada de decisão inédita, o administrador público é impelido pelos modos “devagar” e “rápido” de pensar que agem simultaneamente sobre sua mente, com base nos ensinamentos de Kahneman (2012) e seus dois sistemas (S1 e S2).

No modo devagar (S2) ele pensa em sua missão como servidor público e no interesse coletivo a ser atendido, faz atividades mentais laboriosas que incluem a avaliação da necessidade, estimativas de custos, prazo de implantação, modo de execução e uma série de outros cálculos complexos que legitimam sua decisão e o impelem a agir e a adotar determinada providência que lhe parece escoreita, muitas vezes de forma emergencial. Concomitantemente, o modo rápido (S1) de pensar age sobre seu raciocínio, fazendo uma varredura nos escaninhos dos sistemas neurais, procurando por sentimentos, intuições e crenças que de forma inconsciente, involuntária e automática moldarão o processo decisório. Agora o agir será definido com suporte em habilidades

<sup>169</sup> Roberto Dromi (1995) se refere à administração pública argentina, a qual havia se transformado em “caras máquinas de impedir”.

<sup>170</sup> A expressão é de Michel Foucault ao narrar que o poder antes era personificado na figura do soberano, mas com a modernidade ele se dissemina nas instituições sob a forma de disciplina, docilizando lenta e paulatinamente os seres humanos até que tudo pareça estar como sempre esteve: normal. “É dócil um corpo que pode ser submetido, que pode ser utilizado, que pode ser transformado e aperfeiçoado” (FOUCAULT, 1987, p. 163).

inatas e aprendizados de vida, dentre os quais o medo, que poder ser aprendido muito mais por palavras do que pela experiência (KAHNEMAN, 2012, p. 255).

Como essas formas de pensar interagem, influenciando-se mutuamente, é natural que o ser humano em geral prefira, muito em função de uma heurística da disponibilidade,<sup>171</sup> se autopreservar e opte por não fazer nada ou não fazer aquilo que considera correto com medo de tomar uma punição. Muitas vezes a inação parecerá ter sido a escolha acertada à luz dos fatos concretos objetivamente analisados e que teria sido adotada por qualquer outra pessoa racional que nunca tivesse sofrido de traumas ou pressões característicos do modelo de serviço público vigente.<sup>172</sup>

Ocorre que o modo rápido nunca desliga, agindo nos latíbulos do cérebro. Ele continuamente manda “inputs” colhidos da experiência, de impressões, intuições e sentimentos que são absorvidas pelo modo devagar e o influenciam na tomada de decisão “voluntária”.<sup>173</sup> Muitas escolhas aparentemente livres sofrem a interferência de uma infinidade de heurísticas e fatores

---

<sup>171</sup> Tversky e Kahneman (1974) apresentam, em artigo seminal, três heurísticas que são empregadas para fazer julgamentos sob incerteza: (i) a da disponibilidade, que é empregada quando se avalia a frequência de uma classe ou a plausibilidade de um determinado evento com base na memória que se tem de algo; (ii) a da representatividade, que é empregada quando se avalia a probabilidade de que um evento A pertence a B; e (iii) a da ancoragem, que é empregada na previsão de um número com base em outro valor conhecido. A heurística da disponibilidade é um processo cerebral, em que a mente humana define a probabilidade de um evento acontecer a partir da facilidade com que se lembra de um evento similar ter acontecido no passado.

<sup>172</sup> Contudo, há um medo secundário, de que nos fala Bauman (2008, p. 9), atuando imperceptivelmente: “Os humanos, porém, conhecem algo mais além disso: uma espécie de medo de ‘segundo grau’, um medo, por assim dizer, social e culturalmente ‘reciclado’, ou (como o chama Hughes Lagrange em seu fundamental estudo do medo) um ‘medo derivado’ que orienta seu comportamento (tendo primeiramente reformado sua percepção do mundo e as expectativas que guiam suas escolhas comportamentais), quer haja ou não uma ameaça imediatamente presente. O medo secundário pode ser visto como um rastro de uma experiência passada de enfrentamento da ameaça direta - um resquício que sobrevive ao encontro e se torna um fator importante na modelagem da conduta humana mesmo que não haja mais uma ameaça direta à vida ou à integridade. O ‘medo derivado’ é uma estrutura mental estável que pode ser mais bem descrita como o sentimento de ser suscetível ao perigo; uma sensação de insegurança (o mundo está cheio de perigos que podem se abater sobre nós a qualquer momento com algum ou nenhum aviso) e vulnerabilidade (no caso de o perigo se concretizar, haverá pouca ou nenhuma chance de fugir ou de se defender com sucesso; o pressuposto da vulnerabilidade aos perigos depende mais da falta de confiança nas defesas disponíveis do que do volume ou da natureza das ameaças reais). Uma pessoa que tenha interiorizado uma visão de mundo que inclua a insegurança e a vulnerabilidade recorrerá rotineiramente, mesmo na ausência de ameaça genuína, às reações adequadas a um encontro imediato com o perigo; o ‘medo derivado’ adquire a capacidade da autopropulsão”.

<sup>173</sup> Kahneman (2012, p. 28) explica: “A interação dos dois sistemas é um tema recorrente do livro, e uma breve sinopse da trama se faz necessária. Na história que vou contar, os Sistemas 1 e 2 estão ambos ativos sempre que estamos despertos. O Sistema 1 funciona automaticamente e o Sistema 2 está normalmente em um confortável modo de pouco esforço, em que apenas uma fração de sua capacidade está envolvida. O Sistema 1 gera continuamente sugestões para o Sistema 2: impressões, intuições, intenções e sentimentos. Se endossadas pelo Sistema 2, impressões e intuições se tornam crenças, e impulsos se tornam ações voluntárias. Quando tudo funciona suavemente, o que acontece na maior parte do tempo, o Sistema 2 adota as sugestões do Sistema 1 com pouca ou nenhuma modificação. Você geralmente acredita em suas impressões e age segundo seus desejos, e tudo bem — normalmente”.

emocionais<sup>174</sup> inerentes à condição humana que podem inconscientemente “viciar” a decisão, pois nada passa à consciência sem ter sofrido estímulos emocionais. As emoções são fundamentais na construção do raciocínio e, por conseguinte, da vida.<sup>175</sup> Elas são armazenadas no modo rápido que, quando necessário, encaminha mensagens subliminares, paradoxalmente invisíveis e cintilantes, ao modo devagar, moldando o processamento do raciocínio.<sup>176</sup> Os “inputs” são colhidos na ênfase que os controladores dão à divulgação de informações sobre punições, com destaque para sanções, multas e responsabilizações<sup>177</sup> e pelo aumento exponencial de condenações ao longo dos anos.

Em pesquisa encomendada em 2019 pelo Grupo Infra 2038, em conjunto com Torreão Braz Advogados, concluiu-se que a frequência de condenações transitadas em julgado pelo TCU subiu de menos de 250 casos por ano antes de 2000 para mais de 1.500 casos por ano após 2010 (com exceção apenas em 2012, quando o número foi pouco abaixo de 1.500).<sup>178</sup>

---

<sup>174</sup> Damásio (2012, p. 10) construiu a hipótese do marcador somático, estruturas que ficam armazenadas no cérebro, na região do córtex pré-frontal ventromedial, onde são produzidas as emoções e são parte integrante do processo de raciocínio, auxiliando-o ao invés de, como se costumava supor, perturbá-lo.

<sup>175</sup> “Qual a função do marcador-somático? Ele faz convergir a atenção para o resultado negativo a que a ação pode conduzir e atua como um sinal de alarme automático que diz: atenção ao perigo decorrente de escolher a ação que terá esse resultado. O sinal pode fazer com que você rejeite imediatamente o rumo de ação negativo, levando-o a escolher outras alternativas. O sinal automático protege-o de prejuízos futuros, sem mais hesitações, e permite-lhe depois escolher entre um número menor de alternativas. A análise custos/benefícios e a capacidade dedutiva adequada ainda têm o seu lugar, mas só depois de esse processo automático reduzir drasticamente o número de opções. Os marcadores-somáticos podem não ser suficientes para a tomada de decisão humana normal, dado que, em muitos casos, mas não em todos, é necessário um processo subsequente de raciocínio e de seleção final. Mas os marcadores-somáticos aumentam provavelmente a precisão e a eficiência do processo de decisão. Sua ausência as reduz. Essa distinção é importante e pode com facilidade passar despercebida. A hipótese que apresento não abrange as fases do raciocínio subsequentes à ação do marcador-somático. Em suma, os marcadores-somáticos são um caso especial do uso de sentimentos gerados a partir de emoções secundárias. Essas emoções e sentimentos foram ligados, pela aprendizagem, a resultados futuros previstos de determinados cenários. Quando um marcador-somático negativo é justaposto a um determinado resultado futuro, a combinação funciona como uma campanha de alarme. Quando, ao contrário, é justaposto um marcador-somático positivo, o resultado é um incentivo” (DAMÁSIO, 2012, p. 191).

<sup>176</sup> Um exemplo ajuda a compreender: durante um mês e meio pessoas que assistiam a um filme no cinema foram bombardeadas por mensagens invisíveis que passavam 12 (doze) vezes por minuto com duração inferior a três milésimos de segundo sob os rostos dos atores. Elas tinham os seguintes dizeres: “Beba Coca-Cola”. O resultado foi um aumento na venda do produto, pois as pessoas deixavam a sala para comprar a bebida, movidas pela vontade “espontânea” e “racional” de consumi-la.

<sup>177</sup> O TCU, por exemplo, faz questão de divulgar as sanções impostas pelo Tribunal, pois parte da estratégia de que a disseminação dessas informações faz com que outros servidores sejam persuadidos a lhe obedecer sem muito esbravejar, cravando desse modo sua autoridade.

<sup>178</sup> O estudo concluiu ainda que: desde 2014, o débito mediano foi da ordem de mais de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais); desde 2014, a multa individual mediana tem sido em torno de R\$ 10.000,00 (dez mil reais); irregularidades em licitações e prestações de contas estão entre as causas mais frequentes de condenação; agentes políticos podem ser os agentes com maior risco de responsabilização; servidores podem estar em segundo lugar; processos podem levar, em média, sete anos para serem instaurados; e processos tendem a ser concluídos em menos de cinco anos, podendo se estender, em alguns casos, a mais de oito anos (CARNEIRO; CAJAL, 2019, p. 19).

O aumento quantitativo de condenações, somada a estratégia de difusão comunicacional, fazem com que o agente tome a decisão não porque ela seja a mais justa e correta diante das circunstâncias de fato ou recomendada pela melhor técnica segundo seu juízo, mas sim porque o controlador decidiu de outra forma em caso similar e ele tem receio de ser penalizado caso não aja da mesma forma. Então ele não mais se preocupa em agir conforme um difuso conceito de interesse público e sim em tentar se proteger antevendo respostas para o que acontecerá com ele se tomar aquela decisão discordante ou qual a probabilidade de perder seu cargo ou seu patrimônio.

O Ministério Público tem “modus operandi” próprio de domesticação, utilizando-se de uma tática conhecida como coação instrumental, ou seja, emprega ferramentas processuais para conseguir impor sua vontade<sup>179 180</sup> ou interpretação jurídica.<sup>181</sup> Para tanto, conforme exposto anteriormente, faz uso de recomendações sob ameaça velada de que o descumprimento ensejará a apuração de responsabilidade. Ainda que a ação seja completamente descabida, a mera possibilidade de vir a responder pessoalmente como réu em ação civil pública de improbidade administrativa por descumprimento de princípios já impacta fortemente o comportamento dos gestores, pois, conforme dito alhures, não existe processo grátis (SUNDFELD; VORONOFF, 2018, p.174). Nem que sejam valores emocionais (ansiedade – preocupação - medo), algo ficará na conta.

Não há incentivos para decidir e a consequência é a paralisia da Administração Pública. Melhor é se proteger partindo do seguinte pressuposto: se a ação pode gerar responsabilização patrimonial, indisponibilidade dos bens ou até prisão; a omissão, quando muito, pode render um

---

<sup>179</sup> Como bem apontam Salama e Palma (2016, p. 457): “É o caso da celebração de termo de ajustamento de conduta, porque o arranjo de determinado contrato é complexo. Não raro, o conteúdo do acordo é unilateralmente definido pelo Ministério Público que apresenta apenas duas opções ao gestor público: ou celebra o TAC tal qual lhe é apresentado, ou se resigna a responder ação civil pública ou ação de improbidade administrativa. Na mesma toada, a instauração de processos administrativos disciplinares contra gestores que concedem licenças com rapidez sob a suspeita de conluio com o requerente”.

<sup>180</sup> Tendo em vista a pressão exercida sobre os servidores para que assinassem TAC's em audiências no Ministério Público, foi que a AGU, para por um basta nessa forma de coação instrumental, editou a Portaria nº 201, de 28 de março de 2013, estabelecendo a obrigatoriedade de se solicitar autorização ao Advogado-Geral da União para a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta, judicial ou extrajudicial, em que as autarquias e fundações públicas federais figurem como compromissárias.

<sup>181</sup> A esse respeito esclarecem Salama e Palma (2016, p. 458): “Outro exemplo bastante recorrente corresponde ao ajuizamento de ações civis públicas de improbidade administrativa contra agentes públicos que tenham uma interpretação diferente da dos controladores, ainda que jurídica e logicamente válida. Nessa linha vai o controle prévio dos editais de licitação pelo Tribunal de Contas pelo simples fato de serem concorrências de alta monta. Igual efeito tem a oitiva e a prestação de esclarecimentos sem a prévia instauração de processo, pois alguém, não importa quem, ‘denunciou’ o agente público. Enfim, ‘onde há fumaça há fogo’ e ‘quem não deve não teme’”.



processo administrativo disciplinar; então melhor é nada fazer, auferindo a remuneração do cargo sem correr riscos demasiados. O problema é que, como assinalam Marques Neto e Freitas (2019, p. 130), “a legítima defesa do gestor público leva, no final do processo, à inação do Estado, com violação reflexa aos demais fundamentos”.

Além da inação, que é a principal e mais danosa estratégia de fuga da responsabilização utilizada pelos gestores, Santos (2020, p. 345-346) elenca outras como: i) estratégias de manipulação da opinião pública;<sup>182</sup> ii) estratégias de atuação visando transferir a outros agentes a responsabilidade ou grau de exposição ao risco;<sup>183</sup> iii) estratégias de políticas públicas ou operacionais;<sup>184</sup> iv) estratégias de judicialização ou substituição decisória externa;<sup>185</sup> v) estratégia de relacionamento informal interadministrativo;<sup>186</sup> e, vi) estratégia de blindagem patrimonial.<sup>187</sup> Frise-se, ainda, estar havendo a recusa de muitos profissionais qualificados em ocupar cargos em comissão na administração pública ou mesmo pedindo exoneração, pois não querem arriscar seu CPF. Fogem do serviço público pelo temor de que meras escolhas erradas sejam tomadas como

---

<sup>182</sup> “As estratégias de manipulação estão ligadas a técnicas de propaganda e divulgação da ação estatal, de modo a acentuar seus aspectos positivos; ou, diante dos problemas enfrentados pela Administração e cobranças que lhes são legitimamente feitas, passar a impressões positivas para minimizar os efeitos negativos de determinando tema para o gestor” (SANTOS, 2020, p. 346).

<sup>183</sup> “Por estratégias de atuação, quer-se significar a atribuição ou desvio da responsabilização a outros agentes públicos ou a pessoas estranhas à Administração” (SANTOS, 2020, p. 348), podendo ocorrer por meio de delegação; reorganização defensiva; associação coletiva nas decisões; ou, governo pelo mercado (SANTOS, 2020, p. 349).

<sup>184</sup> “As estratégias de política pública ou operacionais visam organizar e estruturar a organização administrativa de modo a eliminar potenciais causas da responsabilização” (SANTOS, 2020, p. 354).

<sup>185</sup> “As estratégias de judicialização ou substituição decisória externa significam a atribuição a outros poderes ou órgãos constitucionais do poder de decisão exclusivo do administrador com o fito de proteger-se jurídica e politicamente” (SANTOS, 2020, p. 360).

<sup>186</sup> “Por estratégias de relacionamento informal interadministrativo, queremos significar a adoção por parte do agente público – mormente o agente político – de atuação informal junto aos órgãos de controle externo que poderão, potencialmente, interferir no julgamento de processos que lhe digam respeito, ou nos atos administrativos a serem emanados pela Administração Pública, visando tanto demonstrar o acerto de sua decisão como buscar a orientação, consulta ou aprovação informal daqueles atos administrativos, numa relação jurídica concertada (SANTOS, 2020, p. 362-363).

<sup>187</sup> “A blindagem patrimonial nada mais é que levar para o âmbito da proteção pessoal o patrimônio do gestor público. É importante destacar que não apenas mecanismos lícitos são utilizados nesse intento, mas também de conduta ilícita utilizadas como modo de proteção, o que não deixa de pôr em risco aqueles que a utilizam” (SANTOS, 2020, p. 367).

ações intencionalmente direcionadas para lesar o erário, ainda que hajam de boa-fé,<sup>188</sup> imbuídos do melhor espírito republicano.<sup>189</sup>

Igualmente, assistiu-se mesmo no âmbito da Advocacia Pública um apagão cognitivo por parte de alguns membros que com medo de serem responsabilizados retraíram-se e passaram a engessar ainda mais a administração pública,<sup>190</sup> ora adotando interpretações restritivas ao extremo; ora se limitando a seguir acriticamente entendimentos do TCU; ora socorrendo-se da transcrição de partes descontextualizadas em acórdãos que aplicaram sanções a gestores, tudo com o fito de inibirem a ação administrativa e se protegerem de uma responsabilização solidária.<sup>191</sup>

## 4.2 Ossificação, insegurança e ineficiência

<sup>188</sup> “Por tudo e em tudo, não sem razão, os agentes administrativos, especialmente os honestos, estão com medo, com muito medo, cumprem suas funções pisando em ovos, sob o fio da navalha de um aparato de controle sedento por punições. É difícil, hoje em dia, encontrar alguém que assine ato de dispensa ou inexigibilidade de licitação, que ponha o seu dedo em aditivo contratual, que conceda licença ambiental ou que se disponha a participar de qualquer decisão que possa ser considerada controvertida” (NIEBUHR; NIEBUHR, 2017).

<sup>189</sup> “Há, portanto, muita coisa errada com o nosso modelo de combate à corrupção. Mas por que esses equívocos são, como afirmei, instrumento de uma permeabilidade seletiva? A resposta é intuitiva. A caracterização casuística e subjetiva dos ilícitos leva à paralisia dos honestos. Os sérios não querem arriscar sequer um segundo de cadeia. E, portanto, irão se manter a quilômetros de distância de qualquer relação econômica com o Estado. O escasseamento de agentes econômicos num dado mercado tende a aumentar os lucros. Mais um incentivo àqueles sem qualquer escrúpulo. Falta de escrúpulo combina com ganância. Com os honestos de fora, com medo de tudo – porque sem definição exata tudo pode ser crime –, os ratos farão a farra” (Warde, 2018, p. 32).

<sup>190</sup> “É segredo de Polichinelo que, por conta disso, diante da ameaça de responsabilização perante uma instância não jurídica – como a Corte de Contas –, mesmo no âmbito da Advocacia Pública, havia vários advogados que, com receio da perigosa loteria hermenêutica, recolhiam-se na sua atividade constitucional de interpretar e inclinavam-se ora a prolatar pareceres inconclusivos ou abertos, ora a adotar interpretações bem restritivas, burocratizantes e censuradoras de atos administrativos” (OLIVEIRA, 2018, p. 5).

<sup>191</sup> O tema da responsabilização dos pareceristas jurídicos tem oscilado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, gerando insegurança jurídica. O *leading case* durante muito tempo foi o Mandado de Segurança nº 24.073-3/DF, de relatoria do ministro Carlos Velloso, cujo julgamento se deu em 6 de novembro de 2002. Decidiu-se naquela oportunidade, por unanimidade, que não cabia ao Tribunal de Contas da União processar um advogado por um ato praticado por ele no regular exercício de sua profissão. A segunda decisão do STF foi tomada no Mandado de Segurança nº 24.584-1/DF, julgado em 9 de agosto de 2007, sendo relator o ministro Marco Aurélio. A decisão, tomada por maioria, denegou a segurança, entendendo que os procuradores federais poderiam ser chamados ao TCU para apresentar explicações. A terceira decisão veio no Mandado de Segurança nº 24.631-6/DF, sendo relator o Ministro Joaquim Barbosa. Partindo da tripartição doutrinária de René Chapus entre pareceres facultativos, obrigatórios e vinculantes, indicou que quando a lei nada fala o parecer é facultativo e não há, exceto se existir dolo ou erro inescusável, responsabilidade do parecerista. Por outro lado, quando a lei vincula a atuação administrativa à manifestação jurídica, haverá compartilhamento de responsabilidades e nesse caso o parecerista poderá vir a ser responsabilizado solidariamente com o administrador, pois ele é também administrador nesse caso. Recentemente no Mandado de Segurança nº 35.815/DF, relator Min. Edson Fachin (DJe nº 169, divulgado em 17/08/2018 e publicado em 20/08/2018) e Mandado de Segurança nº 36.385/DF (DJe nº 181, divulgado em 19/08/2019), relatora Ministra Cármen Lúcia, foram deferidas as liminares para suspender as decisões do TCU com base no argumento de que “[a] questão relativa à responsabilização do parecerista por danos causados ao erário ainda não restou solvida definitivamente por esta Corte, merecendo apreciação mais aprofundada”.

Desde a década de 60 do século passado se reconhece que a burocracia apresenta baixa capacidade para inovar. Segundo Thompson (1965), o modelo weberiano caracterizado pela rígida subordinação hierárquica e estratificação funcional tolhe a liberdade, inibindo a difusão de ideias.<sup>192</sup> Nesse modelo a preocupação prioritária é com o cumprimento dos procedimentos definidos em lei, sem margem para improvisações, como salienta Cunha (2017, p. 48): “O ideário burocrático Weberiano tradicional, por exemplo, ainda que eficiente para fins de controle, hierarquia e previsibilidade, não parece atender a contento à velocidade e à interdependência das missões que os governos devem passar a cumprir, atualmente”.<sup>193</sup>

Os desafios crescentes no setor público impuseram a necessidade de se construírem soluções criativas, por isso a inovação se tornou uma obsessão para governos que querem aumentar seus desempenhos e prestar melhores serviços. No Reino Unido a inovação está provocando a quarta revolução industrial<sup>194</sup> e em países completamente diferentes como Estados Unidos, Austrália e Emirados Árabes disseminam-se iniciativas, projetos, práticas e “estratégias destinadas especificamente à promoção de práticas inovadoras na esfera governamental e ao fomento e apoio

---

<sup>192</sup> Thompson (1965, p. 3-4) assevera que o estereótipo monocrático característico das grandes e modernas organizações, nas quais os desencadeamentos das ações ocorrem em forma de cascata, passando do superior ao subordinado, com rígida disciplina imposta de cima para baixo, não permite que haja conflito, consequentemente não há embates, problemas, incertezas e difusão de ideias. O conflito força as pessoas a procurarem soluções, incentivando inovações.

<sup>193</sup> Interessante apresentar o contraponto de Nohara (2014, p. 357) para quem “alguns valores da burocracia são bastante compatíveis com a disciplina constitucional da Administração Pública e merecem prosperar, o que não significa que não haja a necessidade de sofrerem adaptações que calibrem seu funcionamento com as demandas de uma sociedade democrática e contemporânea”. Exemplifica com a constatação de que existem “atividades estatais cuja eficiência jamais poderá ser mensurada a partir da satisfação do destinatário, como, por exemplo, o cumprimento de determinações de poder de polícia, nas quais o indivíduo terá o exercício da propriedade ou da liberdade restringido em nome do bem-estar comum. Logo, nesta seara, quanto mais eficiente a ação estatal, muito provavelmente menos satisfeito ficará, o cidadão-administrado”.

<sup>194</sup> De acordo com o Regulamento para a Quarta Revolução Industrial, apresentado ao Parlamento pelo Secretário de Estado dos Negócios, Energia e Estratégia Industrial britânico: “We are a nation of innovators. Throughout our history we have seized the opportunities to create a better future for ourselves. In the First Industrial Revolution, British engineer Thomas Savery’s pump paved the way for industrial use of steam power. In the second, British scientist Michael Faraday’s electromagnetic rotary devices formed the basis for practical electricity use. In the third, British computer scientist Tim Berners-Lee invented the world wide web. [...] The Fourth Industrial Revolution is of a scale, speed and complexity that is unprecedented. It is characterised by a fusion of technologies – such as artificial intelligence, gene editing and advanced robotics – that is blurring the lines between the physical, digital and biological worlds. It will disrupt nearly every industry in every country, creating new opportunities and challenges for people, places and businesses to which we must respond”. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/publications/regulation-for-the-fourth-industrial-revolution/regulation-for-the-fourth-industrial-revolution#references>. Acesso em: 20 abr. 2020.

à sua adoção por instituições privadas, além do desenvolvimento de estudos e pesquisas nos meios acadêmicos” (COSTA, 2017, p. 112).

No Brasil, o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado externava que o modelo burocrático implantado no país era refratário a inovações.<sup>195</sup> Com o objetivo implementar a administração gerencial rumo ao *New Public Management* (NPM), o então ministro da Administração e Reforma do Estado, Bresser-Pereira, criou um prêmio para valorizar as experiências exitosas na implementação das diretrizes da reforma. A Escola Nacional de Administração Pública (ENAP), então, realiza desde 1996 o Concurso de Inovação no Setor Público (Cisp)<sup>196</sup> que tem como objetivo “promover e disseminar práticas inovadoras na gestão pública brasileira e recompensar servidores públicos a fim de promover abordagens práticas para melhorar a eficácia do governo” (CAVALCANTE; CAMÕES, 2017, p. 129).<sup>197</sup>

Em 2016 foi criada a Rede Federal de Inovação no Setor Público (InovaGov) com objetivo de estimular a geração de ideias e soluções criativas; conectar pessoas e instituições de todas as esferas na busca de oportunidades de inovação, bem como integrar e articular esforços de diferentes setores para promover de forma sistêmica a cultura da inovação no setor público. Atualmente participam do InovaGov 75 (setenta e cinco) órgãos e entidades do setor público, 20 (vinte) da área privada, 12 (doze) do terceiro setor e 4 (quatro) do setor acadêmico, incluindo pesquisadores independentes.<sup>198</sup>

---

<sup>195</sup> “O modelo burocrático implantado no país soma aos defeitos inerentes à administração pública burocrática, relacionados com o controle rígido dos processos, a falta de treinamento e de estrutura de carreiras que, pelo contrário, caracterizam as boas burocracias ainda existentes em países como a França e o Japão. Os instrumentos de supervisão e acompanhamento são pouco criativos, sendo deste modo insuficientes para caminhar passo a passo com a mudança tecnológica e atender à necessidade de repensar e propor novos objetivos e métodos de forma ágil, em menor tempo e a um custo mais baixo. Além disso, o sistema carece de mecanismos auto-reguladores e é refratário às inovações. Sua capacidade de resposta aos novos e constantes estímulos é limitada, fato que o torna arcaico e ineficiente” (BRASIL, 1995, p. 39).

<sup>196</sup> Pode-se citar como inovações recentes e relevantes: 1) Projeto IRIS, que consiste em um sistema de gerenciamento de risco e seleção de viajantes, englobando a Declaração Eletrônica de Bens de Viajante (e-DBV), o cruzamento de dados com a Polícia Federal e Companhias Aéreas, a realização de análise de risco por parametrização eletrônica e a identificação por biometria facial; 2) Taxi Gov, que substitui os modelos de carros alugados e próprios por táxis, pagando-se apenas pela efetiva utilização; 2) O Pannel de Preços, ferramenta que fornece pesquisa de mercado, análise e comparação de preços de referência para contratação de bens e serviços gerais no serviço público.

<sup>197</sup> No campo legislativo tem-se a Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, chamada Lei da Inovação, disciplinando o fomento público à ciência e à tecnologia, e a Emenda Constitucional nº 85/2015, que incluiu a inovação no rol das competências comuns da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, acrescentando dispositivos para seu desenvolvimento.

<sup>198</sup> Disponível em: <http://inova.gov.br/quem-somos/>. Acesso em: 25 abr. 2020.

Certificado que governos do mundo todo incentivam mais e mais pesquisas em busca de soluções novas, deve-se admitir que existem vários riscos<sup>199</sup> associados a qualquer forma de inovação e o conhecimento de todos eles é impossível, daí a dificuldade em eliminá-los, por isso onde as inovações não atinjam seus objetivos ou erros forem cometidos é crucial aprender com a experiência de maneira positiva e evitar culpar os responsáveis para que os medos enraizados no setor público, como o de cometer erros e perder o emprego,<sup>200</sup> não atuem como barreiras inibidoras a atitudes inovadoras.<sup>201</sup>

Infelizmente “a tomada de decisão pública submete-se a tantas instâncias de controle hoje em dia que o administrador público chega a ser desencorajado a pensar em soluções criativas e heterodoxas para os problemas enfrentados, tantos são os riscos que acaba por assumir” (WILLEMAN, 2017, p. 293). As rígidas estruturas de controle condenam a incerteza e aprisionam a criatividade. O comprometimento à inovação é ainda maior “num cenário em que qualquer ação do administrador está sendo vigiada por um número cada vez maior de controladores, cada um deles bastante interventivo,” impondo obediência a protocolos legais inflexíveis em razão de uma visão estrita do princípio da legalidade, perante a qual todas as ações e soluções administrativas já têm que estar pré-concebidas na legislação (JORDÃO, 2018b, p. 143).<sup>202</sup>

Do modo como atuam, seria inimaginável, por exemplo, o desenvolvimento de uma vacina no Brasil, pois são necessários vários testes e efeitos colaterais indesejáveis podem ocorrer, incluindo a morte de voluntários. Como não se admitem que servidores públicos cometam erros, os cientistas nacionais, servidor estatutário de alguma fundação de pesquisa, teriam que acertar de

---

<sup>199</sup> “Risk is often cited as the reason why innovation is so hard in the public sector. If things go wrong those responsible will be mercilessly blamed: by hostile media, opposition politicians. Experiments that don’t work will be denounced as a waste of scarce public money. So it’s natural to default to safe bets. A better approach is to see risk as something to be managed” (MULGAN, 2014, p. 17).

<sup>200</sup> “The fear of making mistakes is very rooted in the public sector and can act as a barrier to innovation” (EUROPEAN COMMISSION, 2013, p. 22). “Fear of failure or of losing their job, further strengthened by scepticism of public opinion and negative media coverage is a common inhibitor to innovation” (EUROPEAN COMMISSION, 2013, p. 25).

<sup>201</sup> “É necessário admitir que haja tentativas fracassadas. É preciso assegurar que equívocos de prognoses não impliquem imediata responsabilização, salvo se o erro efetivamente for grosseiro. Do contrário, o incentivo ao gestor é de cumprir com os ritos sem se preocupar com resultados. Num contexto, como o brasileiro, em que se clama por gestão mais eficiente, impossível desconsiderar um tratamento diferente ao erro e aos meios de controle” (BINENBOJM; CYRINO, 2018, p. 214).

<sup>202</sup> Acerca da relação entre controle, erro e inovação escreve Santos (2020, p. 344): “A despeito da necessidade de verificar-se os equívocos e erros administrativos, esse sistema de controle leva a graves equívocos e efeitos perniciosos. O primeiro deles é que toda atuação administrativa passa a centrar-se em evitar erros – que, aliás, parece desejável, mas, ao se fazer assim, as boas práticas administrativas, as ideias inovadoras, o constante repensar da Administração Pública, ficam em segundo plano.”

primeira. Iniciativas como a do Butantan, que estudava um novo imunizante contra a covid-19 (denominado Butanvac), necessita ser testada em voluntários humanos e danos substanciais pode acontecer nesse processo. Em várias situações como essa a visão tradicional do controle precisa ser mitigada para permitir inovações, particularmente em momentos de crise.

Os controladores se apegam a vetustas lições como a de Seabra Fagundes (“administrar é aplicar a lei de ofício”) ou de Hely Lopes Meirelles (“na Administração só é permitido fazer o que a lei autoriza”) incriminando ineditismos, ainda que benéficos, por não estarem amparados em lei. Os controles exagerados desencorajam o comportamento inovador e empreendedor dos gestores, aponta Bovens, Schillemans e Hart (2008, p. 228), mantendo-os avessos ao risco para se precaverem de sanções, com tendência a se conservarem imobilizados ou a diminuir suas iniciativas de gestão.

Do mesmo sentir são Mainwaring e Welna (2003, p. 4):

On the one hand, governments cannot deliver what citizens need if they are so hampered by mechanisms of oversight and sanctioning agencies that they cannot undertake new initiatives. Constitutional crises between powers or challenges to policy decisions by oversight bodies, ombudsmen or lawsuits can undermine government effectiveness. [...] Powerful mechanisms of accountability can impede governments from implementing policies that would benefit most citizens.

Outro efeito perverso da coação instrumental, a qual se fez referência acima, são exatamente “os custos de gestão decorrentes da paralisia dos gestores frente à ameaça processual dos controladores que veem com desconfiança as inovações e as decisões de risco na esfera administrativa” (SALAMA; PALMA, 2016, p. 459). Em face disso é que se caminha no Brasil para aquilo que a doutrina norte-americana conhece há bastante tempo e denomina de “ossificação administrativa”.<sup>203</sup> A expressão nasceu para simbolizar as várias dificuldades enfrentadas pelas agências norte-americanas na formulação de políticas regulatórias, destacando a necessidade de um esforço ainda maior para garantir que as bases técnicas das regras fossem capazes de resistir ao escrutínio judicial.<sup>204</sup>

<sup>203</sup> Thomas O. McGarity (1992, p. 1.386) cita que o termo foi cunhado pelo professor E. Donald Elliott, ex-conselheiro geral da Agência de Proteção Ambiental americana, ao explicitar as razões pelas quais o processo decisório das agências reguladoras estava se tornado extremamente lento, rígido e oneroso.

<sup>204</sup> “The predictable result of stringent ‘hard look’ judicial review of complex rulemaking is ossification. Because the agencies perceive that the reviewing courts are inconsistent in the degree to which they are deferential, they are constrained to prepare for the worst-case scenario on judicial review” (MCGUARITY, 1992, p. 1.419).

O Congresso e a própria Casa Branca americana<sup>205</sup> também passaram a exigir análises de impacto regulatório, relatórios de impacto ambiental e estudos detalhados de custos e benefícios às agências. Apesar disso, boa parte da culpa pela ossificação recaiu sobre as doutrinas de direito administrativo criadas judicialmente (SEIDENFELD, 1997, p. 485). Nesse diapasão, a doutrina “hard look” ampliou o controle dos atos normativos das agências regulatórias para além dos seus aspectos formais. Nas primeiras duas décadas de vigência do *Administrative Procedure Act* - APA, de 1946, a revisão judicial se limitava a observar se as regras não eram arbitrárias e caprichosas, havendo grande deferência às agências administrativas.

Mas é nas décadas de 1970 e 1980, com decisões em *Citizens to Preserve Overton Park* contra Volpe (1971) e *Motor Vehicle Mfrs. Ass’n* contra *State Farm Mut. Auto. Ins. Co.* (1983) que os tribunais passam a adotar um padrão de revisão muito mais rígido e que ficou conhecido como “hard look review”.<sup>206</sup> Passou-se a cobrar explicações cada vez mais detalhadas da lógica da agência, com a especificação das premissas políticas utilizadas, seu raciocínio e seu suporte factual.

Com o tempo uma série de outros elementos foram acrescentados como a demonstração de que a agência respondeu a questões importantes levantadas durante as audiências públicas, bem como examinou todos os fatores relevantes e considerou todas as alternativas significativas antes de fazer sua escolha (GARLAND, 1985, p. 526). Os defensores da revisão judicial rigorosa dizem que elas impedem as agências de serem imprudentes na implementação de políticas públicas e que

---

<sup>205</sup> Foram criados dois escritórios para maior controle das agências pelo Poder Executivo dos Estados Unidos: o Office of Management and Budget – OMB e o Office of Information and Regulation Affairs - OIRA. Cass R. Sunstein trabalhou de 2009 a 2012 como administrador do Escritório de Informações e Assuntos Regulatórios (OIRA, em inglês), órgão ligado à Casa Branca que supervisiona a regulamentação das agências e que é alvo de críticas por interferir em seu funcionamento, atrasando as decisões regulatórias. Sunstein (2013, p. 1.839-1840) rebate as críticas de que a revisão do OIRA envolve quase exclusivamente seus próprios pontos de vista e perspectivas; que quando as regras são adiadas por muito tempo ou, no final das contas, não são emitidas, quase sempre é devido às preocupações do próprio OIRA ou porque ele se opõe a elas; que a análise de custos e benefícios é a característica dominante da revisão do OIRA; e que a revisão do OIRA é altamente política. Ele explica que o OIRA atua, na verdade, simplesmente coletando informações amplamente dispersas que estão em todo o poder executivo e no público em geral; identificando e agregando visões e perspectivas de uma ampla variedade de fontes, dentro e fora do governo federal, bem como de numerosas outras agências regulatórias que também estão envolvidas e podem muito bem ser as forças motrizes no processo que é frequentemente mal descrito como “Revisão do OIRA”.

<sup>206</sup> “Drawing attention to administrative susceptibility to powerful private groups, many critics, both on and off the federal bench, have endorsed the idea that courts should take a “hard look” at agency action, in order to reduce factional influences and promote better policymaking. What has been ignored, for much of the life of the resulting debate, are two sets of risks. The first involves judicial error, partly a product of sheer ignorance. The second and more fundamental involves systemic effects, above all in the form of large-scale alterations in administrative behavior, produced by the very fact of “hard look” review. It is now well-documented that such review has contributed to the “ossification” of notice-and-comment rule-making, which now takes years, in part as a result of the effort to fend off judicial challenges” (SUNSTEIN; VERMEULE, 2003 p. 931-932).

elas muito vezes são capturadas<sup>207</sup> pelos poderosos interesses privados que são encarregadas de regular, deixando de primar pelo interesse público.

Lembra Jordão (2016, p. 1) que se nos Estados Unidos a doutrina denuncia o fenômeno chamado de paralisia por análise (*analysis paralysis*), ou seja, a ossificação administrativa decorrente das severas condições impostas pelos controladores, no Brasil é comum ouvirmos administradores assombrados pelo controlador ou da existência 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”.

Em sua dissertação de mestrado, Braga (2015, p. 76) relata situações que inferem ossificação administrativa em matéria de concessões. Ao investigar se a burocracia gerada pelo TCU nos processos de acompanhamento de concessões e se o grau de intervencionismo de suas decisões inibiram o surgimento de inovações em contratos de concessão pública ou a capacidade de inovação das agências reguladoras foi afetada pelas decisões, conclui que “a burocracia gerada pelo TCU diminui o ritmo de inovações promovidas pelas agências reguladoras, mas não a ponto de representar um entrave significativo para o surgimento de inovações em concessões públicas”.

O maior estrago à predisposição das agências à inovação ocorreu em função do conteúdo das decisões do TCU, ou seja, pelo grau de intervencionismo. Quanto mais extensa foi a decisão do TCU em determinado processo de acompanhamento de concessão, menos inovações surgirão na concessão seguinte.<sup>208</sup>

Uma cultura do medo do TCU é um incentivo ao gestor a cumprir ritos sem se preocupar com os resultados, por receio de inovar, por receio de não ser essa a melhor opção discricionária na opinião da Corte de Contas. Num cenário de avanços tecnológicos, culturais e sociais em velocidade nunca vista no mundo, o Brasil precisa inventar formas de se adaptar e gerir a coisa pública sem receio de não poder errar. E o erro, na visão do TCU, não pode ser aquela opção que no seu juízo de valor não tenha sido a melhor escolha (PESSOA, 2019, p. 106).

---

<sup>207</sup> Explica Nusdeo (2011, p. 124) o que é a captura: “Sem dúvida, o processo regulatório engendra uma dinâmica toda especial entre os reguladores e os regulados. Os contatos devem ser estreitos sobretudo em função de dados e informações a serem necessariamente supridos pelas unidades reguladas às agências estatais, inclusive quanto a eventuais dificuldades ou impossibilidade de cumprimento das normas editadas. Dessa intrincada dinâmica pode, muitas vezes, surgir o fenômeno da captura, quando as exigências regulamentares passam a se amoldar às conveniências e interesses das unidades reguladas ou de algumas delas. Um exemplo típico é o da introdução de padrões exageradamente estritos de qualidade ou de segurança para certos setores, a tal ponto de apenas uma ou duas empresas poderem atendê-los, propiciando para estas uma posição de mono ou oligopólio, sendo tais padrões sugeridos pelas unidades reguladas”.

<sup>208</sup> Apesar de reconhecer fragilidades metodológicas em sua análise, Braga (2015, p. 77) acredita que o método utilizado e os resultados apresentados fornecem, de maneira objetiva, informações importantes sobre o impacto da atuação do TCU nos contratos de concessão pública desde a década de 90.



Afora o congelamento decisório decorrente do “apagão das canetas” e o congelamento criativo fruto da ossificação administrativa, outra externalidade negativa que o excesso de controles invasivos tem gerado é a insegurança jurídica, tornando o ambiente econômico e social deteriorado e causando prejuízos de várias ordens, além de tornar a vida em sociedade um caos, face à instabilidade e imprevisibilidade geradas. A segurança jurídica, ao lado da justiça, é um valor inato à razão de ser do Direito<sup>209</sup> e elemento conceitual do Estado de Direito. A segurança jurídica minimiza a conatural insegurança humana, agasalhando as noções de previsibilidade (das ações estatais) e estabilidade, por meio das quais os indivíduos são levados a acreditar que as expectativas presentes se concretizarão no futuro, podendo, desse modo, idealizar planos e programar suas vidas.

Na modernidade líquida (BAUMAN, 2001), sujeita a mudanças de todos os tipos, especialmente com a globalização e revolução da ciência e da tecnologia, a segurança jurídica continua a ser uma meta e um desafio. Por essa razão, Camargo (2003, p. 61) enfatiza que a necessidade de segurança no mundo moderno se sobrepôs a ideia mais elevada de justiça, em que pese o pensamento filosófico acerca do direito no século XIX tenha se enraizado em torno de ambas.

Na Alemanha a segurança jurídica - com seus corolários - foi consagrada como um princípio fundamental autônomo no direito desde os anos 50 e como um princípio necessariamente inerente ao direito da Convenção Europeia e ao direito comunitário, muito embora para o Conselho Constitucional francês, anota Calmes-Brunet (2013, p. 97), nem a segurança jurídica nem a proteção da confiança constituam princípios de valor constitucional.<sup>210</sup> No Brasil o Estado Democrático de Direito, que tem sede constitucional (art. 1º da CF/88), agasalha a segurança jurídica. Contudo, assiste-se a uma proliferação anárquica de regras, com explosão de leis,<sup>211</sup>

---

<sup>209</sup> “Ocorre, demais disso, e acima de tudo, que o Direito é, em si mesmo, um projeto de implantação da segurança” (MELLO, 2013, p. 41).

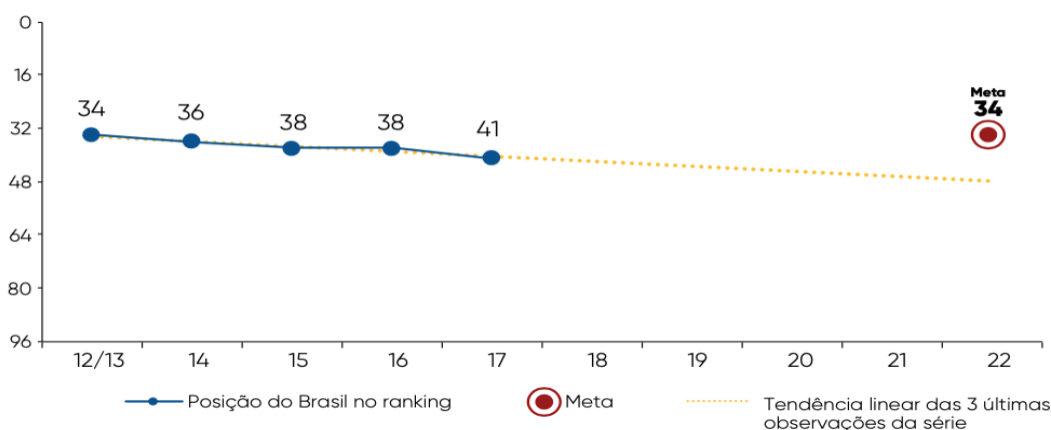
<sup>210</sup> “Il apporte cependant de nombreuses garanties qui obéissent, plus ou moins explicitement, à toutes les facettes de la sécurité juridique, de sa décision 96-373 DC du 09 avril 1996 — il fait de la sécurité juridique un “souci” — à sa décision n° 2010-45 QPC du 06 octobre 2010. En fin de compte, il se fonde souvent sur la sécurité juridique, même s’il n’en consacre pas le principe. Mais le Conseil est plus catégorique dans son refus de tout principe de protection de la confiance légitime, en énonçant qu’aucune norme de valeur constitutionnelle “ne garantit un principe dit de ‘confiance légitime’. La formule donne le sentiment qu’il ne veut même pas en entendre parler. La question se pose dès lors de savoir s’il est souhaitable et possible de découpler le principe objectif de sécurité juridique et le principe de confiance légitime qui en découle, pour tenter de consacrer au moins le premier” (CALMES-BRUNET, 2013, p. 97-98).

<sup>211</sup> “Até certo ponto, essa multiplicação das leis é um fenômeno fisiológico: as leis se multiplicam como os utensílios de que nos servimos em nossas casas ou no exercício das profissões. Não se pode negar, todavia, que, além desse

regulamentos, portarias, instruções normativas;<sup>212</sup> hierarquias entrelaçadas e competências concorrentes; objetos jurídicos não identificados, princípios gerais e conceitos jurídicos indeterminados, produzindo incerteza jurídica.<sup>213</sup>

O gráfico abaixo, elaborado pela Confederação Nacional da Indústria – CNI, indica a posição do Brasil em um ranking de segurança jurídica criado a partir da nota média dada a 96 (noventa e seis) países, realizada pelo *World Justice Project*.

Gráfico 6 – Posição do Brasil no ranking de segurança jurídica



Fonte: CNI (2018, p. 43)

No Direito Administrativo pátrio a múltipla incidência de controles tem importado na supressão da segurança jurídica, incrementando a instabilidade das relações travadas com o poder público (MARQUES NETO; FREITAS, 2018, p. 43), com cada controlador decidindo diferente sobre fatos idênticos ou fatos idênticos sendo decididos diferentemente pelo mesmo controlador. Nessa ambiência de insegurança tudo é provisório e precário. As decisões administrativas não passam de uma primeira tentativa, são meramente provisionais na medida em que a decisão final depende da concordância do fiscal.

---

ponto, as leis apresentam algo que se assemelha à obstrução das ruas de nossas cidades pelo excesso de veículos que nestas trafegam. [...] Infelizmente, assim como ocorre com nossa lira, hoje nossas leis valem menos que a de outros tempos” (CARNELUTTI, 2015, p. 618-620).

<sup>212</sup> Juridificação é o nome dado à expansão do direito escrito para todos os ramos da vida por meio da produção de normas legais oriundas de inúmeras fontes normativas, dispersas e desconexas, gerando uma babel normativa.

<sup>213</sup> Se antes era difícil obter informação em razão da inacessibilidade e escassez das fontes de consulta existentes, hoje em dia o desafio é não se desorientar com tantas fontes à disposição, propagando informações em excesso que se perdem no manancial de páginas de internet, arquivos de computador, correios eletrônicos, revistas virtuais, blogs e afins. Em 2013 eram 4,4 trilhões de gigabytes de dados no planeta e acredita-se que esse número tenha chegado a 44 trilhões de gigabytes em 2020. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/tecnologia/conteudo-digital-dobra-a-cada-dois-anos-no-mundo>. Acesso em: 22 abr. 2020.

A insegurança jurídica ainda pode ser visualizada nas diferentes interpretações sobre as mesmas regras dos diversos órgãos de controle; ou quando não se sabe qual a instituição competente para fiscalizar; se o acordo de leniência é válido ou será impugnado por outra instituição; se o contrato administrativo não será rescindido unilateralmente; quanto tempo a questão ficará sob decisão liminar (provisória).<sup>214</sup> As consequências disso são devastadoras, pois o clima de insegurança compromete o equilíbrio nas relações jurídicas da sociedade com o Estado, criando uma atmosfera hostil e instável. Em um ambiente no qual não há certezas sobre a validade do que foi feito no passado, o futuro se torna tenebroso.

A renitência de alguns órgãos de controle tem sido aterradora também para a eficiência, a começar pelos custos que a multiplicidade de instâncias causa com a repetição de controles sobre um mesmo fato administrativo, “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” (FREITAS, 2015, p. 210).<sup>215</sup> No Brasil, os controles administrativos devem ser repensados para não promoverem o “princípio da ineficiência”. Existem, conforme visto, amplas áreas de sobreposição de competências com disputa institucional pelo protagonismo dos casos midiáticos, enquanto em outras áreas não há qualquer tipo de controle. O controle externo é desenvolvido por várias instituições que raramente cooperam entre si, enquanto

---

<sup>214</sup> No processo TC 011.359/2006-1, o TCU discutia acerca da utilização dos valores referentes ao Imposto de Renda Retido na Fonte - IRRF de servidores do Distrito Federal remunerados pelo Fundo Constitucional do Distrito Federal – DF. Em 2008, o ex-ministro Marcos Vinícios Vilaça proferiu o Acórdão 1.665/2008 - Plenário, determinando que o então Ministério da Fazenda e Ministério do Planejamento adotassem medidas quanto ao procedimento necessário para a regularização do recolhimento dos valores pelo DF e em junho de 2010 o Ministério da Fazenda comunicou ao DF que o repasse da União ao fundo constitucional seria feito pelo valor líquido, já descontado o IRRF para os cofres da União. Foi então que o ministro relator Raimundo Carreiro, após pedido da Procuradoria do DF, concedeu cautelar em 16 de junho de 2010, referendada pelo Plenário da Corte no dia 23 de junho de 2010, para que a União se abstivesse de reter ou cobrar parcelas do IRRF incidente sobre o pagamento das remunerações do quadro das polícias civil e militar e do corpo de bombeiros militar do DF, pagos com recursos do fundo constitucional, até o trânsito em julgado do processo no âmbito do TCU. Quase 10 anos depois, no dia 27 de março de 2019, o processo foi à julgamento, com o TCU entendendo pela impossibilidade de repasse integral dos valores do fundo constitucional e deixando assente que os valores referentes ao Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF) dos servidores mantidos com recursos do FCDF, nos termos do art. 21, inc. XIV, da CF/88, pertencem à União, logo, R\$ 10 bilhões recebidos pelo Distrito Federal nesse período deveriam ser devolvidos. Para agravar ainda mais a insegurança jurídica, o assunto foi levado ao STF nos autos da ACO 3.258/DF, o qual, por meio de decisão monocrática, também liminar, do Ministro Marcos Aurélio Mello, suspendeu os efeitos do Acórdão nº 689/2016, do Plenário do TCU. Curioso é que para o ministro Marco Aurélio, a concessão se fez necessária para preservar o princípio da segurança jurídica, pois, segundo ele “[...] em um país no qual até o passado é incerto, parafraseando construção atribuída ao ex-ministro da Fazenda Pedro Malan, cumpre preservar a tão almejada segurança.”

<sup>215</sup> O denominado Custo Brasil representa o peso da burocracia brasileira e compreende o conjunto de dificuldades estruturais, burocráticas e econômicas que encarecem e comprometem o ambiente de negócios no país. Um dos coeficientes para seu cálculo são os custos excessivos e redundantes dos processos de controle que ocasionam um aumento dos custos de transação relacionados ao peso da burocracia necessária para mantê-los.

o controle interno, representado pelo seu órgão central, a Controladoria-Geral da União, luta para se manter independente em relação ao poder político.

A crise da ineficiência pelo controle<sup>216</sup> é fruto da inibição do gestor em “sair da caixa” e tomar decisões inovadoras. É uma tendência natural do ser humano a aversão à perda, escolhendo sempre a alternativa que o exponha a menores riscos: “A aversão à perda implica apenas que as escolhas são fortemente inclinadas em favor da situação de referência (e de um modo geral inclinadas por favorecer mudanças pequenas, em vez de mudanças grandes)” (KAHNEMAN, 2012, p. 311).<sup>217</sup> Em função do hipercontrole, tomar decisões heterodoxas e mais eficientes ao invés de abandonar reiteradas práticas inoperantes apresenta desvantagens muito maiores que o estímulo em deixar as coisas como estão.

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 (BATISTA JÚNIOR; CAMPOS, 2014, p. 38).

Se a remuneração está garantida de qualquer forma, não há razão para se arriscar em prol de uma desejada eficiência<sup>218</sup> se no final das contas o auditor, o promotor ou juiz podem lhe

---

<sup>216</sup> A expressão é de Guimarães (2016): “O administrador público vem, aos poucos, desistindo de decidir. Ele não quer mais correr riscos. Desde a edição da Constituição de 88, que inspirou um modelo de controle fortemente inibidor da liberdade e da autonomia do gestor público, assistimos a uma crescente ampliação e sofisticação do controle sobre as suas ações. Decidir sobre o dia a dia da Administração passou a atrair riscos jurídicos de toda a ordem, que podem chegar ao ponto da criminalização da conduta. Sob as garras de todo esse controle, o administrador desistiu de decidir. Viu seus riscos ampliados e, por um instinto de autoproteção, demarcou suas ações à sua ‘zona de conforto’. Com isso, instalou-se o que se poderia denominar de crise da ineficiência pelo controle: acuada, os gestores não mais atuam apenas na busca da melhor solução ao interesse administrativo, mas também para se proteger. Tomar decisões heterodoxas ou praticar ações controvertidas nas instâncias de controle é se expor a riscos indigestos. E é compreensível a inibição do administrador frente a esse cenário de ampliação dos riscos jurídicos sobre suas ações. Afinal, tomar decisões sensíveis pode significar ao administrador o risco de ser processado criminalmente”.

<sup>217</sup> É o chamado viés da negatividade, do qual nos fala Sunstein (2005, p. 41): “People tend to be loss averse, which means that a loss from the status quo is seen as more undesirable than a gain is seen as desirable. When we anticipate a loss of what we now have, we can become genuinely afraid, in a way that greatly exceeds our feelings of pleasurable anticipation when we look forward to some supplement to what we now have. So far, perhaps, so good. The problem comes when individual and social decisions downplay potential gains from the status quo, and fixate on potential losses, in such a way as to produce overall increases in risks and overall decreases in well-being.”

<sup>218</sup> Sobre esse ponto, posiciona-se Santos (2020, p. 332): “As decisões dos administradores orientadas à sua própria proteção têm efeitos drásticos sobre a Administração Pública, pois o objetivo primeiro do gestor passa a ser de ordem subjetiva-protetiva (de ordem pessoal), e não objetivo-finalística (busca do interesse público). Curiosamente, tal forma de proceder nem sempre é verbalizada ou expressada publicamente. Tal forma de administrar oblitera completamente o que se entende por boa administração pública, pois o verdadeiro móvel do agente público é esquivar-se de eventual responsabilização, mesmo que isso importe em má administração.”

apontar o descumprimento de alguma regra banal, inserindo-o em um processo administrativo demorado e custoso que, se tudo der certo não dará em nada, mas gerará muitas agruras pessoais.

Mainwaring e Welna (2003, p. 4) pontuam que os governos não podem oferecer o que os cidadãos precisam se forem prejudicados por mecanismos e agências de controle e sanção em excesso, sendo comumente avaliados como inaptos, indecisos e pouco efetivos por não atingirem as expectativas dos cidadãos quanto a políticas públicas. Assim como a redução a zero do abuso de poder imporia um custo altíssimo à sociedade, a ampliação sem escalas de controle sobre a Administração implica em diminuição da eficiência no outro lado da balança. Shapiro (2016, p. 329) avalia que a relação entre controle e realização (pode-se dizer eficiência) não é a de uma proporção direta, mas de um “U” invertido (equivalente a uma parábola de concavidade negativa), ou seja, é necessária uma calibração, pois a partir de um determinado limite, quanto mais controle pior.

Nessa toada, sabe-se que a pandemia provocada pelo COVID-19 exigiu desossificação e respostas estatais inovadoras (isolamento social, *lockdown*, uso obrigatório de máscaras, etc.) que fossem eficientes em evitar o colapso dos sistemas de saúde e em salvar vidas, mas que também tiveram de ser adotadas em meio à fumaça e a espuma (incerteza científica e insegurança jurídica). Algo impensável é que depois de passado todo o clamor nacional, por providências urgentes e inadiáveis, se promova fiscalizações para avaliar se decisões lícitas, agilmente tomadas pelas autoridades públicas de saúde, seguiram todos os procedimentos legais prescritos, impondo sanções injustas pelo desatendimento a regras protocolares ou em função da adoção de medidas que não seriam aquelas adotadas pelo controlador, em geral, quando ele se substitui ao gestor, capturando suas competências.

### 4.3 Captura de competências administrativas

Os controladores têm se apropriado das pautas políticas e construído as prioridades públicas no lugar do Poder Legislativo; na sequência definem suas próprias competências e avocam as decisões em substituição ao Poder Executivo.<sup>219</sup> Como nos adverte Marques Neto e Freitas

---

<sup>219</sup> “A Administração Pública encontra-se hoje imersa em um cenário de incremento dos mecanismos de controle da gestão pública. As tradicionais instituições de controle se projetam na gestão pública pelo viés do controle e podem, nessa perspectiva, determinar o deslocamento de competências da esfera administrativa para a esfera controladora. Ao

(2019, p. 12), “as sobreposições de controle somadas à crise de legitimação democrática importaram na substituição do administrador público pelo controlador, destacadamente no exercício de sua atividade-fim”.<sup>220</sup> Não há dúvidas de que as fragilidades dos órgãos gestores, relativas à precária capacidade de recursos humanos e a insuficiência de materiais e insumos tecnológicos, bem como a inadequação de muitas estruturas organizacionais das entidades responsáveis pela condução das políticas públicas do Poder Executivo, contribuem para que as instituições de controle mais qualificadas, capacitadas e empoderadas imponham sua autoridade e avoquem as competências administrativas.<sup>221</sup>

O TCU, por exemplo, não apenas fiscaliza, opina, decide, julga e sanciona, mas também normatiza, corrige e revisa as opções administrativas, como se fosse o censor geral do estado. Sua onipresença lhe permite participar da modelagem de projetos de concessões comuns ou de parcerias público-privadas, além da elaboração da regulação em vários setores, tal como um administrador público de segundo grau.<sup>222</sup> Acertadas são, portanto, as críticas de Rosilho (2016, p. 337):

Admitir que o Tribunal viesse a sancionar ou a praticar atos de comando em função da constatação de supostas práticas ilegítimas ou antieconômicas em matérias essencialmente administrativas acabaria conferindo ao TCU a possibilidade de concretamente pressionar o Poder Executivo (direta ou indiretamente) a incorporar suas preferências a práticas administrativas lícitas, porém dissonantes de suas opiniões — isto é, distintas da sua visão sobre a conveniência e oportunidade de decisões tomadas pelo Executivo no exercício da

---

final do dia, o ente controlador substitui o órgão burocrático para decidir relevantes questões de políticas públicas, regulação e aplicação orçamentaria” (MARQUES NETO *et al.*, 2019, p. 39).

<sup>220</sup> Muitas vezes são as próprias autoridades administrativas que estão abdicando de suas competências e entregando-as a promotores e juízes, pois um recurso muito utilizado tem sido a realização de audiências com o Ministério Público para que esse requeira judicialmente que determinado gestor adote essa ou aquela providência que lhe compete de ofício, almejando (essas autoridades administrativas) proteção e salvaguardas para seus atos, pois “forçadas” a agir sob determinação do Judiciário. Essa e outras estratégias de fuga da responsabilização são abordadas por Santos (2020, p. 344).

<sup>221</sup> “Os agentes das burocracias de controle são empoderados para intervir em todo o processo das políticas públicas e da gestão. Esses agentes interpretam as normas, fixam regulamentos e práticas de gestão, bem como interferem diretamente nos resultados alcançados pelas políticas. Na função de interpretação de normas, os agentes das burocracias de controle atuam politicamente, porque agem diretamente no processo decisório e de implementação. Essa atuação política resulta em voluntarismo do controle que impacta os resultados das políticas públicas” (FILGUEIRAS, 2018, p. 371).

<sup>222</sup> Na área de regulação o TCU tem expandido sua atuação e incidido sobre a atividade-fim das agências reguladoras. À título de ilustração, pode-se mencionar o Acórdão nº 290/2018-Plenário em que ele determinou à ANTT que revisasse os parâmetros utilizados para estimar o aumento dos custos, não aceitando que fosse utilizada como referência a tabela de custos médios gerenciais do DNIT e impondo que a agência refizesse certos estudos como também adotasse outros critérios; e o Acórdão nº 2.488/2018 – Plenário, em processo envolvendo a Telebras, em que o TCU realizou ampla revisão das cláusulas do contrato, bem como das premissas econômico-financeiras, especulando inclusive sobre qual deveria ser o “lucro normal” do parceiro privado e “recomendando” a renegociação de várias cláusulas.

função administrativa. Permitir que o órgão de controle pudesse tomar decisões impositivas (julgando contas, aplicando sanções, ordenando a prática de atos por terceiros e tomando medidas cautelares) por meio de parâmetros não pautados pela legalidade importaria em deslocar a discricionariedade que, por força da Constituição, é da administração pública (que exerce função administrativa) para o controlador (ao qual, por óbvio, compete fiscalizar, mas não gerir e administrar).

Realmente a questão da substituição do poder público pelo seu controlador é bastante visível no campo da regulação, havendo, inclusive, escólio doutrinário ensinando estratégias para que os órgãos de controle possam tomar o lugar das agências regulatórias.<sup>223</sup> Uma pesquisa realizada pelo Observatório do Controle da Administração Pública da Universidade de São Paulo analisou 657 (seiscentos e cinquenta e sete) acórdãos – referentes a Agências Reguladoras federais de infraestrutura no período de 2014 a 2017 – e indica o intenso controle das Agências Reguladoras pelo TCU<sup>224</sup>, em especial na prevalência da interpretação controladora (TCU) sobre a interpretação reguladora (Agências).<sup>225</sup> A pesquisa mostrou que apenas a ANEEL se opõe às recomendações do TCU, motivando tecnicamente porque não as acata, enquanto as outras agências, como a ANTT, sofrem mais incisivamente o controle.<sup>226</sup>

Os gráficos a seguir ilustram as diferenças. Eles foram elaborados por Braga (2015, p. 68) para mostrar o grau de intervencionismo do TCU em três agências (ANEEL, ANP e ANTT),

<sup>223</sup> Faz-se remissão ao artigo de Jordão e Ribeiro (2017, p. 193), no qual os autores, de forma satírica, dão “dicas” eficazes para tornar as agências reguladoras inúteis. Para os múltiplos órgãos de controle (juízes, tribunais de contas, controladoria e congresso) as sugestões são as seguintes: (i) limitar o leque de ações ou instrumentos à disposição das agências; (ii) amedrontar os seus funcionários; e (iii) interferir nas suas escolhas e decisões concretas.

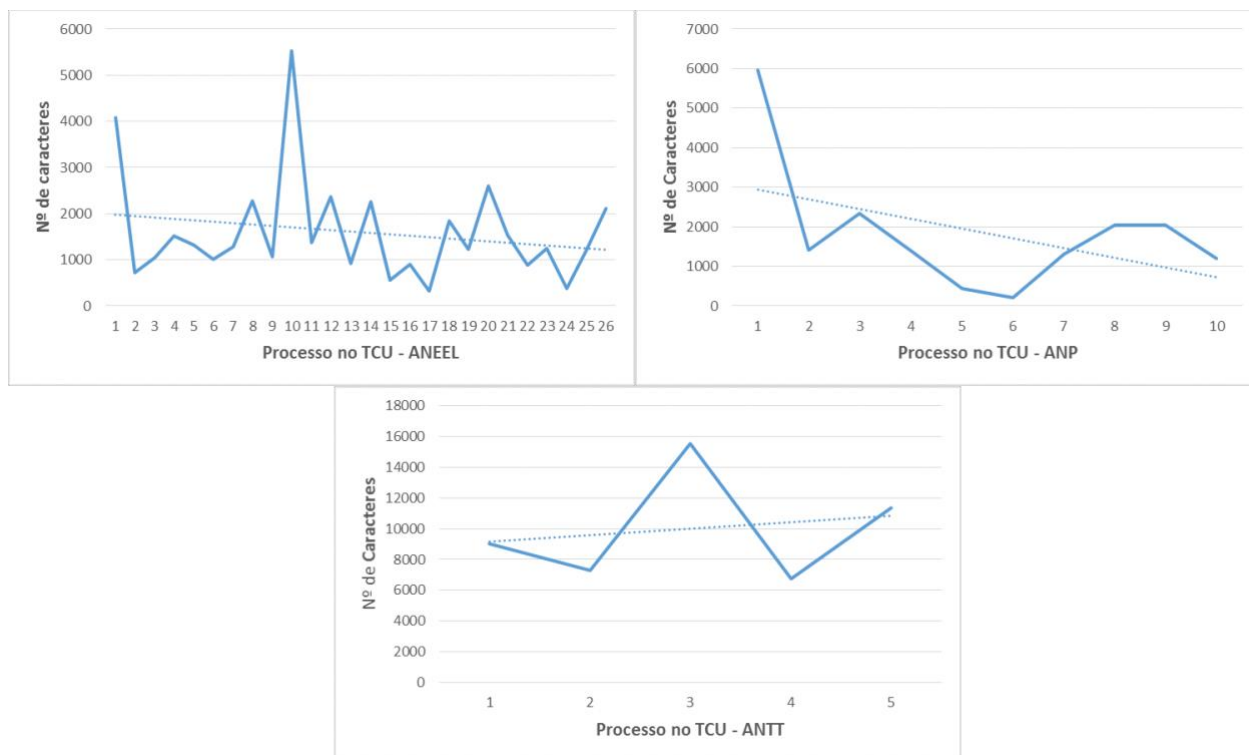
<sup>224</sup> Não se pugna, concordando-se com Dutra e Reis (2020, p. 19), pela exclusão da fiscalização exercida pelo TCU, mas pelo respeito às competências constitucionais: “Não se trata de se reduzir a regulação e a fiscalização do setor de infraestrutura, mas de se assegurar que essas sejam realizadas pelo órgão competente, assim determinado na Constituição e em leis especiais. A intervenção que exerce o TCU no setor de infraestrutura resultou não apenas na subordinação das Agências Reguladoras, mas também na usurpação, ainda que parcial, de competência privativa da Justiça Federal para revisar atos administrativos expedidos por agentes públicos. [...] A subordinação do poder estatal à repartição de competências fixada na Constituição e desdobrada na legislação é a garantia primeira dos direitos fundamentais. O contrário seria admitir a possibilidade de que uma única instituição detenha – como aponta Duguit no trecho em epígrafe a esta Introdução – a soma de todas as competências, elevando-se, assim, em soberania da ordem jurídica.

<sup>225</sup> “Os achados da pesquisa são importantes: a autonomia e a independência das Agências Reguladoras são condicionadas por determinações e recomendações do TCU na medida em que afetam suas atividades-fim e são prontamente obedecidas por essas entidades, sem maiores contestações. Os comandos do controlador para as Agências, por exemplo, impõem métodos de atuação regulatória, definem o modo de diálogo com a sociedade e afetam a estrutura organizacional dessas entidades” (PALMA, 2019).

<sup>226</sup> No Acórdão nº 2604/2013 – Plenário, o TCU chegou ao absurdo de se intrometer nas concessões para exploração de rodovias com o fito de estabelecer até a quantidade de capinas que devem ser executadas: “9.2.3. substitua a periodicidade de realização do serviço de corte de vegetação (poda, roçada e capina), adotando frequência anual de 4 (quatro) vezes para trechos nas regiões Centro-Oeste e Sudeste, e de 6 (seis) vezes para trechos na região Norte”. Já nos Acórdãos nº 3.237/2013 e 2.185/2017 – Plenário, interferiu na estrutura administrativa da Agência, ordenando que ela criasse um Centro Nacional de Supervisão Operacional de rodovias concedidas.

corroborando que havia diferenças importantes com aparente diminuição da interferência do TCU nas concessões de transmissão de energia elétrica e nas concessões do setor petrolífero, mas com a ANTT sendo a agência mais afetada pelas decisões.<sup>227</sup>

Gráfico 7 - Grau de intervencionismo do TCU (processos concluídos)



Fonte: Braga (2015, p. 68).

Esse diagnóstico possivelmente ocorre em virtude de a ANTT ser, dentre as três, a agência que goza de menos reputação institucional perante o TCU.<sup>228</sup> Como reputação é poder,<sup>229</sup> quanto maior for o prestígio, mais autonomia pessoas ou entes públicos desfrutaram. Segundo Carpenter (2010, p. 103), a reputação pode expandir ou esvaziar a autoridade legal que as agências exercem em virtude da lei e da delegação; pode complicar suas tarefas ou torná-las fáceis; pode, atribuindo experiência e “status” às agências governamentais, permitir que elas definam os termos

<sup>227</sup> A contagem de caracteres (letras e sinais de pontuação) da parte dispositiva dos acórdãos foi o indicador criado por Braga (2015, p. 55) para medir o grau da intervenção, ainda que não capte sua relevância.

<sup>228</sup> Em sentido contrário, entendendo ser legítima e necessária a intervenção, Buldrini (2018, p. 168): “O TCU já admite o controle dos atos discricionários que originaram a concessão, de forma a avaliar sua conveniência e oportunidade. Não pretende o TCU substituir o administrador ou o poder concedente, mas sim, analisar se o mérito que pautou aqueles atos observa, de fato, o interesse público.”

<sup>229</sup> “Reputations are composed of symbolic beliefs about an organization—its capacities, intentions, history, mission—and these images are embedded in a network of multiple audiences” (CARPENTER, 2010, p. 103).



básicos do debate, conceitos essenciais de pensamento, aprendizado e atividade. Em suma: “[...] o poder regulador depende profundamente da imagem das organizações estatais”.

Em face da crise reputacional que paira sobre a gestão pública brasileira e do grande prestígio que gozam Judiciário e Ministério Público há o deslocamento de competências decisórias para a esfera controladora, com juízes e membros do *Parquet* impondo suas predileções.<sup>230</sup> A captura de competências pelo Poder Judiciário ou o “papel de vanguarda iluminista”<sup>231</sup> se ancora particularmente também em dois fenômenos díspares, mas que costumam andar juntos: a judicialização da política e o ativismo judicial.

A judicialização é fruto da redemocratização do país e decorre da submissão ao Judiciário de questões políticas e sociais de alta relevância que não estão sendo resolvidas pelos outros Poderes. No caso da saúde, por exemplo, configura-se na utilização do Poder Judiciário para obrigar o poder público a fornecer bens e serviços relacionados à saúde, incluindo leitos em unidades de tratamento intensivo, medicamentos de alto custo, tratamentos especiais, cirurgias e quejandos. Cassagne (2007, p. 270 – 271) enxerga duas causas principais para o fenômeno da judicialização, uma política e outra sociológica:

Ese nuevo rumbo que ha asumido la labor judicial reconoce, principalmente, dos causas. La primera, de naturaleza política, radica en la tendencia de los gobernantes a transferir a los jueces la responsabilidad por la toma de decisiones vitales para la comunidad para mantener una determinada imagen frente a la población. Pero existe otra causa, de tipo sociológico, que nace del temor que inspira a los funcionarios la adopción de medidas de cara a las consecuencias penales de sus actos, tanto por el cúmulo de intereses que resultan perjudicados como por el desorden legislativo reinante y las investigaciones que se realizan *a posteriori* a raíz de los cambios de gobierno.

---

<sup>230</sup> Nesse ponto frisa Santos (2020, p. 128-129): “Não raro os órgãos de controle acreditam que o espaço da política e da administração pública são – de regra - exercidos com falta de ética e com desonestidade, levando ao menoscabimento dos agentes políticos submetidos ao controle jurisdicional, frequentemente levando os Tribunais de Contas, o Judiciário e o Ministério Público à tentativa de ‘administrarem’ e definirem as escolhas que lhes pareçam mais adequadas e, mais que isso, responsabilizando os agentes públicos pelas decisões por eles adotadas ainda que fundamentadas e amparadas no direito, mas discrepantes dos parâmetros fixados pelos órgãos de controle externo. Tal postura – ainda que não generalizável – realmente amedronta.”

<sup>231</sup> Barroso (2015, p. 42) atribui aos juízes uma função similar a de anjos de luz: “Para além do papel puramente representativo, supremas cortes desempenham, ocasionalmente, o papel de vanguarda iluminista, encarregada de empurrar a história quando ela emperra. Trata-se de uma competência perigosa, a ser exercida com grande parcimônia, pelo risco democrático que ela representa e para que as cortes constitucionais não se transformem em instâncias hegemônicas. Mas, às vezes, trata-se de papel imprescindível.”

O ativismo judicial,<sup>232</sup> por sua vez, é uma atuação proativa dos juízes, onde esses passam a decidir por todos. A doutrina o define como uma incursão insidiosa sobre o núcleo de atuação dos demais poderes (RAMOS, 2015) e no Brasil esse “empoderamento” judicial atende por diversos nomes (governo dos juízes, judiciarismo ou judiocracia). Albuquerque (2013, p. 101) ensina que:

[...] o ativismo judicial, aponta Luís Roberto Barroso (2009, p. 7-8), é uma atuação proativa do Judiciário, expandindo o sentido e o alcance da constituição para tratar de situações que não foram expressamente contempladas pelo legislador constituinte ou ordinário. Ou seja, manifestasse quando há uma retratação do Legislativo (fazendo com que o Judiciário ocupe mais espaço). Na verdade, existe muito mais um reconhecimento de pedidos astutos/inovadores/originais de advogados, membros do Ministério Público e Advocacia Pública, do que uma atitude proativa do Judiciário. A inovação no direito, o ativismo, é um reclame social e, caso seja levado ao Judiciário, pode ser reconhecido. Assim, talvez fosse até um pouco equivocado diagnosticar como ativismo judicial a inovação no mundo jurídico.<sup>233</sup>

No Brasil, Ramos (2015, p. 283-309) elenca fatores de impulsão do ativismo judiciário, citando o modelo de estado intervencionista;<sup>234</sup> a expansão do controle abstrato de normas;<sup>235</sup> o

<sup>232</sup> O termo ativismo judicial teria sido utilizado pela primeira vez pelo historiador estadunidense Arthur Schlesinger Jr. num artigo denominado *The Supreme Court: 1947*, publicado na revista *Fortune* em 1947, no qual se deteve em traçar o panorama político da Suprema Corte Americana após a nomeação de 7 (sete) novos juízes pelo presidente Franklin Delano Roosevelt, em 1937. Nesse artigo Schlesinger dividiu os juízes em três grupos distintos durante o período do *New Deal*, época em que a constitucionalidade de diversas leis promovidas no âmbito do governo de Franklin Roosevelt foi posta em discussão no Tribunal. De um lado foram tipificados como ativistas: Hugo L. Black, William O. Douglas, Frank Murphy e Wiley Blount Rutledge. Os campeões da autorrestrrição eram Felix Frankfurter, Robert H. Jackson e Harold H. Burton. Fred M. Vinson e Stanley Reed foram enquadrados como neutros (CAMPOS, 2014, p. 32).

<sup>233</sup> Kmiec (2004, p. 1463) aponta cinco sentidos que revelariam ainda hoje os critérios utilizados para se atribuir à Suprema Corte dos Estados Unidos a pecha de ativista, quais sejam: 1) anulação de atos normativos cuja constitucionalidade é sustentável; 2) desrespeito ao precedente (horizontal e vertical); 3) criação judicial; 4) desvio da metodologia interpretativa; e, 5) julgamentos direcionados pelo resultado.

<sup>234</sup> “O primeiro elemento de impulsão do ativismo judiciário está relacionado ao modelo de Estado que o constitucionalismo pátrio vem prestigiando desde a carta de 1934: o do Estado democrático-social, de perfil intervencionista. Não é difícil demonstrar que a atual constituição manteve esse modelo, com alguns exageros nacionais estatistas em matéria econômica, objeto da revisão corretiva empreendida pelas Emendas 5, 6, 7, 8 e 9, todas de 1995” (RAMOS, 2015, p. 283).

<sup>235</sup> “Mas, cabe indagar por que o controle concentrado de constitucionalidade ou o controle abstrato nos sistemas difusos induzem ao incremento do ativismo judicial. A maior razão para tanto está na maior proximidade do controle de constitucionalidade, assim efetuado, do exercício da função legislativa, ainda que se trate, como já assinalado, do exercício da função jurisdicional. Com efeito, quer em uma hipótese como noutra, a decisão judicial sobre a validade da lei é emitida com efeitos gerais ou *erga omnes*; de outra parte, quer no controle concentrado, quer no controle abstrato em sistema difuso, registra-se a tendência a se admitir a modulação dos efeitos temporais das decisões sancionatórias da inconstitucionalidade; finalmente, a jurisdição constitucional, assim desenvolvida, interfere diretamente no conteúdo dos atos legislativos controlados. O exercício da fiscalização da constitucionalidade, nas condições apontadas, é fator desencadeante do ativismo judiciário na medida em que o órgão de controle perceba tornar-se menos nítida a distinção entre legislação e jurisdição” (RAMOS, 2015, p. 292).

neoconstitucionalismo e sua fragilidade teórica;<sup>236</sup> dilemas institucionais do constitucionalismo brasileiro;<sup>237</sup> e, atividade normativa atípica do STF (súmula vinculante e mandando de injunção).<sup>238</sup> Uma das principais críticas ao ativismo judicial consiste na intromissão do Judiciário sobre a execução de políticas públicas formuladas pelos outros poderes democraticamente eleitos,<sup>239</sup> de modo que os juízes acabam por usurpar competências do Executivo e do Legislativo, afrontando o princípio da separação de poderes que se fundamenta na independência orgânica e na especialização funcional.<sup>240</sup>

<sup>236</sup> “Nota-se, pois, que moralistas e realistas (ou sociologistas) jurídicos confluem na propagação do ativismo judicial, arregimentando sob as vestes reluzentes de um mal composto neoconstitucionalismo, as mentes das jovens gerações de juristas e operadores do direito. Aos magistrados, a que soam cada vez mais fortes esses cânticos de sereias, ninguém melhor do que Canotilho, cuja autonomia e vigor intelectuais ensinaram um auspicioso *switch in time*, para advertir:[...]” (RAMOS, 2015, p. 303).

<sup>237</sup> “O exame das decisões em que se pode detectar o fenômeno do ativismo judicial na recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal revela que uma das principais causas de seu recrudescimento é de ordem institucional. Ou seja, o Poder Judiciário, estimulado pelo reforço à tarefa de controle jurídico da função legislativa que lhe compete exercer e premido pelas pressões no sentido de concretizar plenamente a Constituição social-democrática de 1988, ultrapassa, por vezes, os limites que o nosso sistema jurídico estabelece ao manejo da função jurisdicional, porém o faz em boa medida pela ineficiência dos Poderes representativos na adoção das providências normativas adequadas àquela concretização. Esse componente institucional do ativismo foi reconhecido pelo ex-Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, em ciclo de debates realizado pelo Senado Federal no mês de novembro de 2008, ao discorrer sobre o ativismo judicial e a judicialização da política” (RAMOS, 2015, p. 303-304).

<sup>238</sup> “Outro elemento impulsionar do ativismo judicial, específico da realidade brasileira, é a assunção de atividade normativa atípica por parte do Supremo Tribunal Federal. Não se trata aqui de participação no exercício da função legislativa, que é limitadamente autorizado pela Constituição ao STF, aos tribunais superiores e aos tribunais de justiça em assuntos concernentes à sua própria organização interna ou a dos tribunais e juízos a ele vinculados e, ainda, em matéria de organização e divisão judiciárias da respectiva ordem jurisdicional (art. 96, II, da CF). Nem tampouco se cuida da elaboração de normas regimentais internas, prerrogativa constitucionais de todo e qualquer tribunal, as quais desdobram normas processuais ou de organização judiciária, afetando as partes litigantes nos processos que perante eles se desenvolvem (art. 96, I, da CF). (...) Os fatores causais que estou a aludir importam no exercício pelo órgão de cúpula do Judiciário brasileiro de competências normativas que, se não confrontam com o princípio da separação dos poderes, dele não decorrem e, mais do que isso, não contribuem para o seu fortalecimento, ao contrário, provocam uma certa tensão em relação ao conteúdo prescritivo do seu núcleo essencial” (RAMOS, 2015, p. 309).

<sup>239</sup> Como forma de legitimar seu crescente intervencionismo em territórios genuinamente democráticos, os juízes têm recorrido ao argumento de que o voto não é a única fonte de representação popular e que eles são representantes argumentativos da sociedade: “É esse o cerne do argumento em favor de tribunais que exercem o controle de constitucionalidade e funcionam como contrapeso ao parlamento. Aponta-se um tribunal não eleito como instituição capaz de exercer uma representação do povo que não está ancorada no voto, tido como veículo privilegiado para a expressão do auto-interesse, mas antes na razão e na força dos argumentos mobilizados. Essa visão, fortemente inspirada em uma concepção deliberativa de democracia, não está restrita aos bancos acadêmicos, alcançando até mesmo a retórica de autolegitimação de alguns juízes do Supremo Tribunal Federal” (MIGUEL; BOGÉA, 2020, p. 5).

<sup>240</sup> Existiria um valor ótimo de intervenção judicial em políticas públicas? Meneguín (2014) procurou responder a essa pergunta, concluindo que isso ocorre quando se chega à utilidade total da política pública por conta da ordem judicial sem que disso decorra um custo marginal superior que acarrete diminuição do bem-estar social. Ele exemplifica com um caso envolvendo saúde pública: imagine um hospital público que possui uma unidade de tratamento intensivo (UTI) com uma quantidade determinada de leitos disponíveis. Se a capacidade da UTI está ociosa e uma decisão judicial determina a internação de um cidadão, o benefício marginal da atuação judicial é elevado, pois o benefício para esse cidadão é grande e não há prejuízo para os pacientes que já estavam lá. No entanto, se a UTI está lotada e um juiz determina a internação de mais um cidadão, o bem-estar social será acrescido pelo benefício que esse último internado receberá individualmente, mas cairá pelo efeito negativo que promoverá sobre os demais pacientes que já

Interessante é que essa crítica viceja entre os próprios juízes. A pesquisa “Quem somos: a magistratura que queremos”, realizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), ouviu cerca de 4 (quatro) mil magistrados brasileiros, ativos e inativos, bem como os ministros dos Tribunais Superiores e do Supremo Tribunal Federal. Quando perguntados se a presença do Poder Judiciário em diferentes dimensões da vida brasileira era um fenômeno positivo ou negativo, em torno de 17% (dezessete por cento) dos entrevistados corajosamente reconheceu que esse fenômeno era prejudicial à democracia, conforme demonstra a Tabela 5, que compila as respostas dos juízes de primeiro grau.

Tabela 5 – Desde a constituição de 1988, o Poder Judiciário vem expandindo sua presença na sociedade brasileira. Indique a alternativa com a qual mais se identifica

Alternativas	Ramo da Justiça				Total
	Justiça Estadual	Justiça Federal	Justiça Trabalhista	Justiça Militar	
A presença do Poder Judiciário em diferentes dimensões da vida brasileira é um fenômeno positivo para a consolidação da democracia no país, na medida em que favorece a ampliação de direitos que não encontram passagem no Poder Legislativo	806 36,5%	40 23,1%	40 33,3%	6 40,0%	892 35,4%
A presença do Poder Judiciário em diferentes dimensões da vida brasileira é um fenômeno positivo para a consolidação da democracia no país, na medida em que propicia um maior controle do funcionamento dos poderes Executivo e Legislativo	1018 46,0%	89 51,4%	63 52,5%	8 53,3%	1178 46,8%
A presença do Poder Judiciário em diferentes dimensões da vida brasileira é um fenômeno prejudicial à democracia, pois pode levar a que o Judiciário exerça papéis substitutivos aos dos poderes políticos	387 17,5%	44 25,4%	17 14,2%	1 6,7%	449 17,8%
Total	2211 100,0%	173 100,0%	120 100,0%	15 100,0%	2519 100,0%

Fonte: AMB (2018, p. 136)<sup>241</sup>

O Ministério Público, que deveria se pautar por um perfil indutor e construtivo, utiliza de suas prerrogativas para tomar o lugar do administrador,<sup>242</sup> intimidando e ameaçando de improbidade aqueles que discordarem de suas posições ideológicas ou abusando do direito de

---

estavam lá (falta de equipamentos para todos, falta de médicos e enfermeiros em quantidade suficiente para atender o excesso da lotação na UTI, etc.). Se as ordens de internação continuarem a ocorrer muito além da capacidade de atendimento da UTI, o benefício marginal da intervenção judicial pode até ser negativo, pois além da falta de equipamentos e pessoal, há riscos de contaminação, de infecção hospitalar e mesmo de morte de pacientes, uma vez que o sistema de saúde não comportava toda aquela demanda.

<sup>241</sup> Entre os juízes de segundo grau, juízes e desembargadores inativos e ministros dos tribunais superiores os percentuais foram, respectivamente, 17,9%, 14,4%, e 16,7%.

<sup>242</sup> “O Ministério Público tem, nesse sentido, inviabilizado ou tomado para si o exercício da administração pública, fazendo as vezes do administrador. Isso gera um efetivo impasse democrático, pois a sua legitimidade como canal técnico-jurídico barra ou altera a implementação de metas prometidas pelos agentes executivos e legislativos, que foram canceladas pelo eleitorado por meio de seu voto” (BERNARDINO, 2019, p. 77).

litigar com o ajuizamento sucessivo de ações civis públicas para que suas predileções sejam atendidas.<sup>243</sup> Afora a injustiça com os denunciados pelo manejo de ações de improbidade administrativa carentes do mínimo substrato jurídico,<sup>244</sup> as ações civis públicas em geral têm servido para formulação de todo tipo de pedido em substituição as legítimas escolhas dos representantes eleitos pelo povo.<sup>245</sup>

O controle deve ser moderado e “evitar que as prognoses realizadas pelo administrador sejam substituídas por prognoses igualmente incertas do fiscalizador” (JORDÃO, 2014, p. 211),<sup>246</sup> pois as instâncias destinadas à fiscalização, embora se reconheça a capacidade técnica de seus membros, não detêm todas as informações necessárias para terem uma visão global dos efeitos

---

<sup>243</sup> Cite-se, como exemplo, a construção da Hidrelétrica de Belo Monte, no Rio Xingu, que foi alvo de 16 (dezesseis) ações pelo Ministério Público Federal no Pará.

<sup>244</sup> Adverte Mattos (2004, p. 118): “A prudência e a cautela são elementos essenciais na atuação pública, quando determinados atos podem causar danos às pessoas e a seus familiares, tendo em vista que quando se combate ou investiga atos de improbidade administrativa, somente poderá ser acionado aquele que cometeu ato ilícito previsto pela aludida lei, não existindo discricionarismo do órgão acusador, porque a lei fixa critérios objetivos para o respectivo enquadramento”.

<sup>245</sup> À título de curiosidade, observe-se algumas recomendações e como adentram nos mais diversos assuntos, sem nenhuma preocupação com a natureza difusa, coletiva, individual, particular ou exclusiva do direito: 1) Recomendação nº 1/2020 da Procuradoria da República no Município de Monteiro/PB (NUP: 1.24.004.000073/2019-92) recomenda ao DNIT que tome todas as providências necessárias para restaurar/recuperar a ponte sobre o Rio Taperoá, inclusive a realização de todos os estudos, levantamentos, elaboração de projetos, caso ainda não tenha sido feito e que o faça até a conclusão da obra. 2) Recomendação nº 02/2020 da Procuradoria da República no Município de Eunápolis/BA (NUP: 1.14.010.000020/2019-39) recomenda ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT que desative os radares localizados na Rodovia 367, entre os distritos de Vera Cruz e Pindorama, durante o período noturno (entre as 22:00h e as 05:00), tendo em vista tratar-se de área de risco para os condutores de veículos, especialmente em razão do aumento comprovado da criminalidade no local. 3) Recomendação nº 2/20 da Procuradoria da República no Município de Pouso Alegre/MG (NUP nº 1.22.013.000223/2019-23) recomenda à Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT a instalação de radares nos pontos indicados no Parecer Técnico nº 115/2016/COINF/URMG/SUINF, que se encontram entre os Kms 940 e 949 da BR 381, no âmbito do Contrato de Concessão nº 002/2017. 4) Recomendação nº 4/2020 - GABDCE - PR/SC – MPF da Procuradoria da República em Santa Catarina (NUP: 1.33.000.002310/2019-81) recomenda ao Magnífico Reitor da Universidade Federal de Santa Catarina, Senhor Ubaldo Cesar Balthazar ou quem vier a substituí-lo na função equivalente, que em casos semelhantes que eventualmente venham a ocorrer nesta Universidade, tome as medidas necessárias para que alunos e professores que não tenham aderido ao movimento grevista estudantil, possam acessar as instalações e prosseguir com as atividades letivas em segurança. 5) Recomendação nº 01/20 da Procuradoria da República no Município de Juiz de Fora/MG (NUP: 1.22.001.000045/2017-16) recomenda ao Colégio Militar de Juiz de Fora, na pessoa de seu Comandante e Diretor de Ensino, Coronel Marcelo Murga da Silva, que defira a matrícula da estudante Meire Viana na Instituição de ensino que comanda, tão logo o requerimento da mesma seja reapresentado.

<sup>246</sup> Saad (2016, p. 22) acrescenta: “Não é demais enfatizar que, em situações como essa, a própria atividade de controle perde em efetividade. E por uma de duas razões: ou porque os órgãos e agentes encarregados no controle extrapolam as suas competências, constringendo agentes públicos e desconstituindo ações administrativas legítimas (agindo hierarquicamente, portanto), ou porque, ao contrário, deixa-se de sindicá-lo, que, a partir de uma concepção rigorosa de controle, deveria ter a sua juridicidade ampla e profundamente verificada”.

sistêmicos<sup>247</sup> de suas decisões.<sup>248</sup> Sem terem a compreensão geral de toda a complexa estruturação de uma política pública, os controladores interferem em sua concretização sem atentar às possíveis consequências indesejadas para o sistema como um todo, motivo pelo qual eles devem ser menos ambiciosos e mais cautelosos ao proferirem determinações aos poderes politicamente legitimados, evitando que se produzam resultados desastrosos à nível macro.<sup>249</sup>

Com razão está Saad (2016, p. 37) quando afirma que o controle deve ser, por natureza, uma atividade recatada para não atrapalhar a administração, pois, a pretexto de controlar, os controladores estão se convertendo 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”.<sup>250</sup>

#### 4.4 O fim da discricionariedade administrativa<sup>251</sup>

<sup>247</sup> “Com alguma frequência, um mesmo problema social pode ser objeto de políticas públicas variadas, algumas com conteúdo idêntico ou semelhante, outras planejadas a partir de uma lógica de divisão de atribuições. Em ambos os casos, os diversos órgãos e entidades públicos envidarão esforços mútuos no enfrentamento das demandas da coletividade. Assim, há, em diversas áreas de atuação do Poder Público, uma constelação de políticas públicas que, juntas, pretendem garantir a prestação de serviços de natureza pública compatível com padrões normativos de qualidade e efetividade” (ABRAHAM; CASTRO; FARIAS, 2016, p.25).

<sup>248</sup> Especificamente acerca do TCU, Campana (2018, p. 118) observa que “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”.

<sup>249</sup> Cass R. Sunstein e Adrian Vermeule (2003, p. 950), em artigo que se tornou referência sobre o tema da interpretação judicial, tocam em duas questões fundamentais que, segundo eles, sempre foram negligenciadas, quais sejam: as capacidades institucionais e os efeitos sistêmicos: “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”.

<sup>250</sup> Com precisão, Saad (2016, p. 37) arremata: “[...] a função administrativa é altamente relevante para a coletividade, e os juízos de mérito (conveniência e oportunidade) envolvidos na prática de atos estatais devem ser praticados por agentes e órgãos públicos que possuam competência primária, sendo admissível, no máximo, a intervenção do hierarca, em casos específicos. 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 muitos outros exemplos”.

<sup>251</sup> Nesse trabalho não se deterá em dissensos terminológicos e se adotará indistintamente os termos “ato discricionário”, “poder discricionário”, “ato praticado no uso de competência discricionária”, “discricionariedade”, “dever discricionário”, dentre outras expressões similares que espelhem a mesma essência no sentido da arte de escolher o melhor dentro do espaço de valoração conferido ao agente pelo legislador.

A discricionariedade administrativa é um dos temas mais importantes de todo o direito administrativo, em especial pela evolução do Estado. Não se sabe ao certo quando esse surgiu como pessoa jurídica, mas o Estado moderno nasce por volta do século XVI em uma feição absolutista para na sequência se estruturar sob o império do direito, no qual o poder é limitado e a lei se aplica a todos. Binenbojm (2008, p. 195) relata que a discricionariedade tem sua origem no antigo Estado europeu dos séculos XVI a XVIII, quando expressava a soberania decisória do monarca absoluto (*voluntas regis suprema lex*). Era a época do Estado policial, onde o rei era o estado e o governo se confundia integralmente com administração pública.

Com o advento do Estado de Direito a ideia original de discricionariedade passou a ser questionada, pois vista como sinônimo de arbitrariedade monárquica não condizente com a ideia de limites jurídicos à atividade estatal, a qual deveria se pautar nos estritos limites da lei.<sup>252</sup> Foi o período em que se acreditou na onipotência da razão reta e universal, capaz de tudo desvendar e, inclusive, criar leis gerais e abstratas aptas a condensar a própria ideia de justiça, além de legítimas por serem expressão da vontade geral.<sup>253</sup> No entanto, mesmo mudanças bruscas de regime não reconstróem tudo do zero,<sup>254</sup> por isso a discricionariedade consegue sobreviver reconstruída em novos parâmetros, sob a noção de poder da administração de agir nos espaços livres deixados pela lei, ou seja, estabelece-se uma vinculação negativa para a administração, na qual ela pode fazer tudo aquilo que a lei prevê, bem como aquilo que a lei não proibir.

Com a Revolução Industrial se promove uma acentuada concentração de capital, agigantando-se a desigualdade entre aqueles que o detinham e as classes proletárias. Nisso o Estado legislativo começa a ruir e o encantamento pelas leis se perde, pois não solucionam as crescentes disputas entre capital e trabalho, ganhando proeminência o Poder Executivo, porquanto esse exerce a função administrativa e sua importância é diretamente proporcional à necessidade de implementar

---

<sup>252</sup> “Naquele modelo, alcunhado de Estado de Polícia, o cidadão era qualificado como ‘súdito’ e se vergava às imposições unilaterais do soberano. Já no Estado de Direito, o Estado se torna mero instrumento dos cidadãos, a cujas decisões, traduzidas na lei, deve estrita obediência” (VALIM, 2013, p. 68).

<sup>253</sup> A doutrina francesa nessa época se voltou para análise do Código Civil Francês de 1804 (conhecido como Código de Napoleão), expressão máxima do racionalismo, criando a Escola da Exegese e tendo como pensamento filosófico o positivismo exegético, no qual o raciocínio jurídico era reduzido a um esquema silogístico formal de subsunção que reduzia a atividade judicial a um raciocínio lógico-dedutivo, daí a figura do juiz “boca da lei”.

<sup>254</sup> De acordo com Gordilho (1995, p. ii-5), “el cambio institucional no se produjo de um día para outro y em todos los aspectos, ni está todavía terminado: no solamente quedan etapas por cumplir em el lento abandono de los principios de las monarquias absolutas u otros autoritarismos, sino que existen frecuentes retrocesos em el mundo em general”.

políticas públicas, inexistentes no modelo de Estado Liberal. Segundo Cappeletti (1999, p. 39 - 41):

Torna-se inevitável, portanto, para o governo de todo estado economicamente avançado, intervir em todos esses domínios, por mais difíceis e até arriscadas que possam ser essas intervenções. E de fato os estados modernos, justamente por isso caracterizados como estados sociais ou *welfare states* e como “economias mistas”, têm experimentado e estão experimentando, com sucesso variável, ampla gama de métodos e instrumentos, no sentido de resolver o extremamente complexo problema das *externalities* ambientais. [...]

Tipicamente, os direitos sociais pedem para sua execução a intervenção ativa do estado, frequentemente prolongada no tempo. Diversamente dos direitos tradicionais, para cuja proteção requer-se apenas que o estado não permita sua violação, os direitos sociais – como o direito à assistência médica e social, à habitação, ao trabalho – não podem ser simplesmente “atribuídos” ao indivíduo.

A ilusão exegética de que a subsunção, com a mecânica reprodução do sentido literal de um texto previamente conhecido, seria suficiente para preservar a segurança e a certeza não se sustentou. Não somente os juízes, mas também os funcionários estatais, foram chamados a valorar situações concretas e passam a usufruir de discricionariedade exatamente porque não é possível predeterminações absolutas. Com o acréscimo de funções sociais a cargo do Estado e o consequente fortalecimento do Poder Executivo há um crescimento exponencial de atos infralegais não vinculados à lei, resultando em um aumento absurdo do poder discricionário da administração, motivo pelo qual a doutrina da vinculação negativa é sentenciada à morte, partindo-se, então, para a doutrina da vinculação positiva, segundo a qual a administração pública somente pode fazer o que a lei determinar.

Entretanto, o Estado Social que surgiu para atender, ao menos em tese, as necessidades de uma nova classe social emergente que clamava por prestações materiais, redução das desigualdades e justiça não consegue corrigir as injustiças promovidas pelo Estado Liberal e entra em decadência por volta das décadas de 60 e 70, impulsionado pelos sucessivos colapsos econômicos, pelo custo da máquina estatal e da política assistencialista. O Estado Democrático de Direito que se funda na soberania popular emerge dessa crise na tentativa de amoldar o Estado de Direito ao Estado Social, não se restringindo a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência, mas institucionalizando a participação popular em uma perspectiva voltada à transformação do *status quo* para conseguir promover uma nova realidade.

Nesse novo paradigma estatal é que se apresenta a discricionariedade administrativa como um instituto jurídico necessário para adequar a autonomia das escolhas do administrador



público com a supremacia dos direitos fundamentais. Para Engisch (2014, p. 222) o “autêntico poder discricionário é atribuído pelo direito e pela lei quando a decisão última sobre o justo (correcto, conveniente, apropriado) no caso concreto é confiada à responsabilidade de alguém”, não apenas porque não se possa excluir a insegurança por mais minúcias a que desçam as regras, mas também porque em determinadas situações o ponto de vista de alguém responsável por suas obrigações pode apresentar a melhor solução.

Freitas (2015, p. 203) relaciona-a com o direito fundamental à boa administração, propondo uma reconceituação do termo, no sentido de entendê-lo como dever de avaliar e eleger concretamente as melhores consequências diretas e indiretas para as políticas públicas, observando as prioridades constitucionais no uso pertinente e eficaz dos recursos disponíveis.

Moraes (2004, p. 37-41) apresenta um sumário das definições de discricionariedade, onde existe o critério formal ou negativo (margem de livre decisão não regulada ou parcialmente regulada pelo Direito atribuída pela norma à Administração ou como a possibilidade de escolha entre várias soluções jurídicas); o critério material ou positivo (ponderação valorativa do interesse público no caso concreto); e, o critério eclético por ela adotado (complemento da previsão aberta da norma, a margem de livre decisão e a ponderação valorativa dos interesses concorrentes).<sup>255</sup>

Na óptica de Bandeira de Mello (1993, p. 48):

Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, ela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.

No uso de competência discricionária o legislador conferiu ao gestor uma certa margem de liberdade para agir com o intuito de que possa adotar a melhor providência possível diante do caso concreto, mediante critérios subjetivos de conveniência e oportunidade, por isso é necessário

---

<sup>255</sup> “Discricionariedade é a margem de liberdade de decisão, conferida ao administrador pela norma de textura aberta, com o fim de que ele possa proceder, mediante a ponderação comparativa dos interesses envolvidos no caso específico, à concretização do interesse público ali indicado, para, à luz dos parâmetros traçados pelos princípios constitucionais da Administração Pública e pelos princípios gerais de Direito e dos critérios não positivados de conveniência e de oportunidade: 1º) complementar, mediante valoração e aditamento, os pressupostos de fato necessários à edição do ato administrativo; 2º) decidir se e quando ele deve ser praticado; 3º) escolher o conteúdo do ato administrativo dentre mais de uma opção igualmente prefixada pelo Direito; 4º) colmatar o conteúdo do ato, mediante a configuração de uma conduta não prefixada, porém aceita pelo Direito” (MORAES, 2004, p. 48).

ressaltar que ela não decorre da falta de lei, mas de liberdade dentro da lei. As razões para existência da discricionariedade administrativa são práticas e jurídicas. Do ponto de vista prático, a realidade da vida complexa e multifacetada torna impossível que o legislador preveja e regule hermeticamente todas as situações possíveis e isso já era previsto por Locke (2005, p. 514) ainda no Século XVIII:

Onde quer que os poderes legislativo e executivo estejam em mãos distintas (como ocorre em todas as monarquias modernas e nos governos bem constituídos), o bem da sociedade exige que diversas questões sejam deixadas à discricção daquele que detenha o poder executivo. Pois não sendo os legisladores capazes de prever e providenciar, por meio das leis, tudo o quanto possa ser proveitoso para a comunidade, o executor das leis, tendo nas mãos o poder, possui, pela lei comum da natureza, o direito de dele fazer uso para o bem da sociedade, nos muitos casos em que a lei municipal não fornece diretrizes, até que o legislativo possa ser devidamente reunido para deliberar sobre a questão. Muitas questões há que a lei não pode em absoluto prover e que devem ser deixadas à discricção daquele que tenha nas mãos o poder executivo, para serem por ele reguladas, conforme exijam o bem e a vantagem do público; mais ainda, é conveniente que as próprias leis, em alguns casos, cedam lugar ao poder executivo, ou, antes, a essa lei fundamental da natureza e do governo, a saber, que, tanto quanto possível, todos os membros da sociedade devem ser conservados (...). Esse poder de agir conforme a discricção em prol do bem público, sem a prescrição da lei e por vezes até contra ela é o que se chama prerrogativa.

Em vista à impossibilidade de o legislador prever abstratamente a solução mais adequada para todos os casos, ele permite que o executor de sua obra avalie concretamente a situação e adote a conduta que melhor cumprirá as finalidades legais. Qual seria o resultado se o legislador sempre vinculasse o gestor em todas as situações, questiona Mello (1993, p. 34):

Dada a multiplicidade e a variedade das situações fáticas possíveis, quando a regra de direito tipificasse uma delas em termos objetivos, teria manietado o administrador, ao prefigurar como obrigatória, perante aquela situação tipificada em termos incontroversíveis, uma dada e única providência que, eventualmente, seria inconveniente para os próprios interesses públicos que a norma pretendeu satisfazer.

As razões de cunho jurídico podem ser encontradas na dinâmica jurídica de Hans Kelsen (1999) e sua pirâmide normativa, o qual elimina a diferença entre interpretação e discricionariedade, pois toda interpretação é um ato de escolha entre várias opções igualmente válidas contidas na moldura normativa. Para Kelsen (1999, p. 246) o fundamento de validade de uma norma jurídica é encontrado em uma norma superior que regula sua produção e determina não só o processo de formação da norma inferior, mas também, eventualmente, seu conteúdo. Contudo essa determinação nunca é completa, “ficando uma margem, ora maior ora menor, de livre

apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato”.<sup>256</sup>

A separação de poderes montesquiana configura outra razão jurídica para a discricionariedade, escreve Queiró (1946, p. 57), haja vista que as normas legais devem ter um limite para a individualização que não pode ser ultrapassado, sob pena de perderem sua abstração e o legislador sacrificar sua qualidade com tal. Com relação aos elementos do ato administrativo<sup>257</sup> a discricionariedade nunca está presente no sujeito e na forma, pois ambas são sempre vinculadas à lei; mas pode estar presente na finalidade em seu sentido amplo (interesse público)<sup>258</sup> e no motivo em face dos termos vagos imprecisos que eles apontam (ordem pública, moralidade, etc.); bem como no objeto quando a lei prevê um único efeito jurídico possível para o ato.

Discricionariedade embasa a reserva do possível,<sup>259</sup> apontando qual o momento mais oportuno e conveniente para que o Poder Público forneça as prestações estatais, pois há um limite material dependente da disponibilidade de recursos financeiros que, se inexistentes, justificam escolhas trágicas e, no extremo, a omissão administrativa, pois os gestores não fazem nascer dinheiro em árvores. Não se há de confundir discricionariedade administrativa com

---

<sup>256</sup> O exemplo dado pelo próprio Kelsen (1999, p. 246) é bem ilustrativo de seu pensamento: “Mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer. Se o órgão A emite um comando para que o órgão B prenda o súdito C, o órgão B tem de decidir, segundo o seu próprio critério, quando, onde e como realizará a ordem de prisão, decisões essas que dependem de circunstâncias externas que o órgão emissor do comando não previu e, em grande parte, nem sequer podia prever”.

<sup>257</sup> A doutrina administrativa em geral adota o sujeito, a forma, a finalidade, o motivo e o objeto com elementos do ato administrativo em razão do art. 2º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965 (Lei da ação popular).

<sup>258</sup> Silva (1990, p. 57) faz a devida diferenciação: “É questionado na doutrina se além de existir poder discricionário quanto ao “se” e ao “como” do ato administrativo, ou seja, quanto à escolha da categoria jurídica e à definição do seu conteúdo, haveria ainda poder discricionário quanto ao *fim* do ato. É sabido que a atividade do Estado é sempre polarizada por um fim de utilidade pública. A vinculação a esse fim genérico, não transforma, porém, todo o ato administrativo em ato de cumprimento de dever jurídico, de sorte a eliminar qualquer margem de poder conferido ao agente. Evidente que o entendimento contrário, se levado às últimas consequências, teria como resultado a negação do poder discricionário, como tem sido sustentado, aliás, por alguns autores integrados na corrente objetivista mais radical. A par do fim genérico, a que tende toda a atividade estatal, pode existir, e geralmente existe, um fim especial, que é o fim imediato do ato administrativo”.

<sup>259</sup> A reserva do financeiramente possível foi uma construção do Tribunal Constitucional Federal alemão proferida em 18 de julho de 1972 no chamado caso “*numerus clausus*”, no qual estudantes que não conseguiram entrar em universidades de medicina de Hamburgo e Munique, pela limitação de vagas (“*numerus clausus*”) em cursos superiores, ingressaram com ações judiciais invocando o art. 12 da Lei Fundamental alemã, segundo o qual “todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação”. Nesse caso, que discutiu o direito de acesso ao ensino superior e a limitação de vagas, passou-se a compreender a “reserva do possível” (*Der Vorbehalt des Möglichen*) como uma limitação aos direitos sociais, os quais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, que possui discricionariedade para definir as políticas públicas plasmadas na peça orçamentária.

discrecionalidade judicial,<sup>260</sup> tampouco discrecionalidade com interpretação, pois essa precede àquela na atividade de revelar sentido ao texto normativo, algo diferente das escolhas predeterminadas pelo próprio legislador e que dão ensejo ao uso da discrecionalidade. Na interpretação se extrai a norma jurídica contida no enunciado normativo para na sequência se aferir se há margens de escolha à autoridade pública.<sup>261</sup>

O núcleo da discrecionalidade administrativa é o mérito, entendido esse como:

O campo de liberdade suposto na lei e que, efetivamente venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, se decida entre duas ou mais soluções admissíveis perante ele, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, dada a impossibilidade de ser objetivamente reconhecida qual delas seria a única adequada (MELLO, 1993, p. 38).

Entre os autores clássicos, Fagundes (1951, p. 1) foi o primeiro a relacionar o mérito com a discrecionalidade por ser um “aspecto do procedimento da Administração, de tal modo atrelado com circunstâncias e apreciações só perceptíveis ao administrador, dados os processos de indagação de que dispõe e a índole da função por ele exercida, que ao juiz é vedado penetrar no seu conhecimento”. Em suma, o mérito do ato administrativo tinha um conteúdo político, significando a justiça, equidade, utilidade, razoabilidade, oportunidade e conveniência das medidas tomadas pela Administração.<sup>262</sup>

<sup>260</sup> Dessa tratou Dworkin (2002, p. 51-53) ao traçar os três sentidos para poder discricionário (o qual pode ser entendido por discrecionalidade). Algumas vezes se emprega o termo em um sentido fraco para dizer que os padrões que uma autoridade pública deve aplicar não podem ser aplicados mecanicamente, exigindo a formulação de algum tipo de julgamento com base em padrões que foram estabelecidos por uma autoridade superior a qual ele deve obediência, como no caso do tenente que ordena ao sargento que escolha os cinco homens **mais experientes**. Em outras situações se usa o conceito de poder discricionário em um segundo conceito fraco para dizer que alguma autoridade tem a faculdade de tomar a decisão em última instância, como é o caso do Supremo Tribunal Federal. Por último, há o sentido forte de poder discricionário, que é aquele no qual a autoridade pode decidir sem estar sujeita a padrão algum preestabelecido, como se no exemplo do tenente que ordenou ao sargento a escolha de cinco homens não houvesse a precondição de serem os **mais experientes**, estando o subordinado livre para decidir. Para Dworkin (2002, p. 50) “o conceito de poder discricionário só está perfeitamente à vontade em apenas um tipo de contexto: quando alguém é em geral encarregado de tomar decisões de acordo com padrões estabelecidos por uma determinada autoridade”, seja ela um órgão superior ou um regulamento, ou seja, somente há poder discricionário (discrecionalidade) nos sentidos fracos.

<sup>261</sup> Por isso a ressalva de Streck (2014, p. 50): “Daí a necessária advertência: não é correto trazer o conceito de discrecionalidade administrativa para o âmbito da interpretação do direito (discrecionalidade judicial). Também não se trata da distinção entre a discrecionalidade na *civil law* e na *common law*. Para os limites dessa discussão, não se compreende a discrecionalidade interpretativa (ou discrecionalidade judicial) a partir da simples oposição entre ato vinculado e ato discricionário, mas sim tendo como ponto específico de análise o fenômeno da interpretação, no qual – e isso parece óbvio – seria impróprio falar de vinculação.”

<sup>262</sup> Essa percepção ainda é prevalecente na Itália nos dias de hoje, relata Jordão (2016, p. 93): “De acordo com o entendimento da doutrina italiana, o mérito corresponde a uma esfera de ação livre de condicionantes jurídicas. Ele é regido por ‘normas não jurídicas’, mas de boa administração. A escolha feita pela administração será informada por juízos políticos ou administrativos a propósito da sua *oportunidade* ou *conveniência social*. Em suma: a decisão

Cretella Junior (1965, p. 28) apontava existir um conceito amplo de mérito administrativo que seria insustentável, pois abrangeria uma faixa tão ampla que se confundiria as noções de oportunidade e conveniência com a própria legalidade,<sup>263</sup> atribuindo-lhes o mesmo sentido do mérito processual como que o juiz substituisse o administrador, se permitindo uma destruição da divisão entre o campo político e o jurídico. Prefere, então, o conceito restrito de mérito por se referir a questões da competência exclusiva do Poder Executivo, resumidas no “clássico binômio oportunidade-conveniência. Trata-se de matiz político do ato, fundamentado em juízos de valor emitidos antes da manifestação concreta da vontade da Administração, expressa pelo ato administrativo” (p. 29).

A tese de que a discricionariedade administrativa chegou ao fim é reflexo das transformações pelos quais passaram o mundo nas últimas décadas e que refletem no Direito. Com o aumento de importância do Judiciário em quase todas as democracias, em especial após a segunda guerra mundial, os juízes passaram a interferir no espaço de atuação de outras autoridades como, por exemplo, na execução de políticas públicas. Se antes havia uma barreira intransponível para os controladores, em especial o Poder Judiciário, na apreciação dos atos administrativos discricionários, hoje não mais se controverte acerca dessa possibilidade, focando-se a discussão nos limites dessa intervenção, havendo quem defenda, inclusive, a possibilidade de controle até da própria conveniência e oportunidade administrativas, ou seja, do mérito, sendo possível encontrar decisões judiciais adotando esses critérios.

Com a Constituição de 1988 se buscou superar o pesadelo do período ditatorial ampliando-se as amarras sobre a Administração Pública com um incremento de instituições e normas para controlá-la na tentativa de evitar os abusos de poder e as arbitrariedades do passado.

<sup>264</sup> <sup>265</sup> Atos genuinamente administrativos, que outrora seria inimaginável intromissão, hoje são

---

realizada em seu âmbito não é jurídica, mas política (ou quase ‘política’). Justamente por isto, está isenta do controle judicial”.

<sup>263</sup> “Não se confunde o equador com os polos; nem se identifica: são regiões diferentes, mas não opostas. O polo norte, porém, contrapõe-se ao polo sul, corno o positivo ao negativo, o sim ao não, o ilegítimo ou ilegal ao legítimo ou legal, o oportuno ao inoportuno, o conveniente ao inconveniente, o justo ao injusto, o útil ao inútil, o razoável ao irrazoável, o equitativo ao inequitativo” (CRETELLA JUNIOR, 1965, p. 30).

<sup>264</sup> Nascimento (2016, p. 35-36) conduziu interessante pesquisa, na qual analisou artigos publicados na Revista de Direito Administrativo da Fundação Getúlio Vargas (FGV) desde 1988, após a promulgação da Constituição Federal, constando que desde 2001 não havia sido publicado mais nenhum artigo que assumisse uma postura mais restritiva de controle judicial dos atos administrativos, pelo contrário, a tendência foi de produção científica voltada a justificar um controle judicial cada vez mais intenso.

<sup>265</sup> Como destaca Santos (2020, p. 88): “A Constituição de 1988 deu plenas condições para o controle da administração pública pela burocracia (aqui entendida não apenas suas estruturas internas de controle, mas especialmente os órgãos

questionados em vários fóruns de poder, principalmente em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição (também chamado de princípio do direito de ação), previsto no art. 5.º, XXXV, da Constituição de 1988, que galgou a estatura de direito fundamental após a Segunda Guerra Mundial e por meio do qual tudo pode ser levado à apreciação judicial, mitigando o princípio da separação dos poderes.<sup>266</sup>

Até a corrupção diminuiria com o fim da discricionariedade, pois de acordo com a famosa equação de Klitgaard (2000, p. 26),<sup>267</sup> a corrupção (C) é fruto do monopólio da decisão (M) mais a discricionariedade (D) menos a prestação de contas (A). A ideia é cada vez mais controle e menos discricionariedade. Com isso, passou-se a defender a legalidade de substituição das escolhas do administrador pelas escolhas dos órgãos de controle, admitindo-se que essas permutas possam ser feitas sem qualquer violação à lei e sem prejuízo à tripartição dos poderes. Decorrencia disso, anota Gabardo (2009, p. 3), é que o “princípio da legalidade, que sempre foi tomado como fundamento da ideia típica de Estado de Direito, vem sendo contestado como critério de identificação do Direito válido. A justiça está deixando de ser um ideal consensual”.

O culto ao controle apoia-se em várias teorias estrangeiras importadas que gradativamente passaram a cravejar cada elemento do ato administrativo e juntas dão sustentáculo à tese de que a discricionariedade administrativa acabou,<sup>268</sup> como por exemplo a teoria dos

---

de controle externo), passando a gozar de *status* e importância nunca vistas em nossa história constitucional, de modo que estas prerrogativas foram fundamentais para adequado exercício de suas funções. Simultaneamente, a posição institucional privilegiada de certos estamentos burocráticos passou a ensejar rivalização e tensões dantes inimagináveis com os demais poderes formalmente constituídos. Essas tensões fizeram com que a Administração Pública brasileira, em vez de tomar suas decisões com base no seu privativo juízo de conveniência e oportunidade, tivesse de curvar-se à opinião e às determinações dos órgãos de controle externo”.

<sup>266</sup> Desde Rui Barbosa que se conhece (Habeas Corpus 300, impetrado por ele em 1892 em defesa do almirante Eduardo Wandenkolk), entre nós, a *political question doctrine* do Estados Unidos, a qual compartilha do mesmo berço do controle de constitucionalidade das normas, proferidas na célebre decisão do *Chief* de Justiça John Marshall (Marbury x Madison) de 1803. Por essa doutrina certas matérias são de cunho político e discricionário do Poder Executivo e não pode o Judiciário nelas se imiscuir. Com a judicialização da política, fenômeno mundial, mas que entre nós tem se destacado com maior vigor, essa doutrina tem sofrido sérios abalos à ponto de praticamente inexistir seara imune à competência judicial. Na França são denominados atos de governo para fazer referência a autolimitação que o próprio Conselho de Estado se impôs em apreciar atos do Executivo. A decisão pioneira ocorreu em 1822 quando o banqueiro Laffitte resolveu cobrar do governo o valor aproximado de 670.000 (seiscentos e setenta mil) francos referente a uma verba não paga pela Princesa Borghese. Na decisão o Conselho de Estado assentou: “Considérant que la réclamation du sieur B. tient à une question politique, dont la décision appartient exclusivement au gouvernement”. Disponível em: <https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/decisions/conseil-detat-ord-1-mai-1822-laffitte-requete-numero-5363-rec-1821-1825-p-202/>. Acesso em: 25 jul. 2019.

<sup>267</sup>  $C = M + D - A$ . Por essa fórmula, se a discricionariedade for reduzida a zero, diminui-se a corrupção.

<sup>268</sup> Relata Jordão (2017, p. 353): “A esse ponto já é possível notar quão revolucionária foi a atuação do Conselho de Estado ao longo do tempo: criou conceitos que permitiram o avanço do controle sobre todos os elementos do ato administrativo, mas também criou normas implícitas, com base nas quais aplicaria o controle. Por qualquer ângulo de análise, o Conselho de Estado deu passos muito firmes para fechar o cerco contra a Administração e ampliar sua zona

conceitos jurídicos indeterminados, os conceitos técnicos, a teoria do desvio de poder, a teoria dos motivos determinantes e a constitucionalização dos princípios (DI PIETRO, 2018, p. 297).

#### ***4.4.1 Juridicização da discricionariedade***

Principiando pela teoria dos conceitos jurídicos indeterminados,<sup>269</sup> reconhece-se que o Direito é linguagem e seu estudo pressupõe a análise dos enunciados linguísticos que muitas vezes não revelam suficientemente o fundamento valorativo das normas, de modo que seu significado há de ser perquirido contextualmente, pois o sentido das palavras depende de muitos fatores, dentre os quais, a pré-compreensão do sujeito.<sup>270</sup> Para a professora Odete Medauer (2018, p. 109), o conceito em si não é indeterminado “pois é possível expressar verbalmente o seu significado. O que ocorre é a impossibilidade de identificar *a priori* todas as situações que se enquadram na fórmula. Mas, no momento em que uma situação ou fato aí se enquadram, efeitos ou consequências jurídicas ocorrem”.

Embora todo conceito possa apresentar alguma indeterminação, alguns possuem um amplo campo de significação que quando apropriados pelo Direito levaram a criação da doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados na Áustria do século XIX, movida pelo interesse de saber se algumas palavras de difícil conceituação utilizadas pelo legislador estariam suscetíveis de controle pelos tribunais administrativos. A celeuma entorno da relação entre conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa data de meados do século XIX, quando Edmund Bernatzik, em 1886, defendeu a teoria da multivalência ou duplicidade que dizia existir na interpretação e aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados a possibilidade de várias interpretações discricionárias; e, Friedrich Tezner, em 1888, que advogou a teoria da unicidade, na

---

de influência. Conhecer esta história francesa é relevante porque ela influenciou drasticamente nosso modelo de controle judicial: os passos tomados autonomamente pelo Conselho de Estado francês nos chegaram alguns anos ou décadas depois.”

<sup>269</sup> Os professores Nelson Nery e Rosa Maria Andrade (2013, p. 232) preferem a expressão “conceito legal indeterminado”, pois, segundo eles, a indeterminação está na norma legal e não na forma. Segundo sua definição, conceito legal indeterminado “são palavras ou expressões indicadas na lei, de conteúdo e extensão altamente vagos, imprecisos e genéricos, e por isso mesmo esse conceito é abstrato e lacunoso. Sempre se relacionam com a hipótese de fato posta em causa”.

<sup>270</sup> Streck (1999, p. 144) comenta a reviravolta linguístico-pragmática assinalando que o ideal de exatidão da linguagem é um mito filosófico e foi abandonado porque a linguagem é indeterminada, carecedora de sentido, “[...] o que significa dizer que é impossível determinar a significação das palavras sem uma consideração do contexto socioprático em que elas são usadas. A linguagem é sempre ambígua, pela razão de que suas expressões não possuem uma significação definitiva. Pretender essa exatidão linguística é cair numa ilusão metafísica”.

qual os conceitos jurídicos indeterminados somente apontam para uma solução correta, a qual deve ser encontrada por meio da interpretação adequada.

A teoria da multivalência partiu da premissa de que a aplicação do direito é puro silogismo, mas ao se deparar com a falta de critérios seguros para a definição do sentido dos conceitos indeterminados, devido à complexidade de sua aplicação, considera que os mesmos atribuíam discricionariedade, desde que se cuidem de conceitos de valor,<sup>271</sup> excetuando-se os conceitos técnicos e alguns conceitos de experiência (SOUZA, 1986, p. 278).<sup>272</sup>

A segunda corrente entende não haver discricionariedade nos mesmos, pois é possível o gestor chegar a única solução possível mediante um exercício correto de interpretação, estando suscetíveis ao controle judicial de sua aplicação e subsunção ao caso concreto, podendo os tribunais controlá-los até onde os olhos os permitam. Essa seria, não-lo diz Silva (1990, p. 58), a orientação dominante no direito germânico, pois os conceitos jurídicos indeterminados estariam insertos no suporte fático legal (*Tatbestand*) e os problemas com eles relacionados resumir-se-iam predominantemente à interpretação da regra jurídica, diferentemente da discricionariedade, que se constitui em um poder de eleição da consequência ou do efeito jurídico (*Rechtsfolge*).

Observa-se ser essa a corrente adotada pelos controladores, os quais têm punido os gestores que abraçam intelecção perfeitamente cabível no campo plurissignificativo dos conceitos jurídicos indeterminados, mas destoante das supervenientes e peculiares concepções idiossincráticas dos fiscais. É como se a única resposta correta nesses casos fosse oriunda da intelecção proveniente do controlador e o gestor, porque não “adivinhou” a solução adequada dentro do plexo de possibilidades razoáveis, deve ser punido.

Alinha-se a Mello (1993, p. 24) quando esse aponta o equívoco de supor que não se propõe questão de discricionariedade diante dos conceitos jurídicos indeterminados e que apreender-lhes o sentido é operação mental puramente interpretativa da lei, ato da alçada do Judiciário. Todavia, a solução proposta por Sousa (1994, p. 209) não satisfaz, pois apesar de ser

---

<sup>271</sup> Conceitos de valor (probidade, boa-fé, justo preço) pressupõem valorações subjetivas arraigadas na consciência do aplicador da norma.

<sup>272</sup> É a posição da Professora Regina Helena Costa (1989, p. 51) para quem “se o legislador optar pela utilização de conceitos de experiência, determináveis mediante interpretação, o controle judicial é amplo, exatamente porque cabe ao Judiciário, como função típica, interpretar o alcance das normas jurídicas para sua aplicação. Diversa será a situação se se tratar de conceito de valor, cuja significação é preenchida por meio da apreciação subjetiva dos órgãos administrativos. Nesse caso o controle judicial é apenas um controle de contornos, de limites, pois, se assim não fosse, estar-se-ia substituindo a discricionariedade administrativa pela judicial, o que é vedado pelo nosso ordenamento jurídico.”



adepto da corrente que entende ser possível pela interpretação e aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados chegar à única decisão justa, reconhece ser uma atividade altamente complexa por pressupor que em algumas situações incidem valorações subjetivas, prognoses, apreciações técnicas e políticas que tornam problemático o controle pelo juiz da atividade administrativa, ao final, deixando nas mãos do próprio juiz a definição da linha-limite em que deve atuar em cada caso concreto, apelando para a sua consciência todas as vezes que sinta não poder ir mais além no seu controle objetivo.

Por sua vez, a teoria da discricionariedade técnica remete novamente ao jurista da Escola de Viena, Edmund Bernatzik, que a utilizou pela primeira vez em 1864 quando pretendeu englobar nesse conceito todas as decisões que por sua complexidade técnica deveriam ficar à margem do controle judicial porque de administração conhecem os administradores, não os juízes, e somente eles, em razão de sua expertise, teriam condições de tomar a melhor decisão (SOUSA, 1994, p. 105). O tema ganha relevância no Brasil a partir de meados da centúria passada quando uma onda neoliberal desestatizante impõe que o Estado deixe de prestar inúmeros serviços públicos e passe apenas a regulá-los, surgindo as denominadas agências reguladoras, que nada mais são do que autarquias com um regime especial. A inspiração veio das *agencies* norte-americanas, as quais se baseiam em três grandes pilares: especialização, neutralidade e discricionariedade técnica (DI PIETRO, 2002, p. 146). Contudo, a autonomia das *agencies* vem sofrendo abalos em sua terra natal, conforme apontado acima, em razão da teoria do “olhar profundo” (*hard look doctrine*), a qual prega que o judiciário pode se imiscuir nas deliberações administrativas tomadas pelas agências para garantir que tenham adotado decisões fundamentadas, eliminando o arbítrio.

Nobre Júnior (2016, fls. 122) aponta a existência de três correntes, “sendo a primeira delas a que sustém que a técnica representa uma estrutura de poder real, que é atribuída à Administração em face do exercício da investigação técnica, de modo que àquela deve ser reservada”. Desse modo a ideia central é de que existem decisões que por sua alta complexidade devem ficar alheias ao controle e sua interpretação deve competir exclusivamente aos órgãos técnicos especializados, caso das agências reguladoras. A segunda corrente entende que a técnica visa exatamente garantir objetividade, por isso nega que possa haver uma discricionariedade nessa seara, motivo pelo qual é possível a investigação judicial. Por fim, a terceira corrente é considerada intermediária e compreende que as valorações técnicas não induzem certeza. “Nesses casos, pugna-se pelo reconhecimento de uma deferência em favor da Administração com fundamento numa

maior representatividade desta frente ao juiz, no que concerne à pesquisa da solução para o caso concreto” (NOBRE JÚNIOR, 2016, p. 123).

Em que pesem vozes contrárias oriundas do controle externo (Judiciário)<sup>273</sup> e que não raro encontram caixa de ressonância nas outras instituições de controle (CGU e TCU), é indubitoso que o gestor dispõe de liberdade para decidir, segundo critérios que eleja dentre dos limites da ciência, qual alternativa melhor atenderá ao interesse público, podendo optar pela opção tecnicamente inferior, sem que nenhuma outra autoridade possa substituir seu julgamento.<sup>274</sup> A compra dos jatos para a Força Aérea Brasileira serve de exemplo. O relatório de análise da Comissão Coordenadora do Programa Aeronave de Combate (Copac) apontava que pelo critério técnico o caça americano F-18 Super Hornet, produzido pela Boeing era melhor,<sup>275</sup> mas se findou adquirindo o jato sueco Gripen E pela combinação de outras vantagens que somente competiam a quem estava na gestão avaliar.

Defende-se que os órgãos de controle, em geral, devem partir de uma deferência às conclusões administrativas, as quais muitas vezes não se baseiam em meras apreciações técnicas,<sup>276</sup> devendo os controladores respeitarem as capacidades institucionais e as escolhas adotadas pelos órgãos técnicos especializados dos entes administrativos, em especial as agências reguladoras.<sup>277</sup> Imagine-se que engenheiros de um órgão público emitam laudo técnico apontando risco de rompimento de açude e com base nisso o gestor contrate reparos urgentes com dispensa de licitação. Ainda que referido laudo seja contestado pela CGU, TCU ou Judiciário, nenhuma medida

<sup>273</sup> Nobre Junior (2016, p. 127) é adaptado da segunda corrente acima citada: “A partir das opiniões antes descritas, sou de que, regra geral, o desenrolar da função administrativa mediante critérios técnicos não implica em discricionariedade. Esta, por sua vez, decorre do espaço de liberdade deixado ao administrador pela norma legal ou regulamentar”.

<sup>274</sup> Como dizem Sundfeld e Câmara (2002, p. 37): “Assim, desde que haja fundamento técnico suficiente e adequado para a opção adotada pelo administrador, não haverá como rever sua decisão judicialmente, por não se tratar de matéria relacionada a exame de legalidade. O surgimento de divergência de opiniões técnico-científicas não importa que uma das alternativas deva, necessariamente, prevalecer em relação a outras. A existência de opiniões abalizadas divergentes apenas indica que, entre as alternativas em confronto, não sendo possível refutar de modo inquestionável qualquer uma delas, cabe à autoridade administrativa responsável decidir a respeito de qual adotar. O exercício desta competência de escolha envolve o que se convencionou chamar de discricionariedade técnica e não está sujeita a refutação por argumentos jurídicos; ou seja, não é matéria cuja responsabilidade possa ser atribuída a órgão jurisdicional, cuja função foi delimitada constitucionalmente ao campo do Direito.”

<sup>275</sup> Disponível em: [https://istoe.com.br/259643\\_A+ESCOLHA+DA+FAB/](https://istoe.com.br/259643_A+ESCOLHA+DA+FAB/). Acesso em: 10 out. 2019.

<sup>276</sup> Pereira (2003, p. 262) defende que não existe um instituto jurídico denominado discricionariedade técnica e que os casos envolvem na realidade apreciações técnicas da Administração sem qualquer peculiaridade em face de outras manifestações da discricionariedade administrativa.

<sup>277</sup> “As agências reguladoras são (ou ao menos devem ser) constituídas por técnicos, por especialistas nas matérias afetas ao setor regulado. As decisões exaradas por tais entidades são repletas de conhecimentos científicos específicos, que não são, normalmente, dominados pelo Poder Judiciário” (SCHIRATO, 2017, p. 514).

sancionatória deve recair sobre o gestor que tinha a obrigação de agir com base nas informações de que dispunha. Ademais, fora as hipóteses de dolo, erro manifesto<sup>278</sup> ou culpa grave, tampouco os engenheiros do órgão que produziram o laudo técnico podem ser responsabilizados no caso de dúvida razoável, pois não é possível sobrepor as conclusões do fiscal a do servidor.

A teoria do desvio de poder, por seu turno, nasce na França com a decisão do Conselho de Estado de 25 de fevereiro de 1864, confirmada em 7 de junho de 1865, no caso *Lesbats*, em que se anulou ato do Prefeito de Fontainebleau que, no uso do poder de polícia, negara autorização a um cidadão para o ingresso de viaturas no pátio da estação da estrada de ferro, pois sua intenção era beneficiar outro transportador, ao invés de prover o atendimento satisfatório dos usuários, como se deveria (TÁCITO, 1974, p. 5). Na Itália é conhecido como *sviamento di potere*, sendo espécie do gênero excesso de poder, ao lado de outros vícios (ilogicidade manifesta, erro de fato e inexistência dos pressupostos de fato invocados) que têm em comum o uso indevido de uma faculdade discricionária. O desvio de poder (ou desvio de finalidade) constitui, ao lado do excesso de poder (relacionado à competência), vício do ato administrativo que são modalidades de abuso de poder, ocorrendo quando o ato praticado não visa a finalidade legal, se desviando do alvo. “O administrador, a seus olhos, comete uma ilegalidade, não apenas quando age num interesse privado, mas também quando age em vista de um interesse colectivo diferente daquele que tinha o dever de prosseguir” (QUEIRÓ, 1946, p. 80).

No Brasil, os casos de desvio de poder são corriqueiros, sobretudo pela concepção patrimonialista que se instalou desde a chegada da família real portuguesa em 1808 e que ainda permeia as mentes corrompidas de algumas autoridades que não distinguem entre o público e o privado, achando que são donas dos cargos que ocupam, podendo usufruir das prerrogativas que titularizam para favorecimento pessoal e de seus familiares. O primeiro a tratar do tema entre nós foi Seabra Fagundes quando ainda era Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte,<sup>279</sup> rompendo, nas palavras de Leal (1948, p. 54-55), “a praxe reiterada de nossos

---

<sup>278</sup> O erro manifesto é uma construção do Conselho de Estado Francês e consiste naquela falha escancaradamente incorreta, evidente e perceptível “ao olho nu”, tão grosseiro que poderia ser percebido até por uma criança.

<sup>279</sup> Foi na Apelação cível nº 1.422/RJ, em que eram litigantes a Empresa de Transporte Potiguar Ltda. e a Inspetoria Estadual de Trânsito, decidindo o Poder Judiciário pela revisão do ato da autoridade estadual de trânsito que havia fixado horário de tráfego para a companhia de ônibus, colocando-a em prejuízo, em benefício de outra empresa concorrente. O Tribunal, por unanimidade, anulou o ato por desvio de poder, reconhecendo que a finalidade perseguida era estritamente particular em detrimento do interesse público ao bom funcionamento do serviço.

tribunais, que sempre declararam os atos discricionários insusceptíveis de apreciação jurisdicional, sem aprofundar a questão da possível arbitrariedade do poder discricionário”.

Tanto faz para fins de caracterização da mácula que ora se cuida que ela tenha sido feita intencionalmente ou não. Também pode ser praticada de forma escancarada pela autoridade como na surdina, à sorrelfa ou à socapa. Nesse caso a prova do desvio de finalidade não é fácil por ter que adentrar no terreno do psicológico, no *animus* do agente, havendo Cretella Júnior (1976, p. 79-97) catalogado 10 (dez) sintomas dessa anomalia, colhidos da experiência francesa e italiana,<sup>280</sup> que podem auxiliar no descortino dos objetivos inconfessáveis. A rigor, o controle que incide sobre o desvio de finalidade, apesar de ser um controle de legalidade, permitiu uma ampliação do exame dos atos administrativos, pois embora possa haver desvio de finalidade nos casos de atuação vinculada, essa teoria teve papel central, mais do que qualquer outra, na abertura de veredas para o controle de validade dos atos administrativos discricionários, narrando Moraes (2004, p. 38) que também em Portugal, sob a influência de Marcelo Caetano e André Gonçalves Pereira, afirmava-se que a discricionariedade administrativa somente se encontrava limitada pela competência e pelo fim.

Passa-se à teoria dos motivos determinantes que vincula o administrador ao motivo declarado, ou seja, a validade do ato administrativo depende da validade dos motivos apresentados. Por ela se predica que se o agente enunciar os motivos para a prática de determinado ato, ainda que não haja obrigação legal expressa para isso, o ato só será válido se a situação declarada for verídica. Os motivos são os fundamentos fáticos e jurídicos que impulsionaram à prática do ato, ou seja, as razões de fato e de direito conjugados pela autoridade para fundamentar seu agir. Se o agente praticou o ato sem motivo legal, ele é inválido, porque nos motivos está a razão jurídica do procedimento da Administração.

No famoso aresto *Trepont*, de 20 de janeiro de 1922, o Conselho de Estado francês anulou o decreto de exoneração do Prefeito do Nord, emanado do Presidente da República, pelo qual aquela autoridade fora exonerada "a pedido", quando na realidade ele nada pedira. Em que pese não houvesse a necessidade de motivar o ato, ao fazê-lo e se comprovar que o prefeito tinha

---

<sup>280</sup> São eles: 1) contradição do ato com atos posteriores; 2) contradição do ato com atos anteriores; 3) motivação excessiva; 4) motivação contraditória; 5) motivação insuficiente; 6) alteração dos fatos; 7) ilogicidade manifesta; 8) manifesta injustiça; 9) disparidade de tratamento; e, 10) derrogação de norma interna.

a intenção de permanecer no cargo, o Conselho de Estado constatou que o motivo era materialmente inexato, declarando a inexistência da causa jurídica.<sup>281</sup>

Com relação aos atos discricionários existem três correntes: a primeira, que entende pela desnecessidade de motivação, pois seria contraditório conceder liberdade de escolha e exigir que se apresentem justificativas; a segunda entende que a exposição dos motivos é primordial exatamente nesses atos pela necessidade de aferir se estão conforme a lei; e, a terceira advoga que alguns atos decorrentes de discricionariedade necessitam ser motivados, mas não todos. Para fins de controle deve-se adotar com temperamentos a teoria dos motivos determinantes, pois ainda que os motivos declarados não sejam verídicos, se houver motivos ocultos ou disfarçados que justifiquem adequadamente a decisão tomada, há de se considerá-la válida em respeito ao direito de terceiros.<sup>282</sup>

A despeito de todas essas teorias que foram paulatina e gradativamente cravejando o controle sobre os atos administrativos, é com a constitucionalização dos princípios que se tem os maiores avanços. Ela vem no bojo das amplas transformações promovidas pelo neoconstitucionalismo,<sup>283</sup> tendo como marco filosófico o pós-positivismo, o qual abriga um conjunto de ideias ricas e heterogêneas que incluem a atribuição de normatividade aos princípios e

---

<sup>281</sup> Fato similar ao que ocorreu com a exoneração do Diretor-Geral da Polícia Federal, Maurício Valeixo, pelo Presidente da República, Jair Bolsonaro. De acordo com notícias amplamente divulgadas na imprensa, o pedido para deixar o cargo nunca ocorreu, apesar de ser esse o motivo veiculado na publicação do Diário Oficial da União. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/04/24/mauricio-valeixo-demissao-telefone-diario-oficial-a-pedido-constrangido.htm> Acesso em: 27 abr. 2020.

<sup>282</sup> A possibilidade de alteração dos motivos incorpora a evolução dessa doutrina de origem francesa. Jordão (2017, 354) comenta que atualmente na França os tribunais administrativos já admitem que a Administração Pública substitua perante o juiz os motivos dados inicialmente para a tomada de decisão.

<sup>283</sup> Neoconstitucionalismo e pós-positivismo representam realidades distintas. O primeiro termo é atribuído a Susanna Pozzolo que o utilizou pioneiramente em 1997 no XVIII Congresso Mundial de Filosofia Jurídica e Social, realizado em Buenos Aires. Segundo Pozzolo (1998, p. 339): “Si bien es cierto que la tesis sobre la especificidad de la interpretación constitucional encuentra partidarios en diversas disciplinas, en el ámbito de la filosofía del derecho viene defendida, en particular, por un grupo de iusfilósofos que comparten un peculiar modo de acercarse ao derecho. He llamado a tal corriente de pensamiento neoconstitucionalismo. Me refiero, en particular, a autores como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky y, sólo en parte, Carlos S. Nino”. A classificação mais difundida é a de Comanducci (2002, p. 97-101) que o divide em neoconstitucionalismo teórico, o qual “aspira a describir los logros de la constitucionalización, es decir, de ese proceso que ha comportado una modificación de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos respecto a los existentes antes del despliegue integral del proceso mismo”; neoconstitucionalismo ideológico que coloca a garantia dos direitos fundamentais em primeiro plano, se afastando do constitucionalismo moderno, quando o objetivo central era impor limites aos poderes estatais e na obrigação moral de obedecer a constituição e as leis; e o neoconstitucionalismo metodológico que “la tesis de la conexión necesaria, identificativa y/o justificativa, entre derecho y moral”, contrariamente ao positivismo jurídico que segregou o direito em duas partes: “ser” e “dever ser”.

a definição de suas relações com valores e regras (BARROSO, 2005, p. 4-5). Esse movimento jus-filosófico surgiu após a segunda guerra mundial por força das barbáries cometidas pelos nazistas, os quais procuraram justificar seus atos com a alegação de que os praticaram sob amparo legal. Daí, seguiu-se a necessidade de humanizar as leis, incorporando nelas valores que conduzissem à percepção de que a pessoa humana, bem como a sua dignidade, deve estar no centro das preocupações do ordenamento jurídico.

O pós-positivismo surge, portanto, como uma terceira via intermediária entre o jusnaturalismo e o positivismo, sendo responsável pela entronização de princípios nas constituições, terminando por alcançar os domínios do direito administrativo. Surgem então as ferramentas que faltavam para que o controle incidisse ainda mais nas decisões das autoridades administrativas, passando-se a confrontá-las com a economicidade, a moralidade, a eficiência, a proporcionalidade, dentre tantos outros padrões, fazendo emergir a noção de vinculação à juridicidade em substituição à legalidade estrita, conforme explica Moraes (2004, p. 112):

A constitucionalização desses princípios da Administração Pública e do princípios gerais do Direito gerou para o Poder Judiciário a possibilidade de verificar além da conformidade dos atos administrativos com a lei, ao exercer o controle de seus aspectos vinculados, à luz do princípio da legalidade, também aspectos não vinculados desses atos, em decorrência dos demais princípios constitucionais da Administração Pública, da publicidade, da impessoalidade e de moralidade, do princípio constitucional da igualdade e dos princípios gerais da razoabilidade e da proporcionalidade.

Di Pietro (2018, p. 297) ressalta que com a constitucionalização dos princípios o conceito de legalidade foi ampliado, passando a abranger além dos atos normativos, valores e princípios (explícitos e implícitos) constitucionais, causando uma sensível redução do mérito administrativo, pois aquilo que antes era visto como insuscetível de controle judicial, agora se insere na legalidade. A mudança, prossegue Di Pietro (2018, p. 297-298), é que antes o juiz não se preocupava com os limites da discricionariedade, mas hoje ele averigua se entre as diferentes opções válidas o gestor adotou uma delas e não extrapolou a razoabilidade, a proporcionalidade ou desviou-se da finalidade legal.

Nessa senda, em face da introdução dos princípios nas constituições e com o reconhecimento de sua força normativa a própria administração pública passou a ser enquadrada por princípios como o da impessoalidade, da moralidade e da eficiência, sujeitando-se à nova hermenêutica que veio para lidar com a imprecisão e indeterminação semântica características dessa tipologia de normas. O resultado é que hoje o direito público vive um ambiente de “geleia

geral” (SUNDFELD, 2017, p. 205) em virtude de tantos excessos e distorções hermenêuticas comprometedoras da governabilidade.

Exemplo disso são as nomeações de ministros de estado, típico ato político-discrecionário do Presidente da República, que foram impedidos pelo Judiciário, como ocorreu com o ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva, nomeado pela ex-presidente Dilma Rousseff. À época, foram impetrados junto ao STF os Mandados de Segurança nº 34.070 (pelo Partido Popular Socialista–PPS) e nº 34.071 (pelo Partido da Social Democracia Brasileira–PSDB), tendo o ministro Gilmar Mendes, cautelar e monocraticamente, suspenso a eficácia do ato de nomeação por considerar que houve desvio de poder e ofensa à moralidade, pois entendera que a nomeação tinha como objetivo deslocar para o STF o foro das ações em trâmite na Justiça Federal de Curitiba que tinham como réu o ex-presidente Lula.

Para agravar ainda mais a situação, aos controladores admite-se, incentiva-se e aplaude-se o manejo aleatório de princípios, mas os verdadeiros implementadores das políticas públicas, que enfrentam as dificuldades do mundo real, devem se limitar em ser a “boca da lei”, pois princípios não devem ser uma arma gnosiológica para todos, mas somente “para quem sabe”, não são para quem quer, mas para quem pode.

Em que pesem todas as razões existentes não se pode admitir a pregação maquiavélica de que os fins justificam os meios de molde a permitir que até a justiça de primeira instância<sup>284</sup> possa ingerir em temas de envergadura constitucional da alçada exclusiva do Chefe de um dos Poderes da República, gerando grave insegurança jurídica por se abrir uma porta para impugnação de quaisquer nomeações políticas.

Salgado (2018, p. 193-194) adverte que o populismo se deslocou na estrutura estatal, pois antes relacionado com o agir do Poder Executivo, agora figura entre os salvadores da pátria togados, surgindo como novo inimigo da democracia:

A previsão normativa de um Estado de Direito no Brasil é negada cotidianamente. Os mecanismos de controles recíprocos e a garantia de aplicação das regras jurídicas apresentam falhas, em franca negação à supremacia constitucional. Um

<sup>284</sup> Em fevereiro de 2017, decisões de juízes federais de Macapá, Rio de Janeiro e Brasília suspenderam liminarmente a posse de Wellington Moreira Franco como Chefe da Secretaria Geral da Presidência da República, nomeado pelo então presidente Michel Temer. (Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2017-02/mais-uma-decisao-da-justica-barra-nomeacao-de-moreira-franco>. Acesso em: 2 mar. 2021). Em 2018 foi deferida medida liminar na Ação Popular nº 0001786-77.2018.4.02.5102, pela 4ª Vara da Justiça Federal em Niterói/RJ, para suspender a eficácia do decreto que nomeou Cristiane Brasil Francisco, então Deputada Federal, ao cargo de Ministra de Estado do Trabalho, bem como sua posse, culminando multa pecuniária no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) para cada agente que descumprisse a decisão, objetivando resguardar a moralidade administrativa.

novo agente de ataque ao constitucionalismo surge: o Poder Judiciário que atua segundo a moralidade subjetiva de seus agentes. O populismo, um inimigo íntimo da democracia, passa a ser protagonizado pelos magistrados, que ignoram as normas jurídicas para decidir sobre o que é justo. Decisões judiciais recentes evidenciam o argumento: usa-se a gramática da exceção para permitir que magistrados atuem para além do Direito em nome do interesse público ou de sua visão perfeccionista e até para restringir prerrogativas de agentes públicos eleitos democraticamente. O mesmo ocorre com o controle abstrato de constitucionalidade, com a suspensão de Emenda Constitucional por decisão monocrática sem fundamento jurídico e com o apelo a uma fictícia origem democrática de uma lei que ofende diretamente a Constituição – as normas constitucionais tornam-se irrelevantes. Um Estado de Direito não combina com heróis, ainda que togados: falta modéstia ao Poder Judiciário no cumprimento de sua função constitucional.

O controle nesse caso deve vir das ruas, por meio de manifestações populares; da imprensa; do Legislativo, por meio da pressão política; mas não por meio de decisões judiciais que estão sujeitas as mesmas discricionariedades vergastadas.

Fato é que boa parte da doutrina administrativa entende ser a discricionariedade um câncer no Estado de Direito que precisa ser extirpado e que é retrógrado ou positivista demais falar em discricionariedade administrativa ou defender a existência de um princípio da reserva da administração.<sup>285</sup> Mas competindo ao Poder Executivo, encarregado da função de administrar, a tarefa de realizar escolhas trágicas, diante da impossibilidade de atender plenamente todas as prestações sociais, não caberia ao Judiciário ou a qualquer outra entidade de controle tomar-lhe o lugar, como se a única decisão correta somente pudesse ser encontrada pelo controlador, estigmatizando os gestores como incapazes, incompetentes ou corruptos.<sup>286</sup>

---

<sup>285</sup> Curioso que quando se trata do Judiciário invadir a competência do Executivo o Ministro Celso de Mello desconhece a existência de um princípio constitucional da reserva de administração, conforme se observa no ARE 639337 AgR/SP. Contudo, ao julgar casos em que não está em jogo a autopreservação da esfera de poder do Judiciário, o eminente Ministro defende eloquentemente a separação de poderes com base no referido princípio, como se constata no EDRE 427.574-MG: “O princípio constitucional da reserva de administração impede a ingerência normativa do Poder Legislativo em matérias sujeitas à exclusiva competência administrativa do Poder Executivo. É que, em tais matérias, o Legislativo não se qualifica como instância de revisão dos atos administrativos emanados do Poder Executivo. (...) Não cabe, desse modo, ao Poder Legislativo, sob pena de grave desrespeito ao postulado da separação de poderes, desconstituir, por lei, atos de caráter administrativo que tenham sido editados pelo Poder Executivo, no estrito desempenho de suas privativas atribuições institucionais. Essa prática legislativa, quando efetivada, subverte a função primária da lei, transgredir o princípio da divisão funcional do poder, representa comportamento heterodoxo da instituição parlamentar e importa em atuação *ultra vires* do Poder Legislativo, que não pode, em sua atuação político-jurídica, exorbitar dos limites que definem o exercício de suas prerrogativas institucionais” (BRASIL, 2012).

<sup>286</sup> Essa lição se aplica ao controle interno, nas palavras de Castro (2016, p. 174): “Atente-se, porém, que essa aproximação da atividade de Controle Interno das atividades fins da Administração, não tem o condão de retirar a capacidade decisória própria dos agentes públicos a quem foram atribuídas à execução destas atividades, ou seja, não se subsume da discricionariedade administrativa resguardada à autoridade competente, nem pode, eleger comportamentos determinados quando houver um leque de opções válidas ao gestor.”



Tampouco a discordância, sem que se tenha agido com dolo de prejudicar ou erro grosseiro, pode gerar responsabilização pessoal do gestor público, como sugere Willeman (2017, p. 297):

Na hipótese de inobservância das determinações expedidas, a polarização entre as posições da Administração Pública e do órgão de controle não pode ser resolvida com a substituição da vontade administrativa pela visão da Corte, eis que isso importaria em uma indevida ingerência do Tribunal de Contas como administrador positivo, cenário já refutado anteriormente. A Corte, ao decidir pela violação do princípio da legitimidade, pode invalidar a decisão administrativa, mas não pode determinar que outra seja adotada em seu lugar. Nessas situações, a solução para o impasse acaba por recair sobre a esfera pessoal do gestor público responsável, que se sujeita à atuação sancionatória por parte da Corte.

Por isso é que para tentar conferir alguma dignidade a uma classe que mesmo com a possibilidade de sacrifício pessoal toma decisões, muitas das vezes racionalmente arbitrárias,<sup>287</sup> criou-se, à imagem e semelhança de seu antecessor dworkiano, o gestor Hércules.

#### **4.4.2 O gestor Hércules e a única decisão correta<sup>288</sup>**

Como grande parte dos princípios tem fundamento na própria Constituição, uma das consequências de sua introdução nos textos constitucionais foi, conforme apontado acima, a ampliação do controle sobre a gestão, fazendo com que os agentes públicos tenham medo de decidir e prefiram soluções cartesianas, diante de tantos riscos e condicionantes aos quais estão sujeitos. Com o agigantamento dos controles administrativos, imiscuindo-se sobre as competências administrativas com esteio em uma miríade de teorias e na febre principiológica que avançou sobre todos os campos do direito, está havendo uma paralisia administrativa por conta da retração do gestor público que passa a ter medo de usar da discricionariedade conferida a ele por lei. Esquecem-se que o fim vincula o administrador e esse fim é dado sempre por uma norma que precisa ser interpretada e quem primeiro aplica a norma e por consequência a interpreta é o administrador, daí

<sup>287</sup> A COVID-19 trouxe muitas situações de incerteza genuína, na qual as decisões eram tomadas sem que se tivesse o domínio de todas as informações sobre a doença ou certezas científicas, ainda que provisórias (a cloroquina trazia mais benefícios ou malefícios no tratamento da doença? Quem se curou pode contrai-la novamente?). Nas situações de incerteza bruta (quando o custo de obter fatos acerca do mundo é muito alto); de incerteza estratégica (que decorre da interdependência de escolhas estratégicas); ou quando simplesmente as razões se esgotam; é racional ser arbitrário (entenda-se: discricionário): “Não é inconcebível que tribunais reconheçam, algum dia, a existência de uma categoria de decisões que são arbitrariamente racionais – e, portanto, que não são nada arbitrárias no sentido jurídico” (VERMUELE, 2017, p. 42).

<sup>288</sup> As considerações realizadas neste item 4.4.2 correspondem a pesquisas realizadas e publicadas como parte do artigo “Hércules, o Gestor” (SOUZA, 2020, p. 361).

que a distinção entre discricionariedade administrativa e judicial não é tão pacífica como se pode imaginar. Ademais, essa interpretação pode sempre deixar afinal de contas um resto teoreticamente ininterpretável tanto para um como para o outro (QUEIRÓ, 1946, p. 75).

O exercício da competência discricionária então passou a configurar *hards cases* em face de tantos fatores que devem ser levados em conta pelo gestor: proporcionalidade em suas três vertentes (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), melhor interesse público, reserva do possível, prevaricação, desvio de finalidade, abuso de poder, improbidade - estando sempre sujeito a que um fiscal de controle, com base em algum princípio abstrato condene seu agir e lhe impute uma pesada multa a ser paga com a remuneração auferida pelo exercício do cargo, tirando do seu próprio sustento e de sua família. A decisão discricionária só se tornou válida se atender de forma excelente ao interesse público e obrigatoriamente sempre gerar a melhor decisão para executar a lei no caso concreto:

Isso porque, quando se fala em medidas de valor gradativas como “a melhor”, “a superior” ou “a excelente”, abre-se a possibilidade de se discutir a qualidade da decisão: se foi – ou não – a melhor de todas. E se parte do pressuposto de que os administradores não são seres humanos, mas deuses em constante competição com outros deuses (os órgãos e entidades de controle), cada qual devendo dizer qual é a (mais) excelente decisão para o caso concreto (MOREIRA, 2016).

Com isso, cada vez mais se impõe que a administração pública seja gerida por seres dotados de poderes sobrenaturais, os quais sejam capazes de encontrar não a melhor sempre, mas a única solução correta ou não (pois, como o próprio Ronald Dworkin assevera, a tese da única solução correta também é uma metáfora), mas pelo menos encontrar a única decisão que agrada ao controlador e conseguirá satisfazer sua discricionariedade.<sup>289</sup> Em suma: é necessário que Hércules<sup>290</sup> peça exoneração do cargo de juiz e tome posse como gestor, de preferência, em algum ministério.

<sup>289</sup> De Kelsen a Dworkin, ou seja, do positivismo normativo para o pós-positivismo, a discricionariedade administrativa se retraiu, enquanto a judicial se expandiu, com a substituição do administrador público pelo juiz no exercício de sua atividade-fim.

<sup>290</sup> Dworkin (2001, p. 242) não aceita que o Direito seja irremediavelmente subjetivo, motivado por convicções particulares. Para resolver tudo isso ele dá vida a um juiz de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, capaz de desenvolver teorias sobre aquilo que a intenção legislativa e os princípios jurídicos requereriam, batizando-o de Hércules (DWORKIN, 2002, p. 165). Para Dworkin, o juiz Hércules ao lidar com casos difíceis (*hard cases*) não cria o direito discricionariamente, mas usa de princípios morais colhidos da história institucional da comunidade para encontrar uma única resposta correta. A única resposta correta consiste na afirmação de que mesmo não havendo uma regra clara dispondo sobre o caso, pode haver um direito pré-estabelecido, cabendo ao juiz descobri-lo com base nos princípios jurídicos que, embora muito gerais e abstratos, exigem que o intérprete os densifique, atentando especialmente para as decisões anteriores, que espelham a história institucional. As decisões anteriores exercem sobre Hércules uma força gravitacional que o impele a levá-las em consideração a cada nova decisão,

Então, somente Hércules com sua capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas conseguirá desenvolver teorias sobre aquilo que a intenção legislativa e o “carnaval” de princípios jurídicos requerem, reduzindo a zero a discricionariedade administrativa em face do seu poder de encontrar a única resposta correta, orientado por um senso descomunal que extrai das normas seu verdadeiro sentido teleológico. O gestor Hércules não deixará que sua vontade subjetiva influencie no processo decisório e adotará soluções válidas somente com base em tudo que se apurou no procedimento, ou seja, suas conclusões levarão sempre a um resultado que, ao fim e ao cabo, seria vinculado, pois não há qualquer outra melhor alternativa.

Hércules sabe que os recursos são finitos e as necessidades infinitas, mesmo assim conseguirá suprir todas as demandas por direitos sociais, pois como ele é dotado de astúcia e sagacidade divinas terá sabedoria contábil suficiente para elaborar uma peça orçamentária que atenda a reserva do possível e do impossível! Ademais, Hércules, diferentemente de seus pares, não tem medo do controle interno ou externo (pelo contrário, tem ótimo relacionamento com o ministério público), pois ele domina com mestria os instrumentos jurídicos, enfrentando os fatos à luz de todos os princípios, gerais do direito e constitucionais, explícitos ou implícitos, bem como daqueles que porventura vierem a ser criados após sua escolha. Ele sabe que sua discricionariedade sempre acertará em cheio.

O multicitado herói desse à fundo em cada questão posta a sua análise, avaliando previamente as consequências de suas decisões, com base em prognoses infalíveis que não deixam margens para qualquer questionamento acerca da proporcionalidade, razoabilidade, eficiência, efetividade, eficácia, economicidade, moralidade, enfim, juridicidade de suas decisões, democráticas, diga-se de passagem, pois Hércules sempre está atento ao que dizem as ruas, ou melhor, aos consensos, aos paradigmas e às pré-compreensões que os membros da comunidade política partilham. Hércules, também conhecido no TCU como administrador médio, é prudente, honesto, leal, diligente, cauteloso, não descumpre as determinações da Corte de Contas e não se envolve em irregularidades administrativas. Em suma: urgentemente, ele precisa ser empossado para dignificar uma classe de servidores que está cada vez mais refém do medo e da insegurança jurídica, envoltos em uma crise de legitimidade democrática.

---

restringindo desse modo seu juízo subjetivo e sua discricionariedade, devendo estar sempre atento para não cair na mera repetição cega e acrítica do passado. Na sua empreitada contra a discricionariedade judicial, no sentido forte, Dworkin abriu caminho para o fim de outra discricionariedade, a administrativa, até mesmo nos sentidos fracos por ele citados (ver nota de rodapé 242).

Fato é que não há mais decisão correta *a priori* na gestão pública brasileira. O acerto ou desacerto de um ato administrativo estará sempre para ser revelado ao final, quando da avaliação pelos múltiplos controles, pendulando, ainda, em função das idiossincrasias do controlador, de suas convicções pessoais, de como ele avalia que deva ser o mundo, se adota uma postura deferente ou se considera o controle o superego da sociedade.

Em meio a todo esse cenário inquietante, urge com maior vigor a necessidade de refletir acerca da delicada relação marcada entre o controle da administração e o dever de decidir por parte de quem executa as políticas públicas, abordando qual futuro se espera do controle administrativo brasileiro para a superação dessa crise.

## 5. FUTURO DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL

Os efeitos marcantes delineados no capítulo anterior estão operando reações, críticas e impondo a obrigação de repensar o futuro da atividade controladora no Brasil. Na dimensão mais evidente a questão central a ser discutida é como alterar os modelos conceituais existentes, superando as principais correntes de pensamento ainda vigentes. Em âmbito mundial se verificam discussões e propostas de reformas com o intuito de alinhar a missão do controle externo às novas tendências impostas por uma governança em transformação, tanto em razão de crises políticas e econômicas, como em face da crescente desigualdade social.

A Organização Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (em inglês: INTOSAI) foi fundada em 1953 por 34 países, entre eles o Brasil, contando atualmente com 195 membros.<sup>291</sup> A cada três anos ela realiza o Congresso Internacional das Entidades Fiscalizadoras Superiores (INCOSAI), no qual todas as Entidades Fiscalizadoras Superiores (EFS) filiadas à INTOSAI reúnem-se para discutir seus problemas comuns e possibilidades de solução, cujas propostas são sintetizadas em um documento. Em setembro de 2019, o evento ocorreu na Rússia, nascendo a Declaração de Moscou, onde estão delineadas para os próximos anos as diretrizes a serem seguidas pelas EFS do mundo inteiro, podendo-se destacar:<sup>292</sup>

- a) as EFS são encorajadas a contribuir para uma prestação de contas de resultados mais eficaz, transparente e informativa, tendo em mente a complexidade dos esforços governamentais necessários a apoiar o alcance das prioridades nacionais e dos ODS;
- b) as EFS podem fomentar uma mentalidade experimental para reforçar a inovação e o desenvolvimento;
- c) as EFS são encorajadas a formar os auditores do futuro capazes de: trabalhar com análise de dados, ferramentas de inteligência artificial e avançados métodos de análise qualitativa; reforçar a capacidade de inovação; atuar como parceiros estratégicos; compartilhar conhecimento e gerar previsões;

<sup>291</sup> Disponível em: <https://www.intosai.org/>. Acesso em: 10 jul. 2020.

<sup>292</sup> A íntegra da Declaração de Moscou está disponível em: [https://www.intosai.org/fileadmin/downloads/about\\_us/Organs/Congresses/2019\\_Moscow\\_OutC\\_Rep/EN\\_23\\_Moscow\\_OutcomeReport.pdf](https://www.intosai.org/fileadmin/downloads/about_us/Organs/Congresses/2019_Moscow_OutC_Rep/EN_23_Moscow_OutcomeReport.pdf). Acesso em: 10 jul. 2020.

- d) as EFS podem ampliar seu impacto positivo ao estabelecer uma interação produtiva com o ente auditado e reforçar a cooperação e comunicação com a comunidade acadêmica e o público em geral.

Internamente é sintomático de novos tempos que se avizinham a inédita recomendação do Conselho Nacional do Ministério Público,<sup>293</sup> o qual, considerando que o exercício da função ministerial deve ser criteriosamente respeitoso com as atribuições alheias, tanto dos colegas de instituição quanto das autoridades públicas fiscalizadas; que a efetivação das políticas públicas se dá exclusivamente por atos administrativos de gestão e não por atos judiciais ou de controle; que a função ministerial é de controle e não de execução, e a decisão administrativa é parte fundamental da cadeia de execução da política pública; que a decisão administrativa em geral, e na execução de políticas públicas em particular, é atribuição exclusiva do gestor; que o controle do conteúdo da decisão administrativa que seja cometido por outro órgão que não de gestão transborda a análise objetiva de sua legalidade e enseja violação à tripartição das funções estatais por caracterizar exercício ilegal de competência administrativa alheia; que não incumbe ao Ministério Público a eleição de políticas públicas, mas sim a atuação como agente indutor, proativo e resolutivo das garantias de efetivação dos direitos fundamentais decorrentes destas políticas; recomendou aos membros do Ministério Público brasileiro que atentem para os limites de suas funções institucionais, evitando-se a invasão indevida das atribuições alheias e a multiplicação dos conflitos daí resultantes.

Evidente que a medida foi atacada pelas associações de classe que acionaram o STF sob alegação de que ela representa uma mordaza aos membros do MP, além de uma inconcebível violação da independência funcional. Mas algo que as associações não relataram à Suprema Corte foi a desordem social em função da judicialização levada a efeito pelos membros do MP que se substituindo a prefeitos e governadores tentavam impor as medidas sanitárias de combate à COVID-19 que lhes agradassem. Como cada membro do MP se confunde com a própria instituição e como não aceitam nenhuma medida de coordenação institucional que busque uniformizar sua atuação, evitando a multiplicação de conflitos, o caos se instalou com a batalha de liminares, que eram concedidas, revogadas e confirmadas, ou não, dia após o outro pelo país afora. A população,

---

<sup>293</sup> Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomendacoes/RECOMENDAO-CONJUNTA-PRESI-CN-N-2-DE-19-DE-JUNHO-DE-2020-1.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2020.

então, não mais sabia se havia apenas um prefeito por município, bem como se em cada estado apenas uma pessoa exercia a função de governar.

Esses acontecimentos parecem revelar que se está chegando ao ponto de inflexão, ou seja, naquele momento em que há uma mudança de direção no rumo dos comportamentos e das atitudes. As reações doutrinárias à “ditadura do controle” ganham cada vez volume e esse capítulo se deterá em apresentar outras propostas e alternativas, dogmáticas ou legais, algumas, inclusive, já em curso, com vistas a dar sustentação para as mudanças que o controle deve percorrer no intuito de melhor cumprir com sua missão.<sup>294</sup>

### 5.1 Lei da segurança para inovação pública

Dentre os vários temas que somente por lei se pode cuidar, o medo se tornou um deles. Por isso a Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, representou a maior alteração legislativa dos últimos 29 (vinte nove)<sup>295</sup> ao introduzir 10 (dez) novos artigos no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB), também chamada de *lex legum* (lei das leis) por tratar de temas afetos a todos os ramos do direito, ou seja, ela é o vestíbulo da sala principal de todo o direito.

Seu advento supriu um vácuo existente até então no direito público, pois a inicialmente denominada Lei de Introdução ao Código Civil (a nomenclatura foi posteriormente alterada pela Lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010) apesar de ser considerada “Norma de Sobredireito” em razão de seu conteúdo servir não apenas ao direito privado, tendo abrangência ampla, sempre esteve muito atrelada ao campo das relações civis entre particulares, resquício do período em que o código civil era o centro do sistema jurídico, perdendo a centralidade de outrora para a ideia de constituição, expressa como ordem objetiva de valores que se espraiam e condicionam a leitura e a interpretação de todas as províncias do direito.<sup>296</sup>

---

<sup>294</sup> Frise-se que as propostas de solução apresentadas para os problemas de uma entidade, seja de controle interno (CGU), seja de controle externo (Poder Judiciário), podem ser pensadas e transpostas em sua essência para o campo de atuação das demais instâncias de controle.

<sup>295</sup> Ficando atrás, obviamente, apenas da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988.

<sup>296</sup> Esse pensamento surgiu na Alemanha no julgamento do célebre caso Lüth, considerado por muitos um dos mais importantes da história constitucional alemã. Em 15 de janeiro de 1958, o 1º Senado do Tribunal Constitucional alemão afirmou a irradiação da eficácia, horizontal e vertical, dos direitos fundamentais no âmbito de todo o direito infraconstitucional e desenvolveu a ideia de uma ordem objetiva de valores que influenciaria todas as esferas jurídicas.

A proposta originária nasceu de estudos e pesquisas empíricas desenvolvidas na Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), no curso de Direito da Fundação Getúlio Vargas em São Paulo, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e das reflexões dos professores Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo (PALMA, 2018, p.1), que em conjunto com outros juristas apresentaram suas ideias ao Senador Antonio Anastasia, motivando-o a propor o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 349, de 2015. Após acolhimento no Senado Federal e na Câmara dos Deputados (renomeado PL nº 7.448/2017), o projeto foi sancionado pelo ex-Presidente Michel Temer, nascendo a “Lei da Segurança para a Inovação Pública”.

Várias foram as tentativas de impedir sua aprovação. Por meio do Ofício nº 219/2018,<sup>297</sup> cinco associações (Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho - ANAMATRA, Associação dos Juízes Federais do Brasil - AJUFE, Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho - ANPT, Associação Nacional dos Procuradores da República - ANPR, Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP e o Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho - SINAIT) pediram seu veto integral.

A Procuradoria-Geral da República encaminhou ao Presidente da República o Ofício s/n 2018 – REFD,<sup>298</sup> apresentando a Nota Técnica Conjunta nº 1/2018 das 1ª, 2ª, 3ª, 4ª, 5ª e 7ª Câmaras de Coordenação e Revisão e da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, que concluíram pela prejudicialidade ao sistema de controle, responsabilização e ressarcimento por atos lesivos ao erário e ao interesse público se fosse sancionado o Projeto de Lei, frisando que os novos dispositivos poderiam afetar a adequada aplicação da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), “constituindo um indesejado fator de insegurança jurídica, afetando a já consolidada jurisprudência nos Tribunais Superiores a respeito da improbidade”.

O Tribunal de Contas da União (TCU) logicamente se juntou aos descontentes e pediu o veto integral ao PL nº 7.448/2017. Na famosa Análise Preliminar do PL 7448/2017,<sup>299</sup> bem como posteriormente através de parecer jurídico,<sup>300</sup> a Consultoria Jurídica do TCU, em resumo, critica todos os artigos e conclui que “a insegurança jurídica e a ineficiência da Administração Pública

---

<sup>297</sup> Disponível em:

[https://www.conamp.org.br/images/notas\\_publicas/2018/Of%C3%ADcio\\_veto\\_PL%207448\\_2017.pdf](https://www.conamp.org.br/images/notas_publicas/2018/Of%C3%ADcio_veto_PL%207448_2017.pdf). Acesso em: 5 jul. 2020.

<sup>298</sup> Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/oficio-raquel-dodge-veto-pl-7448.pdf>. Acesso em: 5 jul. 2020.

<sup>299</sup> Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/analise-consultoria-juridica-tcu-lindb.pdf>. Acesso em: 5 jul. 2020.

<sup>300</sup> Disponível em: <https://cdn.oantagonista.net/uploads/2018/04/PL-7448-2017-Inteiro-teor-Altera-LINDB-Parecer-Conjur-2018-04-20.pdf>. Acesso em: 5 jul. 2020.



não são problemas que se resolvem com a criação de critérios de interpretação das normas” (p. 55). Ademais, se sancionada, a Lei traria mais insegurança jurídica e ineficiência.

O medo invertido e a euforia em torno da aprovação da Lei nº 13.655, de 2018, surgiram em face de sua missão revolucionária em torno da tomada de decisão no campo do direito público brasileiro. De um modelo pautado na racionalidade liberal típica do direito oitocentista contido no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, abriram-se as entranhas para se introduzir na LINDB regras que abrigassem o aspecto dinâmico, mutável, espiralado, plurissubjetivo e diacrônico do direito na atualidade.

Em linhas gerais, a Lei nº 13.655, de 2018, operou as seguintes inovações e modificações: ressignificou o dever de motivação quando as decisões se basearem em normas indeterminadas (art. 20); acresceu o modal consequencialista para a tomada de decisões (arts. 20 e 21);<sup>301</sup> incorporou o princípio da realidade na interpretação de normas sobre gestão pública (art. 22);<sup>302</sup> estabeleceu o direito a um regime de transição adequado para resguardar os particulares dos “cavalos de pau” hermenêuticos (art. 23); interditou a invalidação de atos por mudança posterior de orientação geral (art. 24); disciplinou os efeitos da invalidação de atos para que sejam mais justos (art. 26); estabeleceu compensação, endoprocessual, de benefícios ou prejuízos injustos gerados para os envolvidos (art. 27); adotou novos parâmetros de responsabilização dos agentes públicos (art. 28); permitiu a participação popular para a edição de regulamentos administrativos (art. 29); e, impõe a obrigação de aumentar a segurança jurídica por meio da criação de precedentes administrativos vinculantes (art. 30).<sup>303</sup>

Sua racionalidade se volta para tutelar não apenas a segurança jurídica e suas vertentes (estabilidade e previsibilidade), mas também a inovação. Para Diniz (2018, p. 307), a alteração na

<sup>301</sup> “O consequencialismo jurídico chegou de vez ao Direito brasileiro. Diversos dispositivos da LINDB incorporam exigências da consideração de consequências que é seu sentido mínimo. Tal propósito de se dá de modo reativo à cultura do hipercontrole público que tomou conta do Brasil” (MENDONÇA, 2018, p. 58).

<sup>302</sup> “O *caput* do art. 22 impõe um parâmetro concreto para avaliação de condutas de modo que o controlador, na avaliação de uma conduta e de sua adstrição ao direito não se limite a interpretar a norma a partir de seus parâmetros semânticos e de valores pessoais e nos quadrantes deônticos abstratos, mas considerando o contexto fático em que a conduta foi ou teria que ser praticada e os quadrantes mais amplos das políticas públicas (o que envolve não só o dever de atender às demandas da sociedade, mas os instrumentos disponíveis e a realidade orçamentária)” (MARQUES NETO; FREITAS, 2019, p. 59).

<sup>303</sup> “Todavia, sabe-se que a Administração não se sujeita apenas à lei em sentido formal, mas também aos princípios constitucionais implícitos e explícitos, entre os quais se situam os já mencionados princípios da igualdade, da impessoalidade administrativa, da segurança jurídica, da proteção à confiança legítima e da proibição de discriminação atentatória aos direitos fundamentais. São justamente esses elementos, integrantes da juridicidade à qual se subordina o Poder Público, que demandam o respeito aos precedentes administrativos” (HACHEM, 2015, p. 71).

LINDB visou “proteger a sociedade contra incerteza, riscos e custos excessivos, trazendo segurança jurídica”, além de promover um ônus argumentativo adicional para os agentes públicos que terão agora de demonstrar as dificuldades do caso, bem como dialogar com o gestor público. Contudo a Autora se mostra cética quanto as possibilidades da novel legislação, argumentando que as alterações não trarão segurança jurídica na aplicação do direito público por estarem repletas daquilo que visou combater, ou seja, cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados, de conteúdo e extensão incertos (p. ex. valores jurídicos abstratos; consequências práticas da decisão, etc.), que dão origem a uma linha de penumbra (DINIZ, 2018, p. 315).

Outra parte da doutrina não compartilha desse pessimismo:<sup>304</sup> Marques Neto e Freitas (2019, p. 17) ressaltam seu objetivo explícito de reforçar a segurança jurídica num quadro de incerteza e de mudança permanente. Na mesma linha, Justen Filho (2018, p. 15) entende que as inovações introduzidas pela Lei nº 13.655/2018 destinaram-se precipuamente a reduzir certas práticas que resultaram em insegurança jurídica no desenvolvimento da atividade estatal. Mendonça (2018, p. 45) pontua que as alterações foram uma reação à cultura do hipercontrole que tomou conta do Brasil nos últimos tempos, enquanto Jordão (2018a, p. 65) enfatiza que a Lei é antirromântica ou anti-idealista, com objetivo claro de aprimorar a gestão pública nacional, introduzindo uma boa dose de pragmatismo e contextualização na interpretação e operação das normas de direito público.

À toda evidência, doravante não será suficiente se abrigar no obscuro mundo dos princípios ou menosprezar as consequências de decisões de invalidade. Se o controlador mandar anular um contrato de concessão de aeroportos por afronta ao princípio da universalidade, por exemplo, terá que dizer, em respeito aos arts. 20 e 21 da LINDB,<sup>305</sup> como será prestado o serviço público no dia seguinte; como serão suportados os prejuízos dos usuários e das companhias aéreas; de onde serão retirados os recursos para pagar a indenização, porventura, devida a concessionária.

---

<sup>304</sup> Floriano de Azevedo Marques Neto; Carlos Ari Sundfeld; Adilson de Abreu Dallari; Maria Sylvia Zanella di Pietro; Odete Medauar; Marçal Justen Filho; Roque Carrazza; Gustavo Binenbojm; Fernando Menezes de Almeida; Fernando Facury Scaff; Jacintho Arruda Câmara; Egon Bockmann Moreira e José Vicente Santos de Mendonça para citar apenas alguns defensores da novel Lei.

<sup>305</sup> Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresse suas consequências jurídicas e administrativas. Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

Trata-se, assim, de impor à administração que seja séria, leal, proba, o que, infelizmente, não é a praxe da administração brasileira. Decidir pela invalidação do ato administrativo sem apurar e fixar as consequências jurídicas dela decorrentes é incidir em irresponsabilidade manifesta, em total desrespeito ao administrado. Infelizmente, tanto o Poder Judiciário como o Tribunal de Contas e muitos órgãos internos de controle consagraram essa praxe. O que a lei tenta reverter é uma triste cultura (MARTINS, 2020, p. 278).

Obviamente que o consequencialismo não imperará, nem os artigos mencionados defendem isso, independentemente de qualquer valor jurídico, pois por melhor que sejam as consequências, determinados direitos (fundamentais) são indispensáveis.<sup>306</sup> Tampouco se exigem exercícios de futurologia ou dons de profecia, a ponto de que se devam adivinhar todas as possíveis consequências práticas, jurídicas ou administrativas. A intenção é vedar motivações vazias, ancoradas em normas de conteúdo indeterminado meramente retóricas, fluídas, perfeitamente maleáveis e adaptáveis à fundamentar qualquer decisão.

O contextualismo (uma das características do pragmatismo) está presente no art. 22 da LINDB. Por meio dele, explica Oliveira (2020, p. 8), se censura a sanha dos controladores em responsabilizar agentes públicos, por vezes anos após a prática da conduta controlada e no conforto de seus gabinetes, unicamente com base em divergências de interpretações jurídicas, “sem qualquer consideração do contexto fático e jurídico existente no momento da tomada de decisão”.

É de se ressaltar, por sua importância, o art. 28 da LINDB,<sup>307</sup> o qual estabelece uma cláusula geral do erro administrativo, pretendendo proteger o agente público honesto para que ele

---

<sup>306</sup> O conto de literatura fantástica, “The Ones Who Walk Away from Omelas” (Os que se afastam de Omelas) de Ursula K. Le Guin, expõe com clareza essa máxima jurídica. Omelas é uma cidade utópica de felicidade e deleite, sem reis e sem escravos, seus habitantes são inteligentes e cultos. Tudo em Omelas é agradável, exceto pelo terrível segredo da cidade. Para manter sua beleza, a abundância das colheitas, o clima agradável e a própria saúde dos filhos, exige-se que se mantenha em um porão, embaixo de um dos belos prédios da cidade, uma criança oligofrênica e malnutrida, presa na sujeira, escuridão e miséria. Todos os cidadãos sabem disso quando completam a idade para compreender, normalmente entre oito e doze anos. O grande dilema ético-consequencialista que se coloca é: a beleza, prosperidade e felicidade de uma cidade inteira valem o sacrifício de uma criança inocente? O conto termina relatando que algumas pessoas, após descobrirem a verdade, ficam em silêncio um ou dois dias, mas concluem que é pelo bem de todos. Outros, porém, resolvem silenciosamente deixar a cidade, afastando-se para longe de Omelas, ninguém sabe para onde, apenas andam em direção à escuridão, num caminho sem volta: “The place they go towards is a place even less imaginable to most of us than the city of happiness. I cannot describe it at all. It is possible that it does not exist. But they seem to know where they are going, the ones who walk away from Omelas” (GUIN, 2017, p. 15).

<sup>307</sup> Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

possa inovar sem medo de ser punido por erros mezinhos, pois somente em caso de dolo ou erro grosseiro<sup>308</sup> estará sujeito à responsabilização:

Assim é que tal dispositivo terá o condão de gerar os relevantes incentivos de: (i) contribuir para que o administrador melhor fundamente o seu agir, por intermédio de uma adequada processualização, de sorte a reduzir os riscos de que suas decisões sejam inquinadas pela pecha dos “atos dolosos” ou dos atos praticados lastreados em um “erro grosseiro”; e (ii) inverterá e ampliará o ônus de fundamentação para o controlador, que passará a ter de demonstrar, por intermédio de provas concretas, que o ato praticado pelo agente público restou maculado pela intenção de malferir a probidade administrativa (MARQUES NETO; FREITAS, 2018, p. 137).<sup>309</sup>

Equipara-se o erro grosseiro à culpa grave, ou seja, aquela “falta imprópria ao comum dos homens” (GONÇALVES, 2017, p. 54), que muito se assemelha ao dolo (*culpa lata dolo aequiparatur*), mas com ele não se confunde, pois não há a intenção de prejudicar. Reconheceu o legislador que os agentes públicos estão sujeitos a riscos em razão das decisões que adotam ou opiniões técnicas que exaram no exercício de suas funções públicas, estabelecendo, muito à contra gosto dos controladores,<sup>310</sup> uma limitação de responsabilidade para os gestores que, doravante,

<sup>308</sup> O erro grosseiro é aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia, nos termos do art. 12, § 1º, do Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019.

<sup>309</sup> Contudo, é um desafio alterar mentalidades historicamente arraigadas, como tem demonstrado o TCU, para quem, na linha do egocentrismo e do autorreferenciamento, aponta ser erro grosseiro não cumprir suas próprias determinações, ou seja, erro grosseiro será aquilo que a Corte de Contas quiser que seja. Confira-se excerto do Acórdão nº 1941/2019 – Plenário, Relator Min. Augusto Nardes (Processo 023.072/2017-2, Data da sessão 21/08/2019, Número da ata 31/2019 – Plenário. Data da publicação no D.O.U.: 2 de setembro de 2019): “22. Assim sendo, compreendo que os elementos constantes dos autos permitem concluir que o Sr. Angelo José de Negreiros Guerra, na condição de Diretor Geral do Dnocs, agiu com culpa grave ao ter assinado os diversos documentos supracitados que resultaram na adesão à ARP 001/2017-Docas-CE e, portanto, na celebração do Contrato DNOCS 19/2017, em detrimento ao Acórdão 2877/2017-TCU-Plenário, que condicionava a referida adesão ao cumprimento das exigências dispostas nos subitens do item 9.3 do aludido julgado, e, consequentemente, sem motivo justificado, deixou de dar cumprimento à decisão desta Corte de Contas. 23. Tratou-se, a meu ver, de erro grosseiro, que permite que o referido gestor responda pessoalmente por seus atos, nos termos do art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. 24. Decisão de gestor que desconsidera, sem a devida motivação, acórdão do TCU, pode ser tipificada como erro grosseiro para fins de responsabilização perante o Tribunal. Tal conduta revela grave inobservância do dever de cuidado, o que configura culpa grave, motivo suficiente para a responsabilização e para a aplicação de sanção ao gestor. 25. Ressalto que é de se esperar que um gestor, diante de decisão do TCU que condicione a adesão a certa ARP ao cumprimento de exigências, busque se cercar de cautelas, em especial com o cumprimento dessas exigências, ou, se for o caso, que justifique nos autos o motivo do não cumprimento das exigências”.

<sup>310</sup> Braga (2020) informa que mesmo com a plena vigência do art. 28 da LINDB, a postura do TCU não sofreu mudança relevante, pois no primeiro trimestre de 2018, antes das alterações na LINDB, o TCU condenou agentes público em 67% dos processos julgados de tomada ou prestação de contas e depois da reforma o percentual de condenações foi de 69% no primeiro trimestre de 2019 e 67% em 2020, praticamente iguais. Disponível em: [http://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2020/07/15.07\\_Erro-grosseiro-e-TCU\\_-algo-mudou\\_-JOTA-Info.pdf](http://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2020/07/15.07_Erro-grosseiro-e-TCU_-algo-mudou_-JOTA-Info.pdf). Acesso em: 19 nov. 2020. Entre as razões apontadas por Santos (2020, p. 290) para a não aplicação do art. 28 da LINDB pelos controladores, a segunda chama atenção por escancarar uma dura realidade: “A segunda razão é mais complexa, Trata-se da constatação de que no plano das mentalidades os agentes administrativos são tratados pelo órgão de controle externo como algo

terão que responder apenas em casos mais graves de comprovada intenção danosa ou elevada incúria.

Infelizmente já apareceu quem, por motivos óbvios, tenha se dedicado a enviesar a intenção legal, subvertendo seus propósitos.<sup>311</sup> Vitorelli (2019) aponta as alterações na LINDB como revolucionárias por agregar novos controles para a discricionariedade. No seu entender, o art. 20 da LINDB, a partir do momento em que incorpora a consideração das consequências práticas como critério de decisão, soma aos órgãos de controle mais uma possibilidade de verificação da discricionariedade administrativa, sob o crivo da legalidade.<sup>312</sup> O artifício de sua exposição reside em ignorar que as mudanças na LINDB têm a missão de minorar o intervencionismo do controlador, ao invés de recrudesce-lo, pois são os que mais se utilizam indiscriminadamente de valores abstratos para decidir, sem nenhum compromisso com as consequências práticas.

Insofismavelmente a Lei nº 13.655, de 2018, tem destinatário certo e mira em uma visão menos idealizada do controle administrativo, reconhecendo que existem muitos abusos por parte de quem fiscaliza a gestão pública. Não sem motivo a Lei nº 13.655, de 2018, desde sua publicação, sofre tantas críticas e ataques dos controladores, dentre outros motivos pelo receio de “perderem seu amplíssimo espaço decisório construído desde a promulgação da Constituição Federal, que conferiu prerrogativas inéditas às instituições controladoras” (PALMA, 2018, p 1).

Em que pese as autoridades fiscalizatórias não gostem de ter que explicar seus atos ou responsabilizar-se por eles, doravante suas decisões é que sofrerão a pecha da ilegalidade se não levarem em consideração as consequências nocivas ou estimar as implicações drásticas na vida prática como, por exemplo, o desperdício de dinheiro público que uma determinação para

---

diferente e mesmo subalterno às altas carreiras de estado, especialmente em cotejo com outros agentes, a exemplo dos magistrados, Ministros do TCU, conselheiros dos tribunais de contas ou integrantes do Ministério Público, por vezes fazendo-se desinibida e preconceituosa distinção”. Efetivamente uma parte de servidores públicos que laboram no mundo jurídico são tomados pelo autoritarismo e pela prepotência, sentindo-se superiores, indefectíveis, acima do bem e do mal.

<sup>311</sup> Para impedir esses desvirtuamentos é que são importantes iniciativas como a do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA), o qual promoveu seminário docente para elaboração de “Enunciados relativos à interpretação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB e seus impactos no Direito Administrativo”. Disponível em: <https://ibda.com.br/noticia/seminario-promovido-pelo-ibda-aprova-enunciados-sobre-a-lindb>. Acesso em: 24 jun. 2021.

<sup>312</sup> “Nesse contexto, parece certo que os tribunais de contas, o Ministério Público e o Judiciário estão vinculados a considerar, em seu exame de legalidade dos atos administrativos, também as consequências práticas da decisão tomada pelo gestor. E, dependendo das circunstâncias do caso, poderão e deverão considerar lícitas condutas que, apesar de ilegais, geram consequências cujos benefícios se sobrepõem ao cumprimento da norma, sobretudo, como também afirma o art. 20 da LINDB, em seu parágrafo único, ‘em face das possíveis alternativas’” (VITORELLI, 2019, p. 214).

paralisação de obras ocasiona ou, ainda, desprezarem os obstáculos e as dificuldades reais do gestor.

Sem dúvidas, a Lei nº 13.655, de 2018, é importantíssima, mas é preciso avançar. Ao tratar do tema da morte da democracia, Levitsky e Ziblat (2018, p. 233) falam em regras não escritas da política americana que são mais importantes que até mesmo normas constitucionais para a sobrevivência da sólida democracia americana, quais sejam: tolerância mútua e reserva institucional:

Na virada do século XX, então, as normas de tolerância mútua e reserva institucional estavam bem estabelecidas. Com efeito, elas se tornaram a fundação do nosso muito admirado sistema de freios e contrapesos. Para que o sistema constitucional funcione como esperamos que funcione, o Executivo, o Congresso e o Judiciário têm que encontrar um equilíbrio delicado. Por um lado, o Congresso e os tribunais precisam supervisionar e, quando necessário, frear o poder do presidente. Eles têm que ser cães de guarda da democracia. Por outro lado, o Congresso e os tribunais devem permitir que o governo opere. É aí que a reserva entra em cena. **Para que a democracia presidencial tenha êxito, instituições fortes o bastante para frear o presidente têm que subutilizar esse poder.** (Grifos inovados)

Esse é o ponto do qual se cuidará no item seguinte e que tem a ver com comedimento, autocontenção e deferência. Muitas vezes o controle até pode, mas talvez não deva atuar. Há um delicado equilíbrio que deve ser respeitado. Para que não só a democracia presidencial tenha êxito, mas toda a sua gestão, os controles fortes o bastante para frear a administração pública têm que subutilizar esse poder ou talvez seja necessário controlar o controle.

## 5.2 Controle sobre o controle

A virada paradigmática na gestão pública perpassa por um controle sobre a atividade de controle e pela consolidação de teorias que pregam a autocontenção, deferência e restrição. Antes que se pense o contrário, não se cuida de tolher a liberdade dos controladores, privando-os da necessária independência funcional para bem exercerem suas atribuições. Trata-se de apurar resultados, definindo quando vale a pena controlar, a partir de que valores ou de que momento ele ainda traz ganhos sociais<sup>313</sup> e econômicos ou até mesmo responsabilizando controladores que cometam erros grosseiros, como acontece com os demais mortais.

---

<sup>313</sup> Em construção desde 2013, no Município de Jucurutu/RN, a execução da barragem Oiticica pelo Estado do Rio Grande do Norte, com recursos repassados pelo Governos Federal, mediante Termo de Compromisso celebrado com

Necessita-se instituir fronteiras claras demarcando as hipóteses em que o controle é socialmente vantajoso e afastando sua intervenção em outros casos,<sup>314</sup> estabelecendo-se padrões decisórios com a definição de preceitos para maior clareza entre o espaço do gestor e o espaço do controlador, nos quais esse estará obrigado a respeitar a escolha discricionária daquele. Sem a definição de parâmetros para o exercício do controle a insegurança jurídica continuará sendo a regra. Igualmente se faz necessário estabelecer regras claras e objetivas sobre as atribuições dos controladores, fazendo-os respeitar os limites estabelecidos pelo Ordem Jurídica e impedindo que façam uma leitura própria de suas competências, seja com base em princípios ou em interpretações sistêmicas para expandir as matérias que podem interferir, pois, nem todas as coisas lhe são permitidas, bem como muitas outras não lhes convém.

Cite-se, como exemplo, o Ministério Público que se utiliza do argumento de que está autorizado a celebrar acordos de leniência em razão de uma interpretação sistemática de suas atribuições no âmbito do microssistema de combate à corrupção do país, mesmo com a Lei Anticorrupção determinando expressamente que a competência é da Controladoria-Geral da União.<sup>315</sup> Também é o caso do TCU que se enxerga como o próprio Conselho de Estado francês, encarregado da jurisdição administrativa do país, arrogando-se o local de decisão e revisão superior de qualquer decisão administrativa, tendo atribuição para deliberar sobre todos os assuntos de direito público, que vão desde a aprovação do contrato de cessão onerosa do pré-sal entre a União e a Petrobrás até a determinação para que a Defensoria Pública da União (DPU) desfaça resolução que permitia a realização de teletrabalho pelos defensores públicos.

---

o DNOCS, exigiu que fossem construídos novos núcleos habitacionais para realocação das comunidades atingidas. Em 2020, o consórcio responsável pela construção da Nova Barra de Santana não cumpriu com suas obrigações e teve seu contrato rescindido unilateralmente. Em seu lugar fora contratada, por inexigibilidade de licitação, o consórcio de empresas responsável pela construção da barragem Oiticica, em função da celeridade e economicidade que tal contratação ensejava. Muito embora a contratação por inexigibilidade possa ser questionada pelos órgãos de controle, teve maior peso na decisão do gestor estadual o clamor das famílias que esperavam há sete anos pela retomada de suas vidas. Disponível em: <http://www.tribunadonorte.com.br/noticia/governo-assegura-retomada-de-construa-a-o-das-casas-de-nova-barra-de-santana/459610>. Acesso em: 22 ago. 2020.

<sup>314</sup> Especialmente, quando em uma análise de custo-benefício, se constatar que a fiscalização está mais onerosa do que o suposto prejuízo que ela tentou evitar.

<sup>315</sup> Foi necessário que o STF, o TCU, a AGU, MJSP e o próprio MPF celebrassem acordo de cooperação técnica (Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Acordo6agosto.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2020) para coordenar as ações entre essas entidades, de modo a dar efetiva segurança jurídica aos colaboradores nos acordos de leniência. Ainda que o MPF seja um dos signatários, os procuradores criticaram duramente a celebração desse acordo de cooperação técnica, o qual, segundo eles, alçava o Ministério Público brasileiro a condição de mero coadjuvante nas negociações de acordos de leniência. Nesse sentido, conferir a Nota Técnica nº 2/2020, da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão (CCR) do Ministério Público Federal (Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/NotaTecnicaAcordodeCooperacaoFinal.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2020).

Disciplinar a amplitude do controle e delimitar os contornos jurídicos que devem norteá-lo não é tarefa pequena, mas é necessário fazê-la, e muitos têm sido os esforços nesse sentido.<sup>316</sup> Perez (2017, p. 77) cita algumas técnicas que entende aplicáveis, como por exemplo: (1) o erro manifesto;<sup>317</sup> (2) o afastamento de precedentes e práticas habituais;<sup>318</sup> (3) o balanço<sup>319</sup> e (4) a ponderação de interesses.<sup>320</sup> Na verdade Perez (2017) finda por estabelecer mais balizamentos para a contenção da discricionariedade administrativa.

Santos (2014, p. 73) tem melhor proposta ao vislumbrar três dimensões de controle para o Poder Judiciário:

A dimensão política consiste numa exploração do controle a partir do fortalecimento da ideia de processo político, uma mediação entre Estado e sociedade como forma de criação do direito, com o objetivo de promover, uma vez mais, o protagonismo da deliberação pública como principal instância de decisão política, já que a relação entre “legisladores e parlamentos com a democracia é mais óbvia e natural”, quase intuitiva. A dimensão metodológica diz respeito a uma incursão na teoria da interpretação, tendo a interpretação constitucional como um caso especial, e uma reflexão sobre os limites que devem ser impostos a tal prática com o auxílio da semiótica e dos próprios limites imanentes da própria interpretação jurídica. Por fim, a dimensão institucional plasma-se a partir das ideias de autocontenção judicial, o que já implica um debate sobre uma ética da responsabilidade, e também uma tentativa de refletir sobre a ideia de responsabilidade judicial no atual quadro político-organizatório da separação dos poderes.

<sup>316</sup> Ainda que as ideias aqui lançadas tenham como ponto focal o Poder Judiciário, sua essência permite que sejam aplicadas às outras multicitadas instituições: TCU e MPU, além da própria CGU.

<sup>317</sup> “Ora, haverá vezes em que, apesar de formalmente motivado, o ato administrativo padece de evidente engano, de erro manifesto. Nesses casos qualquer juiz, por menos versado que seja nas artes da boa administração, pode deduzir que há absoluta incongruência lógica ou racional entre os objetivos para os quais se volta o ato e o seu conteúdo” (PEREZ, 2017, p. 77).

<sup>318</sup> “Outra falha habitual, em termos de razoabilidade, da Administração é a incoerência. O teste de coerência ou de afastamento de precedentes e práticas habituais é uma segunda técnica da qual o Judiciário deve se utilizar para a verificação da razoabilidade dos atos discricionários. Se uma autoridade administrativa toma decisões discricionárias habituais, como, por exemplo, na apreciação de pleitos de autorização de uso de bem público por administrados, não deve ser incoerente com suas práticas habituais” (PEREZ, 2017, p. 77).

<sup>319</sup> “Já a técnica do balanço é ligada diretamente à concretização do princípio da proporcionalidade. Trata-se de verificar se o administrador atuou concretamente de modo a atender uma dada necessidade pública de maneira proporcional ou, caso se prefira, não excessiva” (PEREZ, 2017, p. 78).

<sup>320</sup> “Por fim, há que se mencionar a técnica da ponderação de interesses. Há situações em que o exercício da discricionariedade deriva de faculdades legislativas extremamente amplas em favor da Administração. É o que ocorre quando se delega às autoridades administrativas a competência para a edição de atos normativos, políticas públicas ou planos. Nestes casos, o exercício da discricionariedade geralmente afeta uma série de interesses individuais, coletivos ou difusos, interesses que, a depender das circunstâncias concretas, dada a complexidade do tecido social, podem se alinhar ou se confrontar. Reconhecer e considerar como razão para decidir toda essa diversidade é fundamental para a eficiência da atuação público-administrativa” (PEREZ, 2017, p. 79).



Testes de deferência podem ser aplicados e Jordão (2016) fez um estudo deles de acordo com as características da ação administrativa, à luz da experiência de quatro jurisdições: Canadá, Estados Unidos, França e Itália. Extrai-se da leitura de seu trabalho que nesses países se desenvolveram teorias analíticas e conceituais próprias, categorizando o espaço de atuação da administração e da jurisdição para que cada uma tenha noção relativamente segura daquilo que pode ou não ser objeto de questionamento e revisão perante os tribunais ou de que nesse caso não estão havendo uma invasão de competência, pois esse é assunto que interessa aos outros centros de poder, de modo que o limbo existente na jurisdição pátria e que impede a tão almejada harmonia entre os poderes é mitigado nas nações estudadas.

Nelas se constata que há um controle não deferente sobre decisões juridicamente sensíveis, entendidas essas como aquelas matérias que a sociedade entende tão relevantes que devem receber proteção jurídica particular, como por exemplo decisões administrativas que restrinjam direitos e liberdades fundamentais (França), que afetem valores constitucionais (Estados Unidos) ou que requeiram uma particular expertise jurídica, caso do controle exercido na França e na Itália sobre as interpretações legislativas promovidas pelas autoridades administrativas, bem como no Canadá em relação a interpretações legislativas em matérias relativas a direitos humanos (JORDÃO, 2016, p. 58-80).

Por outro lado, observou-se o autocontrole em questões de natureza política, inserindo-se nessa categoria a ponderação em abstrato de interesses públicos múltiplos e conflitantes, reconhecida na Itália como discricionariedade administrativa e no Canadá como policentrismo.<sup>321</sup> Verificou-se também o exercício do autocontrole nos casos de inação administrativa (Estados Unidos) e no âmbito do direito disciplinar francês que produz uma presunção de indisponibilidade de controle para casos de recusa de sancionar.<sup>322</sup> Entre as diversas situações que exigem deferência uma delas informa que as entidades controladoras devem respeitar as decisões discricionárias

---

<sup>321</sup> “O policentrismo corresponde a característica da competência decisória de algumas autoridades administrativas. Ele consiste na necessidade de balanceamento e ponderação de interesses públicos múltiplos e conflitantes. O exercício de competências policêntricas está tendencialmente submetido a um controle limitado. Numa aplicação concreta do que se disse acima, a racionalidade por trás deste raciocínio é a de que as autoridades que tomam decisões policêntricas, afastam-se bastante da estrutura decisória judicial tradicional, que é meramente bipolar” (JORDÃO, 2016, p. 95).

<sup>322</sup> “A regra geral no direito disciplinar francês é a de que, nos casos em que uma autoridade administrativa se recusa a exercer seu poder sancionatório, o terceiro eventualmente prejudicado não tem direito a contestar tal inação em juízo” (JORDÃO, 2016, p. 100).

proferidas pelas autoridades administrativas competentes, posto que dotadas de capacidades institucionais para produzir a melhor decisão.

A questão sobre qual instituição deve ter suas decisões respeitadas em função de seu respaldo técnico ou político é enfrentada há décadas no direito norte-americano. No caso mais famoso,<sup>323</sup> *Chevron U.S.A Inc vs Natural Resources Defense Council, Inc.* (1984), a Suprema Corte norte-americana entendeu que a primazia na interpretação da lei é da Administração Pública e assentou que o Poder Judiciário deve privilegiar a interpretação dos conceitos indeterminados efetuada pelas agências, somente intervindo em casos excepcionais, quando houver ambiguidade na lei e forem tomadas decisões desarrazoadas ou inadequadas

Esse precedente inaugurou a *Chevron doctrine*, servindo de modelo para o controle das escolhas públicas. Os tribunais antes de intervirem devem adotar uma análise em dois passos: 1) primeiro aferir se a lei é clara ou se há espaço para interpretação; e, 2) na hipótese de o texto legal ser plurívoco, verificarem-se lacunas ou mesmo um silêncio eloquente que indique a intenção do legislador de delegar à administração uma margem de apreciação, a análise se restringirá a aferir se a interpretação legal conferida pela agência foi razoavelmente adequada.<sup>324</sup>

As bases da doutrina das capacidades institucionais<sup>325</sup> lançadas por Cass Sunstein e Adrian Vermeule no artigo *Interpretation and Institutions* em 2003 buscam resgatar a deferência

---

<sup>323</sup> Palma (2018, p. 8) informa que o teste básico de deferência foi firmado em *Skidmore v. Swift* (323 U.S. 134 1944), “em que a medida da deferência judicial às decisões administrativas corresponde ao ‘peso’ que elas apresentam em função da qualidade da justificativa apresentada”.

<sup>324</sup> Segundo Palma (2018, p. 8), “em 2001, a Suprema Corte estabeleceu em *Mead* que a deferência de *Chevron* se aplicaria apenas às decisões administrativas ‘com força de lei’ (*Chevron step-0*), o que basicamente corresponde a normas que resultem do processo normativo. Nessa linha, a deferência de *Chevron* não caberia nos casos em que a Administração interpretasse ‘grandes leis’, ou seja, leis de aplicação geral em toda burocracia. Tampouco estariam abrangidas as interpretações de preceitos que não correspondam ao ‘escopo de jurisdição administrativa’ (*City of Arlington v. FCC*, 569 U.S. 11-1545 2013). Para todos os casos em que não se aplicar o teste de deferência de *Chevron*, caberá o teste de deferência de *Skidmore*”.

<sup>325</sup> Para uma crítica da doutrina das capacidades institucionais, conferir Leal e Arguelhes (2016, p. 211): “Se estivermos corretos, então a utilização de argumentos de capacidades institucionais no direito brasileiro deve ser colocada permanentemente sob suspeita. Ela envolve dois ônus bastante difíceis de enfrentar. Não apenas a aplicação correta do argumento envolve a manipulação de informações difíceis de obter na maioria dos casos, como, mesmo que se faça uma aposta com as informações que se tem, não há qualquer mecanismo para forçar juízes futuros a adotar o mesmo raciocínio e chegar à mesma análise comparativa de capacidades institucionais. Ou seja: mesmo que se acerte na aplicação do argumento agora, as condições que devem ser preenchidas no futuro para a validade do argumento podem ser demasiadamente exigentes para que se diferencie um acerto casual de uma análise efetivamente rigorosa baseada nas capacidades institucionais. Se essas questões não são suficientes para descartar completamente a importância desses argumentos no direito brasileiro, pelo menos mostram que ainda há flancos abertos para sua operacionalização adequada por pessoas de carne e osso em arranjos institucionais específicos. O enfrentamento desses problemas é fundamental para que a expressão ‘capacidades institucionais’ não se torne apenas mais um mantra entre teóricos do direito, constitucionalistas e administrativistas.”

do Poder Judiciário. De modo panorâmico, a tese dos autores, que pode ser aplicada as demais instâncias de controle, critica o fato de questões interpretativas serem resolvidas pelo Poder Judiciário com suporte em ideias com alto grau de abstração. Ao invés disso, defendem que os debates devem levar em consideração duas questões negligenciadas: as consequências da interpretação (efeitos sistêmicos) e a capacidade da instituição.<sup>326</sup>

Em uma visão realista do Direito é preciso reconhecer que a Administração pública é seu maior intérprete,<sup>327</sup> partindo dos burocratas de médio escalão que têm que compreender os comandos legais, sintetizar as orientações das políticas públicas e repassar comandos para execução pelos burocratas de nível das ruas.<sup>328</sup> Tome-se, como exemplo, ações judiciais que a

---

<sup>326</sup> O Supremo Tribunal Federal tem utilizado a doutrina das capacidades institucionais, conforme se pode constatar na seguinte decisão, veiculada no Informativo nº 942 de sua jurisprudência: A Primeira Turma negou provimento a agravo regimental interposto contra decisão que, ao entender ser impossível a análise do mérito de ato administrativo, bem como o incursão no conjunto fático-probatório dos autos, negara provimento a recurso extraordinário. No caso, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF-1) restabeleceu decisão sancionadora do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) proferida em processo administrativo. A Turma afirmou que a capacidade institucional na seara regulatória, a qual atrai controvérsias de natureza acentuadamente complexa que demandam tratamento especializado e qualificado, revela a reduzida expertise do Judiciário para o controle jurisdicional das escolhas políticas e técnicas subjacentes à regulação econômica, bem como de seus efeitos sistêmicos. O dever de deferência do Judiciário às decisões técnicas adotadas por entidades reguladoras repousa em duas premissas: i) a falta de conhecimento técnico e capacidade institucional de tribunais para decidir sobre intervenções regulatórias, que envolvem questões policêntricas e prognósticos especializados; e (ii) a possibilidade de a revisão judicial ensejar efeitos sistêmicos nocivos à coerência e dinâmica regulatória administrativa. A expertise técnica e a capacidade institucional do CADE em questões de regulação econômica demandam uma postura deferente do Poder Judiciário ao mérito das decisões proferidas pela autarquia. O controle jurisdicional deve cingir-se ao exame da legalidade ou abusividade dos atos administrativos, consoante a firme jurisprudência desta Suprema Corte. No caso, o CADE, após ampla análise do conjunto fático e probatório dos autos do processo administrativo, examinou circunstâncias fáticas e econômicas complexas, incluindo a materialidade das condutas, a definição do mercado relevante e o exame das consequências das condutas das agravantes no mercado analisado. No processo, a autarquia, no âmbito de sua competência legal, concluiu que a conduta perpetrada pelas agravantes se enquadraria nas infrações à ordem econômica previstas nos arts. 20, I, II e IV, e 21, II, IV, V e X, da Lei 8.884/1994 (Lei Antitruste). Além disso, divergir do acórdão recorrido demandaria o reexame de fatos e provas, o que não se revela cognoscível em recurso extraordinário diante do óbice erigido pelo Enunciado 279 da Súmula do Supremo Tribunal Federal (1) (STF). (1) Enunciado 279 da Súmula do STF: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.” (RE 1083955/DF, rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 28.5.2019).

<sup>327</sup> “A professora da escola primária interpreta o programa curricular básico para construir uma aula mais próxima à realidade regional de seus alunos. O médico toma decisões trágicas considerando o cenário de escassez que solapa a saúde pública. O colegiado da ANVISA interpreta o texto da lei para determinar se narguilé é um produto fumígeno para fins de regulação. O IBAMA analisa se expede licença ambiental para um determinado projeto de empreendimento a partir da interpretação de conceitos jurídicos indeterminados como ‘efetiva ou potencialmente poluidoras’ e ‘degradação ambiental’. O perito da Previdência Social interpreta as normas para conceder, ou não, benefícios previdenciários. O gestor público interpreta a Lei 8.666/93 para ponderar se uma determinada situação é hipótese de dispensa de licitação” (PALMA, 2018, p. 8).

<sup>328</sup> Os burocratas de médio escalão são gerentes, diretores, coordenadores ou supervisores que desempenham função de gestão e direção intermediária (LOTTA; PIRES; OLIVEIRA, 2015, p. 23), ao passo que os burocratas de nível de rua são os servidores públicos que interagem diretamente com os cidadãos e que representam a linha de frente da política do governo, segundo Lipsky (2010, p. 3-4): “Most citizens encounter government (if they encounter it at all) not through letters to congressmen or by attendance at school board meetings but through their teachers and their

pedido de ministérios públicos estaduais pretendiam determinar *lockdown* (palavra inglesa que significa isolamento) para conter a propagação da COVID-19. Alguns juízes reconheceram suas próprias limitações e, em conformidade com os debates contemporâneos acerca de legitimidade judicial, princípio democrático, autocontenção, minimalismo<sup>329</sup> e deferência,<sup>330</sup> reconheceram que não competia a eles assumir responsabilidades de outros poderes da República.

Mas houve quem não se contivesse e mesmo sem o domínio de todas as informações, sem conhecimento sobre os fluxos entre oferta e demanda de leitos em unidades de tratamento intensivo, sem expertise acerca do funcionamento das cadeias econômicas e suas logísticas de produção proferiram decisões que muito mais contribuíram para desarticular as interações entre economia e saúde.<sup>331</sup> Jamais o Poder Judiciário poderia tomar decisões que ao Poder Executivo estadual competia, pois, esse é sem dúvidas o único com capacidade institucional para avaliar todos

---

children's teachers and through the policeman on the corner or in the patrol car. Each encounter of this kind represents an instance of policy delivery. Public service workers who interact directly with citizens in the course of their jobs, and who have substantial discretion in the execution of their work are called street-level bureaucrats in this study. Public service agencies that employ a significant number of street-level bureaucrats in proportion to their work force are called street-level bureaucracies. Typical street-level bureaucrats are teachers, police officers and other law enforcement personnel, social workers, judges, public lawyers and other court officers, health workers, and many other public employees who grant access to government programs and provide services within them. People who work in these jobs tend to have much in common because they experience analytically similar work conditions.”

<sup>329</sup> O minimalismo judicial reconhece que a sociedade é repleta de conflitos, fruto de diversas visões de mundo no que concerne aos seus valores fundamentais. Compete ao Estado resolver ou, pelo menos, encontrar uma forma desse dissenso social diminuir para que seja possível uma convivência pacífica, pois “em uma boa democracia, os direitos constitucionais protegem as dissidências políticas e garantem que não haja invasões de casas ou prisão de pessoas que discordam enfaticamente” (SUNSTEIN, 2001, p. 240). Mas esses dissensos não necessariamente são ruins, pois levam a uma evolução da sociedade no rumo da democracia e por isso o Poder Judiciário não é o “locus” apropriado para solucionar esse tipo de conflito, pois é necessário que as discussões sejam travadas por meio de deliberações públicas e permaneçam em arenas democráticas.

<sup>330</sup> Em Pernambuco e no Amazonas os pedidos de tutela de urgência para decretação de *lockdown* foram negadas pela justiça de primeiro grau. Em Recife, o Juiz da 1ª Vara da Fazenda Pública da Capital indeferiu o pleito nos seguintes termos: “Ressalte-se, ademais, que não cabe ao poder judiciário a definição das prioridades, a serem adotadas de acordo com critérios pretensamente técnicos, pelos poderes constituídos para o desempenho de tais funções, evitando-se que o poder judiciário extrapole o limite de sua atuação constitucional, para abarcar aspecto decisório pautado por conteúdo político, num exercício, portanto, de autocontenção judicial. Neste momento, portanto, cabe ao representante do poder executivo tomar as decisões à vista dos fatos e com base nos elementos científicos presentes nas informações de que dispõe, a partir dos órgãos técnicos. Nesta senda, não vislumbro na causa de pedir qualquer afronta dos responsáveis, chefes dos executivos estadual e municipal aos ditames da razoabilidade ou proporcionalidade, além da legalidade, ao passo que também não extraio elementos suficientes de convicção quanto aos parâmetros adotados pelo autor na definição pormenorizada dos critérios e exceções para a aplicação do chamado lockdown” (Processo nº 0021639-42.2020.8.17.2001).

<sup>331</sup> “Sai a primeira decisão de *lockdown* determinado pela Justiça no país”. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/saude/sai-a-primeira-decisao-de-lockdown-determinado-pela-justica-no-pais>. Acesso em: 9 mai. 2020.

os efeitos sistêmicos<sup>332</sup> que um confinamento social rígido com fechamento de todo o comércio “não-essencial” geraria.

Na mesma toada, a deferência não tem sido a tônica do TCU, conforme observou Pereira (2019, p. 183) a partir da análise de concessões (de serviços ou de exploração de monopólio) e normas regulatórias produzidas pelas agências reguladoras, onde constatou que o Tribunal extrapola os limites de suas competências e opera como um substituto funcional das agências reguladoras, fazendo uma análise microscópica de toda a modelagem e estrutura contratual das concessões e decidindo, ponto a ponto, se aceita ou não a opção regulatória. “Mesmo quando diz manifestar deferência à posição do regulador, o que está na prática, é ratificando a opção regulatória, por com ela concordar, ou pelo menos não possuir convicção formada em sentido contrário” (PEREIRA, 2019, 184).

A necessidade de uma Corte de Contas deferente é bem fundamentada por Heller (2019, p. 143):

Por derradeiro, a autocontenção da Corte na exarcação de determinações joga um papel mais decisivo na harmonia entre as funções de controle e de administração. Já se discorreu anteriormente sobre o caráter relativamente autônomo da Administração Pública, que representa mais do que execução irrefletida do Direito positivo. Os gestores públicos são dotados de competências próprias para concretizar as finalidades postas pelo constituinte e pelo legislador, sendo-lhes devida deferência para que desenvolvam suas atividades da maneira que reputarem adequada, contanto que nos quadrantes da legalidade.

Portanto, avaliar qual instituição tem maiores condições de oferecer a melhor resposta para problemas de alta complexidade que requerem amplo leque de informações e conhecimentos técnicos especializados, refreando a sobreposição de competências e os desacertos de decisões pontuais que ignoram resultados sistêmicos indesejados, imprevisíveis ou incalculáveis são as propostas básicas dessa doutrina que conclama para uma virada institucional.<sup>333</sup>

<sup>332</sup> “Isso porque enquanto a resposta judicial é assentada em uma lógica comutativa, que leva em conta apenas a relação bilateral entre as partes, os problemas regulatórios têm natureza distributiva e envolvem múltiplos interesses, muitos dos quais não estão representados em uma lide judicial” (SHAPIRO, 2016, p. 337).

<sup>333</sup> Godoy (2017, p. 146) ensina que levar em conta as capacidades institucionais não significa alijar juízes e cortes do controle jurisdicional de políticas públicas em qualquer situação: “Casos relativos à criação e implementação de políticas públicas – desde o fornecimento de medicamentos até a providência de moradia digna – são exemplos de como o Poder Judiciário é chamado a todo tempo para dirimir conflitos. Mas, para a elaboração e execução dessas políticas públicas, os Poderes Legislativo e Executivo têm em seus quadros profissionais especialistas para assessorá-los na tomada de suas decisões, que, em geral, envolvem aspectos técnicos, econômicos, contábeis, entre outros. Juízes e cortes, entretanto, via de regra, não contam com esse tipo de assessoramento direto e permanente. Isso, porém, não impede e nem deslegitima a atuação jurisdicional para a resolução dos conflitos apresentados, pois existem instrumentos e medidas para atenuar essas limitações, como a realização de perícias, audiências públicas, admissão de amici curiae, por exemplo. No entanto, tais controvérsias chamam a atenção para os cuidados especiais que juízes e

Por essas razões é que o Brasil vem perdendo o protagonismo no cenário mundial em vários campos do conhecimento e isso se deve, entre outros fatores, ao medo de fazer diferente e ser punido por tentar inovar, conforme já se abordou.<sup>334</sup> É preciso então incorporar o experimentalismo à cultura nacional, permitindo menos rigidez e maior flexibilidade para que diferentes soluções possam ser encontradas e aplicadas a casos complexos e incertos, reconhecendo que por mais que haja um bom planejamento nunca se terá certeza absoluta de sucesso, motivo pelo qual se deve admitir que a tentativa e o erro são partes do processo.

A governança experimentalista prega que as políticas públicas devem ser implementadas de forma descentralizada para que possam se amoldar à realidade local por meio do aprendizado obtido contextualmente.<sup>335</sup> Há trocas comunicacionais entre os cidadãos, destinatários finais e os gestores para que problemas possam ser resolvidos com a solução sendo replicada em outras regiões que apresentem dificuldades similares.

Segundo Sabel e Simon (2011, p. 83), as políticas públicas destinam-se a resolver problemas reais, mas sem o conhecimento de todas as informações a implementação deve ser construída por meio de interação e de troca de informações entre seus destinatários, pois é na troca de experiências concretas que as informações essenciais para resolução dos problemas podem ser mais facilmente identificados e decisões podem ser adaptadas de acordo com o contexto no qual se insiram, ou seja, a implementação de políticas públicas dependerá de seus atores, da realidade socioeconômica, dentro de um ambiente democrático.

Realmente, beira à pura ingenuidade imaginar que em um país de dimensões continentais e multicultural como o Brasil seja possível aplicar estratégias padronizadas ou que

---

cortes devem ter na análise desses casos. Saber de suas capacidades e limitações para lidar com essas especificidades é não apenas necessário, mas fundamental. Dessa forma, a depender do caso e das circunstâncias, juízes e cortes devem ter uma atuação contida, com certa deferência, em relação às decisões dos outros Poderes, especialmente quando estas se baseiam em aspectos técnicos alheios ao mundo jurídico. Em contrapartida, dependendo das circunstâncias e do caso, juízes e cortes podem também afastar uma postura deferente e exigir uma resposta mais robusta, a fim de que os critérios técnicos satisfaçam exigências mais substantivas e fundadas na Constituição”.

<sup>334</sup> “Inovação é um imperativo da dinamicidade do capitalismo contemporâneo que atinge amplos setores das atividades econômicas, sendo exigidas transformações tanto em produtos oferecidos, como na forma de prestação dos serviços. A atual onda de exigência por inovação também atinge a atuação da Administração Pública, que enfrenta desafios de adaptação às transformações tecnológicas, sociais e simultaneamente ao regime jurídico de direito público” (NOHARA, 2017, p. 65).

<sup>335</sup> “A descentralização faz parte dos conceitos básicos desse modelo por serem as instâncias locais, portanto descentralizadas, as que apresentam legitimidade para opinar sobre as características desejáveis para cada caso de implementação de políticas públicas” (SILVA, 2013, p. 33).

modelos organizacionais únicos se apliquem satisfatoriamente para todos, sem considerar as realidades locais, os contextos específicos.

Desse modo, o experimentalismo se baseia em um aprendizado contextual, o qual fornece insumo (*input*) para a remodelagem das políticas pelo governo. Assim é que, num contexto no qual se condena o erro ao ilícito, geram-se incentivos contrários a inovações administrativas experimentais (MARQUES NETO; FREITAS, 2018, p. 131).

Em linha com essa perspectiva, necessita-se conferir maior liberdade ao gestor para que possa promover os arranjos certos, redesenhar modelos, combinar estratégias, construir ideias mais úteis, eficientes e comprometidas com a realidade e seu contexto de aplicação.<sup>336</sup> Em suma, refuta-se uma análise puramente formal de competências constituídas com suporte em pensamentos perfeccionistas que supõem existir controladores com capacidades sobre-humanas (seja o juiz Hércules ou seu sobrinho condutor de bigas e companheiro de jornadas, juiz Iolau)<sup>337</sup> em detrimento das dinâmicas reflexivas entre as instituições e através do diálogo.

### 5.3 Diálogos institucionais

Da divergência doutrinária que remonta a Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre quem deveria ser o guardião da Constituição de Weimar, assiste-se nos dias atuais ao embate acerca de quem deve ser seu intérprete final. De um lado os que defendem a supremacia judicial em função dos juízes não estarem sujeitos a pressões políticas e econômicas, guiando-se unicamente pela razão para aplicação imparcial do direito. Na outra ponta estão aqueles que pugnam pela retirada da constituição das mãos dos tribunais por entenderem que eles não têm credenciais democráticas e que, portanto, não podem interferir nas escolhas realizadas pelos legítimos representantes da

<sup>336</sup> Oliveira (2020, p. 5) traz interessante exemplo de experimentalismo no campo regulatório: “A evolução do Direito pressupõe doses de experimentalismos jurídicos que, utilizados de forma planejada e justificada, apontem soluções inovadoras que podem regular melhor determinado desafio concreto. Trata-se do *sandbox* (caixa de areia, na tradução literal) regulatório que representa a instituição de nova regulação em ambiente delimitado, no tempo e/ou no espaço, permitindo a análise controlada dos custos e dos benefícios do experimento público. Se os benefícios superarem custos, abre-se o caminho para o alargamento da regulação para outros setores. Mencione-se, por exemplo, o *sandbox* regulatório instituído pela Lei 13.979/2020 e pela MP 961/2020 durante a pandemia do novo coronavírus, com a flexibilização das regras ordinariamente exigidas nas contratações públicas.”

<sup>337</sup> O juiz Iolau é fruto da mente criativa de Neves (2013b, p. 1.163): “Assim como a narrativa mitológica elegeu Iolau para enfrentar o paradoxo do conflito entre Hércules e Hidra, o Estado constitucional exige um juiz apto para enfrentar com sucesso, em cada caso, a relação paradoxal entre as regras e princípios jurídico-constitucionais: nem um juiz-regra (hercúleo) nem um juiz-princípio (hidraforme). Na linguagem da teoria dos sistemas, poder-se-ia dizer: um juiz capaz de desparadoxizar o enlace circular entre princípios e regras nos diversos casos constitucionais de maior complexidade. Chamarei esse juiz de Iolau”.

soberania popular. Para enfrentar esse problema uma proposta teórica que tem se destacado na solução da tensão entre Judiciário e Legislativo atende pelo nome de diálogos institucionais, expressão que surgiu a partir da Carta Canadense de Direitos e liberdades (*Canadian Charter of Rights and Freedoms*) de 1982.

Em que pese na atualidade existam várias teorias dialogais, elas têm em comum a ideia de que no Estado Democrático de Direito o sentido da Constituição não pode ser prerrogativa de um único ente. Isso se deve não somente ao fato de vivermos em uma sociedade plural repleta de desacordos razoáveis, mas também pelo poder incontestável que usufrui aquele que tem a prerrogativa de dar a última palavra com base na revelação extraída de sua fiel interpretação da lei maior. Esse poder incontestável remete à mitologia grega e seus oráculos, podendo-se fazer um paralelo entre a constituição como sendo um deus (jurídico) concebido no estado moderno e os ministros das supremas cortes sendo seus oráculos, os únicos com esclarecimento superior e capacidade para compreender e desvendar as intenções da divindade, plasmadas na sagrada carta magna, motivo pelo qual suas interpretações devem ser incondicionalmente obedecidas, sem contestação ou hesitação.

Não é difícil perceber que esse “dom” pode servir para muitos fins, dentre os quais expandir os poderes do intermediário humano. Por esse motivo é que o princípio da separação dos poderes é enfaticamente enaltecido quando os oráculos têm seus egos ofendidos ou se sentem incomodados com algum ato que possa vir a interferir em sua esfera de influência. Contudo, o mesmo princípio é enfaticamente ignorado quando os oráculos incidem sobre as competências das outras reais autoridades mortais. Na medida em que ocorrer um diálogo institucional entre Parlamento e Judiciário na interpretação constitucional, frear-se-á o ativismo judicial, pois as decisões seriam tomadas mediante a interação com os outros Poderes, minorando o autoritarismo e a supremacia judicial. O Ministro Luís Roberto Barroso (2015, p. 39-40) defende, pelo menos em teoria, essa ideia:

O que se deduz desse registro final é que o modelo vigente não pode ser caracterizado como de supremacia judicial. O Supremo Tribunal Federal tem a prerrogativa de ser o intérprete final do direito, nos casos que são a ele submetidos, mas não é o dono da Constituição. Justamente ao contrário, o sentido e o alcance das normas constitucionais são fixados em interação com a sociedade, com os outros Poderes e com as instituições em geral. A perda de interlocução com a sociedade, a eventual incapacidade de justificar suas decisões ou de ser compreendido, retiraria o acatamento e a legitimidade do Tribunal. Por outro lado, qualquer pretensão de hegemonia sobre os outros Poderes sujeitaria o Supremo a



uma mudança do seu desenho institucional ou à separação de seus precedentes por alteração no direito, competência que pertencem ao Congresso Nacional. Portanto, o poder do Supremo Tribunal Federal tem limites claros. Na vida institucional, como na vida em geral, ninguém é bom demais e, sobretudo, ninguém é bom sozinho.

Contudo, a teoria dos diálogos institucionais combate, inclusive, a visão tradicional de que compete ao Poder Judiciário dar a “última palavra” em termos de interpretação constitucional, pois em uma sociedade plural e hipercomplexa não caberia aos ministros do Supremo Tribunal Federal definir de forma solipsista as grandes questões de moralidade. Souza Neto e Sarmiento (2012, p. 307) lecionam que:

Sob o ângulo prescritivo, não é salutar atribuir a um órgão qualquer a prerrogativa de dar a última palavra sobre o sentido da Constituição. Definitivamente, a Constituição não é o que o Supremo diz que ela é. Em matéria de interpretação constitucional, a Corte, composta por intérpretes humanos e falíveis, pode errar, como também podem fazê-lo os Poderes Legislativo e Executivo. É preferível adotar-se um modelo que não atribua a nenhuma instituição – nem do Judiciário, nem do Legislativo, o “direito de errar por último”, abrindo-se a permanente possibilidade de correções recíprocas no campo da hermenêutica constitucional, com base na ideia de diálogo, em lugar da visão mais tradicional, que concede a última palavra nessa área ao STF.

Não interessa qual instituição deu a última palavra, pois nada impede que outra instituição responda. Com isso, a última palavra seria apenas provisória, pois a história continuaria com uma nova rodada de diálogo entre os poderes até ser chegar a um ponto de equilíbrio (MENDES, 2008, p. 166). Essa proposta vai ao encontro da ruptura de padrões alvitadas pela reviravolta linguístico-pragmática, na qual ocorre um desencanto com o paradigma da razão instrumental, passando-se a crer nas potencialidades do diálogo como instrumento para a construção coletiva dos significados com base em uma razão intersubjetiva.<sup>338</sup>

Jürgen Habermas se notabilizou por pensar os principais problemas da humanidade a partir do diálogo.<sup>339</sup> Após debruçar-se sobre as teses de Karl Otto Apel, ambos constroem as bases

<sup>338</sup> “Desse modo, o STF ou o Tribunal Constitucional não são nem serão soberanos, mas apenas poderes constituídos e, assim, haverá usurpação de soberania, se qualquer deles agir como se poder constituinte fosse, de modo que, para que a legitimidade do direito e da defesa da constituição possa ser afirmada em toda a sua plenitude, não basta resolver o déficit de legitimidade de origem da jurisdição constitucional. O caso exige um novo arranjo na separação de poderes e o resgate da soberania popular, que, nas democracias contemporâneas, deve ser exercida de modo representativo, pelas casas legislativas, e, ainda mais recomendável, também direta e argumentativamente pelo povo” (MARIANO, 2010, p. 193).

<sup>339</sup> Bem antes de Habermas, Aristóteles (1998, p. 55) enaltecia o diálogo, o qual tornava possível deliberar com os semelhantes sobre o certo e o errado, o bem e o mal, a justiça e a injustiça, através da linguagem, faculdade humana essencial que permitia a participação na comunidade para decidir sobre aquilo que era necessário para alcançar o

da ética do discurso,<sup>340</sup> na qual práticas argumentativas são estabelecidas entre os interlocutores com o objetivo de chegar à compreensão e ao consenso sobre algo no mundo, através da linguagem e do agir comunicativo<sup>341</sup> orientado para o entendimento mútuo.<sup>342</sup>

As premissas teóricas subjacentes à perspectiva dialogal, ainda que inicialmente vinculadas a hermenêutica constitucional, podem ser perfeitamente utilizadas em outras esferas de relações institucionais, como destaca Willemann (2017, p. 288-290), que cita os seguintes instrumentos que viabilizariam a aplicação de concepções dialógicas: as auditorias operacionais, os termos de ajustamento de gestão, as audiências públicas e a cooperação interinstitucional. A Autora adverte que existe uma importante marca distintiva entre auditorias de conformidade (*compliance*) ou *accountability* de processos e auditorias de desempenho ou *accountability for performance*, sendo que somente nessas se encontra campo fértil para trabalhar teorias dialógicas:

Aqui está uma importante marca distintiva entre as auditorias de conformidade e as auditorias de desempenho: as primeiras são predominantemente adversariais, enquanto as segundas priorizam a lógica colaborativa e de cooperação. As auditorias de conformidade, ao se concentrarem na verificação da regularidade do comportamento do gestor público à luz das normas financeiras, contábeis, procedimentais etc., valorizam as consequências sancionatórias decorrentes dos erros e das irregularidades detectadas. As auditorias de performance seguem lógica diversa: valorizam o acerto, a busca pelo bom e satisfatório desempenho através do incremento de medidas cooperativas que tornam os atores do ciclo de *accountability* aliados e parceiros, e não adversários” (WILLEMAN, 2017, p. 266).

---

objetivo da associação política, a vida boa: “A razão pela qual o homem, mais do que uma abelha ou um animal gregário, é um ser vivo político em sentido pleno, é óbvia. A natureza, conforme dizemos, não faz nada ao desbarato, e só o homem, de entre todos os seres vivos, possui a palavra. Assim, enquanto a voz indica prazer ou sofrimento, e nesse sentido é também atributo de outros animais (cuja natureza também atinge sensações de dor e prazer e é capaz de as indicar) o discurso, por outro lado, serve para tornar claro o útil e o prejudicial e, por conseguinte, o justo e o injusto. É que, perante os outros seres vivos, o homem tem as suas peculiaridades: só ele sente o bem e o mal, o justo e o injusto; é a comunidade destes sentimentos que produz a família e a cidade.”

<sup>340</sup> “O movimento filosófico intitulado ‘Ética do Discurso’, da qual fazem parte nomes como o de Habermas e Apel, tem sua unidade no conjunto de elaborações e análises teóricas voltadas ao estudo do agir humano orientado para o bem, tendo por referencial fundamental a reviravolta linguístico-pragmática e a consolidação do paradigma da racionalidade dialogal” (DINIZ, 2016, p. 97).

<sup>341</sup> O agir comunicativo pode ser compreendido como um processo circular no qual o ator é as duas coisas ao mesmo tempo: ele é o iniciador, que domina as situações por meio de ações imputáveis; ao mesmo tempo, ele é também o produto das tradições nas quais se encontra, dos grupos solidários aos quais pertence e dos processos de socialização nos quais se cria (HABERMAS, 1989, p. 166).

<sup>342</sup> “A essência desse conceito é o deslocamento da racionalidade e da legitimidade do sujeito para o procedimento da produção normativa, garantindo a previsibilidade do processo comunicativo. Enquanto no positivismo jurídico a racionalidade está centrada no juiz, na razão comunicativa a racionalidade está centrada no processo argumentativo, por meio do debate entre os argumentos que alicerçam as estruturas normativas” (AGRA, 2014, p. 204).

Caminha-se para um pouco além da perspectiva engendrada pela Autora por se acreditar que mesmo nas auditorias de conformidade há espaço para que controlador e controlado exercitem um diálogo saudável, sob pressupostas condições ideais de imparcialidade e isenção, livres de preconceitos ou animosidades, pois conforme assevera Santos (2020, p. 367), os órgãos de controle “devem assumir que suas funções compreendem não apenas a fiscalização, mas, sobretudo, a construção de relação jurídica cooperativa na busca de soluções mais adequadas à satisfação de necessidades coletivas”, primando, ainda, pela adoção de mecanismos consensuais.

#### **5.4 Adoção de mecanismos consensuais**

A cultura do diálogo que angariou prestígio mundial contribuiu para que se caminhasse na direção de uma Administração Pública dialógica, mas especialmente consensual, onde várias formas de materialização da participação popular são previstas, à exemplo de consultas e audiências públicas, para que todos aqueles que serão atingidos pela ação estatal ou destinatários de um ato normativo possam ser previamente ouvidos.<sup>343</sup>

Há uma mudança de paradigmas em curso, no qual a rigidez autoritária do direito administrativo cede lugar à flexibilidade democrática, utilizando-se das palavras de João Batista Gomes Moreira.<sup>344</sup> Essas mudanças muito se devem ao fato de que o poder estatal vem se reduzindo drasticamente e hoje em dia cada vez mais são diminutas as áreas em que o Estado pode atuar de forma autônoma, sem nenhuma intervenção interna ou externa. Como explica Naim (2013, p. 10), eles agora “[...]competem, brigam ou negociam não apenas entre si mas também com numerosas organizações transnacionais e não estatais”.

Estando a ocorrer um contínuo declínio da tradicional soberania do Estado-nação em razão de diversos fatores, sobressaindo-se a crise democrática, a crise de autonomia, a crise organizativa e, por último, os conflitos de identidade (SOUZA; SANTOS, 2014, p. 102 – 103), uma alternativa cada vez mais adotada tem sido a utilização de técnicas consensuais em

---

<sup>343</sup> Palma (2015, p. 238) aponta os fundamentos da consensualidade no direito administrativo brasileiro, que são: a democracia substantiva, a contratualização e a eficiência.

<sup>344</sup> Moreira (2010, p. 445) sintetiza as mudanças no direito administrativo: “Em função da sequência de paradigmas, a Administração Pública e o direito administrativo percorrem três modelos sequenciais, sendo o último deles o modelo sistêmico e democrático, em que a estrutura piramidal, hierárquica, autoritária (baseada nas prerrogativas de poder) converte-se em horizontal, processual e participativa”.

substituição aos tradicionais atributos da imperatividade e coercibilidade dos atos administrativos estatais.<sup>345</sup>

Com base nas ideias de consensualismo e de autocomposição, além das recentes mudanças econômicas, sociais e estatais, têm sido gestadas novas concepções acerca da Administração Pública, contribuindo para eliminar os resquícios de medo acerca da suposta e falaciosa violação da impessoalidade administrativa e consequente responsabilização pessoal dos gestores. Um dos entraves para a adoção dos meios consensuais em âmbito administrativo tem sido atribuído ao assim chamado Regime Jurídico Administrativo do qual decorre o Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público que, por vezes, dificulta a adoção de meios consensuais, ainda que já exista diversos dispositivos legais prevendo expressamente tal possibilidade (GOULART; CADEMARTORI, 2020, p. 27)

A ideia de consensualidade no âmbito estatal vem de algum tempo sendo incentivada não apenas para criação de normas jurídicas ou adaptação das regras impostas à Administração, mas também para a solução de conflitos, de forma que haja a composição de interesses e a satisfação célere dos interesses em litígio, além de estimularem a cooperação e colaboração com o Poder Público.

Na seara da composição de interesses, vários dispositivos legais mencionam a possibilidade de se utilizar de meios consensuais de solução de conflitos, como o art. 23-A da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995;<sup>346</sup> o art. 11, inc. III, da Lei nº 11.079, de 30 de novembro de 2004;<sup>347</sup> a Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015, que alterou a Lei da Arbitragem (Lei nº 9.307/1996), possibilitando no art. 1º, §1º, que a Administração Pública direta e indireta utilize a arbitragem para dirimir conflitos referentes a direitos patrimoniais disponíveis;<sup>348</sup> o art. 32 da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015 (Lei da Mediação), traz preceitos sobre a autocomposição de

<sup>345</sup> Batista Júnior e Campos (2014, p. 36) pontuam que: “No moderno Estado Democrático de Direito, eficiente, pluralista, democrático e prestacional, a Administração Pública apercebeu-se de que, muitas vezes, não consegue agir onde não consegue convencer. Nesse sentido, mandar e sancionar por meio de decisões unilaterais e executórias pode ser um sistema eficaz quando se trata de impor a ordem e assegurar o respeito às leis, entretanto, trata-se de mecanismo insuficiente para polarizar as energias sociais com vistas à consecução dos objetivos propostos.”

<sup>346</sup> Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (incluído pela Lei nº 11.196, de 2005).

<sup>347</sup> Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever: [...] III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

<sup>348</sup> Art. 1º. As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. § 1º - A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis (incluído pela Lei nº 13.129, de 2015).

conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público,<sup>349</sup> ressaltando-se por fim, o art. 26 da LINDB, o qual representa um novo marco à consensualidade administrativa.<sup>350</sup>

A consensualidade administrativa abrange, ainda, os compromissos de ajuste de comportamento e os acordos substitutivos de sanção. Nesses estão inseridos os termos de ajustamento de conduta nas ações civis públicas;<sup>351</sup> o compromisso de cessação de infrações ambientais na seara ambiental;<sup>352</sup> e os genericamente intitulados acordos de leniência, do qual são exemplos: o compromisso de cessação de conduta violadora da ordem econômica no âmbito do Sistema Brasileiro de Concorrência;<sup>353</sup> os acordos de leniência da Lei anticorrupção;<sup>354</sup> e mais recentemente foram permitidos que o Banco Central e a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) celebrassem semelhantes acordos.<sup>355</sup> Por fim, cite-se a Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que alterou a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992), para admitir

---

<sup>349</sup> Art. 32. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para: I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública; II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público; III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

<sup>350</sup> Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018).

<sup>351</sup> Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1995: Art. 5º [...]. § 6º - Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

<sup>352</sup> Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998: Art. 79-A. Para o cumprimento do disposto nesta Lei, os órgãos ambientais integrantes do SISNAMA, responsáveis pela execução de programas e projetos e pelo controle e fiscalização dos estabelecimentos e das atividades suscetíveis de degradarem a qualidade ambiental, ficam autorizados a celebrar, com força de título executivo extrajudicial, termo de compromisso com pessoas físicas ou jurídicas responsáveis pela construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.163-41, de 2001).

<sup>353</sup> Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011: Art. 85. Nos procedimentos administrativos mencionados nos incisos I, II e III do art. 48 desta Lei, o Cade poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, entender que atende aos interesses protegidos por lei.

<sup>354</sup> Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013: 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: [...].

<sup>355</sup> Lei nº 13.506, de 13 de novembro de 2017: Art. 30. O Banco Central do Brasil poderá celebrar acordo administrativo em processo de supervisão com pessoas físicas ou jurídicas que confessarem a prática de infração às normas legais ou regulamentares cujo cumprimento lhe caiba fiscalizar, com extinção de sua ação punitiva ou redução de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, mediante efetiva, plena e permanente cooperação para a apuração dos fatos, da qual resulte utilidade para o processo, em especial: [...].

a celebração de acordo de não persecução cível no âmbito das ações civis públicas de improbidade administrativa.<sup>356</sup>

Se na atual quadra histórica percebe-se uma crescente valorização da consensualidade nas relações entre o público e o privado, os órgãos de controle têm que se dobrar ao tempo, reconhecendo que a maximização do interesse público ocorrerá dentro uma ambiência dialógica, na qual o centro de gravidade não são as sanções ou punições, mas o diálogo construtivo, a troca de experiências, a cooperação e a colaboração mútuas.<sup>357</sup> Na precisa lição de Batista Júnior e Campos (2014, p. 38):

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.

Face a essa nova realidade é que vicejam os termos de ajustamento de gestão (TAG), formalmente previstos no Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019,<sup>358</sup> que se definem por um acordo de vontades entre controlador e controlado, os quais pactuam objetivos a serem cumpridos para o saneamento da irregularidade apontada pelo órgão de controle. Poder-se-ia raciocinar em termos de implementação de uma nova modelagem de relacionamento entre os órgãos de controle e a Administração Pública, distanciado do atual modelo “que tem por centro gravitacional os órgãos de controle e as sanções deles emanadas e passa-se a um modelo de gestão de *rede* da Administração *multinível*, com interação cooperada dos diversos ‘corpos celestes’ no sistema de controle” (SANTOS, 2020, p. 367).

<sup>356</sup> 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 As ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei (redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019).

<sup>357</sup> Nesse sentido, Freitas (2017, p. 30): “O novo estilo requer intencional desenviesamento para pensar, sentir e decidir de maneira não adversarial, com a iluminação trazida pelos conhecimentos científicos sobre as raízes do comportamento humano. Cultural e biologicamente, a beligerância não é destino. No entanto, para sobrepassar o influxo antagonista, o agente público (inclusive o MP) é chamado a cultivar aptidões e habilidades negociais, subjetivas e objetivas, absorvendo técnicas consagradas e até inovações disruptivas como a ‘plataforma ponto a ponto para a resolução de disputa’. Sem dúvidas é mais econômico e decente fazê-lo, uma vez que afasta o peso morto da derrota certa ou da vitória de Pirro, ambas com o sabor amargo. É mais eficiente concentrar o foco, em termos contenciosos, na intervenção judicial indeclinável. É mais efetivo investir na costura pactuada, tendo em mente as perspectivas arroladas por Christopher W. Moore e Peter J. Woodr. E é, finalmente, mais digno de fazê-lo, dado que nada se afigura tão degradante como converter o processo num pesadelo kafkiano”.

<sup>358</sup> Art.11. Poderá ser celebrado termo de ajustamento de gestão entre os agentes públicos e os órgãos de controle interno da administração pública com a finalidade de corrigir falhas apontadas em ações de controle, aprimorar procedimentos, assegurar a continuidade da execução do objeto, sempre que possível, e garantir o atendimento do interesse geral.

Nessa nova modelagem a preocupação não seria encontrar erros, irregularidades, desacertos, suspender obras, rescindir contratos e aplicar punições. O foco estaria em incentivar, cooperar, trabalhar em conjunto e buscar todas as soluções possíveis e juridicamente adequadas para que o “produto final” fosse entregue à população. Ressalte-se que os diálogos institucionais necessários para que seja estabelecido o consenso não podem simplesmente ficar adstritos a comunicações por meio de memorandos, ofícios, solicitações de auditoria, no melhor e tradicional estilo controle de gabinete, pois há um mundo fora dos autos e é nele que se constrói o direito, sob o primado da realidade.

## 5.5 Controle realista

As “jornadas de junho”, ou “primavera dos vinte centavos”, como ficaram conhecidas as manifestações populares ocorridas em junho de 2013 e que tiveram como mola propulsora o aumento de 20 (vinte) centavos na tarifa de ônibus em São Paulo, tornaram-se o maior protesto popular desde o *impeachment* do ex-presidente Fernando Collor de Mello. Desse inconformismo inicial com o aumento do preço das passagens, a mobilização foi adquirindo uma pauta diversa e difusa e as demandas encampadas pelos variados grupos sociais se multiplicaram país afora, mas tinham um ponto comum de insatisfação com a qualidade ruim dos serviços públicos. Passados mais de 7 (sete) anos desse acontecimento a indignação continua, apesar do alto preço pago pelos brasileiros em comparação com a falta de retorno em termos de serviços públicos de qualidade.

Estudo divulgado pelo Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação (IBPT) informa que a carga tributária suportada pelos cidadãos-contribuintes no Brasil equivale a de países desenvolvidos, mas a “percepção de retorno”, ou seja, a sensação de bem-estar da população em áreas vitais da sociedade, como saúde, educação e segurança, é baixíssima.<sup>359</sup>

Há um consenso de que a administração pública brasileira tem que apresentar melhores resultados e isso perpassa por se adotar uma cultura de controle menos formalista e mais realista, atenta as concretas dificuldades do gestor ao invés do mero atendimento a prescrições legais, muitas delas irrealizáveis. Para exemplificar como os órgãos de controle ignoram o primado da

---

<sup>359</sup> Disponível em <https://ibpt.com.br/noticia/2662/Estrutura-tributaria-e-a-qualidade-dos-gastos-publicos>. Acesso em: 31 mai. 2019.

realidade, cite-se a questão acerca da inscrição de despesas em restos a pagar.<sup>360</sup> Como se sabe, o Brasil passa quase o ano inteiro fazendo contingenciamento orçamentário para atingir as metas de superávit primário. Depois de cumpridas as metas fiscais a liberação de recursos ocorre mais intensamente, sendo que na última semana do exercício fiscal, via de regra, há a descentralização de vultosos recursos financeiros, ainda mais quando há excesso de arrecadação no ano.

Para cumprir o orçamento e não “perder” recursos, levando a pecha de incompetentes, os gestores têm que empenhá-los até o último dia útil do ano e *in continenti* inscrevem tudo em restos a pagar, mesmo sabendo que na administração pública ideal o correto é finalizar a execução do contrato dentro do exercício financeiro, liquidando toda a despesa nele empenhada, somente inscrevendo em restos a pagar na hipótese excepcional de ter ocorrido algum empecilho durante o ajuste que impedisse o regular processamento da despesa pública. Mesmo sendo essa a realidade da execução orçamentária, o TCU<sup>361</sup> (mas também a CGU) investe contra gestores que adotam essa prática, ainda que sabedores de que “a culpa é do sistema” e não dos gestores.<sup>362</sup>

Por essa razão se aplaude o art. 22 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, introduzido pela Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018.<sup>363</sup> Com ele “pretende-se colocar os órgãos de controle ou o Judiciário verdadeiramente nos sapatos daquele que tomou a decisão em determinado momento, muitas vezes para atender demanda urgente e sem que a entidade à qual esteja vinculado tenha estrutura adequada” (LIMA, 2018).

A pandemia de COVID-19 que se alastrou pelo mundo em 2020 desafiou as autoridades, impondo a adoção de medidas inéditas e providências excepcionais (*lockdown*, uso

<sup>360</sup> Art. 36. Consideram-se Restos a Pagar as despesas empenhadas, mas não pagas até o dia 31 de dezembro distinguindo-se as processadas das não processadas (BRASIL, 1964).

<sup>361</sup> “ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão de Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em: [...] 9.3 cientificar a Secretaria Especial do Esporte do Ministério da Cidadania de que a prática recorrente de elevada inscrição e rolagem de recursos orçamentários na rubrica de Restos a Pagar, observada especialmente na ação 5450, ofende os princípios da anualidade orçamentária e da razoabilidade, sendo incompatível com o caráter de excepcionalidade dos restos a pagar, contrariando o disposto no art. 165, inciso III, da Constituição Federal, c/c o art. 2º da Lei 4.320/1964 e no Acórdão 2.267/2016-TCU-Plenário” (Acórdão TCU 2.033/2019 -Plenário, Rel. Min. Vital do Rêgo. Ata nº 33/2019). Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/2264920182.PROC/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/1/%2520?uuid=04b6cee0-9eb5-11ea-b029-9df437a815c1>. Acesso em: 25 mai. 2020.

<sup>362</sup> Cavalcanti (2018, p. 43) relata a angústia dos gestores em uma de suas entrevistas: “Quando o governo chega no último quadrimestre, final do ano, e vê que a arrecadação está dentro da previsão, ele começa a liberar limite de empenho. Mas aí, pô, você está no final do ano... você tem que empenhar e jogar para o exercício seguinte, senão, daqui a pouco, você é taxado como incompetente. ‘Olha, te dei limite e você não gastou’. Então o que a maioria faz: ‘empenha e joga em RAP’ (Gestor 07)”.

<sup>363</sup> 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.



obrigatório de máscaras, etc.) em um ambiente de incertezas acerca dos males que o novo coronavírus trazia para a humanidade. Como era de se esperar, houve um aumento abusivo nos preços de máscaras de proteção e álcool em gel por força da ganância que muitos empresários carregam na alma.<sup>364</sup> Ainda assim, governadores e prefeitos se viram obrigados a adquirir os itens por dispensa de licitação em face da emergência, mesmo sabendo que os preços eram abusivos, pois a situação crítica não barganhava com o tempo necessário para se comprar pelo preço justo. Excetuadas as hipóteses em que há suspeita da ocorrência de crimes por partes desses governadores e prefeitos,<sup>365</sup> espera-se que superado o período de anormalidade as ações sejam julgadas sem levar em consideração o contexto em que foram adotadas, apontando falhas no presente sem atentar para o passado.<sup>366</sup>

Não se pode tolerar um controle administrativo que faça “vista grossa” para as condições de fato, que se apegue a um estado de coisas ideal, plasmado em proposições jurídicas que nunca existiram. Não basta anular um ato enaltecendo o princípio do interesse público, é necessário considerar os fatos. Por isso o controle deve ser mais realista e menos formalista, preocupado com os resultados e com as consequências de suas decisões.<sup>367</sup> Desse modo, como ressalta Campana (2018, p. 150), “revelando-se eficiente a decisão administrativa, diante da presença de resultados positivos à sociedade, dever ser reconhecida a regularidade da atuação estatal, mesmo que sejam constatadas irregularidade (*sic*) formais no processo decisório [...]”.<sup>368</sup>

<sup>364</sup> “Preço de álcool em gel e máscaras subiu até 161%; governo deveria tabelar?... - Veja mais em <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2020/03/12/governo-controle-precos-tabelar-mascara-alcool-gel-agua-coronavirus.htm?cmpid=copiaecola>”. Disponível em:

<https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2020/03/12/governo-controle-precos-tabelar-mascara-alcool-gel-agua-coronavirus.htm>. Acesso em: 27 mai. 2020.

<sup>365</sup> “PF investiga desvio de recursos destinados à compra de respiradores em Fortaleza/CE”. Disponível em: <http://www.pf.gov.br/imprensa/noticias/2020/05-noticias-de-maio/pf-investiga-desvio-de-recursos-destinados-a-compra-de-respiradores-em-fortaleza-ce>. Acesso em: 27 mai. 2020.

<sup>366</sup> Como bem apontado por Santos (2020, p. 295): “Nesse sentido, devemos ter em mente que muitos erros foram cometidos visando atender ao interesse público. Não necessariamente isto deverá redundar em responsabilização dos agentes públicos, em face da aplicação do art. 22 c/c art. 28 da LINDB. As aquisições por preço superior ‘a média de mercado’ foram comuns, exatamente em face da urgência e necessidade de prioridade na aquisição de mercadorias. O tema demandará muito cuidado por parte dos controladores. Será preciso distinguir os casos de corrupção e improbidade, dos erros praticados por circunstâncias excepcionais. As dificuldades e obstáculos encontrados pelo gestor (art. 22 da LINDB) deverão ser profundamente considerados.”

<sup>367</sup> Frise-se que com a edição da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, aferir consequências se tornou uma obrigação, devendo-se realizar análise de impacto regulatório em toda proposta de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, que conterà informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico (art. 5º).

<sup>368</sup> O TCU adotou uma mudança alvissareira e que vai ao encontro do modelo de controle administrativo que se vislumbra no futuro. Em 2019 a Presidência da Corte, por meio da Ordem de Serviço - TCU nº 2, de 8 de julho de

## 5.6 Controle para a boa-administração

O giro antropocêntrico após a Segunda Guerra mundial foi decisivo para a ascensão dos direitos fundamentais, para o surgimento de um novo direito administrativo e para a imbricação entre ambos. Segundo Muñoz (2012, p. 14), “las modernas construcciones del Derecho Administrativo y la Administración pública proporciona el argumento medular para comprender en su cabal sentido este nuevo derecho fundamental a la buena administración”.

Nesse contexto, o reconhecimento de um direito fundamental à boa administração apresenta desafios, a começar pela indeterminabilidade da expressão. Contudo, Carvalho (2013, p. 63) ressalta que não é a fluidez do termo que impedirá sua aplicabilidade jurídica, pois outros conceitos, como o de “boa-fé”, apresentam igual fluidez e mesmo assim tem contornos normativos bem definidos. Some-se a isso o fato de que esse não é um direito fundamental que surge como realidade tópica, aninhado a dispositivo normativo específico e isolado, mas antes um direito fundamental implícito de natureza principiológica que decorre do regime e de outros princípios adotados pela cláusula de abertura da Constituição Federal de 1988.<sup>369</sup>

---

2019, constituiu grupo de trabalho com o objetivo de identificar entraves burocráticos gerados pelo próprio Tribunal que afetassem negativamente o desempenho dos órgãos e entidades jurisdicionados e propusesse medidas mitigadoras para sua resolução. Nesse ano, acórdãos, resoluções e instruções normativas estão sendo editados ou alterados para desburocratizar, tornar mais eficiente, otimizar e simplificar a atuação do TCU. Uma importante mudança ocorreu a partir do Acórdão nº 1005/2020 – Plenário, que cuidou de projeto de resolução com o objetivo de racionalizar o uso dos instrumentos de determinação, recomendação e ciência, ampliando a eficácia e viabilizando o monitoramento das deliberações mais relevantes e que demandem cumprimento imediato. Nele se reconhece que boa parte das determinações e recomendações expedidas pelo TCU não são necessariamente relevantes, viáveis ou oportunas, além de se apontar a existência de erros relacionados ao desconhecimento das causas dos problemas, à identificação dos destinatários dos comandos, à avaliação das consequências práticas das deliberações, entre outros aspectos. Aprovou-se então projeto normativo que resultou na Resolução nº 315/2020, sinalizando uma mudança de postura da Corte. O diploma se alinha à política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional (Lei nº 9.203, de 22 de novembro de 2017), estabelecendo o controle baseado em evidências ao consignar que as recomendações sejam fundamentadas em critérios, tais como leis, regulamentos, boas práticas e técnicas de comparação (*benchmarks*), contribuindo para agregar valor à unidade jurisdicionada, baixando custos, simplificando processos de trabalho, melhorando a qualidade e o volume dos serviços ou aprimorando a eficácia e os benefícios para a sociedade (art. 11). A Resolução nº 315/2000 veda que recomendações sejam genéricas e distantes da realidade prática da unidade jurisdicionada, tampouco devendo se basear exclusivamente em critérios que contenham elevada carga de abstração teórica ou conceitos jurídicos indeterminados (art. 12 e parágrafo único). Por fim, a norma exorta à responsividade, ao consequencialismo e ao controle colaborativo estabelecendo que a unidade técnica instrutiva deve oportunizar aos destinatários das deliberações a apresentação de comentários e informações quanto às consequências práticas da implementação das medidas aventadas e eventuais alternativas (art. 14).

<sup>369</sup> Art. 5º da CF/88: [...] § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (BRASIL, 1988).

Na Europa não há mais dúvidas acerca da sua fundamentalidade depois da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia,<sup>370</sup> também chamada de Carta de Nice, reconhecendo-se o direito fundamental à boa administração como princípio geral:

- Art. 41 – Direito a uma boa administração:
1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições, órgãos e organismos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável.
  2. Este direito compreende, nomeadamente:
    - a) O direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afecte desfavoravelmente;
    - b) O direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito pelos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial;
    - c) A obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões.
  3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da União, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros.
  4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua.

Bousta (2018, p. 25) analisa essas disposições e chama a atenção para o fato de que a expressão "boa administração" reuniu intuitivamente vários princípios e direitos que são anteriores ao seu surgimento na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, multiplicando-se sua noção, desde então, sem que se a tenha definido.<sup>371</sup> Juarez de Freitas (2015, p. 198) define-o como o direito fundamental à administração pública “eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas”.

Observa-se, portanto, que o direito fundamental à boa administração pública nasce como princípio sistêmico a ser observado pelos gestores, alertando-os às diretrizes axiológicas do ordenamento jurídico e compõe-se de direitos e deveres que escorrem para dentro do regime

<sup>370</sup> Disponível em: [http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf). Acesso em: 22 mai. 2019.

<sup>371</sup> Em suas palavras: “Comme nous le montrions ailleurs, la «bonne administration» est souvent réduite à un agrégat ouvert de droits et de principes, qui existaient bien avant l’apparition de ce vocable. En témoigne l’article 41 de la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne selon lequel le droit à une bonne administration comprend «notamment» les principes d’impartialité, d’équité, de délai raisonnable, de contradictoire, de transparence, de motivation, de réparation, et de communication dans une des langues des Traités. La «bonne administration» est alors au cœur des principes généraux du droit et, plus largement, de l’émergence d’un droit administratif européen” (BOUSTA, 2018, p. 25).

jurídico-administrativo, tendo por foco o interesse público<sup>372</sup>. Por isso a boa administração guarda íntima ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana. Tanto é que Sarlet (2015) afirma ter a Constituição de 1988 consagrado no art. 1º, III, e no art. 37, muito antes do que a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, um direito fundamental à boa administração, pois esse só existiria onde efetivamente se promova a dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais que lhe são inerentes. Já nas palavras de Cleize Kohls e Mônia Leal (2015, p. 190):

Um Estado Democrático de Direito, que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana e que possui uma Constituição encharcada de direitos fundamentais, necessita de uma administração pública boa. Destarte, o reconhecimento do direito fundamental à boa administração pública está diretamente ligado à concretização de direitos fundamentais. Seria possível dizer que uma boa administração pública é aquela que, através de políticas públicas e serviços públicos, consegue efetivar os direitos fundamentais consagrados constitucionalmente.

Em solo brasileiro, boa administração é exigência da cidadania e concretização da eficiência, da transparência, da moralidade, da legalidade, da impessoalidade, da participação popular e do controle. Mas não apenas disso, conforme leciona Valle (2008, p. 105):

Boa administração é um ideal que se busca – permanentemente – e não uma estação de chegada, que se vá alcançar depois do desenvolvimento de uma trajetória previamente desenhada. É esforço recíproco, envolvendo uma cidadania que não está afeita a uma conduta ativa, e uma administração que ainda resiste à transparência. Direito fundamental à boa administração se apresenta como etapa subsequente de um longo e penoso amadurecimento democrático – e estará a exigir, como as etapas anteriores, determinação e aprendizado.

“Nesse plexo de direitos, regras e princípios, encartados em uma síntese”, que é o direito fundamental à boa administração” (FREITAS, 2015, p. 198), ganha relevo um controle da administração pública renovado, preocupado em prevenir e reprimir a corrupção, em zelar pela transparência e pela probidade, mas também e principalmente em contribuir para o aprimoramento da atividade administrativa, com o desempenho das políticas públicas e em cooperar para uma boa prestação dos serviços estatais, respeitando os legítimos espaços de atuação da Administração Pública.

---

<sup>372</sup> Embora haja grande dificuldade em se definir interesse público, esse se materializa quando as ações administrativas são praticadas em benefício da coletividade, atendendo aos anseios da população, visando dar concretude aos direitos fundamentais. Acerca da supremacia do interesse público sobre o interesse privado ver, por todos: HACHEM, Daniel Wunder. Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público, Belo Horizonte: Fórum, 2011.

Nas palavras de Willeman (2017, p. 325), um controle “assentado em bases formalistas, burocráticas e repressivas encontra-se ultrapassado e não contribui para a concretização do direito fundamental à boa administração”, pois esse engloba “o direito à administração pública respeitadora da legalidade temperada, ou seja, que não se rende à ‘absolutização’ irrefletida das regras” (FREITAS, 2015, p. 199).

Nesse quadrante, Clarissa Sampaio Silva (2019) vai além de reconhecer a existência do direito fundamental à boa administração na Ordem Constitucional Brasileira,<sup>373</sup> ocupando-se pioneiramente em analisar como as diversas instâncias passíveis de exercer controle podem contribuir para sua observância. Para a Autora, as competências do Tribunal de Contas em relação ao controle da boa administração vão além do exame da legalidade, mas não podem implicar um juízo de mérito próprio da Administração Pública, ou seja, “enquanto órgão de controle, o Tribunal de Contas não pode substituir as escolhas feitas pelo administrador que estejam em consonância com quadro normativo que referenda sua atuação, e dentro do qual se encontra o princípio da eficiência” (SILVA, 2019, p. 193).

Do mesmo modo, Clarissa Silva reconhece que o Poder Judiciário tem muito a contribuir para observância do direito fundamental à boa administração, mas como existem dificuldades de no âmbito judicial se ter ampla avaliação de todas as variáveis, as decisões judiciais sobre a boa administração devem se ater aos seus legítimos espaços jurisdicionais, sem dar respostas àquilo que seja próprio do sistema político:

Tais aspectos demonstram as dificuldades do tratamento, pelo Poder Judiciário de escolhas que cabem, precipuamente ao administrador, de modo que, no tocante, por exemplo, as políticas públicas, o controle jurisdicional embora admitido, não pode se afastar “[...] da análise formal dos limites desses parâmetros que privilegie a opção democrática das escolhas feitas pelo legislador e pela Administração Pública [...]”, tal como decidiu o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário n. 677.189/SP, com repercussão geral.

Não se está a sustentar, de forma alguma, a impossibilidade de aferição das escolhas feitas pelo administrador quer na formulação e implementação das políticas públicas, quer no exercício da competência discricionária, mas apenas pontuando as dificuldades e as limitações do controle jurisdicional, o que deve

---

<sup>373</sup> “O texto da Constituição Federal de 1988 não contempla expressamente o ‘direito à boa administração’, expressão talhada no contexto da Carta Europeia de Direitos Fundamentais, obviamente não extensível a países que não façam parte da União Europeia. Nada obstante, todas as posições asseguradas no artigo 41 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia encontram-se expressamente previstas na realidade constitucional brasileira, recebendo, ainda, significativos aportes da legislação infraconstitucional, além de ser possível destacar a compreensão do direito à boa administração como ‘elemento fundamental da ordem objetiva da coletividade’, assomando como a dimensão objetiva de referido direito” (SILVA, 2019, p. 186).

conduzir ao aprimoramento de outras formas de verificação da observância dos postulados da boa administração (SILVA, 2019, p. 195).

À guisa de arremate, salienta Freitas (2015, p. 217) que “nesses moldes, o direito fundamental à boa administração pode-deve deitar raízes, entre nós, sem perpetuar o império do medo, que parece assaltar os bons administradores”.

## 6. CONCLUSÃO

A presente pesquisa intentou desvendar as causas geradoras do denominado direito administrativo do medo, bem como as externalidades negativas dele provenientes, de modo que todo o conhecimento produzido venha a gerar frutos. Nessa trajetória, evidenciou-se que com o fim da ditadura militar e com o processo de redemocratização em curso, o medo de retornar àquele período nefasto da história política nacional fez com que a Carta da Democracia de 1988 buscasse superar o pesadelo do período ditatorial, ampliando-se as amarras sobre a Administração Pública com um incremento de instituições e normas para controlá-la na tentativa de evitar os abusos de poder e as arbitrariedades do passado. Porém, constatou-se que essa expansão, de início aplaudida entusiasticamente por todos aqueles que acreditaram no mito “quanto mais controle melhor” para combater o autoritarismo e a corrupção, acabar com o patrimonialismo e promover a eficiência, vem produzindo efeitos colaterais indesejáveis.

O modelo de “múltiplas chibatas” adotado no Brasil tem como padrão a existência de várias órgãos e entidades com a missão de controlar a burocracia e combater a corrupção. Apesar dos benefícios que esse sistema de multiagências incorpora, como a compensação, a colaboração e a complementaridade, no caso brasileiro existe muita sobreposição de competências e consequente desperdício de recursos, além de competição destrutiva entre as instituições, as quais disputam por protagonismo em casos midiáticos também como forma de angariar poder.

O pan-principiologismo aparece como outra chaga em face do uso abusivo e indiscriminado de princípios, conceitos jurídicos indeterminados e outros valores abstratos nas razões de decidir, servindo de arma gnosiológica para encobrir decisões arbitrárias e subjetivas sem motivação qualificada e despidas de uma hermenêutica jurídica séria. O leviatã controlador agindo por meio de princípios consegue encontrar a única resposta correta para todas os casos difíceis, pois a textura aberta desse tipo de norma permite àquele que tem a prerrogativa de falar por último o dom de estar sempre com a razão.

Pesadelo daqueles que laboram na Administração Pública, a Lei de Improbidade Administrativa, por sua vez, é um verdadeiro campo minado para qualquer gestor, pois contém um canhão de princípios (art. 11) que estão prontos para serem disparados diante da constatação de qualquer irregularidade, ainda que muitas dessas ações sejam elas próprias um ato ímprobo, haja

vista que propostas sem um mínimo substrato probatório que comprove má-fé, dolo ou desonestidade por parte da autoridade denunciada.

Observou-se que o controle é permeado por um idealismo utópico que o isola da realidade, fazendo parecer que existe um mundo ideal, no qual os controladores vislumbram disponíveis e em abundância todas as condições e meios necessários ao cumprimento das disposições legais; e o mundo concreto, onde habita o gestor público, o qual tem que enfrentar cotidianamente enormes dificuldades materiais, outras até mezinhas, diga-se de passagem, como por exemplo, a falta de combustível para abastecer veículos da fiscalização ou, ainda mais comum, a carência de servidores. Ademais, há um formalismo exagerado na atividade controladora que se perde muito em filigranas jurídicas e controles meramente burocráticos, preocupado mais com o processo e com o cumprimento de prescrições legais e menos com a efetividade dos resultados. Não raras vezes uma ação administrativa finalizada com êxito é relegada ao segundo plano, pois houve o descumprimento de alguma formalidade não essencial.

Há, ainda, um déficit de responsividade, pois como não têm qualquer compromisso com resultados e não têm que enfrentar as dificuldades materiais para o cumprimento de suas recomendações ou determinações, os controladores podem atuar performaticamente e se apropriar de um fascínio popular por criarem um mundo onde todas as necessidades sociais podem ser atendidas. Necessita-se, então, pensar formas de tornar os controladores mais responsivos, haja vista que exercem autoridade e controle sobre os poderes tradicionais, mas para eles o sistema de freios e contrapesos se encontra descalibrado.

Diagnosticadas as causas do medo, desenvolveu-se seus efeitos, a começar pelo famigerado apagão das canetas, ou seja, a omissão deliberada em tomar decisões para se proteger e evitar ter que responder a processos administrativos ou de improbidade. Ocorre que, conforme visto, essa inação gera paralisia administrativa e quem sofre as consequências é a sociedade que fica privada das prestações sociais, pois a obra não acaba e o serviço público não chega. Nesse cenário reina a insegurança jurídica, a ineficiência e a ossificação. São tantos controles concorrentes proferindo decisões, muitas das vezes contraditórias, que o ato ou contrato administrativo é sempre precário, sujeito a uma mudança de entendimento de última hora que pode vir torná-lo nulo a qualquer momento. O gestor fica preso a uma camisa de força e somente lhe resta cumprir as determinações dos órgãos de controle, não lhe sendo recomendável inovar, pois qualquer erro não será tolerado e ele pode sofrer as consequências se tentar fazer diferente para ser



mais eficiente. As deficiências no sistema de controle administrativo brasileiro devem ser corrigidas para que não se promova o oposto do princípio da eficiência, a começar pela disputa institucional que faz com que interesses corporativos adotem a técnica do desacordo como poder, inviabilizando a gestão.

Viu-se que os controladores têm se apropriado das pautas políticas e construído as prioridades públicas, bem como definido suas próprias competências para depois avocar decisões em substituição ao administrador público, destacadamente no exercício de sua atividade-fim, também em função da crise reputacional que paira sobre a gestão pública brasileira. Como reputação é poder, em face do grande prestígio que gozam Judiciário e Ministério Público, há o deslocamento de competências decisórias para a esfera controladora com juízes e membros do *Parquet* impondo suas predileções.

A captura de competências pelo Poder Judiciário se ancora particularmente em dois fenômenos díspares, mas que costumam andar juntos: a judicialização da política e o ativismo judicial. Assim como décadas de legisladores sem coragem fomentaram o ativismo judicial brasileiro, décadas de gestores amedrontados estão a promover a paralisia administrativa com um progressivo ativismo controlador invadindo indiscriminadamente todas as searas da vida, com o Judiciário abarcando os espaços políticos e o TCU os espaços administrativos.

Abordou-se acerca do fim da discricionariedade administrativa, havendo quem defenda inexistir, hoje em dia, até mesmo um núcleo indevassável chamado mérito administrativo, pois há a possibilidade de controle da própria conveniência e oportunidade administrativas. A ideia é cada vez mais controle e menos discricionariedade, apoiando-se várias teorias estrangeiras que gradativamente passaram a cravejar cada elemento do ato administrativo e juntas deram sustentáculo à tese de que a discricionariedade administrativa acabou. Por fim, buscou-se auxílio em Hércules, um gestor com poderes sobre-humanos, capaz de encontrar a única resposta correta para todos os casos difíceis.

Traçada as causas e os efeitos do medo que habita o coração dos gestores públicos, partiu-se para a busca de soluções, pensando-se em como alterar os modelos conceituais existentes e superar as principais correntes de pensamento ainda vigentes, vislumbrando o futuro do controle da administração pública brasileira.

Alterações legislativas são necessárias e já estão acontecendo, à exemplo da Lei da segurança para inovação pública (Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018), a qual impôs uma

verdadeira revolução no direito público, especialmente no campo da tomada de decisões, voltando-se a tutelar não apenas a segurança jurídica e suas vertentes (estabilidade e previsibilidade), mas também a inovação, incorporando o consequentialismo e estabelecendo limitações de responsabilidade para aqueles que estão sujeitos a riscos em razão das decisões que adotam ou opiniões técnicas que exaram no exercício de suas funções públicas. Ainda que a Lei nº 13.655/2018 tenha sido um grande avanço, indubitavelmente ela ainda é insuficiente para salvaguardar os gestores, pois também ela está sujeita a desvirtuamento hermenêutico por parte de seus destinatários, por isso será preciso uma mudança de mentalidade dos órgãos de controle.

Uma preocupação mais prática e menos teórica em resolver problemas concretos tem propugnado para uma virada institucional, onde as capacidades institucionais dos intérpretes e efeitos sistêmicos das decisões são levados em consideração, reconhecendo-se que a visão idealizada e romântica de que os controladores têm conhecimento superior para obter resultados ótimos em todas as situações está equivocada, sendo necessário estabelecer padrões de deferência, tal como ocorre em países como Canadá, Estados Unidos, França e Itália.

As potencialidades do diálogo entre as instituições se afiguram como outra alternativa voltada para a construção conjunta de soluções adequadas à satisfação das necessidades coletivas, promovendo-se um ambiente cooperativo entre controladores e controlados, no qual o centro de gravidade não são as sanções ou punições, mas o diálogo construtivo, a troca de experiências, a cooperação e a colaboração mútuas, implementando-se uma nova modelagem de relacionamento entre os órgãos de controle e a Administração Pública voltadas à adoção da consensualidade.

A cobrança por uma gestão pública eficiente impõe a existência de um controle orientado a resultados, menos formalista e mais realista, contribuindo estrategicamente para a governança de maneira coordenada, sem interferência abusiva no processo de tomada de decisão, na formulação das políticas públicas e sem comprometer a autonomia dos gestores, fomentando o experimentalismo e a inovação para que se possa alcançar o desenvolvimento sustentável.

Apontou-se a necessidade do controle administrativo atentar para as dificuldades concretas da gestão ao invés de focar no mero atendimento a prescrições legais, muitas delas irrealizáveis, pondo-se no lugar do gestor público no exato momento que teve de decidir, sentindo as batidas do seu coração. Não é preciso sacrificar os gestores honestos para que os desonestos paguem por seus crimes, tampouco se deve manietar a administração pública para combater os desvios de recursos públicos.

Não se trata de ser condescendente com a corrupção, permissivo a desvios de conduta ou enfraquecer a fiscalização sobre os atos administrativos. Intenta-se racionalizar o sistema de controle para que ele não continue a gerar as disfuncionalidades elencadas neste trabalho, tornando mais difícil a vida não só dos gestores, mas da sociedade como um todo, das pessoas que necessitam dos serviços públicos.

Em que pese todo o apelo retórico que a metáfora do gestor Hércules possa ter, é necessário reconhecer que não existem deuses (nem demônios) que possam auxiliar na escolha da melhor ou da única decisão correta. Tudo aquilo que deve e precisa ser feito está ao alcance de pessoas comuns, basta bom senso, humildade, respeito e diálogo constante entre os atores estatais e as instituições democráticas para que se consiga cumprir a árdua missão de promover a justiça, diminuir as desigualdades sociais, formar cidadãos e garantir o bem de todos.

Para finalizar, saliente-se que esse trabalho não teve por finalidade atacar auditores, juízes, procuradores ou quaisquer outros membros das instâncias de controle da burocracia. Pelo contrário, a intenção foi encontrar e apresentar ideias para aperfeiçoar suas ações, almejando-se contribuir para que a esperança vença o medo novamente e se trilhe o caminho da boa administração.

## REFERÊNCIAS

- ABRAHAM, Marcus; CASTRO, Diana; FARIAS, Edenilson Simas. **Teoria das Capacidades Institucionais e a Reserva do Possível no Julgamento do RE nº 592.581-RS**. Revista Controle, Belo Horizonte, Ano. 14, nº 2, Jul./Dez. 2016. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=252173>. Acesso em: 15 abr. 2020.
- ACEMOGLU, Daron; Robinson James A. **Porque as nações fracassam: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza**. Tradução de Cristiana Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- AGRA, Walber de Moura. **A legitimação da jurisdição constitucional na visão de Habermas**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, Belo Horizonte, ano 8, nº 28, jan./abr. 2014. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=120828>>. Acesso em: 19 mai. 2020.
- ALBUQUERQUE, Felipe Braga. **Direito e Política: Pressupostos para a análise de questões políticas pelo judiciário à luz do princípio democrático**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013.
- ALBUQUERQUE, Marcio André Santos de. **O papel do tribunal de contas da união nos acordos de leniência firmados sob a égide da Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dissertação (Mestrado Profissional em Administração Pública) - Escola de Administração, Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2017.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Princípios da Administração Pública e segurança jurídica. In: VALIM, Rafael; OLIVERIA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (coord.). **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo estrutural**. São Paulo: Pólen, 2019.
- ALVES, Maria Fernanda Colaço. **Múltiplas Chibatas? Institucionalização da Política de Controle da Gestão Pública Federal 1988-2008**. Dissertação (Mestrado em Administração) - Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade e Ciência da Informação e Documentação, Universidade de Brasília, Brasília, 2009.
- ANDRADE, Carlos Drummond de. **Sentimento do mundo**. 1ª ed., São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- ARANHA, Ana Luiza; FILGUEIRAS, Fernando. **Instituições de accountability no Brasil: mudança institucional, incrementalismo e ecologia processual**. Cadernos ENAP, vol. 44. Brasília: ENAP, 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.
- ARENHART, Sérgio Cruz. **Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão**. Revista de Processo Comparado, vº 1, nº 2, p. 211-229, jul./dez. 2015.

Disponível em: <http://revistadeprocessocomparado.com.br/wp-content/uploads/2016/01/ARENHART-Sergio-Artigo-Deciso-es-estruturais.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2020.

ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Antônio Campelo Amaral e Carlos de Carvalho Gomes. Lisboa: Veja, 1998.

ARRUDA, Thais Nunes de. **Como os juízes decidem os casos difíceis? A guinada pragmática de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS – AMB. **Quem somos. a magistratura que queremos**. Rio de Janeiro: 2018. Disponível em: [https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Pesquisa\\_completa.pdf](https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Pesquisa_completa.pdf). Acesso em: 20 jun. 2020.

BANCO MUNDIAL. **Licenciamento Ambiental de Empreendimentos Hidrelétricos no Brasil: Uma Contribuição para o Debate**. Vol. I, Relatório Síntese, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Submissão de acordos de leniência ao TCU necessita de esclarecimentos**. Revista Consultor Jurídico, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-fev-23/ana-barcellos-submissao-acordos-leniencia-tcu-gera-duvidas>. Acesso em: 21 mar. 2020.

BARRETO, Lima. O fiscal e o condutor. In: CORRÊA, Felipe Botelho (org.). **Sátiras e outras subversões**. São Paulo: Penguin Classics e Companhia das Letras, 2016.

BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. **Como entender a responsabilidade dos juízes no Brasil? – Um estudo a partir da confiança no Poder Judiciário**. Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP, ano 2, nº 6, p. 23-43, set./dez, Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

\_\_\_\_\_. **A Razão Sem Voto: O Supremo Tribunal Federal e o Governo da Maioria**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, vol. 5, número especial, Brasília: UniCEUB, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3180>. Acesso em: 14 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>. Acesso em: 07 Mar. 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>.

\_\_\_\_\_. **Tribunais de Contas: algumas incompetências**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 203, p. 131-140, jan. 1996. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46695>. Acesso em: 12 out. 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v203.1996.46695>.

BARZELAY, Michael. **The new public management: improving research and policy dialogue**. Nova Iorque: University of California Press, 2001.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; CAMPOS, Sarah. **A Administração Pública consensual na modernidade líquida**. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 14, nº 155, jan. 2014. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=98989>. Acesso em: 30 mai. 2020.

BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

\_\_\_\_\_. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Augusto de Souza Dentzien. 1ª ed., Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BEOLCHI, João Batista. Gestão pública contemporânea. In: MACHADO, Eloísa (coord.). **Controle da administração pública**. São Paulo: FGV Direito SP, 2014.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: Para Uma Crítica do Constitucionalismo**, 2ª edição, São Paulo: Quartier Latin, 2013.

BERNARDINO, Talitha Braz. **O abuso de poder na atuação do Ministério Público**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. Direitos fundamentais, Democracia e Constitucionalização. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. **O Art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, p. 203-224, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77655>. Acesso em: 22 abr. 2020.

BISACCIONI, Paola; CARVALHO NETO, Marcus Bentes de. **Algumas considerações sobre o "pequeno Albert"**. Temas em psicologia, Ribeirão Preto, v. 18, nº 2, p. 491-498, 2010. Disponível em: [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-389X2010000200022&lng=pt&nrm=iso](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-389X2010000200022&lng=pt&nrm=iso). Acesso em: 19 mar. 2020.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010.

BOUSTA, Rita. **Pour une approche conceptuelle de la notion de bonne administration**. Revista Digital de Derecho Administrativo. 21 (nov. 2018), p. 23-45. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n21.04>. Acesso em: 22 mai. 2019.

BOVENS, Mark; SCHILLEMANS, Thomas; HART, Paul. **Does Public Accountability Work? An Assessment Tool**. Public Administration, vº 86, nº 1, 2008.

BRAGA, André de Castro Oliveira Pereira. **O tribunal de contas da união inibe inovações em concessões públicas?** 2018. 155 f. Dissertação (Mestrado profissional em Administração Pública) - Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2015.

\_\_\_\_\_. **Erro grosseiro e TCU: algo mudou?** Jota Info, São Paulo, jul. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/controle-publico/erro-grosseiro-e-tcu-algo-mudou-15072020>. Acesso em: 19 nov. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1934**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm). Acesso em: 16 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1937**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm). Acesso em: 16 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1946**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm). Acesso em: 16 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm). Acesso em: 16 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 25 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Regimento interno da Câmara dos Deputados**: aprovado pela Resolução nº 17 de 1989 e alterado até a Resolução nº 6, de 2019. – 20ª ed. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2019. – (Série legislação; nº 281 e-book)

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. Senado Federal. **Regimento interno do Senado Federal**: Resolução nº 93, de 1970. Texto editado em conformidade com a Resolução nº 18, de 1989, consolidado com as alterações decorrentes de emendas à Constituição, leis e resoluções, até janeiro de 2019. Brasília: Senado Federal. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964**. Título IV – Do Exercício Financeiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4320.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm). Acesso em: 25 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Título II – Dos princípios fundamentais. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del0200.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm). Acesso em: 9 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Capítulo IV – Das licenças. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm). Acesso em: 7 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993**. Capítulo IV – Dos Benefícios, dos Serviços, dos Programas e dos Projetos de Assistência Social. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8742.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8742.htm). Acesso em: 10 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 221, de 20 de novembro de 1994**. Capítulo I – Da competência dos juizes seccionaes, substitutos e suplentes. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1851-1900/L0221-1894.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1851-1900/L0221-1894.htm). Acesso em: 15 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 02 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017**. Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2017/decreto/D9203.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/decreto/D9203.htm). Acesso em: 22 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. **Lei de improbidade administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade**. Luiz Manoel Gomes Júnior (coord.),

Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/1ef013e1f4a64696eeb89f0bf3c1597.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Controladoria Geral da União. **Manual de processo administrativo disciplinar**. Brasília: mai/2019. Disponível em: [https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/atividade-disciplinar/arquivos/manual\\_pad\\_mai-2019.pdf](https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/atividade-disciplinar/arquivos/manual_pad_mai-2019.pdf). Acesso em: 3 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional do Ministério Público. **Relatório anual sobre as atividades do Conselho e a situação do Ministério Público no país**. Brasília: CNMP, 2020. Disponível em: [https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2019/Relat%C3%B3rio\\_Atividades\\_2019.pdf](https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2019/Relat%C3%B3rio_Atividades_2019.pdf). Acesso em: 31 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor/planodiretor.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4190/RJ**. Requerente: Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil – ATRICON. Intimado: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF. Data de publicação DJE 11/06/2010 - ATA Nº 18/2010. DJE nº 105, divulgado em 10/06/2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 639337 – São Paulo**. 2ª Turma. Agravante: Município de Santo André. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília. Diário da Justiça Eletrônico nº 177. Divulgação em: 14 set. 2011. Publicação: 15 de set. 2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Embargo de Declaração no Recurso Extraordinário nº 427574 – Minas Gerais**. 2ª Turma. Embargante: Câmara Municipal de Belo Horizonte. Embargado: Município de Belo Horizonte. Rel. Min. Celso de Mello, Brasília. Julgado em 13 de dez. de 2011. Diário da Justiça Eletrônico de 13 de fev. de 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 346**. A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal (1963). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=346.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em: 9 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 473**. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. Diário da Justiça de 10/12/1969, p. 5929.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 643978 – Sergipe**. Plenário. Recorrente: Caixa Econômica Federal. Recorrido: Ministério Público Federal. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Brasília. Diário da Justiça Eletrônico nº 232. Divulgação em: 24 out. 2019. Publicação 25 out. 2019.

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. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45286/47723>. Acesso em: 29 jan. 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v189.1992.45286>.



\_\_\_\_\_. **O regime constitucional dos Tribunais de Contas.** Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, vol. 1, nº 9, dez/2001.

BRÜNING, Raulino Jacó. **O controle dos atos administrativos pelo Ministério Público.** 1987. 142 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

BULDRINI, Ane Karen Dornela de Souza. O controle das concessões como instrumento necessário à eficiência dos serviços públicos. In: FARIA, Edimur Ferreira de (coord.). **Controle da Administração Pública Direta e Indireta e das concessões: autocontrole, controle parlamentar, com o auxílio do Tribunal de Contas, controle pelo Judiciário e controle social.** Belo Horizonte: Fórum, 2018.

CALMES-BRUNET, Sylvia. Quelle consécration du principe de sécurité juridique en droit administratif français? In: VALIM, Rafael; OLIVERIA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (coord.). **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo.** Belo Horizonte: Fórum, 2013.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação.** Uma contribuição ao estudo do direito. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

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) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

CAMPELO, Valmir; CAVALCANTE, Rafael Jardim. **Obras públicas: comentários à jurisprudência do TCU.** 4ª ed., rev., amplia., e atual. Belo Horizonte: Fórum. 2018. Prefácio.

CAMPOS, Bruna Villas Boas. **As raízes históricas do ativismo judicial na tradição jurídica norte-americana e sua repercussão no debate hermenêutico constitucional: o império dos homens sobre o direito.** 2014. 162 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais. Minas Gerais, 2014.

CAMPOS, Juliana Cristine Diniz. **O povo é inconstitucional: Poder constituinte e democracia deliberativa.** 1ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador.** 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Irresponsáveis?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1989.

\_\_\_\_\_. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

CARNEIRO, Breno Zaban; CAJAL, Liana Claudia Hentges. **Segurança jurídica na gestão: a influência dos órgãos de controle na tomada de decisão por gestores públicos.** Brasília: Infra 2038 e Torreão Braz Advogados, 2019. Disponível em: [https://159146a3-f37e-4128-a17e-52af8299c800.filesusr.com/ugd/63fe2f\\_d645374be53a426e8383a5d0aa1f80e6.pdf](https://159146a3-f37e-4128-a17e-52af8299c800.filesusr.com/ugd/63fe2f_d645374be53a426e8383a5d0aa1f80e6.pdf). Acesso em: 04 abr. 2020.

CARNELUTTI, Francesco. **Como nasce o direito.** Tradução de Roger Vinícius da Silva Costa. São Paulo: Editora Pillares, 2015. E-book.

- CARPENTER, Daniel. **Reputation and power: organizational image and pharmaceutical at the FDA**. Princeton: Princeton University Press, 2010. E-book.
- CARVALHO, Valter Alves. **O direito à boa administração pública: Uma análise no contexto dos direitos de cidadania no Brasil**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2013.
- CARSON, Lindsey D.; PRADO, Mariana Mota. Usando multiplicidade institucional para enfrentar a corrupção como um problema de ação coletiva: lições do caso brasileiro. *In*: FORTINI, Cristiana (Coord.). **Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- CASARA, Rubens R.R. **Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. 1ª ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.
- CASSAGNE, Juan Carlos. **El sistema judicialista y la llamada judicialización de la actividad de la administración pública**. Revista *Derecho & Sociedad*, nº 29, 2007.
- CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. **Ensaio avançado de controle interno: profissionalização e responsividade**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- CAVALCANTE, Pedro; CAMÕES, Marizaura. Inovação pública no brasil: uma visão geral de seus tipos, resultados e indutores. *In*: CAVALCANTE, Pedro *et al* (org.). **Inovação no setor público: teoria, tendências e casos no Brasil**. Brasília: Enap e Ipea, 2017.
- CAVALCANTI, Victor Reis de Abreu. **Motivos para a inscrição de despesas em restos a pagar: uma pesquisa empírica sobre a percepção de gestores públicos federais**. 2018. 93 f. Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas e Desenvolvimento) - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Brasília, 2018.
- COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico**. Tradução de Miguel Carbonnel. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho - Isonomía, nº 16, abr., México: 2002. Disponível em: <[http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S140502182002000100089&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S140502182002000100089&lng=es&nrm=iso)>. Acesso em: 02 ago. 2019.
- CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. **Mapa estratégico da indústria 2018-2022**. Rev.e atual. Brasília: CNI, 2018. Disponível em: [https://bucket-gw-cni-static-cms-si.s3.amazonaws.com/media/filer\\_public/ee/50/ee50ea49-2d62-42f6-a304-1972c32623d4/mapa\\_final\\_ajustado\\_leve\\_out\\_2018.pdf](https://bucket-gw-cni-static-cms-si.s3.amazonaws.com/media/filer_public/ee/50/ee50ea49-2d62-42f6-a304-1972c32623d4/mapa_final_ajustado_leve_out_2018.pdf). Acesso em: 15 ago. 2020.
- CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Controlo judicial da administração e responsabilidade democrática da administração**. Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP, Belo Horizonte, ano 11, nº 125, p. 63-68, maio 2012.
- \_\_\_\_\_. **Os grandes traços do direito administrativo no século XXI**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 45-66, jan./mar. 2016.
- COSTA, Regina Helena. **Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa**. Revista do Ministério Público de São Paulo, São Paulo, ano 50, nº 145, jan./mar., 1989.

COSTA, Gledson Pompeu Correa. Inovação: dever do estado, direito do cidadão. *In*: OLIVEIRA, Aroldo Cedraz de (Coord.). **O controle da administração pública na era digital**. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2017.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Natureza das decisões do Tribunal de Contas**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 166, p. 1-16, fev. 1986. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45315>>. Acesso em: 19 fev. 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v166.1986.45315>.

\_\_\_\_\_. **O mérito do ato administrativo**. Revista de Direito Administrativo, vol. 79, 1965. Disponível em: <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=ir00570a&AN=fgv.article.26727&lang=pt-br&site=eds-live>>. Acesso em: 4 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. **Sintomas denunciadores do desvio de poder**. Revista da Faculdade de Direito, vol. 71, 1976. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/issue/view/5403>. Acesso em: 5 ago. 2019.

CRISTÓVAM, José Sergio da Silva. **Menos princípios, mais regras. A teoria da ponderação na encruzilhada do decisionismo**. Revista Jurídica Luso-Brasileira, ano 5, nº 3, Lisboa: 2019. ISSN: 2183-539X.

CUNHA, Alexandre dos Santos; PINHEIRO, Maurício Mota Saboya; MEDEIROS, Bernardo Abreu de; MAGRO JÚNIOR, Breno Simões; PESSOA, Olívia Gomes; COLETTI, Sérgio Peçanha da Silva. **Texto para discussão 2544. Análise do Quadro Crescente de Funcionários Públicos Responsabilizados por Irregularidades (2003-2018)**. Brasília: Rio de Janeiro: IPEA, 2020.

CUNHA, Bruno Queiroz. Uma análise da construção da agenda de inovação no setor público a partir de experiências internacionais precursoras. *In*: CAVALCANTE, Pedro *et al* (Org.). **Inovação no setor público: teoria, tendências e casos no Brasil**. Brasília: Enap e Ipea, 2017.

CURTIS, William McAllister. **Defending Rorty: pragmatism and liberal virtue**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2015.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

DAMÁSIO, Antônio R. **O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano**. Tradução de Dora Vicente e Georgina Segurado. 3ª ed., São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Artigos 20 a 30 da LINDB como novos paradigmas hermenêuticos do direito público, voltados à segurança jurídica e à eficiência administrativa**. Revista *ARGUMENTUM*, vol. 19, nº 2, 2018. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/594/291>. Acesso em: 16 jul. 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988**. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2001.

\_\_\_\_\_. **Parcerias na Administração Pública. Concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2002.

\_\_\_\_\_. **Direito Administrativo**. 31ª ed., rev., atual e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DROMI, Roberto. **Derecho Administrativo**. 4ª ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1995.

\_\_\_\_\_. **Modernización del control público**. Biblioteca Digital Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 5, nº 58, p. 6511-6525, dez. 2005.

DUNLEAVY, Patrick; MARGETTS, Helen; BASTOW, Simon; TINKLER, Jane. **New Public Management Is Dead — Long Live Digital-Era Governance**. Journal of Public Administration Research and Theory. v. 16, nº 3. Disponível em:

[https://www.researchgate.net/publication/228301216\\_New\\_Public\\_Management\\_Is\\_Dead\\_-\\_Long\\_Live\\_Digital-Era\\_Governance](https://www.researchgate.net/publication/228301216_New_Public_Management_Is_Dead_-_Long_Live_Digital-Era_Governance). Acesso em: 01 mai. 2020.

DUTRA, Pedro; REIS Thiago. **O soberano da regulação: o TCU e a infraestrutura**. 1ª ed., São Paulo: Singular, 2020.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de João Baptista Machado, Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2001.

ESPINOSA, Baruch de. **Tratado Político**. Tradução de Diogo Pires Aurélio. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

EUROPEAN COMMISSION. **Powering European Public Sector Innovation: Towards a New Architecture**. Report of the Expert Group on Public Sector Innovation. Luxembourg, 2013. Disponível em: [https://ec.europa.eu/research/innovation-union/pdf/psi\\_eg.pdf](https://ec.europa.eu/research/innovation-union/pdf/psi_eg.pdf). Acesso em: 20 abr. 2020.

FADIMAN, James; FRAGER Robert. **Teorias da Personalidade**. São Paulo: Harbra, 2002.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **Conceito de mérito no Direito Administrativo**. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 23, p. 1-16, dez. 1951. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/11830/10758>>. Acesso em: 04 ago. 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v23.1951.11830>.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razon: Teoría del garantismo penal**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés, Madrid: Trotta, 1995.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1992.

FILGUEIRAS, Fernando. Burocracias do controle, controle da burocracia e accountability no Brasil. In: PIRES, Roberto; LOTTA, Gabriela; OLIVEIRA, Vanessa Elias de (Org.). **Burocracia e políticas públicas no Brasil: interseções analíticas**. Brasília: Ipea e Enap, 2018.

FILGUEIRAS, Fernando de Barros (Coord.). **O fortalecimento das instituições de accountability no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, 2015.

FIGUEIREDO, Marcelo. Ação de improbidade administrativa, suas peculiaridades e inovações. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.).

**Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais.** São Paulo: Malheiros, 2001.

FONSECA, Domingos Thadeu Ribeiro da Fonseca. **A genealogia do ministério público brasileiro:** de remota concepção, gestado no direito português e partejado no iluminismo francês. Revista Justiça e Sistema Criminal, vº 5, nº 9, p. 131-166, jul./dez. 2013.

FOOT, Philippa. **Virtues and Vices and Other Essays in Moral Philosophy.** New York: Oxford University Press Inc. 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir:** nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1987.

FREITAS, Juarez. **As Políticas Públicas e o Direito Fundamental à Boa Administração.** Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC – NOMOS, vol. 35, nº 1, p. 195-217, jan/jun. 2015. Disponível em <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/2079/1555>. Acesso em: 30 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. **Direito administrativo não adversarial:** a prioritária solução consensual de conflito. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 276, p. 25-46, set./dez.2017. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/72991/71617>>. Acesso em: 24 nov. 2020. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v276.2017.72991>.

FREUD, Sigmund. Inibição, sintoma e angústia. In: **Obras Completas**, vol. 17. Tradução Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

FURTADO, Lucas Rocha. **As raízes da corrupção no brasil:** estudo de casos e lições para o futuro. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015.

GABARDO, Emerson. **O jardim e a praça para além do bem e do mal.** Tese (Doutorado em Direito do Estado, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.

\_\_\_\_\_. **Eficiência e legitimidade do estado:** uma análise das estruturas simbólicas do direito público. Barueri: Manole, 2013.

GARCIA, Flávio Amaral; MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. **Contratos Públicos, Improbidade e o Estado Amedrontado (ou “Crime de Hermenêutica dos Outros é Refresco”).** Revista Síntese Direito Administrativo, vol. 12, nº 141, p. 241-252, set. 2017. ISSN 2179-1651.

GARLAND, Merrick B. **Deregulation and Judicial Review.** Harvard Law Review, vol. 98, nº 3, Jan. 1985. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/pdf/1340869.pdf?seq=1>. Acesso em: 17 abr. 2020.

GERALDO, Pedro Heitor Barros; BARÇANTE, Luiza Felix de Souza. **A (des)confiança na polícia:** Uma comparação entre a relação do Ministério Público e a polícia no Brasil e na França. Civitas – Revista de Ciência Sociais, Porto Alegre, vol. 17, nº 1, p. 159-176, jan.-abr. 2017.

GIANNETTI, Eduardo. **O valor do amanhã.** São Paulo: das Letras, 2006.

GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo:** crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 12ª ed., vol.4, São Paulo: Saraiva, 2017.

GORDILHO, Agustín A. **Tratado de Derecho Administrativo**. 3ª ed., Buenos Aires: Macchi, 1995.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas**. Tomo 6: El método en derecho - La administración paralela. 1ª edição, Buenos Aires, FDA, 2012. Disponível em: <http://www.gordillo.com/tomo6.php>. Acesso em: 12 nov. 2020.

GOULART, Juliana Ribeiro; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urqhart de Cristóvam. A virada consensual na solução de controvérsias no âmbito da administração pública democrática no Brasil e suas implicações no regime jurídico administrativo: a conjugação entre publicidade e confidencialidade na mediação de conflito. In: SILVA, José Sérgio da Silva; NIEBUHR, Pedro de Menezes; SOUSA, Thanderson Pereira de Sousa (org.) **Direito Administrativo em Transformação**, 1ª ed., Florianópolis: Habitus, 2020 (recurso digital).

GRAZIANO SOBRINHO, Sergio Francisco Carlos. **Globalização e sociedade de controle: a cultura do medo e o mercado da violência**. 2007. 267 f. Tese (Doutorado em Direito) - Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro, 2007.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle**. Revista de Direito Administrativo de Estado - REDE, nº 71, ano 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalhaguimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>. Acesso em: 4 jun. 2020.

GUIN, Ursula K. Le Guin. **The Ones Who Walk Away from Omelas: A story**. Harper Perennial: Nova Iorque, Londres, Toronto e Sidney, 2017. ISBN: 0062470973, 9780062470973 (versão eletrônica).

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução de Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HACHEM, Daniel Wunder. **Vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismo de tutela igualitária dos direitos sociais**. Revista de Direito Administrativo & Constitucional - A&C. Belo Horizonte, ano 15, nº 59, p. 63-91, jan./mar. 2015.

HALACHMI, Arie. Accountability overload. In: BOVENS, Mark; GOODIN, Robert E.; SCHILLEMANS, Thomas (Coord.). **The Oxford handbook of public accountability**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2014.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist papers**. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 2009. ISBN 978-1-349-38365-8.

HARARI, Yuval Noah. **21 lições para o século 21**. Tradução de Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

HEIDEGGER, Martin. Que é metafísica? In: **Conferências e escritos filosóficos**. Tradução de Ernildo Stein. 1ª ed., São Paulo: Abril Cultural, 1979.

HELD, David. **Modelos de Democracia**. Tradução de Teresa Alberó. Madrid: Alianza Editorial, 1992.



HELLER, Gabriel. **Controle externo e separação de poderes na constituição de 1988:** fundamentos e eficácia jurídica das determinações e recomendações do Tribunal de Contas. 2019. 186 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário de Brasília (UNICEUB), Brasília, 2019.

HOBBS, Thomas. **Do cidadão.** Tradução de Janine Ribeiro. 3ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_; TUCK, Richard (Org.). **Leviatã.** Tradução de João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva e Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HOLANDA, Sergio Buarque de. **Raízes do Brasil.** 26ª ed., São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

JORDÃO, Eduardo Ferreira; RIBEIRO, Maurício Portugal. **Como desestruturar uma agência reguladora em passos simples.** REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS, vº 3, nº 1, ago. 2017. ISSN 2447-5467. Disponível em:

<https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/155/132>. Acesso em: 15 abr. 2020.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Art. 22 da LINDB. Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, p. 63-92, nov. 2018a. ISSN 2238-5177. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77648>>. Acesso em: 17 mar. 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77648>.

\_\_\_\_\_. **A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados:** controlador ou administrador? Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 12, nº 47, out./dez. 2014. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=230540>. Acesso em: 12 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. **A relação entre inovação e controle da Administração Pública.** A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 18, nº 72, abr./jun. 2018b. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=251934>. Acesso em: 23 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. **Passado, presente e futuro: ensaio sobre a história do controle judicial da administração pública no Brasil.** In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (org.). **O direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017) defensor do estado de direito.** São Paulo: Malheiros, 2017.

\_\_\_\_\_. **Por mais realismo no controle da administração pública.** Revista Colunistas de Direito do Estado, ano 2016, nº 183. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Eduardo-Jordao/por-mais-realismo-no-controle-da-administracao-publica>. Acesso em: 26 abr. 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, p. 13-41, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77648>>. Acesso em: 17 mar. 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77648>.

\_\_\_\_\_. O Direito Administrativo de espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 57-79. ISBN 978-85-450-0161-4.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar [recurso eletrônico]**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. (Versão eletrônica).

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado, 6ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KLITGAARD, Robert; MACLEAN-ABAROA, Ronald; PARRIS, H. Lindsey. **Corrupt Cities. A Practical Guide to Cure and Prevention**., Oakland: Institute for Contemporary Studies - ICS and World Bank Institute, 2000. Disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/pt/709171468743399124/pdf/multi-page.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2020.

KMIEC, Keenan D. **The origin and current meaning of “judicial activism”**. California Law Review, v. 92, p. 1441-1447, 2004.

KOHL, Cleize Carmelinda; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Boa Administração Pública e fundamentos constitucionais das Políticas Públicas na perspectiva do Supremo Tribunal Federal**. RECHTD. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, vol. 7, nº 2, p. 188-196, 2015.

LEAL, Victor Nunes. **Poder discricionário da administração - abuso desse poder - mandado de segurança - direito líquido e certo**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 14, p. 52-82, out. 1948. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/10789/9778>. Acesso em: 05 Ago. 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v14.1948.10789>.

LEAL, Rogério Gesta. **Imbricações necessárias entre moralidade administrativa e probidade administrativa**. A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 14, nº 55, p. 87-107, jan./mar. 2014.

LEAL, Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. **Dois problemas de operacionalização do argumento de “capacidades institucionais”**. Revista Estudos Institucionais, v. 2, nº 1, p. 192-213, jul. 2016. ISSN 2447-5467. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/40>. Acesso em: 09 mai. 2020.

LEVITSKY Steven; ZIBLATT Daniel. **Como as democracias morrem**. Tradução de Renato Aguiar. São Paulo: Zahar, 2018 (versão Kindle).

LIMA, José Emmanuel Cordeiro. **As mudanças da LINDB e seus efeitos positivos no licenciamento ambiental**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-10/joao-emmanuel-efeitos-lindb-licenciamento-ambiental>. Acesso em: 27 mai. 2020.

LINS NETO, Jair. **Tribunal de Contas: sempre combatido, nunca conhecido**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 200, p. 71-84, abr. 1995. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46527/46569>. Acesso em: 12 out. 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v200.1995.46527>.

LIPSKY, Micahel. **Streel-level democracy: dilemmas of the individual in public services**. Nova Iorque: Russell Sage Foundation, 2010.



LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo**. Tradução de Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LOPEZ, Emilio Mira Y. **Cuatro gigantes del alma**. 14ª ed., Buenos Aires: Ediciones Lidiun, 1994.

LOTTA, Gabriela Spanghero; PIRES, Roberto Rocha Coelho; OLIVEIRA, Vanessa Elias de. Burocratas de médio escalão: novos olhares sobre velhos atores da produção de políticas públicas. In: CAVALCANTE, Pedro Luiz Costa; LOTTA, Gabriela Spanguero (Org.). **Burocracia de médio escalão: perfil, trajetória e atuação**. Brasília: ENAP, 2015.

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 2236-5710. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/cgpc/article/view/3980/2851>>. Acesso em: 05 fev. 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/cgpc.v17n60.39>.

LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. Tradução de Ricardo Corrêa Barbosa. 6ª ed., Rio de Janeiro: José Olympio, 2000.

MACHADO, Maíra Rocha; PASCHOAL, Bruno. **Monitorar, investigar, responsabilizar e sancionar: A multiplicidade institucional em casos de corrupção**. Novos estudos CEBRAP, vol. 35, nº 1, p. 11-36, São Paulo: 2016. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-33002016000100001&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002016000100001&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 10 jun. 2020. DOI: <https://doi.org/10.25091/s0101-33002016000100001>.

MAIA, Gretha Leite. **MAUS, Ingeborg. O Judiciário como Superego da Sociedade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2010, 234p. Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, vº 15, nº 1, p. 287-290, jan./jun. 2015 - ISSN 1677-6402. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/issue/view/146>. Acesso em: 8 fev. 2020.

MAINWARING, Scott; WELNA, Christopher. **Democratic accountability in latin America**. 1ª ed., New York: Oxford University, 2003.

MANIN, Bernard; PRZEWORSKI, Adam; STOKES, Susan C. Elections and Representation. In.: PRZEWORSKI, Adam; STOKES, Susan C.; MANIN, Bernard (Editores). **Democracy, accountability, and representation**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 1999.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 1998.

MARANHÃO, Jarbas. **Origem do Tribunal de Contas: Evolução do Tribunal de Contas no Brasil**. Revista de Informação Legislativa, ano 29, nº 113, jan./mar. Brasília: 1992. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175976/000464801.pdf?sequence>. Acesso em: 20 fev. 2020.

MARIANO, Cynara Monteiro. **Legitimidade do direito e do Poder Judiciário: neoconstitucionalismo ou poder constituinte permanente?** Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

\_\_\_\_\_. **Reflexões sobre a responsabilidade do terceiro para a caracterização da improbidade administrativa**. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, vol.

36, nº 2, p. 12-22, jul./dez., 2018. Disponível em: R. TCEMG Belo Horizonte v. 36 n. 2 p. 12-22 jul./dez. 2018. Acesso em: 22 abr. 2021.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Os grandes desafios do controle da Administração Pública**. Fórum de Contratação e Gestão Pública, Belo Horizonte, nº 100, abr. 2010. Disponível em:

[http://bidforum.com.br/bidBiblioteca\\_periodico\\_ftp.aspx?tp=1&p=2&n=100&a=9&abrev=REV&sigla=FCGP](http://bidforum.com.br/bidBiblioteca_periodico_ftp.aspx?tp=1&p=2&n=100&a=9&abrev=REV&sigla=FCGP). Acesso em: 15 fev. 2020.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da segurança para a inovação pública)**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo *et al.* **Reputação institucional e o controle das Agências Reguladoras pelo TCU**. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vº 278, nº 2, p. 37-70, set. 2019. ISSN 2238-5177. Disponível em:

<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/80048>. Acesso em: 11 abr. 2020.

MARQUETTE, Heather; PEIFFER, Caryn. **Corruption and Collective Action**. Research paper 32, Jan. 2015. Disponível em: <https://www.dlprog.org/publications/research-papers/corruption-and-collective-action>. Acesso em: 15 mar. 2020.

MARTINS, Douglas Roberto. **O abandono do livre convencimento motivado no processo civil e o senso comum teórico da prática jurídica: limites e possibilidades para uma virada hermenêutica na teoria da decisão judicial**. 2017. 242 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) - Faculdade de Direito, Universidade do Vale do Itajaí. Estado de Santa Catarina, Itajaí, 2017.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **As alterações da LINDB e a ponderação dos atos administrativos**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 20, nº 79, p. 259-284, jan./mar. 2020. DOI: 10.21056/aec.v20i79.1139.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Responsabilidade Civil do Poder Público pelo manejo indevido de ação de improbidade administrativa**. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vº 238, p. 101-120, out. 2004. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44064/44745>. Acesso em: 12 abr. 2020.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como Superego da Sociedade - Sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”**. Tradução de Martonio M. B. Lima e Paulo A. de M. Albuquerque. 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.13140/RG.2.2.23817.44647>. Acesso em: 14 nov. 2020.

MCGARITY, Thomas O. **Some Thoughts on “Deossifying” the Rulemaking Process**. *Duke Law Journal*, vº 41, nº 6, 1992, pp. 1385–1462. JSTOR. Disponível em: [www.jstor.org/stable/1372818](http://www.jstor.org/stable/1372818). Acesso em: 16 Abr. 2020.

MEDAUAR, Odete. **Controle da administração pública**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1993.

\_\_\_\_\_. **Direito Administrativo moderno**. 21ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MELO, Natália Maria Leitão de. **Quem controla os controladores? Independência e Accountability no Ministério Público Brasileiro**. 2010. 97 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Faculdade de Ciência Política da Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discrecionalidade e Controle Jurisdicional**. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1993.

\_\_\_\_\_. Estado de direito e segurança jurídica. In: VALIM, Rafael; OLIVERIA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. 219 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Conceitos inventados de direito administrativo**. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 14, n. 53, abr./jun. 2016.

\_\_\_\_\_. **Art. 21 da LINDB. Indicando consequências e regularizando atos e negócios**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, p. 43-61, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77648>>. Acesso em: 17 mar. 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77648>.

MENEGUIN, Fernando B. **“Qual a quantidade ótima de intervenção judicial nas políticas públicas?”** Brasil, Economia e Governo. Disponível em: <http://www.brasil-economia-governo.org.br/2014/02/10/qual-a-quantidade-otima-deintervencao-judicial-nas-politicas-publicas/>. Acesso em: 16 abr. 2020.

MIGUEL, Luis Felipe; BOGEA, Daniel. **O juiz constitucional me representa? O Supremo Tribunal Federal e a representação argumentativa**. Revista Brasileira de Ciências Sociais, vol. 35, nº 104, São Paulo, 2020. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-69092020000300501&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092020000300501&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 11 jun. 2020.

MONTEIRO, Fernando Mendes. **Anti-Corruption Agencies: solution or modern panacea. Lessons from ongoing experiences**. Minerva Program: George Washington University. 2013. Disponível em: [https://pdfs.semanticscholar.org/2fc6/40add4d3a515d5ced9c9c42b63ba79d3bf8f.pdf?\\_ga=2.135392434.228186078.1584301901-572523641.1584301901](https://pdfs.semanticscholar.org/2fc6/40add4d3a515d5ced9c9c42b63ba79d3bf8f.pdf?_ga=2.135392434.228186078.1584301901-572523641.1584301901). Acesso em: 15 mar. 2020.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2ª ed., São Paulo: Dialética, 2004.

MOREIRA, João Batista Gomes. **Direito administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Crescimento econômico, discrecionalidade e o princípio da deferência**. Revista Colunistas de Direito do Estado, ano 2016, nº 168. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/egon-bockmann-moreira/crescimento-economico-discrecionalidade-e-o-principio-da-deferencia>. Acesso em: 02 mai. 2020.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Novas mutações juspolíticas:** em memória de Eduardo García de Enterría, jurista de dois mundos. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MOURÃO, Carlos Figueiredo. A advocacia pública como instituição de controle interno da Administração. *In:* GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.).

**Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça:** estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MULGAN, Geoff. **Innovation in the Public Sector:** How Can Public Organisations Better Create, Improve and Adapt. London: Nesta, 2014. Disponível em:

[https://media.nesta.org.uk/documents/innovation\\_in\\_the\\_public\\_sector-\\_how\\_can\\_public\\_organisations\\_better\\_create\\_improve\\_and\\_adapt.pdf](https://media.nesta.org.uk/documents/innovation_in_the_public_sector-_how_can_public_organisations_better_create_improve_and_adapt.pdf). Acesso em: 20 abr. 2020.

MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. **Sobre el derecho fundamental a la buena administración y la posición jurídica del ciudadano.** Revista de Direito Administrativo & Constitucional – A & C, Belo Horizonte, ano 12, nº 47, jan./mar. 2012.

NAÍM, Moisés. **O fim do poder:** nas salas da diretoria ou nos campos de batalha, em Igrejas ou Estados, por que estar no poder não é mais o que costumava ser? Tradução de Luis Reyes Gil. São Paulo: LeYa, 2013.

NARDES, Augusto. **Da governança à esperança.** Belo Horizonte: Fórum, 2018.

NASCIMENTO, Thais Barberino do. **Evolução do controle judicial da administração pública pós-88: uma análise por meio da RDA.** 2016. 62 f. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Direito) - FGV Direito Rio, Rio de Janeiro, 2016.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código Civil Comentado.** 10ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules:** princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Martins Fontes, 2013a.

NEVES, Marcelo. Princípios e regras. Do juiz Hidra ao juiz Iolau. *In:* COSTA, José Augusto Fontoura; ANDRADE, José Maria Arruda de; MATSUO, Alexandra Mery Hansen (Organiz.). **Direito Teoria e experiência. Estudos em homenagem a Eros Roberto Grau.** Tomo II. São Paulo: Malheiros, 2013b.

NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. **Administração Pública do medo.** JOTA Info, São Paulo, nov. 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/administracao-publica-do-medo-09112017>. Acesso em: 10 nov. 2020.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **A Gaia Ciência.** Tradução Paulo César de Souza. 1ª ed., São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Há uma discricionariedade técnica?** Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, vol. 25, nº 28, 2016, ISSN 2236 5850.

NOHARA, Irene Patrícia. Burocracia reflexiva. *In:* MARRARA, Thiago (Org.). **Direito administrativo: transformações e tendências.** São Paulo: Almedina, 2014.

\_\_\_\_\_. **Desafios de inovação na administração pública contemporânea: “destruição criadora” ou “inovação destruidora” do direito administrativo?** Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 17, n. 194, abr. 2017. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=247193>. Acesso em: 15 ago. 2020.

NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. **Law and society in transition: toward responsive law**. 2ª ed., Nova Iorque: Routledge, 2017.

NUSDEO, Fábio. **O direito econômico centenário: um “vol d’oiseau” sobre o passado e algumas perspectivas para o futuro**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 9, n° 36, out./dez. 2011. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=75966>. Acesso em: 23 abr. 2020.

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.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. **A segurança hermenêutica nos vários ramos do direito e nos cartórios extrajudiciais: repercussões da LINDB após a Lei nº 13.655/2018**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado Federal, 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende. **A releitura do direito administrativo à luz do pragmatismo jurídico**, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 256, p. 129-163, jan./abr. 2011. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8496>. Acesso em: 4 jan. 2021.

\_\_\_\_\_; HALPERN, Erick. **O mito do “quanto mais controle melhor” na Administração Pública**, Zênite Fácil, categoria Doutrina, 7 out. 2020. Disponível em: <https://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: 2 jan. 2021.

OLIVEIRA JÚNIOR, Temístocles Murilo de. **Cultura do escândalo e a “ortodontia” da accountability em democracias recentes: as reformas anticorrupção no Brasil na “Era Lava Jato”**. Revista da CGU. Vol. 11, n° 18, Brasília: Controladoria-Geral da União, 2019.

OLIVIERI, Cecília. **Texto para discussão 2252. A atuação dos controles interno e externo ao executivo como condicionante da execução de investimento em infraestrutura no Brasil**. Brasília: Rio de Janeiro: IPEA, 2016.

OSBORNE, Stephen. **The new public governance? Emerging perspectives on the theory and practice of public governance**. London and New York. UK: Routledge/Taylor and Francis, 2010.

OST, François; KERCHOVE, Michel van de. **De la pyramide au reseau? Vers un nouveau mode de production du droit?** Revue interdisciplinaire d’études juridiques, vol. 2000-44, n° 44, p. 1-82, Bruxelas: Facultes Universitaires Saint Louis, 2000. Disponível em: <http://www.dhdi.free.fr/recherches/theoriedroit/articles/ostvdkpyram.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2019.

PALMA, Juliana Bonacorsi. **Sanção e acordo na administração pública**. 1ª ed., São Paulo: Malheiros, 2015.

\_\_\_\_\_. **A proposta de lei da segurança jurídica na gestão e do controle público e as pesquisas acadêmicas.** 2018. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/06/LINDB.pdf>. Acesso em: 16 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. **Quanto o TCU controla as atividades-fim das agências reguladoras de infraestrutura?** 2019. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/10/Quanto-o-TCU-controla-as-atividades-fim-das-agencias-reguladoras-de-infraestrutura-JOTA-Info.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2020.

PECI, Alketa; PIERANTI, Octavio Penna; RODRIGUES, Silvia. **Governança e new public management: convergências e contradições no contexto brasileiro.** Organização e Sociedade, Salvador, v. 15, nº 46, p. 39-55, set., 2008. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1984-92302008000300002&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1984-92302008000300002&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 07 mai. 2020.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Da administração pública burocrática à gerencial.** Revista do Serviço Público. Ano 47, vol. 121, nº 1, jan./abr., Brasília: ENAP, 1996.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. **Discrecionalidade e apreciação técnica da administração.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 231, p. 217-268, jan. 2003. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45827>>. Acesso em: 10 out. 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v231.2003.45827>.

PEREIRA, Gustavo Leonardo Maia. **O TCU e o controle das agências reguladoras de infraestrutura: controlador ou regulador?** 2019. 194 f. Dissertação (Mestrado em Direito e Desenvolvimento) - Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getulio Vargas, São Paulo, 2019.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica: nova retórica.** Tradução de Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

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

PESSOA, Leanne Araújo Holanda de Paula. A competência do Tribunal de Contas da União: o fenômeno do deslocamento da discricionariedade da administração pública, sob pena de responsabilização. In: CAMPOS, Juliana Cristine Diniz (Org.); CABRAL, Angélica Mota (Coord.). **Impasses democráticos: estudos de hermenêutica constitucional.** Fortaleza: Mucuripe, 2019.

PONTE, Antonio Carlos da; DEMERCIAN, Pedro Henrique. **Algumas considerações sobre o ministério público no direito estrangeiro.** Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, vol.10, nº 2, p. 15-40, 2016. ISSN: 2316-6959.

POSNER, Richard A. **Cómo deciden los jueces.** Tradução de Victoria Roca Pérez. Madrid: Marcial Pons, 2011.

POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo y especificidade de la interpretación.** Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, nº 21, vol. 2, 1998.

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: 14 mar. 2020.



PUCCIONI, Felipe Galvão. **Accountability e tribunais de contas: evolução. Síntese**: Revista da Escola de Contas e Gestão do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, vol. 13, nº 1, jan./jun. 2019, Rio de Janeiro: 2019. ISSN: 1981-3074.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. **A teoria do "desvio de poder" em direito administrativo**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 6, p. 41-78, out. 1946. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/9571>>. Acesso em: 06 Ago. 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v6.1946.9571>.

RAMOS, José Saulo Pereira Ramos. **Os arquivos da ditadura guardam segredos incômodos para o MP**. Revista Consultor Jurídico, 19 de janeiro de 2005. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2005-jan-19/abrirem\\_arquivos\\_maior\\_surpesa\\_mp](https://www.conjur.com.br/2005-jan-19/abrirem_arquivos_maior_surpesa_mp). Acesso em: 04 fev. 2020.

RAMOS, Eliseu da Silva. **Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos**. 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2015.

REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

ROBL FILHO, Ilton Norberto. **Conselho Nacional de Justiça: Estado Democrático e accountability**. São Paulo: Saraiva, 2013.

RORTY, Richard. **Philosophy and the mirror of nature**. New Jersey: Princeton University Press, 1980.

ROSILHO, André Janjácómo. **Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União**. Orientador: Prof. Floriano de Azevedo Marques Neto. 2016. 358 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

\_\_\_\_\_. **Poder Regulamentar do TCU e o Acordo de Leniência da Lei Anticorrupção**. 2016. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Andre-Rosilho/poder-regulamentar-do-tcu-e-o-acordo-de-leniencia-da-lei-anticorruptao>. Acesso: em 21 mar. 2020.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

SAAD, Amauri Feres. **Do conceito de controle da administração pública no direito administrativo brasileiro**. Orientador: Prof. Silvio Luís Ferreira da Rocha. 2016. 192 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

SABEL, Charles Frederick; SIMON, William H. **Minimalism and Experimentalism in the Administrative State** (November 3, 2011). Columbia Public Law Research Paper nº 10-238. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1600898](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1600898). Acesso em: 23 jul. 2020.

SALAMA, Bruno Meyerhof; PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Ensaio sobre a Coação Instrumental dos Controladores e a Ação Burocrática Defensiva**. Revista do Superior Tribunal de Justiça, vol. 241, p. 455-464, 2016.

SALGADO, Eneida Desiree. **Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos**. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, nº 117, p. 193-217, jul./dez. 2018.

SANTOS, Luiz Elias Miranda dos. **Quis custodiet ipso custodes:** ativismo judicial e separação dos poderes no panorama do controle da atividade judicante, 2014. 124 f. Dissertação em Ciências Jurídico-Políticas com menção em Direito Constitucional - Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito Administrativo do medo:** risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos. 1ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A administração pública e os direitos fundamentais.** Palestra proferida na Escola da Magistratura do TRF- 4ª Região. Curso Permanente: Módulo II, Direito Administrativo, 2015. Disponível em [http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis\\_atividades/ingowolfgangasarlet.pdf](http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/ingowolfgangasarlet.pdf). Acesso em: 31 mai. 2019.

SCHIRATO, Vitor Rhein. As agências reguladoras independentes e alguns elementos da Teoria Geral do Estado. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas.** 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 463-517. ISBN 978-85-450-0161-4.

SCHWARZ, Robert. **Ao vencedor as batatas.** 1ª ed., São Paulo: Editora 34, 2000.

SEIDENFELD, Mark. **Demystifying Deossification:** Rethinking Recent Proposals to Modify Judicial Review of Notice and Comment Rulemaking. Texas Law Review, vº 75, nº 3, 1997. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1106309>. Acesso em: 22 abr. 2020.

SHAPIRO, Mário Gomes. **Discricionariedade desenvolvimentista e controles democráticos:** uma tipologia dos desajustes. Revista Direito GV, vol., 12, nº 2, p. 311-344, São Paulo, 2016. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/63625>. Acesso em: 09 jul. 2020. ISSN 2317-6172.

SILVA, Almiro do Couto e. **Poder discricionário no direito administrativo brasileiro.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, p. 51-67, jan. 1990. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46170>>. Acesso em: 27 Jul. 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v179.1990.46170>.

SILVA, Marco de Souza e. **Governança experimentalista – construção histórica, conceitos atuais e limitações para aplicação no caso brasileiro.** 2013. 46 f. Monografia (Especialização em Gestão de Políticas Públicas de Proteção e Desenvolvimento Social) – Escola Nacional de Administração Pública - ENAP, Brasília, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 37ª ed., São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Clarissa Sampaio. **O Direito Fundamental à Boa Administração:** da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia às perspectivas de sua efetivação e controle nas ordens constitucionais de Portugal e Espanha – desenvolvimentos comparativos na realidade brasileira. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, v. 41, nº 82, p. 176-201, ago. 2019. ISSN 2177-7055. DOI: <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2019v41n82p176>. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2019v41n82p176>. Acesso em: 30 mai. 2020.



SKINNER, B. F. **Ciência e Comportamento Humano**. Tradução de João Carlos Todorov e Rodolfo Azzi. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SOUSA, Antonio Francisco. **Os “conceitos legais indeterminados” no direito administrativo alemão**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 166, p. 276-291, fev. 1986. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45356/43842>. Acesso em: 05 ago. 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v166.1986.45356>.

\_\_\_\_\_. **“Conceitos indeterminados” no Direito Administrativo**. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

SOUSA, José Pérciles Pereira de Sousa; SANTOS, Herta Rani Teles Santos. Hiperimpério, hiperconflito, hiperdemocracia: há cidadãos numa “bukowina” global? In: ROBL FILHO, Ilton Norberto; MORAES FILHO, José Filomeno de; SANTIN, Janaína Rigo (coordenadores). **Teoria do estado e da constituição**. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 102 – 103. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=d36e6dc0e73616d5>. Acesso em: 01 dez. 2019

SOUSA, Francisco Arlem de Queiroz. Hércules, o gestor. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coord.) **Desenvolvimento nacional: por uma agenda propositiva e inclusiva** [recurso eletrônico]. Curitiba: Íthala, 2020. ISBN: 978-65-5765-016-5.

SOUZA, Celina. **Modernização do Estado e construção de capacidade burocrática para a implementação de políticas federalizadas**. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 51, nº 1, p. 27-45, fev. 2017. ISSN 1982-3134. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/65936>. Acesso em: 19 Mar. 2020.

SOUZA, Jessé José Freire de. **A elite do atraso: da escravidão à Lava Jato**. Rio de Janeiro: Leya, 2017.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. (Versão eletrônica).

SPINOZA, Benedictus de. **Ética**. Tradução de Tomaz Tadeu. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

\_\_\_\_\_. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 8ª ed. rev. e atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari; VORONOFF, Alice. **Art. 27 da LINDB - Quem paga pelos riscos dos processos?** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, p. 171-201, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77654/74317>. Acesso em: 09 abr. 2020.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Silveira Dias de Arruda. **Controle judicial dos atos administrativos**: as questões técnicas e os limites da tutela de urgência. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, nº 16, ano 4, out./dez., 2002. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=51178>. Acesso em: 11 abr. 2020.

SUNSTEIN, Cass. **Designing democracy**: what constitutions do. Oxford: Oxford University Press, 2001.

\_\_\_\_\_. **Laws of fear**: beyond the precautionary principle. New York: Cambridge University Press, 2005.

\_\_\_\_\_. **The Office of Information and Regulatory Affairs**: myths and realities. Harvard Law Review, vº 126, nº 7, may/2013. Disponível em: <https://harvardlawreview.org/2013/05/the-office-of-information-and-regulatory-affairs-myths-and-realities/>. Acesso em: 23 abr. 2020.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. **Interpretation and Institutions**. 101 MICH. L. REV. 885 (2003). Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol101/iss4/2/>. Acesso em: 13 abr. 2020.

TÁCITO, Caio. **Teoria e prática do desvio de poder**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 117, p. 1-18, nov. 1974. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/40110>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

THOMPSON, Victor A. **Bureaucracy and Innovation**. Administrative Science Quarterly, vº 10, nº 1, 1965. Disponível em: [www.jstor.org/stable/2391646](http://www.jstor.org/stable/2391646). Acesso em: 22 Abr. 2020.

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. **Judgment under Uncertainty**: Heuristics and Biases. Science, vol. 185, Issue 4157, pp. 1124-1131, 1974. DOI: 10.1126/science.185.4157.1124.

VALIM, Rafael. O princípio da segurança jurídica no direito administrativo. In: VALIM, Rafael; OLIVERIA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

VALLE, Vanice Lírio do. **Direito fundamental à boa administração, políticas públicas eficientes e a prevenção do desgoverno**. Revista Interesse Público, Belo Horizonte, ano 10, nº 48, 2008.

VERMEULE, Adrian. **Decisões racionalmente arbitrárias no direito administrativo**. Tradução de Maíra Almeida. REI - Revista Estudos Institucionais, vol. 3, nº 1, p. 1-47/48-88, ago. 2017. ISSN 2447-5467. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/rei/article/view/152>. Acesso em: 06 jun. 2020. DOI: <https://doi.org/10.21783/rei.v3i1.152>.

\_\_\_\_\_. **Optimal abuse of power**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, vol. 278, nº 3, p. 15-43, dez. 2019. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/80829/77253>>. Acesso em: 11 mai. 2020.

VITORELLI, Edilson. **A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a ampliação dos parâmetros de controle dos atos administrativos**: um novo paradigma. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 19, nº 78, p. 195-219, out./ dez. 2019. DOI: 10.21056/aec.v19i78.1150.

WARDE, Walfrido. **O espetáculo da corrupção:** como um sistema corrupto e o modo de combatê-lo estão destruindo o país. Rio de Janeiro: LeYa, 2018.

WILLEMAN, Marianna Montebello. **Accountability democrática e o desenho institucional dos Tribunais de Contas no Brasil.** Belo Horizonte: Fórum, 2017.

WINNICOTT, Donald. Woods. **Explorações psicanalíticas.** Porto Alegre: Artmed, 2005.

WINTERS, Michelle A. **Too Many Cooks in the Kitchen:** Battling Corporate Corruption in Brazil and the Problems with a Decentralized Enforcement Model, 13 Rich. J. Global L. & Bus. 681, 2015. Disponível em: <http://scholarship.richmond.edu/global/vol13/iss4/6>. Acesso em: 12 mar. 2020.