



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PÚBLICO

Thyago Bezerra Sampaio

**CONTROLE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL: do necessário diálogo
institucional como mecanismo de mitigação da ineficiência e superação do Direito
Administrativo do medo**

Maceió/AL

2021

THYAGO BEZERRA SAMPAIO

**CONTROLE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL: do necessário diálogo
institucional como mecanismo de mitigação da ineficiência e superação do Direito
Administrativo do medo**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito Público da Universidade Federal de Alagoas (PPGD/FDA/UFAL) como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Filipe Lôbo Gomes

Maceió/AL

2021

Catálogo na Fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico
Bibliotecário: Marcelino de Carvalho

S192c Sampaio, Thyago Bezerra.

Controle na administração pública federal : do necessário diálogo institucional como mecanismo de mitigação da ineficiência e superação do direito administrativo do medo / Thyago Bezerra Sampaio. – 2021.

156 f.

Orientador: Filipe Lôbo Gomes.

Dissertação (mestrado em Direito Público) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Maceió, 2021.

Bibliografia: f. 149-156.

1. Santos, Rodrigo Valgas dos. Direito administrativo do medo. 2. Administração pública. 3. Controle externo. 4. Controle interno. 5. Poder executivo federal. I. Título.

CDU: 349.2



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD



FOLHA DE APROVAÇÃO

THYAGO BEZERRA SAMPAIO

CONTROLE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL: do necessário diálogo institucional como mecanismo de mitigação da ineficiência e superação do Direito Administrativo do medo

Trabalho final apresentado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Alagoas, como parte das exigências para obtenção do título de Mestre, sob a orientação do Prof. Dr. Filipe Lôbo Gomes.

Maceió, 17 de novembro de 2021.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Fabio Lins de Lessa Carvalho
(Presidente)



Documento assinado digitalmente
GEORGE SARMENTO LINS JUNIOR
Data: 06/12/2021 11:54:28-0300
Verifique em <https://verificador.itl.br>

Prof. Dr. George Sarmiento Lins Junior
Avaliador Interno UFAL/AL

SERPRO
Assinado Digitalmente por:
RICARDO SCHNEIDER RODRIGUES
Assinado em:
30/11/2021
Sua autenticidade pode ser confirmada no endereço:
<<http://www.serpro.gov.br/assinador-digital>>

Prof. Dr. Ricardo Schneider Rodrigues
Avaliador Externo CESMAC

À Joanna Mariah e Maria Clara (filhas), mulheres de minha vida e
meus melhores frutos.

AGRADECIMENTOS

Os primeiros agradecimentos são dirigidos à Deus, pela saúde concedida e pelas graças diárias.

Tantos foram os que consciente ou inconscientemente oportunizaram a feitura deste trabalho, de modo que esses agradecimentos são apenas uma singela tentativa de contemplar a gratidão pela conclusão dessa missão.

À minha esposa Elayne Cristina, por ladear-me e fazer-se presente em minhas necessárias ausências.

Às minhas pequenas crianças, Joanna Mariah e Maria Clara, as quais, sem qualquer compreensão de tudo que se passara, apareciam em minha mesa de estudo tarde da noite e traziam-me copos de água acompanhados de beijos, ensinando-me o quanto a condição de pai é importante em minha vida, a mais graciosa de minhas atribuições.

À minha amada mãe, Joana Bezerra Sampaio, guerreira por excelência e professora por escolha. Figura primeira que me fez apaixonar pelo ambiente de sala de aula, levando-me, mesmo em minhas férias escolares, a assistir suas aulas na escola pública estadual que lecionava, rabiscando no quadro negro minhas primeiras lições de respeito e amor à educação. Ensinou-me, ainda muito cedo (aos 13 anos de idade), que o trabalho proporcionaria meu crescimento pessoal, quando, por força das circunstâncias da vida, formamos uma bem sucedida dupla no sustento do lar, ela preparando e assando deliciosos pães de queijo (os melhores que já apreciei), e eu vendendo-os na rua da academia da Polícia Militar do estado de Alagoas. Foi assim que aprendi o valor do trabalho e ajudei a colocar o pão na mesa de casa.

À minha irmã Karla Sampaio, cujos sentimentos transcendem os laços sanguíneos que nos une.

Ao meu orientador, professor doutor Filipe Lôbo Gomes, que, com precisão cirúrgica, alinhou meus passos na pesquisa desenvolvida, direcionando os rumos a serem seguidos, permitindo-me o melhor desenvolvimento como pesquisador.

Aos colegas da unidade de auditoria interna da Universidade Federal de Alagoas, que não somente estimularam minha formação mas fizeram-me as vezes nas atividades de auditoria e consultoria quando necessário.

Aos companheiros do escritório Bastos, Monteiro & Sampaio Advogados e Consultores, cuja compreensão foi sentimento motivador na continuidade dessa tão importante fase de minha vida.

A todos os meus amigos e amigas (especialmente aqueles a que fui presenteado pela companhia na Turma 14 do Mestrado da FDA/UFAL) que, de diferentes formas, ajudaram-me com palavras e gestos, às vezes até inconscientes, demonstrando que o bem querer e o incentivo movem o ser humano a algo melhor.

Ao fim, registro meus agradecimentos às instituições públicas de ensino, especialmente àquelas que me acolheram como discente e forjaram meu caráter. Tive a grata alegria e o privilégio de formar-me no curso Técnico de Processamento de Dados na antiga Escola Técnica Federal de Alagoas (ETFAL, atual IFAL – Instituto Federal de Alagoas). Em seguida, formei-me em Direito na Universidade Federal de Alagoas, retornando a essa casa alguns anos depois para nela especializar-me em Docência no Ensino Superior, voltando por fim, e dessa vez, para cursar Mestrado em Direito Público pela acolhedora Faculdade de Direito de Alagoas. Espero, com imenso desejo de retribuição, que essa pesquisa possa ser útil à sociedade que tanto recolhe os tributos que revertem ao ensino público gratuito, desejando que outros cidadãos desse tão desigual país possam ter as mesmas oportunidades que a mim foram dadas.

“O Direito Administrativo, desde as origens, caracterizou-se pelo binômio prerrogativas (que protegem a autoridade) e sujeições (que protegem os direitos individuais perante os excessos do poder); e esse é um dos grandes paradoxos do Direito Administrativo como ramo do direito caracterizado fundamentalmente pelo referido binômio. Não há justificativa para que esse binômio seja visto de um lado só.”

Maria Sylvia Zanella Di Pietro

RESUMO

Embora a literatura não seja farta e aprofundada acerca do tema, dispondo, em maior parte, de artigos sobre o assunto, existe um crescente e intenso debate na doutrina acerca da atuação dos órgãos e entidades de controle sobre a atividade administrativa. O objetivo deste trabalho é analisar e compreender a estrutura e o exercício das competências das instituições de controle do Estado, especificamente quanto aos órgãos de controle interno e externo que se debruçam sobre a atuação do administrador público do Poder Executivo federal, de modo a suscitar a discussão e promover oportuna reflexão sob as formações discursivas relativas ao modo de atuação do gestor público em decorrência de eventuais disfuncionalidades e excessos praticados pelos agentes estatais de controle. Ao longo deste estudo são apresentadas perspectivas bibliográficas sobre a separação dos poderes e os caminhos percorridos até o atual modelo gerencial de Administração Pública. Foram discutidas e analisadas, por meio de uma revisão sistemática, as concepções do direito fundamental à boa administração e o controle na era digital, ponto de partida para o aprofundamento dos estudos da legislação e das estruturas que compõem a atividade de controle do Poder Executivo federal, para então adentrar no tema central pertinente à atuação disfuncional e exacerbada dos órgãos de controle e o medo incidente ao administrador público, propondo-se alternativas para uma melhor calibragem do controle da atividade administrativa do Estado. As conclusões apontam que os diversos órgãos de controle convivem em desarmonia entre si e em relação à Administração Pública, e que necessitam convergir suas ações numa interação sistêmica de intenso diálogo, tendo em vista que o medo está a se instalar no cotidiano do gestor público interferindo em sua prática decisória, pondo em risco a concretização de políticas públicas e a efetivação de direitos fundamentais.

Palavras-chave: Administração Pública. Controle externo e controle interno. Poder Executivo federal. Direito Administrativo do medo.

ABSTRACT

Although the literature is not plentiful and in-depth on the subject, with mostly articles on the subject, there is a growing and intense debate in the doctrine about the performance of control bodies and entities on administrative activity. The objective of this work is to analyze and understand the structure and the exercise of the powers of the State control institutions, specifically regarding the internal and external control bodies that focus on the performance of the public administrator of the federal Executive Power, in order to raise the discussion and promote timely reflection on the discursive formations related to the public manager's way of acting as a result of any dysfunctionalities and excesses practiced by state control agents. Throughout this study, bibliographical perspectives on the separation of powers and the paths taken to the current managerial model of Public Administration are presented. Through a systematic review, the conceptions of the fundamental right to good administration and control in the digital age were discussed and analyzed, a starting point for further studies of the legislation and structures that make up the control activity of the federal Executive Branch. , to then enter into the central theme relevant to the dysfunctional and exacerbated performance of the control bodies and the fear incident to the public administrator, proposing alternatives for a better calibration of the control of the administrative activity of the State. The conclusions point out that the various control bodies live in disharmony with each other and in relation to the Public Administration, and that they need to converge their actions in a systemic interaction of intense dialogue, considering that fear is installing itself in the daily life of the public manager interfering in its decision-making practice, putting at risk the implementation of public policies and the realization of fundamental rights.

Key Word: Public administration. External control and internal control. Federal Executive Branch. Administrative law of fear.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AGU	Advocacia-Geral da União
AED	Análise Econômica do Direito
Alice	Análise de Licitações e Editais
Audin	Auditoria Interna singular
CCCI	Comissão de Coordenação de Controle Interno
CePI	Centro de Pesquisa e Inovação
CISSET	Secretaria de Controle Interno
CGU	Controladoria-Geral da União
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNMP	Conselho Nacional do Ministério Público
coLAB-i	Laboratório de Inovação e Coparticipação
Comprasnet	Sistema do Portal de Compras do Governo Federal
CRG	Corregedoria-Geral da União
EC	Emenda Constitucional
LabContas	Laboratório de Informações para o Controle Externo
LINDB	Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro
MS	Mandado de Segurança
MP	Ministério Público
OGU	Ouvidoria-Geral da União
ONU	Organização das Nações Unidas
PAINT	Plano de Atividades de Auditoria Interna
PDRE	Plano Diretor de Reforma do Estado
PIB	Produto Interno Bruto
RAINT	Relatório Anual de Atividades de Auditoria Interna
SCC	Secretaria de Combate à Corrupção
SCI	Sistema de Controle Interno
SFC	Secretaria Federal de Controle
SIAFI	Sistema Integrado de Administração Financeira
SisCOR	Sistema de Correição do Poder Executivo federal
SPCI	Secretaria de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas
STF	Supremo Tribunal Federal

STN	Secretaria do Tesouro Nacional
STPC	Secretaria de Transparência e Prevenção da Corrupção
TCU	Tribunal de Contas da União
TJ/RS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
UAIG	Unidade de Auditoria Interna Governamental
Unicamp	Universidade Estadual de Campinas
Unesp	Universidade Estadual Paulista
USP	Universidade de São Paulo

Sumário

1	INTRODUÇÃO	12
2	A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONTEMPORÂNEA E A ATIVIDADE DE CONTROLE	18
2.1	Dos caminhos percorridos até a adoção do Modelo Gerencial	20
2.2	Separação dos Poderes e ascensão das instâncias de controle da Administração Pública	23
2.3	Controle da Administração Pública: excursão histórica e definições	27
2.4	O Direito Fundamental à boa administração e o contributo do controle das relações administrativas.....	30
2.5	A evolução do Controle Público	33
2.6	Direito ao Desenvolvimento e Eficiência Administrativa.....	36
2.7	Administração Pública Policêntrica: da crise aos desafios para a atividade de controle 40	
2.8	A Era digital e o Controle da Administração Pública	44
3	O ARCABOUÇO LEGISLATIVO BRASILEIRO E OS SISTEMAS DE CONTROLE DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DO PODER EXECUTIVO FEDERAL	53
3.1	Aspectos de compreensão da atividade de controle da Administração Pública.....	53
3.1.1	Controle administrativo <i>versus</i> controle interno	55
3.1.2	Controle a partir do órgão ou agente executor	58
3.2	Reflexos da Reforma Gerencial no Controle Interno do Poder Executivo federal	61
3.3	As bases jurídicas da atividade de Controle Interno e Externo.....	61
3.3.1	Da atividade de Controle Interno do Poder Executivo federal.....	62
3.3.1.1	O Sistema de Controle Interno do Poder Executivo federal e a Controladoria-Geral da União.....	66
3.3.1.2	Das unidades de auditoria e controle das entidades da Administração Pública federal indireta	75
3.3.2	Do sistema de Controle Externo do Poder Executivo federal.....	80
3.3.2.1	O Tribunal de Contas da União	81
4	DISFUNCIONALIDADE E EXCESSO DOS ÓRGÃOS DE CONTROLE DE PODER EXECUTIVO FEDERAL	86
4.1	Quanto mais controle melhor?	86
4.2	Da Sobreposição de Competências dos Órgãos e Entidades de Controle.....	96
4.3	O Direito Administrativo do Medo e o Hipercontrole: existem?.....	99
4.4	Análise da relação entre a Argumentação Jurídica e o Consequencialismo no ato de decidir: quais os Impactos ao administrador público e na Atividade de Controle?	113
4.5	O Contributo e Efeitos da lei nº 13.655/2018 para o Controle da Administração Pública	123
5	DA NECESSÁRIA CALIBRAGEM DA ATUAÇÃO DOS ÓRGÃOS DE CONTROLE DO PODER EXECUTIVO FEDERAL	127
5.1	Da controvérsia de entendimentos entre TCU e CGU	127
5.2	Da consulta ao TCU como mecanismo de diálogo institucional.....	131
5.3	Da solução técnica e legal: a propositura da criação de uma Autoridade Pública Nacional de Controle da Administração Pública.....	136

CONSIDERAÇÕES FINAIS..... 143

REFERÊNCIAS 149

1 INTRODUÇÃO

Dirigido por seres humanos que é, mediante a manifestação de vontade desses, o Estado pode ser considerado como dotado de potenciais falhas. Sendo uma das instituições do Estado Democrático de Direito, senão a mais importante, torna-se imperioso e necessário o controle das atividades estatais para a consecução do interesse público. No latim, *res publica* traduz a ideia de pertencimento à coletividade, à todos os cidadãos, de modo que o controle no trato da coisa pública é imprescindível.

Ao longo da história, a Administração Pública brasileira sofreu uma série de transformações. É possível identificar três diferentes modelos de Administração Pública, sendo o primeiro deles o patrimonialismo, marcado pela forte ausência de distinção entre o que é patrimônio público e o que é patrimônio privado. Com a finalidade de coibir os excessos do patrimonialismo, surgiu, a partir da década de 1940, o modelo burocrático. Seu maior expoente foi o alemão Max Weber. Concebido com o advento do Estado Liberal, teve a finalidade de separar os interesses pessoais do governante dos instrumentos colocados à sua disposição para a consecução do interesse público, objetivando melhorar a eficiência das organizações, em que pese esse modelo ser sinônimo de excessivas normas, exigências, formulários, etc.

Concebido a partir do aparecimento das disfunções da burocracia, o gerencialismo nasce como um modelo com o foco do controle voltado para os resultados, isto é, *a posteriori*. O modelo de estado gerencial no Brasil tomou forma com o advento da Emenda Constitucional nº 19/98, não sendo o bastante que a Administração Pública apenas execute suas tarefas conforme normas e procedimentos, é necessário agora buscar a efetividade dos serviços que presta.

A busca pela eficiência e eficácia das ações do Estado passou então a exigir mecanismos mais efetivos de controle da atividade administrativa. Historicamente, diversos mecanismos foram concebidos pelo ordenamento jurídico brasileiro com viés a delimitar a estrutura do controle da atividade administrativa. O crescente aumento do tamanho do Estado, com o incremento exponencial do volume de seus recursos financeiros, somados à revelação de escândalos frequentes de corrupção, marcados pelo trato ainda patrimonialista da coisa pública, proporcionaram a constante densificação de todo o aparato dos órgãos de controle.

À reboque das constituições anteriores que passaram a regulamentar o controle administrativo, a Constituição de 1988 criou os sistemas de controle interno e externo do poder público. O art. 74 da Carta Magna dispôs sobre a necessidade de estruturação e integração do

controle interno nos três poderes, atribuindo a esse arcabouço a competência de averiguar a legalidade dos atos e contratos administrativos e avaliar os resultados quanto à legalidade, eficácia e eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal.

No âmbito do Poder Executivo federal o Sistema de Controle Interno foi estabelecido pelo Decreto federal nº 3.591, de 6 de setembro de 2000, o qual previu suas finalidades e organização hierárquica, atribuindo à Controladoria-Geral da União (CGU) a missão de órgão central do sistema. A CGU é vista por parte da sociedade como típica agência anticorrupção do país, já que é o órgão encarregado de assistir direta e imediatamente ao Presidente da República, atuando na defesa do patrimônio público, fomentando a transparência da gestão por meio das atividades de controle interno, auditoria pública, correição, ouvidoria, prevenção e combate à corrupção. Este mesmo Decreto regulamenta a necessidade das entidades da Administração Pública federal indireta organizarem em sua estrutura hierárquica uma unidade de auditoria interna, cuja atribuição é a de atuar no sentido de fortalecer a gestão e racionalizar as ações de controle, funcionando, ainda, como suporte aos demais órgãos controladores.

Além dessa disposição interna de controle a incidir sob a atividade administrativa do Poder Executivo federal há ainda a atuação do Tribunal de Contas da União (TCU) enquanto órgão de controle externo, cuja atribuição encontra-se insculpida nos artigos 70 e 71 do texto constitucional, funcionando como mais um órgão de controle incidente sob a atividade administrativa daquela poder republicano.

A estruturação dos órgãos de controle na Lex Maior revela a finalidade do legislador constituinte em proporcionar o devido acompanhamento dos atos do administrador público, de modo a contribuir com a eficiência da gestão e assim atingir o bem-estar social e o desenvolvimento nacional. Sua atuação avançaram sobremaneira desde a última década, impulsionada pela crescente necessidade de controle da atuação administrativa face o incremento da atividade financeira do Estado e a incorporação de novas estruturas organizacionais.

Nunca é demais ressaltar o quanto é imprescindível atuar no controle da atividade administrativa, não apenas por tratar-se de coisa pública, mas especialmente em face da considerável incidência do fenômeno da corrupção no Brasil. Vários são os episódios recentes de desvio de conduta envolvendo o administrador público, sendo o mais vistoso deles a Operação Lava-Jato.

Sucedem que toda essa estrutura de controle, constituída pelos diversos órgãos e entidades legalmente instituídos, acabam por provocar temor por parte daquele a quem está

atribuída a missão de conduzir a gestão pública. Não se trata aqui de negar a importância da atuação do controle estatal, nem muito menos reduzir seu espectro de atribuições. Há no entanto de se analisar as consequências dessa atuação sobreposta de agentes controladores e do excesso e disfuncionalidade do controle praticado por esses, o que vem silenciosamente inibindo a liberdade e a autonomia do administrador público.

A Constituição Federal de 1988 instituiu um modelo de controle estruturado pela legislação ordinária que permitiu consideravelmente debruçar-se sobre o juízo de valor do administrador. Com a forte e intensa atuação dos órgãos de controle o administrador público passou a conviver com a crescente atração de riscos jurídicos de toda ordem, e com medo de correr riscos acaba por desistir de melhor decidir.

Não são raras as atuações dos sistemas de controle que resultam em insegurança jurídica e que amedronta o gestor público, face as diversas intervenções dos variados órgãos de controle com entendimentos que conflitam em si e que acabam por provocar no administrador a prioridade pela promoção de sua autoproteção em detrimento do interesse público envolvido, dado os riscos ampliados pelo controle.

Face o medo instalado, o administrador público retrai-se, não inova, rende-se à burocracia, contribuindo, assim, com a ineficiência da atividade administrativa, o que pode resultar em prejuízos ao funcionamento do Estado.

O controle da Administração Pública sempre foi dos temas mais clássicos do Direito Administrativo, mas vem se revestindo de importância ainda maior nas últimas décadas, diante do acréscimo de relevância e complexidade das decisões tomadas pela Administração Pública, de um lado, e dos constantes excessos do controlador, do outro. O presente trabalho tem o fito de buscar contextualizar os debates mais atuais a respeito da atuação exagerada dos órgãos e entidades de controle, promovendo reflexão acerca de uma oportuna calibragem do exercício da atividade controladora.

Não interessou ao propósito dessa pesquisa os contornos do controle judicial e nem do controle legislativo, em que pese ser o controle exercido pelo Poder Judiciário aquele que mais impactos causa à vida do gestor público, certamente pela força cogente de suas decisões condenatórias.

O presente trabalho restringe-se à atividade administrativa executada no âmbito do Poder Executivo federal, bem como ao controle administrativo exercido pelos órgãos integrantes de seu sistema de controle interno e pelo Tribunal de Contas da União, justificando-se esse escopo pois é o Poder Executivo federal aquele que tem em sua organização a melhor e mais bem definida estrutura de órgãos e entidades de controle interno.

José Rodrigo Rodriguez assevera que boas razões existem para se tecer críticas do Direito e, mais ainda, ao Direito brasileiro¹. Este trabalho tem a pretensão de fomentar a discussão e reflexão acerca da necessária remodelagem da legislação que disciplina a estrutura e a forma de atuação dos órgãos de controle do Poder Executivo federal, especialmente quanto à sua atividade de interpretação de normativos que impactam os atos e decisões dos administradores públicos.

O foco do trabalho será a atuação dos órgãos e entidades de controle incidentes sob a atividade administrativa do Poder Executivo federal, ressaltando a disfuncionalidade e os excessos do controle e a necessária calibragem de seu exercício como contributo ao incremento da eficiência da Administração Pública.

Não se pretende defender mudanças radicais no Direito brasileiro como proposta de equacionamento da atividade de controle, mas sim apresentar proposições para uma atuação mais equilibrada e harmônica, de modo a proporcionar um ambiente mais seguro ao gestor público mediante um arranjo institucional de cooperação.

Evidentemente apresentamos críticas ao desempenho sobreposto das instâncias de controle e à seu modo de atuação exacerbado quanto à averiguação das razões de decisão do gestor público. Nesse intento, as valiosas lições de José Rodrigo Rodriguez conduzem a uma compreensão de que os modelos de racionalidade e o conceito de separação de poderes em sua clássica feição não constituem algo a ser necessariamente preservado². Por isso mesmo este texto buscou investigar as causas do controle disfuncional da Administração Pública e os riscos inerentes à atividade decisória no âmbito administrativo, provocando reflexão sobre a interação institucional de gestão e controle, para assim propor ajustes nessa relação mediante critérios de atuação dos controladores. Investigou-se, com a devida importância, o medo a que está acometido o administrador público, avaliando suas consequências na atividade decisória.

Diversos são os artigos publicados em revistas especializadas por meio dos quais se tem suscitado o debate aqui estudado. Porém, não é com facilidade que se encontram obras sobre o assunto, haja vista serem recentes as discussões sobre o tema. O Direito e o medo possuem interações já suscitadas, mediante diferentes abordagens. Thomas Hobbes (*The Leviathan*, 1994), Michel Foucault (*Microfísica do poder*, 2012), Cass Sunstein (*Laws of fear; beyond the precautionary principle*, 2005), e mais recentemente Zygmunt Bauman (*Medo líquido*, 2008), tem estudos sobre o temor e suas consequências nas diversas relações sociais.

¹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes? : para uma crítica do direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p. 13.

² Ibid., p. 20.

Especificamente para o mundo do Direito, merece destaque o livro do professor Rodrigo Valgas dos Santos, intitulado *Direito Administrativo do Medo*, cuja abordagem permite aprofundar a temática, porém com recorte amplo e voltado, mais especificamente, para as consequências da incapacidade do gestor público em gerir os riscos de sua atividade e da adoção, pelos administradores públicos, de estratégias de fuga de sua responsabilização.

Esta pesquisa tem por objeto investigar a estrutura dos órgãos e entidades de controle interno e externo que incidem sob a atividade administrativa do Poder Executivo federal, especialmente para avaliar seu modo de atuação, e assim averiguar o medo que envolve o administrador público em sua atividade decisória, para propor solução legal e institucional que proporcione um melhor arranjo no exercício da atividade de controle.

A disfuncionalidade decorrente do exercício dos agentes controladores acaba por produzir consequências para a atividade administrativa, fazendo incidir o medo sob o gestor público em face da atuação sobreposta de instâncias de controle e a insegura interpretação e aplicação das normas de regência. Para reverter tal situação é necessário estabelecer mecanismo institucional de harmonização da interpretação dos institutos afetos à gestão pública. Para além dessa solução, revela-se necessário que o agente controlador supere a postura formalista, burocrática e punitivista, atuando de forma mais harmônica e cooperativa com o administrador público, buscando maior consensualidade no compartilhamento do plexo de responsabilidades que são próprias do exercício das funções públicas.

As últimas alterações promovidas na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB) trouxe inovações normativas que acenam com contribuição para o mister decisório do administrador público, especialmente quando prevê a necessidade de se considerar as dificuldades reais do gestor quando da tarefa de interpretação das normas sobre gestão pública. Ainda, a LINDB foi alterada para dispor que pelo agente controlador sejam consideradas as consequências práticas da decisão adotada pelo gestor público quando estiver diante de normas que veiculem valores jurídicos abstratos. A LINDB também passou a, expressamente, estabelecer que o administrador público, quando de suas decisões, responderá pessoalmente em caso de dolo ou erro grosseiro, proporcionando ao gestor público espaço mais amplo de proteção em face de suas ações. Avançou-se na direção da limitação da responsabilização do gestor público, mas ainda há muito a percorrer.

A atuação medrosa do gestor público provoca consequências não apenas à Administração Pública, mas à sociedade em geral, que se vê impactada diante de decisões que implicam ineficiência na concretização de políticas públicas, haja vista que o administrador

público passa a perseguir não o interesse público mas sim a sua própria salvaguarda, buscando a blindagem decisória e sua autoproteção.

A inação e leniência tem sido o comportamento administrativo do gestor ante a disfuncionalidade do controle, o qual induz ao medo, ao temor no processo decisório, o que prejudica sobremaneira a boa administração pública. O excesso e a insegurança decorrentes do exercício disfuncional da atividade controladora, nas preciosas lições de Rodrigo Valgas dos Santos, leva à antítese de suas finalidades, pois, a um só tempo, estaria o administrador público sujeito a diversas hipóteses de sanções e assim sua atuação decisória se destinará a sua autoproteção, e não apenas e tão somente à boa gestão da coisa pública³.

O trabalho está estruturado em 4 capítulos, com abordagem direcionada à atividade administrativa do Poder Executivo federal e sob o exercício da atuação dos órgãos e entidades de controle interno e externo (especificamente o TCU) sob esse poder da república.

No primeiro capítulo, dirigimos os estudos à teoria clássica da separação dos poderes, especialmente a partir dos novos arranjos institucionais estabelecidos pela ordem constitucional vigente, com a ascensão de órgãos e entidades de controle. A partir da análise da evolução histórica do conceito e dos modelos de Administração Pública e da atividade de controle, abordou-se o direito à boa administração pública, ao desenvolvimento e à eficiência administrativa, averiguando, transversalmente, como o controle da Administração Pública pode contribuir para a eficiência administrativa, de modo especial diante da era digital.

No segundo capítulo do trabalho são detalhadas as bases jurídicas que estabelecem a atividade de controle interno e externo da Administração Pública federal, com enfoque especial no Poder Executivo da União, a partir da classificação considerando o órgão ou agente executor do controle segundo melhor doutrina, para então indicar os fundamentos normativos de atuação de cada órgão e entidade controladora.

O terceiro capítulo debruça-se sobre a atuação sobreposta de instâncias de controle, averiguando-se se a máxima do “quanto mais (controle), melhor” atrai benefícios (ou malefícios) ao ambiente da atividade administrativa. Estudou-se ainda o medo que envolve o gesto público e as consequências desse ambiente de temor para a eficiência administrativa, correlacionando esse contexto com as inovações legislativas veiculadas por meio da lei nº 13.655/2018 para o decisionismo e o controle estatal, com análise dos impactos de suas normas para o administrador público e o agente de controle.

³ SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito Administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 45-46.

Por fim, no quinto e último capítulo o presente trabalho apresenta situações de controvérsias de deliberações de entendimentos entre o TCU e o órgão de controle interno do Poder Executivo federal, no caso, a CGU. Propõem-se ainda um mecanismo de diálogo institucional baseado na previsão legal de formulação de consulta ao TCU. Finaliza-se com a proposta de inovação legal e técnica para uniformização mínima da atuação dos agentes controladores a partir da criação de uma autoridade nacional de controle da Administração Pública.

Não é demais reiterar a imprescindibilidade e relevância da atividade de controle para a promoção da efetividade da atividade administrativa, motivo pelo qual essa pesquisa não propugna o arrefecimento dos mecanismos de controles administrativos, mesmo porque a ordem constitucional vigente estabelece importantes sistemas. Não se pode, no entanto, ignorar a necessidade de reavaliação da atuação de seus órgãos e agentes, para propor um ambiente que garanta maior segurança jurídica e interação entre quem administra e quem controla, a fim de superar as disfuncionalidades atuais do controle estatal.

2 A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONTEMPORÂNEA E A ATIVIDADE DE CONTROLE

Na ciência, e para o Direito não é diferente, uma exata e precisa compreensão de um objeto perpassa por uma digressão histórica acerca da evolução da espécie analisada, para então melhor contextualizá-la naquilo que se pretende apresentar.

A pesquisa ora apresentada trata de analisar a disfuncionalidade e os excessos de atuação dos órgãos de controle do Estado e as implicações desse exagero, de modo que não se pode aprofundar o tema sem antes realizar um estudo dos caminhos que percorreu a Administração Pública desde seu nascedouro até o estágio atual.

Os contornos da organização administrativa contemporânea é fruto de uma perene transformação da atividade administrativa, essencial à consecução de um serviço público eficiente e garantidor dos direitos consagrados na carta constitucional.

A evolução da organização administrativa do Estado brasileiro revela uma transição de modelos que buscam, um a um, superar as dificuldades e entraves de seu antecessor. A passagem do modelo patrimonialista para o burocrático, e desse para o gerencial, revelam que não houve abandono total de qualquer dos modelos brasileiros adotados, mas sim uma prevalência de características próprias daquela forma de organização que se pretendia fazer

prevalecer, com a marca sempre presente de uma tentativa de superação daquilo que deu errado no modelo a ser suplantado.

O cenário atual demonstra que alguns órgãos e atividades foram agregados à estrutura da organização administrativa contemporânea para consolidar o ideal gerencial, desempenhando atividades essenciais à uma Administração Pública de promissores resultados para a eficácia do serviço público.

A atividade de controle, no contexto do gerencialismo, assume uma posição de princípio fundamental da Administração Pública, de modo a promover a cultura da transparência e da busca não apenas da legalidade, mas especialmente da eficiência e eficácia dos atos administrativos.

Ao longo da história da Administração Pública diversos são os momentos em que temos um movimento pendular marcado pela prevalência do privado sobre público e do público sobre o privado, com características marcantes ora de abstenção estatal e ora de intervenção do Estado, ora de estatização e ora de privatização. Nessas idas e vindas, a Administração Pública, na busca da consecução da eficiência na prestação dos serviços públicos, adaptou-se a um modelo de organização administrativa brasileira até evoluir ao gerencialismo dos dias de hoje, marcado sobretudo pela busca de uma efetiva participação social, e pelo controle do Estado.

O Direito Administrativo, nesse quadro evolutivo, posiciona-se numa postura pela busca constante do equilíbrio entre os conceitos de liberdade individual e autoridade do agente estatal enquanto representante da Administração Pública, especialmente diante da ordem constitucional vigente em que a dignidade humana é alçada a princípio dirigente de todo o ordenamento jurídico. É o Direito Administrativo aquele ramo das ciências jurídicas que apresenta um contato mais aproximado do cidadão, de sorte que concretiza a eficiência da Administração Pública e contribui para a efetividade dos direitos sociais.

As mudanças significativas ocorridas na organização administrativa do Estado brasileiro, especialmente a partir da Constituição Federal de 1988, revelam uma importante passagem para uma democracia participativa, superando a até então prevalência da representatividade democrática (a qual teve suas importantes e essenciais contribuições). É marca essencial de evolução a democratização da função administrativa, com o fortalecimento da cidadania caracterizada pelo desejo da sociedade em ter voz presente no cotidiano da Administração Pública, haja vista que o cumprimento da lei não atende mais, por si só, ao que se espera do Estado brasileiro. O Direito Administrativo tem ainda mais relevância a partir do momento em que é provocado a garantir a participação popular, criando instrumentos de

atuação da sociedade na atividade administrativa, mitigando a exclusividade da Administração Pública como titular absoluta de prerrogativas supremas em relação ao cidadão administrado.

É neste cenário que se diz que a nova Administração Pública nacional assume uma das facetas do constitucionalismo brasileiro, mediante a transposição do formalismo burocrático com a adoção de técnicas de raciocínio e argumentação jurídica, marcado, sobretudo, pelo reconhecimento da força normativa dos princípios estruturantes da ordem jurídica vigente.

2.1 Dos caminhos percorridos até a adoção do Modelo Gerencial

O ciclo evolutivo do Direito Administrativo revela características que se assemelham ao caminho percorrido pela evolução do Estado. Diversas conquistas sociais marcam os avanços desse importante ramo de direito público, especialmente aquelas típicas do Estado Democrático, a saber: o direito à liberdade, pautado sobretudo no direito à vida, à propriedade particular e marcado pela participação política da sociedade; o direito à igualdade entre os indivíduos, com ênfase nos direitos sociais à educação, saúde, ao trabalho; direito à fraternidade, em que se destaca a autodeterminação dos povos e a necessidade de preservação do meio ambiente.

O Direito Administrativo apresenta-se como um importante instrumento de contenção e imposição de limites ao poder estatal, na busca da garantia dos direitos fundamentais em todas as suas dimensões consagradas.

No seu caminhar evolutivo, o Direito Administrativo conviveu com basicamente três tipos de Estado, todos com características muito peculiares que marcaram a Administração Pública até sua consolidação no formato que se encontra. Diversas são as obras da literatura em geral que registram as repercussões econômica, social, política, cultural, dentre outras, na história da sociedade brasileira⁴.

Ao longo da história, a Administração Pública brasileira sofreu uma série de transformações. O primeiro dos modelos de Administração Pública foi o patrimonialismo, marcado pela forte ausência de distinção entre o que é patrimônio público e o que é patrimônio privado. O modelo patrimonialista da Administração Pública predominou no período pré-capitalista, momento em que o monarca exercia o domínio sobre os bens de qualquer natureza, sem a necessidade de prestar contas de suas ações à sociedade. Nesse modelo havia presença marcante do nepotismo, da corrupção e da ineficiência.

⁴ A exemplo de: Raimundo Faoro (Os donos do poder: formação do patronato brasileiro); Victor Nunes Leal (Coronelismo, Enxada e Voto); José Saramago (Democracia e Universidade); Graciliano Ramos (Relatórios).

Os governantes no patrimonialismo consideravam o Estado como patrimônio pessoal. Havia confusão entre os limites do público e do privado, o que prevaleceu durante o período do absolutismo. Tinha como características marcantes o individualismo, personalismo, imediatismo, nepotismo, amadorismo, voluntarismo, favoritismo, clientelismo e revanchismo.

Com a finalidade de coibir os excessos do patrimonialismo, surgiu, a partir da década de 1940, o modelo burocrático. Seu maior expoente foi o alemão Max Weber⁵. O modelo burocrático teve a finalidade de separar os interesses pessoais do governante dos instrumentos colocados à sua disposição para a consecução do interesse público, objetivando melhorar a eficiência das organizações. No entanto, esse modelo teve o sinônimo de excessivas normas, exigências, formulários e apresentou como características peculiares a busca incessante pela legalidade (com uso da racionalidade), procedimentalização e profissionalismo, impessoalidade, busca pela meritocracia, planejamento das ações estatais, instituição e respeito à hierarquia e consagração da importância do controle das atividades públicas.

A Administração Pública burocrática surge à mesma época do Estado Liberal, tendo como precípua finalidade a de romper com o modelo patrimonialista, atuando pois na separação dos interesses pessoais do governante e os equipamentos do Poder Público, sempre buscando a garantia da satisfação do interesse público. Defender a sociedade contra o poder arbitrário de quem detém o poder do Estado, essa era a máxima.

O controle dos processos de decisão passou a ser adotado a partir do modelo burocrático e a profissionalização e o formalismo foram agregados à estrutura e aparelhamento do Estado. Estabeleceu-se procedimentos formais executados por servidores especializados, que passaram a ter competências fixas, sujeitos ao controle hierárquico. Um de seus traços marcantes é o estabelecimento do processo de seleção dos agentes públicos executores das mais diversas atividades administrativas, de modo a combater e afastar as relações de apadrinhamento até então presentes.

Na Administração Pública sob o modelo burocrático não havia, inicialmente, controle finalístico ou de resultados da atividade estatal. Em que pese sua contribuição para a evolução da organização da Administração Pública e da busca pela melhoria dos serviços públicos, o modelo burocrático é tido como sinônimo de excesso de formalismo e morosidade, associando-o à ineficiência.

⁵ WEBER, Max. **Burocracia**, in: **Ensaio de Sociologia**. 5. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1946.

Mesmo sem a finalidade de controle de resultados, a administração burocrática tinha como foco tornar a Administração Pública impessoal, afastando a vontade pessoal do administrador.

Face as perceptíveis disfunções do modelo burocrático, tornou-se necessária a implantação de um novo modelo cujo cerne fosse o controle voltado para os resultados. Em que pese a eficiência não constituir inovação do gerencialismo, esse modelo tornou nova a Administração Pública ao aumentar a preocupação com os conceitos de eficiência – que diz respeito à melhor utilização dos recursos disponíveis (meios) – e eficácia – sucesso dos resultados obtidos (fins), até então desprezados. O gerencialismo apresenta particulares características marcantes de instituição dos conceitos de governança, transparência de informações públicas, prestação de contas, motivação dos atos, consensualidade, controle de resultados.

Concebido a partir do aparecimento das disfunções da burocracia, o gerencialismo nasce como um modelo com o foco do controle voltado para os resultados, isto é, *a posteriori*. O modelo de estado gerencial no Brasil tomou forma com o advento da Emenda Constitucional nº 19/98. A partir dele tem-se que não basta mais à Administração Pública apenas executar suas tarefas conforme normas e procedimentos, é necessário buscar a efetividade dos serviços que presta. Com o gerencialismo as esferas pública e privada criam uma área de intersecção mediante uma Administração Pública legitimada cada vez mais com a ampliação do espaço de participação popular em sua atuação.

A Constituição Federal de 1988 trouxe inúmeras disposições, na sua versão original, que lembram características do modelo burocrático, enfatizando o controle entre os poderes, a instituição de Tribunais de Contas, estabelecendo princípios que regem a atuação administrativa.

Além da CF de 1988, o Programa Nacional de Desestatização de 1990 e a Reforma Administrativa de 1998 são marcos importantes para a definitiva instalação do gerencialismo na Administração Pública brasileira.

A superação para o modelo gerencial da Administração Pública revela o espírito finalístico de controle de resultados pretendidos, mitigando os rígidos controles procedimentais do modelo anterior. Estamos diante de um Estado regulador da economia e da sociedade, e que já não se preocupa prioritariamente com produção *per se* de bens e serviços.

A migração do modelo de Estado Social para o Estado Regulador provocou diversas alterações no foco da atividade administrativa do Estado, que passou então a ocupar-se de funções gerenciais, com vistas a gerir seu patrimônio e executar as tarefas estatais. O controle

de resultado passa a ser essencial, visando o cumprimento de metas pré-estabelecidas e o emprego eficaz dos recursos públicos, o que conseqüentemente proporcionou maior qualidade na prestação de serviços públicos pelo Estado. A eficiência passa a ser palavra de ordem, configurando-se como o alicerce do atual modelo de Administração Pública.

A Administração Pública gerencial hoje adotada no Brasil busca ainda vencer integralmente as características principais do modelo burocrático. O modelo gerencial dirige seu foco maior na perseguição da plena satisfação do princípio da eficiência, mas, conforme palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello⁶, esse princípio não pode ter sua busca justificada pela postergação do princípio da legalidade (dever administrativo por excelência).

A busca pela eficiência e eficácia das ações do Estado passou a exigir mecanismos mais efetivos de controle da atividade administrativa. Historicamente, diversos mecanismos foram concebidos pelo ordenamento jurídico brasileiro com viés a delimitar a estrutura do controle da atividade administrativa. O crescente aumento do tamanho do Estado, com o incremento exponencial do volume de seus recursos financeiros, somados à revelação de escândalos frequentes de corrupção marcados pelo trato (ainda presente) patrimonialista da coisa pública, proporcionaram a constante densificação de todo o aparato dos órgãos de controle.

Muito ainda se discute sobre os avanços reais decorrentes do modelo de Administração Pública gerencial. Certo é que era imperiosa a superação do conceito burocrático weberiano, para fins de proporcionar ao Estado maiores e melhores condições de consecução de sua finalidade maior: a promoção do bem estar e a consagração do interesse público.

2.2 Separação dos Poderes e ascensão das instâncias de controle da Administração Pública

O conceito inicial de controle do Estado remonta aos séculos XVII e XVIII, mais precisamente ao Direito Romano, quando surgiu a ideia de separação dos poderes, desenvolvida por Montesquieu a partir das teses lançadas por John Locke, com referência à obra “Política”, de Aristóteles. O objetivo inicial da tese de separação dos poderes era proporcionar o controle do poder estatal através da divisão de suas funções, atribuindo competência à diferentes órgãos.

A referencial obra *O Espírito das Leis*⁷, de Charles Luis de Secondat (também chamado de Barão de Montesquieu), sistematizou a ideia da necessária separação dos poderes

⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 110.

⁷ MONTESQUIEU, Barão de. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

como forma de impedir que o poder concentre-se de forma absoluta em uma única pessoa ou autoridade pública, devendo, como forma de combate a essa concentração, ter-se a limitação de uma parcela do poder por outro. Nas palavras de José Rodrigo Rodrigues⁸ a relevância da estruturação defendida por Montesquieu é demonstrar a necessidade de poderes e contrapoderes que visem o combate à criação de polos de poder absolutos e sem controle algum. A construção de um instrumento de afastamento do arbítrio seria um modelo institucional a ser perseguido.

Conhecida como Sistema de Freios e Contrapesos, a Teoria da Separação dos Poderes surgiu na época da formação do Estado Liberal, sendo esse caracterizado na livre iniciativa particular e no menor grau de interferência do Estado nas liberdades individuais. Consiste no controle de um poder exercido pelo próprio poder, com a característica de autonomia a cada um dos poderes constituídos, mas com forte presença do controle de um poder pelos outros. A clássica tripartição de poderes prepondera em grande parte das nações até os dias atuais. Consolidada no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, está prevista na Constituição Federal brasileira no artigo 2º, por meio de norma expressa dividindo cada um dos poderes republicanos de nosso país.

A Separação dos Poderes, nas lições de Filipe Gomes e Thyago Sampaio⁹, é princípio básico de organização da maioria dos estados democráticos e inspirou diversas ordens constitucionais que se pautam nas liberdades fundamentais do homem, sendo traço marcante tanto no Estado Liberal quanto no Estado Social e no Estado Democrático.

A República Federativa do Brasil tem como princípio fundamental o da Separação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, estruturados na independência e harmonia entre si. Tal princípio fundamental é a base de nosso Estado Democrático de Direito e foi alçado à dimensão constitucional face a manifesta intenção do constituinte de atribuir funções diferenciadas à parcelas distintas de poder, com a finalidade de proteger e garantir o exercício dos direitos individuais e coletivos. É postulado essencial à legitimação do Estado brasileiro.

No Brasil, no âmbito da atividade estatal, o controle de um poder sobre o outro tem como denominação o controle externo da Administração Pública, que pode ser definido como um conjunto de ações de controle desenvolvidas por uma estrutura organizacional, mediante atividades, procedimentos e recursos próprios, alheios à estrutura que será objeto do controle, e que visa à fiscalização, verificação e correção dos atos. O controle externo pode ser entendido

⁸ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes? : para uma crítica do direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 185.

⁹ GOMES, Filipe Lobo; SAMPAIO, Thyago Bezerra. **O controle da administração pública e o conflito entre as decisões do TCU e as deliberações do CNJ**. RDA – Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 280, n. 1, p. 166, jan./abr. 2021

como aquele desempenhado por órgão apartado do outro controlado, ou seja, externo às estruturas do órgão objeto do controle, e cuja finalidade é garantir a plena eficácia das ações de gestão governamental.

O controle que o Poder Legislativo, no seu mister fiscalizador, exerce sobre a Administração Pública tem que se limitar às hipóteses previstas na Constituição Federal, uma vez que implica interferência de um Poder nas atribuições de outros dois; alcança os órgãos do Poder Executivo, as entidades da administração indireta e o próprio Poder Legislativo e Poder Judiciário, quando executam função administrativa. Não pode a legislação complementar ou ordinária e as Constituições estaduais prever outras modalidades de controle que não as constantes da Constituição Federal, sob pena de ofensa ao próprio princípio da separação dos poderes.

A estrutura organizacional das instituições públicas dispostas na Constituição Federal brasileira atribui a diversos órgãos e entidades a competência de realizar o controle externo da Administração Pública, a exemplo dos tribunais de contas, o Ministério Público, a Defensoria Pública, o Poder Judiciário, polícias investigativas, entre outros.

Considerando o objetivo deste trabalho, temos no Tribunal de Contas a figura de maior expressão quando o assunto é o controle externo da Administração Pública no Brasil. A Constituição Federal de 1988 confere ao Tribunal de Contas da União o exercício do controle externo das contas públicas federais, em auxílio ao Poder Legislativo. Seu estudo será melhor detalhado em capítulo próprio.

Foi também com a nova ordem constitucional de 1988 que a atividade de controle ganha reforço com a previsão expressa do sistema de controle interno. A nova organização administrativa do estado brasileiro dispõe em sua estrutura acerca da existência de unidades de ouvidoria, corregedoria e controladoria, as quais passam a ser vistos como peças essenciais ao funcionamento da engrenagem que busca cada vez mais a efetividade das políticas públicas, assumindo assim uma posição de protagonismo no exercício da atividade de controle.

A importância dessas instâncias de controle interno remonta a ideia de superação dos dizeres de Miguel Seabra Fagundes¹⁰, para o qual administrar seria aplicar a lei de ofício. Há tempos que a estrita aplicação da lei, a partir de sua literal disposição, não atende suficientemente o que se espera da Administração Pública. Neste sentido a mais alta corte do

¹⁰ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. São Paulo: Forense, 1979, pp. 4-5.

país, o Supremo Tribunal Federal, por meio do julgamento do Recurso Extraordinário nº 641.334¹¹, de relatoria do então Ministro Ayres Britto, assentou que

[...] o lapidar conceito de Miguel Seabra de Fagundes, de que administrar é aplicar a lei de ofício, é de ser visto sob nova perspectiva. Isso porque o art. 37 da Constituição Federal tornou o Direito maior do que a lei ao fazer da legalidade apenas um elo, o primeiro elo de uma corrente de juridicidade que ainda incorpora a publicidade, a impessoalidade, a moralidade, a eficiência. Ou seja, a lei é um dos conteúdos desse continente de que trata o art. 37. É dizer: o administrador deve aplicar a lei e, ainda, observar todos os princípios de que o Direito se constitui. Então, se tivéssemos que atualizar o conceito de Seabra Fagundes, adaptando-o à nova sistemática constitucional, diríamos o seguinte: administrar é aplicar o Direito de ofício, não só a lei.

Supera-se pois aquela postura positivista e dogmática extrema da lei, para uma aplicação sistemática do Direito em todas as suas dimensões, mormente a partir da aplicação dos princípios que regeram a reforma administrativa do estado brasileiro, dentre os quais não se pode deixar de destacar o princípio da eficiência, icônico desse novo modelo de organização administrativa.

É com essa visão, para muito além do formalismo à lei, que as ouvidorias, corregedorias e controladorias, enquanto órgãos de controle interno dos poderes da república, passam a exercer relevante papel de orientar, fiscalizar, disciplinar e auditar as atividades da Administração Pública brasileira.

O sistema de controle interno não encontra sua legitimação diretamente no princípio constitucional das separações dos poderes, mas sim no princípio administrativo da autotutela, o qual será adiante melhor explorado.

O próprio texto constitucional dispõe que uma das atribuições do controle interno é auxiliar o controle externo. Sendo certo que a atividade de controle externo da Administração Pública decorre da separação dos poderes, é possível concluir que o sistema de controle interno da atividade estatal sofre reflexos da aplicação dessa teoria.

¹¹ STF. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 641.334**. Relator: Min. Ayres Britto. Diário de Justiça Eletrônico. Julgado em 30 mar. 2012, disponibilizado no DJe-070 em 10 abr. 2012, publicado no DJe-070 em 11 abr. 2012.

2.3 Controle da Administração Pública: excursão histórica e definições

O termo controle vem do latim *contra rotulum*, em francês “contre-rôle”, do qual deriva o vocábulo controle. Trata-se do registro que efetua o confronto com o original e serve para verificar os dados, abreviando-se essa expressão em controle. O controle consiste em estabelecer a conformidade de uma coisa em relação a outra coisa, o que justifica a necessidade de um rôle ideal, de um modelo ou *standard* que serve de medida a ser comparada na execução da atividade de controle.

Odete Medauar¹² leciona que o controle da administração pública é a verificação da conformidade da atuação desta a um cânone, possibilitando ao agente controlador a adoção de medida ou proposta em decorrência do juízo formado.

Para Di Pietro¹³ “a finalidade do controle é a de assegurar que a Administração atue em consonância com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico”. Continua a autora que “o controle constitui poder-dever dos órgãos a que a lei atribui essa função, precisamente pela sua finalidade corretiva”.

Trata-se, portanto, a atividade de controle de um poder que não pode ser renunciado e nem retardado, sob pena do não atingimento de sua finalidade e da responsabilização a quem fora atribuída tal competência. A obrigatoriedade de seu exercício decorre de sua natureza integradora a uma função estatal.

A atividade de controle revela-se como instrumento de garantia do desenvolvimento individual e intersubjetivo do cidadão (titular do poder) em face do Estado, especialmente quanto àqueles que atuam em seu nome, fazendo-lhe as vezes.

O controle da Administração Pública tem por objetivo verificar a legitimidade e oportunidade da forma, além de analisar o fim (causa final) da atuação do Estado, de modo a encontrar a correspondência entre “antecedente e consequente”, entre “forma prevista e fim proposto” com “forma executada e finalidade realizada”¹⁴.

Normas internacionais há muito preveem a necessidade de controle da atuação administrativa. O artigo 15 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão dispõe que “A sociedade tem o direito de pedir conta a todo agente público de sua administração”. No direito brasileiro, por determinação constitucional, sobremaneira a partir da Constituição de 1988, o

¹² MEDAUAR, Odete. **Controle da administração pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 22.

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004, pp. 622-623.

¹⁴ FRANÇA, Phillip Gil. **O controle da administração pública**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 81.

Estado está sujeito a um efetivo aparato de órgãos e agentes de controle que atuam no sentido de impedir que a Administração pautе seus atos fora dos limites constitucionalmente institucionalizados.

A doutrina dispõe que diversas são as tipologias do controle. Partindo-se das tradicionais lições de Hely Lopes Meirelles¹⁵, temos que os tipos e formas de controle da atividade administrativa restam divididos a partir dos seguintes critérios: quanto ao poder, órgãos ou autoridade; quanto ao fundamento; quanto à localização do órgão que realiza; quanto ao momento em que ocorrem; quanto ao aspecto controlador.

A Constituição de 1988 consagrou o Estado Democrático de Direito e trouxe significativo avanço para a atividade de controle da Administração Pública, dispondo sobre a criação de sistemas de controle interno e externo do Estado, visando garantir a legalidade e eficácia, dentre outros, dos atos praticados pelo gestor público.

O estudo que se apresenta parte do arcabouço da Constituição, especificamente da análise dos sistemas de controle interno e externo consagrados na atual ordem constitucional. O artigo 74 da Carta Magna dispõe sobre a necessidade de estruturação e integração do controle interno nos três poderes, atribuindo a essa estrutura a competência de averiguar a legalidade dos atos e contratos administrativos e avaliar os resultados quanto à legalidade, eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal.

O texto constitucional de 1988 também estabeleceu em suas diversas normas, especialmente naquelas inscritas nos artigos 70 e 71, o controle externo da Administração Pública, a cargo do Poder Legislativo, com auxílio dos tribunais de contas.

A nova ordem constitucional, nas palavras de Di Pietro¹⁶, veiculou princípios inovadores e que traduzem o espírito democrático que norteou elaboração da carta da república. Para a administrativista é latente a preocupação em se buscar restringir a autonomia administrativa, aumentando-se a atuação e a importância da atividade de controle dos poderes da república sobre a Administração Pública, ganhando especial relevo a inserção cada vez maior de instrumentos de controle social na função fiscalizadora.

Ainda remanescem debates na doutrina especializada acerca da relação entre os institutos do controle e da hierarquia da Administração Pública. Celso Antônio Bandeira de

¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, pp. 566-627.

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Nota Introdutória.

Mello¹⁷, ao referir-se sobre a organização administrativa, defende que o termo controle deve ser utilizada em oposição à palavra hierarquia, haja vista que o controle corresponderia àquele poder que a Administração Pública centralizada dispõe para exercer influência sobre os atos da Administração Pública descentralizada, concepção essa que remete à figura da descentralização administrativa. Ainda segundo as lições do administrativista, a hierarquia na Administração Pública diz respeito ao exercício do poder numa relação de superioridade de uma autoridade em face de um inferior hierárquico, estando tal conceituação mais próxima da desconcentração administrativa. Partindo dessa leitura é que a organização da Administração Pública do Estado dividiu-se em direta e indireta.

A partir dessa visão consolida-se o entendimento pela distinção da figura do hierarca e do controlador, numa compreensão de que esse último, no cenário da descentralização administrativa, obrigatoriamente teria que ter seus poderes exercidos a partir de previsão em lei específica, ao passo que o hierarca, na desconcentração administrativa, teria seus poderes presumidos.

Em direção oposta, Hely Lopes Meirelles¹⁸ entende que a atividade de controle seria uma das espécies de formas de exercício do poder hierárquico, ao lado da coordenação, correção e comando, reconhecendo, no entanto, que o controle tem significado amplo e por isso mesmo alcançaria aqueles indivíduos que não estão submetidos ao poder hierárquico das autoridades administrativas.

Pacífico é que, qualquer que seja sua concepção, o exercício do controle deve-se pautar sempre em direção à finalidade de garantir a consecução dos objetivos da Administração Pública, contribuindo com a eficiência, agregando valor à gestão. Deve assegurar que a Administração Pública pratique seus atos em conformidade aos princípios impostos pelo ordenamento jurídico vigente, dentre eles, e principalmente, a legalidade, a moralidade, a finalidade pública, a publicidade, a motivação, a impessoalidade. Para além da atenção e respeito aos princípios, o controle também se debruça a analisar o mérito do ato administrativo, como forma de prestar assessoramento ao gestor público quando do exercício da discricionariedade administrativa.

A Administração Pública sujeita-se a controle por parte de todos os poderes da república, de modo que no exercício de suas funções administrativas o Estado estará sempre sob a baliza de sua própria atividade controladora. Ressalte-se que o controle abrange não só os órgãos e entidades do Poder Executivo, seja da administração direta ou indireta, mas alcança

¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 155.

¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 876.

também os demais poderes e o Ministério Público, quando estes estejam no exercício de suas função tipicamente administrativas.

Com a Constituição Federal de 1988 o Ministério Público, a partir das funções que lhe foram atribuídas, especialmente por força do artigo 129, passou a ser instituição com relevante destaque no controle da Administração Pública. Em que pese diversas outras instituições exercerem atividades de controle do Estado, a independência e estrutura organizacional do Ministério Público, juntamente com todos os instrumentos que lhe foram outorgados por meio da Carta Magna, a exemplo da competência para instaurar inquérito civil, expedir notificações, requisitar informações e documentos, determinar a realização de diligências investigativas, dentre outras, fazem com que este importante órgão revele-se como aquele com melhor estrutura e aptidão para o exercício do controle da Administração Pública.

É, no entanto, sob as atividades executadas pelos agentes controladores internos e externos do Poder Executivo federal que se voltam os objetivos do presente estudo.

2.4 O Direito Fundamental à boa administração e o contributo do controle das relações administrativas

Figurando, na contemporaneidade do Direito, os princípios e os direitos fundamentais no topo do sistema jurídico, resta cada vez mais afastada a ideia da mera e absoluta aplicação das regras legais. As leis em sua literalidade amoldam-se a um presente, e crescente, controle das políticas públicas que busca o sistemático acompanhamento das relações administrativas, nascendo daí o direito fundamental à boa administração pública.

É pacífico que os princípios e os direitos fundamentais condicionam e conduzem tanto a criação das normas quanto a aplicação de suas disposições, sendo o direito fundamental à boa administração pública uma decorrência dessa condicionante, pois que aqueles assumem determinante papel no controle substancial das relações administrativas.

Advirta-se, como o faz o professor Juarez Freitas, que “seria ingênuo – para dizer o mínimo – negar o longo caminho a percorrer na afirmação da hegemonia dos princípios fundamentais no terreno das relações de administração”¹⁹.

Atuando no assessoramento do gestor público em seu mister de efetivação das políticas públicas como consagradoras dos direitos fundamentais, que por sua vez são fundadas em

¹⁹ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 20.

princípios estruturantes da ordem jurídica, o controlador, nesse contexto, não deve descurar-se de que

Com tais premissas e com os olhos fitos nos objetivos fundamentais da Constituição (é dizer, na teleologia superior dos direitos fundamentais), a missão dos controles consiste em, gradativamente, reduzir a enorme distância entre “ser” e “dever-ser”, ou seja, entre o plano dos princípios fundamentais (inconfundíveis com meros princípios gerais) e a presente ambiência econômica e política, pouquíssimo afeita ao Direito Administrativo dignificado pela regência dominante do direito fundamental à boa administração²⁰.

Nem ao administrador público e nem ao controlador de sua atividade cabe mais apenas e tão somente a observância de regras formais prevista na norma jurídica, tal postura não mais atende ao que se espera desses atores para a efetivação do direito à boa administração. Há mais a se fazer, há muito a inovar.

A inovação no campo da gestão pública perpassa pela necessária ampliação da efetividade do controle da Administração Pública com o balizamento dessa importante atividade a partir dos objetivos fundantes da Constituição da República de 1988, o que exige sinergia entre esses dois atores (administradores e controladores) para o aperfeiçoamento tanto da execução quanto da avaliação da execução das políticas públicas. Não podem, no entanto, encastelarem-se e afastar-se do necessário estreitamento da relação entre Estado e cidadão, pois que é esse último o fim de toda a atuação administrativa.

Percebe-se que, para o estudo dessa necessária e harmoniosa interação entre a atividade administrativa e atividade de controle, a compreensão do que seria política pública contribui para o melhor desenvolvimento e equilíbrio das ações controladoras.

Geraldo Di Giovanni e Marco Aurélio Nogueira, na introdução do Dicionário de Políticas Públicas que organizaram, afirmam que, a partir do estabelecimento da democracia nas sociedades, a política pública passa a ser tratada como uma forma de exercício do poder, como resultado de uma complexa interação entre Estado e sociedade. Segundo os professores da Unicamp e Unesp, respectivamente,

é exatamente nessa interação que se definem as situações sociais consideradas problemáticas, bem como as formas, os conteúdos, os meios, os sentidos e as modalidades da intervenção estatal. Em sua determinação, pesam diferentes aspectos da economia, da estrutura social, do modo de vida, da cultura e das

²⁰ Ibid., p. 24.

relações sociais. Trata-se de uma intervenção estatal, de uma modalidade de regulação política e de um expediente com o qual se travam lutas e por distribuição²¹.

A política pública surge exatamente desse cenário de intensa interação dos problemas havidos no seio da sociedade e as variadas formas como o Estado intervém para atender aos interesses envolvidos, especialmente o interesse público.

Para o estudo das políticas públicas na área jurídica, preciosas são as transcrições de Ricardo Schneider Rodrigues em sua obra intitulada *Os Tribunais de Contas da União e o Controle das Políticas Públicas*, quando explica as lições da professora Maria Paula Dallari Bucci, para quem a definição desse instituto para o Direito deve ser compreendida como

um programa ou quadro de ação governamental, porque consiste num conjunto de medidas articuladas (coordenadas), cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito²².

A política pública revela-se como um instrumento estatal para o alcance de objetivos estabelecidos a partir da eleição de prioridades e metas, com o necessário recorte e dotação dos meios que se fizerem imprescindíveis a seu atingimento.

No contexto desse direito à boa administração os resultados da execução das políticas públicas são o termômetro para se tenha a eficiência esperada, estando o administrador público com o encargo da coordenação dos meios para a realização de relevantes e politicamente determinados objetivos estatais. O controle da administração não passa alheio a toda essa dinâmica.

Nesta senda, o Direito Administrativo, como ensina o professor Juarez Freitas, revela-se um conjunto de princípios e regras, em rede, que devem reger (não só formalmente, mas na substância) a concretização do Estado Democrático no âmbito das relações da Administração Pública²³. É possível afirmar, com base nessas lições, que a atividade de controle deve pautar sua análise dos atos administrativos praticados pelos administradores públicos realizando uma interpretação teleológica da Carta Magna, com inspiração nos seus princípios e objetivos fundantes, avaliando-se as tomadas de decisões à partir dos resultados das execuções das

²¹ DI GIOVANNI, Geraldo; NOGUEIRA, Marco Aurélio. Introdução. In: DI GIOVANNI, Geraldo; NOGUEIRA, Marco Aurélio (Org.). **DICIONÁRIO DE POLÍTICAS PÚBLICAS**. 3. ed. São Paulo: Editora UNESP, 2018, pp. 15-32.

²² RODRIGUES, Ricardo Shneider. **Os Tribunais de Contas e o Controle de Políticas Públicas**. Maceió: Viva Editora, 2014, pp. 122-127.

²³ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 25.

políticas públicas, de modo a promover a concretização do direito fundamental à boa administração pública.

Algumas posturas são essenciais para que esse direito fundamental à boa administração seja efetivado, a saber: (i) transparência das informações públicas e das relações administrativas travadas pelo Estado, respeitando-se a regra do acesso aos dados públicos (resguardados os casos de sigilo previstos em lei); (ii) dialogicidade e concretização da processualidade administrativa, sempre em garantia aos direitos constitucionais ao contraditório e a ampla defesa, dispondo ao cidadão administrado a resposta que da Administração Pública se espera sempre que provocada, buscando, sempre que possível, inserir o indivíduo nas tomadas das decisões públicas que irão afetá-lo; (iii) respeito e promoção da igualdade de tratamento pela Administração Pública, adotando postura imparcial, afastando escolhas detrimenrosas ou viciadas (especialmente em relação às ideologias políticas envolvidas); (iv) retidão e probidade como comportamento inegociável, não apenas vedando condutas desonestas mas, sobretudo, punindo-as exemplarmente na forma da lei como forma de desestimular sua reiteração e de prestar contas à sociedade de que não há aceitação ou leniência por parte do Estado à condutas ilícitas; (v) comportamento proativo e sempre em busca da eficiência e eficácia da Administração Pública, perseguindo os melhores resultados para o atingimento dos objetivos previstos na Constituição da República²⁴.

Nesse universo afeto ao direito à boa administração pública cabe ao órgão ou agente controlador incentivar o respeito aos princípios e direitos fundamentais, contribuindo com a racionalidade das decisões do agente público para que esse não se descuide da ideia de um sistema jurídico sistematizado e que dispõe em seu topo os princípios e direitos fundamentais como diretrizes superiores, não sendo mais suficiente ao administrador público a conduta de mero acatamento das regras legais, servindo, pois, o controle como instrumento de boa interpretação tópico-sistemática.

2.5 A evolução do Controle Público

É na modernidade, no final da década do século XX, que a sociedade experimenta a era do conhecimento e um forte e permanente processo de transformação permeado de inovações tecnológicas, sociais, econômicas, políticas e organizacionais, com a informação como elemento de ruptura e revolução.

²⁴ Ibid., pp. 26-28.

Esse novo período vivido em todo mundo revelou-se o laboratório para a formação do Estado Democrático de Direito, marcado sobretudo por fortes exigências para um Estado transparente e participativo. A Administração Pública não passou ilesa pelas várias tendências frutos dessa evolução, e por isso mesmo fora chamada a estreitar suas relações com a sociedade, que passou a exigir maior publicidade das informações públicas (passando a admitir o sigilo apenas como exceção), além de uma constante busca pela eficiência de seus atos. A desregulamentação, a massificação do caráter privado às relações de emprego, a privatização de áreas e entidades públicas com um largo uso do direito privado foram ainda fatos marcantes para esse processo de mudança.

A partir de constituições cada vez mais consagradoras dos direitos sociais a serem assegurados pelo Estado, a democracia foi se consolidando. Porém, com ela vieram as crises democráticas marcadas, sobretudo, pela impossibilidade do Poder Público em atender às demandas de efetivação dos direitos prometidos. Com isso passamos a assistir a uma crise de toda ordem: fiscal, de legitimidade e de governabilidade. Tal desordem então fez com que a sociedade de um modo em geral, especialmente no aspecto político e econômico, passasse a exigir novos padrões de estrutura e atuação da Administração Pública.

Ainda no século XX, mas dessa vez na década de 90, há o início de um movimento de reforma da Administração Pública. Marcado por diversificadas denominações, como Reforma do Estado, Renovação da Administração Pública, Modernização do Estado, esse período de clamor por ações de inovações da máquina pública tinha como fundamental objetivo uma nova Administração Pública marcada pela eficiência e transparência, a chamada boa administração ou bom governo²⁵, com a implantação da reforma do aparelho organizacional estatal com finalidade de redução do tamanho do Estado e o estabelecimento de mecanismos de desenvolvimento sustentável, mediante o restabelecimento de equilíbrio entre receita e despesa, estruturação de reformas fiscal, administrativa e previdenciária e a criação de legislação que estabeleça rígidos critérios de responsabilidade da gestão e austeridade fiscal das contas públicas.

No Brasil esse movimento de modernização da estrutura da Administração Pública teve ponto marcante no ano de 1995, com a implantação do que o governo à época convencionou denominar de Plano de Reforma do Aparelho do Estado. A ideia política dominante era de redução da máquina pública, para tornar menor o tamanho do Estado, acompanhado de outras finalidades, como a expectativa do pagamento da dívida pública

²⁵ MILESKI, Helio Saul. **O controle da gestão pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 211.

assumida, adoção de mecanismos para o reequilíbrio entre receitas e despesas públicas, o estabelecimento de instrumentos necessários a um desenvolvimento sustentável, nova formatação do sistema fiscal e intensas mudanças na previdência social e fortes alterações na legislação para a implantação de uma austera responsabilidade da gestão fiscal.

Para essa nova ideia de Estado haveria, pois, também, a necessidade de uma atividade fiscalizadora que acompanhasse seus novos paradigmas. O aparato de controle da Administração Pública deveria, no mínimo, estar preparado para assegurar que esse novo aparelho estatal atuasse em consonância com as transformações esperadas, a partir desse novo *standard* que era a reforma posta.

Assim, o controle do Estado passou a ser demandado para uma modernização de seus procedimentos a fim de acompanhar as novas ações de uma Administração Pública reformista, ou seja, um novo modo de agir de um controle para uma nova realidade de Administração Pública. Para isso exigiu-se dos órgãos e agentes controladores aquilo mesmo que da Administração Pública passou-se a cobrar, que fosse uma atividade eficiente, proba e transparente.

O grande desafio do controle passou a ser não somente exigir dos agentes de gestão pública o simples atingimento das finalidades públicas e a satisfação das necessidades coletivas, mas, para muito além disso, que fossem assegurados os melhores resultados quantitativos e qualitativos na execução de políticas públicas. Diante de uma sociedade moderna, cujo feixe de direitos encontra-se encartado na Constituição sob o prisma dos direitos fundamentais, o dever estatal de materialização desses exige do controle da Administração Pública uma atuação cada vez mais próxima do seu destinatário. A participação ativa dos cidadãos, em sua maioria materializada por meio de organismos sociais, como por exemplo os conselhos representativos, passa a ser um reclame frequente no cotidiano da Administração Pública.

O cumprimento efetivo da missão institucional do Estado passa a contar não apenas e tão somente com a atuação do administrador público e do controlador de seus atos. O indivíduo passa a cobrar diuturnamente sua participação na gestão da coisa pública, clamando pela ampliação de canais que possibilitem ao cidadão não mais ter apenas uma representação democrática (mediante a escolha de seus representantes políticos), mas sim a partir de uma postura participativa como nova faceta da democracia posta. O controle da Administração Pública é então provocado a estimular um comprometimento no âmbito da gestão pública que estreite cada vez mais a relação entre administradores públicos, controladores e os administrados.

O Estado Democrático de Direito passa a ser marcado por uma forte exigência de transparência dos atos e decisões tomadas por quem está à frente do Poder Público, contando com uma forte e presente participação popular, o que se convencionou chamar de controle social. Um novo tipo de controle em que, com atuação paralela ao aparato de controle até então existente, o cidadão toma para si a postura de controlador e passa a ser mais um fiscal da conformidade da atuação do gestor público, acompanhando a eficiência e o resultado de seus atos.

Não se trata de uma modalidade de controle autônomo e nem tem o intento de substituir o controle do Estado regulamentado. Ao contrário, o controle social surge e se consolida cada vez mais como importante complemento ao controle institucional, dependentes deste para que seus resultados tenham a eficácia esperada. Diz-se isso porque as conclusões que qualquer organismo ou cidadão venha a adotar no exercício do controle social devem ser dirigidas às instituições legalmente postas (órgãos de controle interno do Estado, Tribunais de Contas, Ministério Público, etc) para que medidas sejam adotadas. É dizer assim que o controle social sempre há de buscar a própria Administração Pública quando detectar falhas dessa.

O controle social não há de se sobrepor, portanto, ao aparato controlador da Administração Pública. Não exclui os controles institucionalmente postos, até mesmo porque desses necessita para garantia de sua eficácia. É bem verdade que independência e universalidade são características marcantes do controle social, mas suas ações não são suficientes para, *per si*, produzir resultados, haja vista que dependem dos órgãos e agentes controladores do Estado para isso. O controle social é, no entanto, importante e imprescindível aliado para o controle institucional, ambos exercendo suas funções mediante uma atuação conjugada, que caracteriza, de certo, uma das maiores marcas da evolução do controle público.

2.6 Direito ao Desenvolvimento e Eficiência Administrativa

Foi com a Reforma Administrativa, consolidada com a Emenda Constitucional nº 19, de 1998, que a eficiência passa a ser prevista expressamente como princípio fundamental da Administração Pública. A referida Emenda Constitucional modificou o regime administrativo e dispôs sobre princípios e normas da Administração Pública, sobre servidores e agentes políticos, bem como acerca do controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, modificando a redação do art. 37 da Constituição Federal.

Uma das maiores contribuições da Reforma Administrativa, veiculada por meio da EC 19/98, é a previsão expressa do princípio da eficiência como marco maior da manifesta intenção

da superação do modelo burocrático rumo à implantação do modelo gerencial. A partir de então a Administração Pública brasileira passa a preocupar-se menos com os processos e mais com a obtenção de resultados.

É necessário registrar que a expressa previsão do princípio da eficiência no texto constitucional com a EC 19/98 não o trouxe pela primeira vez ao cenário da Administração Pública brasileira. Conforme leciona Emerson Gabardo, em sua obra *Eficiência e Legitimidade do Estado*,

No Brasil, a eficiência tornou-se princípio constitucional expresso a partir da Emenda Constitucional nº 19/98, que alterou a redação do caput do artigo 37. Isso não implica asserir que a reforma introduziu uma novidade no sistema administrativo nacional. O princípio constitucional da eficiência administrativa já se denotava implícito na Carga Magna. Assim sendo, é importante considerar que a natureza da eficiência como norma constitucional não compreenderá a essência neoliberal que permeou os trabalhos reformadores. A eficiência como mero símbolo ou valor ideológico não se confunde com a sua manifestação jurídico-normativa²⁶.

A disposição literal do princípio da eficiência na Carta Magna demonstrou a manifesta intenção do legislador constituinte de tornar obrigatória a busca pelos melhores resultados no exercício da atividade administrativa, consolidando diversas mudanças que, ao longo do tempo, provocaram mutações na Administração Pública brasileira. Acerca dessas transformações Maria Sylvia Zanella Di Pietro expõe um panorama e assevera que a Emenda Constitucional nº 19/98 veiculou em seu texto diversas previsões normativas com a finalidade de assegurar o atingimento dos objetivos da Reforma da Administração, citando como exemplos

- (a) inclusão da eficiência entre os princípios da administração (art. 37, caput);
- (b) introdução do §8º no art. 37 da CF/88, prevendo contratos a serem firmados entre o poder público e dirigentes de órgãos públicos e de entidades da administração indireta (ainda não disciplinado em lei);
- (c) previsão de lei disciplinando os direitos dos usuários dos serviços públicos (art. 37, §3º), matéria parcialmente regulada pela lei nº 12.527, de 18-11-2011 (Lei de Acesso a Informação);
- (d) alteração do art. 175, parágrafo único, prevendo lei que institua o estatuto jurídico das empresas estatais e já estabelecendo alguns parâmetros, como sujeição aos princípios da licitação e submissão ao mesmo regime jurídico das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos civis,

²⁶ GABARDO, Emerson. **Eficiência e Legitimidade do Estado: uma análise das estruturas simbólicas do direito político**. Barueri, SP: Manole, 2003, p. 185.

comerciais, trabalhistas e tributários (dispositivo até hoje não disciplinado em lei); (e) previsão de gestão associada de serviços públicos entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, por meio de convênios e consórcios, com a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos (art. 241, já disciplinado pela lei nº 11.107, de 6-4-2005, regulamentada pelo Decreto nº 6.017, de 7-1-2007)²⁷.

É verdade que é com a disposição expressa no texto constitucional que a eficiência ganha relevo e passa a contar com diversas outras normas para impulsionar a busca pelo melhor rendimento da Administração Pública. A lei nº 9.784/1999 é um bom exemplo disso. Ao regular o processo administrativo no âmbito da Administração Pública federal, a referida lei dispôs acerca da proteção dos direitos dos administrados e do melhor cumprimento dos fins da Administração, alçando o princípio da eficiência como corolário de observância obrigatória. A eficiência buscada pela lei nº 9.784/1999 reforçou ainda mais todo o processo da nova organização administrativa brasileira, mormente pelo fato de reafirmar os institutos da descentralização e da desconcentração na finalidade da melhoria da prestação do serviço público.

O controle do Estado então ganha nova roupagem e revela-se imprescindível instrumento para a consolidação da eficiência do serviço público brasileiro, contribuindo, dentre outros, para a eficácia dos atos de gestão e a instalação da cultura da transparência das informações públicas. É nesse contexto que os órgãos de controle já existentes passam a ter maior espectro de atuação, enquanto outros são instituídos, a exemplo do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), os quais, criados com a Emenda Constitucional nº 45/04, possuem, dentre outras, a competência para receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário (inclusive contra seus serviços auxiliares) e do Ministério Público, sem prejuízo da competência disciplinar e correccional da instituição, podendo avocar processos disciplinares em curso, determinar a remoção ou a disponibilidade e aplicar outras sanções administrativas, assegurada a ampla defesa.

Concebidas como instrumentos de controle, as unidades de ouvidorias foram sendo, aos poucos, criadas e implantadas nos órgãos e entidades públicas para o recebimento e processamento dos reclames da sociedade quanto à prestação dos serviços públicos. Nesta mesma esteira foram instituídas as corregedorias, com a finalidade de apurar e perseguir a

²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 63.

responsabilização administrativa de servidores públicos, como forma de fiscalizar a busca da eficiência dos serviços. Há ainda, nesse contexto, o movimento de criação e fortalecimento das controladorias internas, para o fim de aperfeiçoamento dos mecanismos de controle intrínsecos a cada órgão. Exemplo maior é a Controladoria-Geral da União (CGU). No âmbito da Administração Pública federal, pertinentes são as lições de Hely Lopes Meirelles quando sustenta que

compete à Controladoria-Geral da União assistir direta e imediatamente ao Presidente da República, no desempenho de suas atribuições, quanto aos assuntos e providências que, no âmbito de Poder Executivo, sejam atinentes à defesa do patrimônio público, ao controle interno, à auditoria pública, à correção, à prevenção e ao combate à corrupção, às atividades de ouvidoria e ao incremento da transparência da gestão no âmbito da Administração Pública Federal²⁸.

Todo esse aparato de agentes e órgãos de controle direcionam a organização administrativa no caminho do alcance da eficiência, contribuindo para que a Administração Pública busque a constante melhoria de seus serviços e controle dos resultados, motivo pelo qual podemos afirmar que a palavra-chave da organização administrativa contemporânea é eficiência.

Os novos contornos dessa Administração Pública contemporânea revela uma constante busca da superação dos modelos patrimonialista e burocrático, em que pese seja possível encontrar resquícios desses. Com bastante clareza, Eurico Bitencourt Neto expõe as características marcantes dessa contemporânea organização administrativa, enaltecendo diversos pontos que merecem destaque, a saber

- (i) a crise da figura do ato administrativo autoritário e a busca por formas de atuação concertadas;
- (ii) compreensão do Direito Administrativo como Direito dos particulares em suas relações com a Administração Pública;
- (iii) mudança de lógica da atuação administrativa, da predominante resolução pontual de questões concretas para a conformação da realidade social (Administração prefigurativa ou prospectiva, constitutiva, planificadora, infraestrutural ou reguladora);
- (iv) busca pela administração do Estado regulador, de um novo paradigma organizatório, multiorganizacional, com especial relevância para uma organização menos piramidal e mais em rede;
- (v) crise da noção de interesse público ou interesse geral como asseguradora

²⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, pp. 877-878.

de uma legitimidade de princípio da Administração Pública, agora instada a conquistar ao menos parte de sua legitimidade pela eficiência de sua atuação; (vi) a abertura da organização administrativa a uma participação externa dos cidadãos e de instituições privadas; (vii) o desenvolvimento de modelos de organização partilhada, em que órgãos ou entidades perseguem fins comuns a diversos órgãos ou entidades públicas, de que são exemplos os consórcios públicos; (viii) a criação de entidades reguladoras independentes, com a pretensão de assegurar parcial autonomia regulatória em relação ao poder político, no âmbito de serviços públicos delegados ou setores relevantes da atividade econômica; (ix) a complexificação da organização administrativa sob a forma jurídico-privada, com a criação de empresas estatais em cascata; e (x) o fenômeno da transnacionalização do Direito Administrativo, a partir da crise do princípio da territorialidade como âmbito de incidência do Direito, seja com o surgimento de decisões administrativas nacionais com efeitos transnacionais, especialmente no âmbito da União Europeia, seja pelos efeitos da globalização num fenômeno de aproximação dos regimes administrativos nacionais, seja, ainda, pela formação de um Direito Administrativo global²⁹.

O direito fundamental ao desenvolvimento de uma sociedade passa necessariamente pela eficiência administrativa do Estado, conduzindo a atividade estatal à consecução dos objetivos constitucionalmente postos, mediante moderna estrutura e ações em rede de diálogo com o cidadão administrado.

Para todas essas características a atividade de controle concorre como instrumento balizador para que a Administração Pública persiga os melhores resultados na prestação de seus serviços, motivo pelo qual os mecanismos de controle passam a ganhar destaque no cenário da organização administrativa contemporânea, especialmente a partir do surgimento de novos órgãos e aperfeiçoamento dos já existentes.

2.7 Administração Pública Policêntrica: da crise aos desafios para a atividade de controle

Termos como neoliberalismo e globalização tomaram conta das discussões políticas e econômicas a partir da década de 1990, passando então a provocar sucessivas transformações na organização administrativa brasileira. O adjetivo neoliberal traduzia aquela postura em

²⁹ BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Direito da Organização Administrativa e a Constituição de 1988. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabricio (Coords.). **O Direito Administrativo nos 30 anos da Constituição**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, pp. 74-78.

defesa da livre iniciativa e da redução da figura do Estado, ao passo que a globalização representava uma significativa mudança nas formas de relacionamento entre os estados nacionais e os indivíduos com supressão das distâncias e limites territoriais, culminando numa nova interpretação das realidades social e econômica.

Com a estagnação econômica a partir da década de 1970, o capitalismo, que havia impulsionado o crescimento da economia mundial por cerca de 30 anos (especialmente no período imediato ao pós-guerra), sofre abalos e o modelo de desenvolvimento socioeconômico até então vigente, que tinha como característica marcante uma forte intervenção estatal em praticamente todas as esferas da vida social, exige mudanças, as quais, reforçadas com as ideias liberais, buscaram reativar as economias e colocar novamente o mundo na rota do crescimento. Protagonizado, inicialmente, pelo governo de Margaret Thatcher, no Reino Unido, e de Ronald Reagan, nos Estados Unidos, o neoliberalismo ganhou forças e provocou diversas rupturas nas estruturas dos estados nacionais.

No Brasil, havia aqueles que defendiam profundas reformas nas mais diversas áreas como forma de adaptação do país ao mundo globalizado. Especialmente para os defensores das ideias neoliberais, a Administração Pública teria que adaptar-se à essa nova tendência. De outro lado estavam os críticos à mudanças mais drásticas, em defesa da integridade e do papel do Estado.

A filosofia neoliberal apregoava ideias que, primeiramente, ganharam assentos nos países mais desenvolvidos à época, como Inglaterra e EUA, mas que em pouco tempo lançou-se em todos os continentes, inclusive em governos de orientação predominantemente socialista, a exemplo do governo de González, na Espanha. As principais bandeiras defendidas pelos neoliberais eram as privatizações, acompanhadas de desregulamentações com a abertura dos mercados nacionais, sob o argumento de que a regulamentação excessiva da economia pelo Estado inibia investimentos privados e o crescimento econômico.

No território brasileiro, é fato marcante, a partir de 1990, a saída do domínio estatal de alguns mercados com as consequentes privatizações de empresas de diversos setores, como petroquímica, energia elétrica, telefonia, siderurgia, dentre outros. O país passa de produtor de matéria prima industrial e de fornecedor de infraestrutura para a iniciativa privada a titular de um papel regulatório desses recém-criados mercados a partir das privatizações ocorridas. O modelo brasileiro escolhido para exercer essa função reguladora surge a partir da criação de agências reguladoras específicas para cada mercado objeto da regulação.

Em que pese o transcurso de algumas décadas, podemos afirmar que a regulação é uma experiência nova no Brasil, como também o é o modelo de organização administrativa para

executar esse papel mediante a criação de agências, e não por meio da Administração Pública direta. As privatizações levadas à cabo pelo Estado brasileiro trouxe novidades tanto no conteúdo (em relação aos novos mercados recém criados) quanto na forma (regulação por meio das agências reguladoras).

O desafio, neste cenário, para a Administração Pública brasileira é fazer com que os interesses públicos prevaleçam sobre os interesses particulares, especialmente os dos grandes mercados captadores do espaço público. Essa dificuldade a ser superada não é tarefa única e exclusiva das agências reguladoras criadas, mas também da Administração Pública direta, à qual as agências encontram-se vinculadas, principalmente por depender, essencialmente, da capacidade dos entes reguladores de se relacionarem com os agentes econômicos, muitos deles até desconhecidos em profundidade, haja vista que o mercado brasileiro encontra-se aberto à interferência de agentes econômicos internacionais com amplo poder e maior experiência nas suas áreas de atuação.

A denominada Reforma do Estado, executada no Brasil sobretudo a partir do Plano Diretor de Reforma do Estado (PDRE) de 1995, trouxe inúmeras inovações à organização administrativa nacional, dentre as quais destacamos a enorme quantidade de novas autoridades administrativas dotadas de elevado grau de autonomia em relação ao Poder Executivo.

As agências reguladoras independentes no Brasil, conforme assinala Gustavo Binenbojm³⁰, sofreram fortes influências do modelo anglo saxão a partir da figura da *independent regulatory agency* existente nos Estados Unidos desde as últimas décadas do século XIX (1887), e cujo ápice deu-se durante a New Deal³¹.

As agências reguladoras brasileiras foram criadas como instrumentos para superar os trâmites burocráticos dos ministérios executivos e proporcionar maior independência para a atividade regulatória a partir da despolitização da regulação dos setores da economia, afastando-se das escolhas políticas, especialmente aquelas do Presidente da República, criando, assim, um ambiente regulatório que buscasse não sofrer interferências político-eleitorais, aproximando-se mais da tecnicidade e de uma gestão profissional. Essas autoridades independentes traduzem uma quebra do vínculo de unidade no interior da estrutura da Administração Pública brasileira, haja vista que suas atividades passam a ser executadas por pessoa jurídica externa tanto à administração direta quanto em relação à responsabilidade política do governo. Característica

³⁰ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 43.

³¹ Série de programas implementados nos Estados Unidos entre os anos de 1933 e 1937 pelo governo do então presidente Franklin Delano Roosevelt, o New Deal tinha objetivos de proporcionar a recuperação da economia norte-americana e de auxiliar os prejudicados pela Grande Depressão.

marcante é o elevado grau da autonomia política da agência reguladora em relação à chefia da Administração central. Rompe-se assim o modelo tradicional de organização administrativa, até então dominante, revelando-se a superação de um formato piramidal para uma configuração polissêmica da Administração Pública brasileira.

Essa polissemia da Administração Pública é consequência das reformas sofridas pelo Estado brasileiro ao longo de décadas, e tem como princípio balizador o da eficiência.

O mundo inteiro tem passado por sucessivas e exigentes transformações, obrigando os Estados nacionais a apresentarem respostas para os mais complexos problemas sociais e econômicos, os quais suscitam novos arranjos institucionais e o desenvolvimento da capacidade inovadora de gestão. Os Estados contemporâneos são confrontados com cenários de maior exigência da participação do indivíduo nas decisões da sociedade a que fazem parte. Países em desenvolvimento, como o Brasil, buscam superar as desigualdades sociais, mediante o crescimento econômico. E aqui a solução a ser implementada foge ao desejo ideológico da presença ou ausência do Estado, ao revés, exige necessariamente sua eficiência na prestação dos serviços públicos. O Estado brasileiro passa cada vez mais a ser demandado para que implemente políticas públicas de forma eficiente e efetiva para atender às necessidades da sociedade e a garantir o desenvolvimento da economia.

Nesse contexto, a atividade de controle assume relevante papel impulsionador para o a efetivação da eficiência na Administração Pública, especialmente mediante instrumentos de controle social, com a ampliação dos canais de participação e a solidificação dos preceitos democráticos, já que a relação da Administração Pública com o cidadão se estreita cada vez mais com a difusão de novas tecnologias.

Com a disseminação de canais de interação e os mecanismos de acesso à informação, o indivíduo passa a expressar cada vez mais suas exigências e torna-se mais vigilante dos custos e da qualidade dos serviços prestados pela Administração Pública. Como consequência desse movimento, a própria Administração Pública e os agentes que a representam passam a ter que demonstrar mais eficiência técnica para o atingimento dos resultados que deles se esperam. Nesse novo e mutante contexto, as inovações tecnológicas exigem tomadas de decisões que garantam os melhores resultados, mediante modelos de gestão que proporcionem celeridade, eficiência e responsividade aos reclames da sociedade.

A atuação dos órgãos de controle revela-se, pois, como instrumento de assessoramento e fiscalização do agente público no exercício de suas atribuições funcionais, servindo como baliza para que a Administração Pública atinja as finalidades sociais do Estado.

O gestor público é desafiado a constantemente atuar com excelência técnica e gerencial, que não se restringe à mera adoção de tecnologias, mas que exige, sobretudo, atenção à eficiência que se espera dos serviços públicos, a partir de decisões e sob a vigília dos órgãos de controle. Na esteira das lições de Bernardo Kliksberg, é importante que o administrador público preserve o compromisso

com uma política nacional de administração pública que envolva, entre outros aspectos, a concepção totalizadora da máquina pública, a orientação para a inovação, o desenvolvimento das capacidades de pesquisa organizacional, a integração regional e o compromisso social da Administração Pública³².

A atividade de controle vê-se então diante de um cenário em que deve, para além de ser um fiscal da lei, atuar em conjunto com o administrador público para que juntos, e numa relação de auxílio mútuo, possam implementar um visão global e estratégica do Estado e da Administração Pública, para que assim o Brasil tenha instrumentos para o enfrentamento dos desafios do presente e do futuro, a partir das singularidades regionais de um país de dimensões continentais.

A Administração Pública brasileira ainda revela diversas e significativas fragilidades. Muito embora registre importantes avanços, há a necessidade da atividade administrativa evoluir sua capacidade de responder com eficiência e tempestividade aos desafios do século XXI, face as crescentes demandas da sociedade brasileira. A modernização da Administração Pública é papel que pode e deve ser impulsionado pela atividade de controle, pois é vigiando e controlando que a Administração Pública poderá corrigir e ajustar os rumos e aperfeiçoar seu modelo de gestão para assim alcançar os seus diversos objetivos.

2.8 A Era digital e o Controle da Administração Pública

As transformações oriundas da tecnologia são de magnitude tal que não passam despercebidas pela sociedade. Os avanços tecnológicos repercutem no comportamento humano e no funcionamento das organizações de toda natureza, sem respeitar qualquer fronteira. De igual modo pela Administração Pública.

Indivíduos das mais variadas idades, classes sociais e grau de instrução consomem parte do dia conectados à grande rede mundial de computadores, recebendo e distribuindo informações por meio das redes sociais, relacionando-se com outras pessoas físicas e jurídicas.

³² KLIKSBERG, Bernardo. **Como Transformar o Estado: Para Além de Mitos e Dogmas**. Brasília: ENAP, 1992, pp. 65-83.

É natural que os cidadãos, nesse contexto digital, passem a exigir o mesmo quando necessitem interagir com o poder público, não sendo mais interessante e nem aceitável que a Administração Pública continue relacionando-se presa a carimbos e papéis burocráticos.

A transformação digital da Administração Pública ultrapassa a finalidade da busca de maior eficiência e qualidade na prestação de serviços, e passa a representar excelente oportunidade para que se faça mais e melhor pelo cidadão, com menor dispêndio de recursos públicos.

Com a sociedade da informação o Estado passa a dispor de um ativo essencial para incremento na atividade de controle: a informação. A Administração Pública gerencial proporcionou a mudança de foco do controle da legalidade para fazer com que o escopo de atuação dos agentes controladores passem a direcionar seu foco para um controle de resultados, incrementado especialmente pelos órgãos do sistema de controle interno, haja vista estarem mais próximos do ente controlado. A era digital revela-se, então, um ambiente propício para que os resultados sejam melhor avaliados.

O Ministro Aroldo Cedraz de Oliveira, do Tribunal de Contas da União, citando Mario Hermann, afirma que a era digital da Administração Pública tenciona uma revolução digital perene e veicula consigo princípios da dita quarta revolução industrial, dentre eles a interoperabilidade, virtualização, descentralização, coleta e análise de dados em tempo real, orientação a serviços e modularidade³³.

A Administração Pública deve atentar-se de que a tecnologia há de ser implementada em favor do principal destinatário dos serviços públicos, o cidadão, e por isso a gestão da informação, imprescindível na transformação digital do poder público, deve atuar como instrumento de salvaguarda da verdadeira razão de ser da evolução estatal. Exemplo de como a informação não tem sido objeto de uma gestão eficaz para o indivíduo que a procura, é o fato de existirem diversos cadastros da mesma informação do cidadão em variados bancos de dados mantidos por entes públicos, os quais muitas das vezes pertencem ao mesmo ente federado e ao mesmo poder da república, obrigando o cidadão a fornecer aquela mesma informação ou documento que facilmente poderia ser capturado pelo ente solicitante.

Os imensos e numerosos repositórios de informações mantidas pelo poder público devem ser capazes de dialogarem entre si mediante algoritmos que forneçam ferramental de apoio aos gestores públicos, proporcionando sensíveis melhorias na tomada de decisões para

³³ OLIVEIRA, Aroldo Cedraz de. Apresentação – O controle da Administração Pública na Era Digital. In: OLIVEIRA, Aroldo Cedraz de (Coord.). **O controle da Administração Pública na Era Digital**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 20.

execução das políticas públicas e programas de governo. Ressalte-se que esse é apenas um ponto de discussão da transformação digital da Administração Pública: a gestão da informação.

A Administração Pública brasileira ainda carece de uma efetiva e eficiente transformação digital. Aroldo Cedraz de Oliveira³⁴, nesse sentido, lembra o bom exemplo do Reino Unido, que no ano de 2016 foi consagrado pela Organização das Nações Unidas (ONU³⁵) como o país líder no ranking mundial de governo digital, creditando-se sua liderança à efetivação da criação de uma agência estatal específica para tratar da transformação digital pública, mediante o estabelecimento de claros e pré-definidos propósitos para o uso da tecnologia e definição de unidade de coordenação técnica competente, tudo articulado para uma eficiente interação entre o poder público e o cidadão.

Outro interessante exemplo a ser seguido é o da Estônia³⁶. De uma extrema situação de pobreza desde que se tornou independente da antiga União Soviética, em 1991, o país possui hoje um dos sistemas de governo digital mais eficientes do mundo. Praticamente todos os serviços públicos ofertados pelo governo da Estônia estão disponíveis aos cidadãos sem que esses se façam presentes fisicamente nos estabelecimentos públicos. Diz-se praticamente porque apenas três serviços (casamento, divórcio e transferência de imóvel) ainda exigem que o indivíduo desloque-se até o ente público para sua realização. No mais, ao cidadão estoniano é possível tomar um serviço público sem deslocamento ou a necessidade de um único papel. Necessária apenas a assinatura digital. Cerca de 1,3 milhão de habitantes, o que representa 98,2% de sua população, possuem documento de identificação digital, o qual dispõe de um chip que garante acesso a uma gama de mais de 500 serviços digitais prestados pelo governo. Além da facilidade aos cidadãos que precisam da Administração Pública, estima-se que o impacto econômico da transformação digital por que passou a Estônia proporcionou economia de algo em torno de 2% do Produto Interno Bruto (PIB) entre os anos de 2006 e 2016 devido à maciça digitalização dos serviços públicos. Com o investimento imenso de recursos destinados à área de educação (com a criação de programas de computador que conectaram as escolas do país de modo digital), pode-se creditar essa verdadeira revolução tecnológica da Estônia ao esforço do governo para tornar atrativo o investimento privado em infraestrutura digital, de modo que

³⁴ Ibid., p. 22.

³⁵ ONU. Organização das Nações Unidas. **Citizen Engagement Practices by Supreme Audit Institutions: Compendium of Innovative Practices of Citizen Engagement by Supreme Audit Institutions for Public Accountability**. New York, 2013. Disponível em: <<https://publicadministration.un.org/publications/content/PDFs/Compendium%20of%20Innovative%20Practices%20of%20Citizen%20Engagement%202013.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

³⁶ GOVE. **Governo Digital: o Caso da Estônia**. Disponível em: <<https://www.gove.digital/outras-tematicas/governo-digital-o-caso-da-estonia/>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

bancos e empresas apoiaram a ideia e vislumbraram uma excelente oportunidade de benefícios (também a si) com a melhoria nos processos governamentais. Todo o processo de desenvolvimento para a adesão à era digital da Administração Pública da Estônia incluiu, especialmente, a criação de um arcabouço de leis que proporcionassem um ambiente de regulamentações sustentáveis, alicerçado em padrões e transferência de informações entre os diversos órgãos públicos.

Outros países como México, Panamá, Finlândia e Uruguai trabalham de forma estreita e direta com a Estônia a fim de aderir à era digital a partir desse caso de sucesso³⁷. O Uruguai, digno de nota, é tido como a nação da América Latina mais avançada quando o tema é administração pública digital.

As lições que o Brasil pode extrair para adentrar de forma sustentável e eficaz na era da Administração Pública digital é de que se faz necessária a transposição das barreiras da burocracia e o estabelecimento de efetivas parcerias entre o Estado, a iniciativa privada, a academia, o terceiro setor e o cidadão, para que assim o país possa trocar a exigência formal de formulários impressos e seus carimbos por serviços digitais, a partir de informações e sistemas integrados que transformem a experiência do cidadão em sua forma de comunicação e interação com o poder público.

Com amparo nas palavras do Ministro do Tribunal de Contas da União, Aroldo Cedraz de Oliveira, podemos afirmar que

a transformação digital que se espera não será completa sem uma evolução do direito administrativo, visto que o sistema jurídico brasileiro se baseia no Civil Law, de origem romano-germânica, que tem como pontos fracos justamente a morosidade, a burocracia e o baixo pragmatismo, quando comparado com o Common Law presente no Reino Unido e nos Estados Unidos³⁸.

O objetivo final de uma Administração Pública digital é uma melhor prestação de seus serviços, mediante níveis de excelência e celeridade jamais ofertados, motivo pelo qual o uso da tecnologia é caminho sem volta.

Nesse contexto, os órgãos de controle revelam-se agentes indutores para o aperfeiçoamento do Estado, atuando no sentido de orientar e assegurar que os avanços da era digital proporcionem benefícios concretos para a sociedade, mediante uma assertiva condução

³⁷ UNIVERSO BPM. **COMO A ESTÔNIA CONSTRUIU UMA SOCIEDADE DIGITAL - UNIVERSOBPM**. Disponível em: <<https://www.universobpm.com.br/artigo/como-a-estonia-construiu-uma-sociedade-digital>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

³⁸ OLIVEIRA, Aroldo Cedraz de. Apresentação – O controle da Administração Pública na Era Digital. In: OLIVEIRA, Aroldo Cedraz de (Coord.). **O controle da Administração Pública na Era Digital**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 23.

estatal pela modernização das atividades da própria Administração Pública e na assunção de responsabilidade pela avaliação das práticas de governo digital.

A bem da verdade, diversos órgãos de controle, especialmente aqueles que tem como entes controlados os órgãos e entidades federais, já utilizam eficientes sistemas de gestão da informação, com o uso de ferramentas avançadas, realizando análise de risco das ações e decisões públicas, potencializando o uso da internet e dos avanços tecnológicos para transformar completamente as atividades de auditoria, com uso de técnicas aprimoradas de análise de dados e Big Data.

O TCU publicou o seu Relatório Anual de Gestão de 2015 e asseverou que os órgãos de controle devem buscar antecipar-se às irregularidades, com um olhar para o futuro, sem, contudo, deixar de se debruçar sobre o passado³⁹. A Corte de Contas federal tem disponibilizado diversos instrumentos tecnológicos à serviço de suas atividades fiscalizatórias, a exemplo do robô Alice, desenvolvido em parceria com a Controladoria-Geral da União, que faz buscas de inconsistências em editais de licitações publicadas no portal de compras (Comprasnet) do governo federal, detectando irregularidades em procedimentos licitatórios veiculados no Diário Oficial da União. Diante da detecção de uma possível fraude, o robô Alice dispara mensagem ao órgão de controle competente para atuar preventivamente na análise, bem como notifica o gestor do órgão ou entidade responsável pelo procedimento averiguado, proporcionando ao administrador público ciência de potencial necessidade de revisão do ato.

O que o robô Alice faz é uma varredura em arquivos e dados de todas as licitações e de todas as atas de realização de pregão publicadas, mediante análise de texto e cruzamentos de informações de fornecedores, com foco em possíveis restrições de competitividade. São algoritmos que representam uma verdadeira revolução digital no controle dos procedimentos licitatórios levados à cabo pelos órgãos e entidades da União.

O Ministro Aroldo Cedraz de Oliveira⁴⁰ assinala importantes resultados alcançados com êxito pelo TCU face a adoção pelo Tribunal de ferramentas e rotinas digitais em auditorias para o atingimento de seus objetivos institucionais, a exemplo de

³⁹ TCU. Tribunal de Contas da União. **Inovação à Serviço do Controle: relatório anual de gestão 2015**. Brasília: TCU, Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão, 2016. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/inovacao-a-servico-do-controle-relatorio-anual-de-gestao-2015.htm>>. Acesso em: 17 mar. 2021.

⁴⁰ OLIVEIRA, Aroldo Cedraz de. Apresentação – O controle da Administração Pública na Era Digital. In: OLIVEIRA, Aroldo Cedraz de (Coord.). **O controle da Administração Pública na Era Digital**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 28.

- a) aplicação-piloto de modelo preditivo para análise de risco em transferências voluntárias, com obtenção de índices de acurácia da ordem de 80% na indicação de casos suspeitos (Acórdão nº 539/2016-Plenário);
- b) auditoria contínua de benefícios da Previdência Social, cuja execução inicial apontou possíveis irregularidades no montante de 500 milhões de reais/ano (Acórdão nº 718/2016-Plenário);
- c) auditoria no Programa Nacional de Reforma Agrária, com identificação de 578 mil casos em desacordo com restrições legais (Acórdão nº 775/2016-Plenário).

O TCU conta em sua estrutura com a implantação de um Centro de Pesquisa e Inovação, que opera o Laboratório de Inovação e Coparticipação (coLAB-i). Considerado ser o pioneiro no mundo no contexto do controle público, esse laboratório estimula a descoberta e aplicação de saberes, conhecimentos e técnicas às atividades de controle, tais como a mineração de texto.

Há no TCU, também, o Laboratório de Informações para o Controle Externo. Denominado de LabContas, esse equipamento disponibiliza aos membros do TCU um avançado ambiente virtual que proporciona o desenvolvimento e execução de complexos algoritmos e de diversos recursos de inteligência artificial, os quais dão importante apoio ao cruzamento de dados e à análise de informações para a consecução das atividades de auditoria daquele tribunal.

Ainda no TCU há o Centro de Pesquisa e Inovação (CePI), mantido na estrutura do Instituto Serzedello Corrêa, que corresponde à escola superior do Tribunal de Contas da União. Esse importante Centro disponibiliza avançados cursos de capacitação ao corpo técnico do TCU, e também à sociedade em geral, focando, nos últimos anos, no tema afeto ao controle na era digital.

Essas ações do TCU evidenciam o uso de técnicas avançadas de mineração de dados e cruzamento de informações. É importante, porém, destacar que além dessas iniciativas do TCU, a CGU também tem realizado investimento de recursos para a implantação de painéis gerenciais, a exemplo dos painéis de integridade pública⁴¹ e da lei de acesso à informação⁴², que possibilitam à Administração Pública federal e, principalmente, à toda a sociedade, a

⁴¹ CGU. Controladoria-Geral da União. CGU. **Painel Integridade Pública**. Disponível em: <<http://paineis.cgu.gov.br/integridadepublica/index.htm>>. Acesso em: 17 mar. 2021.

⁴² CGU. Controladoria-Geral da União. CGU. **Painel Lei de Acesso à Informação**. Disponível em: <<http://paineis.cgu.gov.br/lai/index.htm>>. Acesso em: 17 mar. 2021.

consulta e manuseio de informações de caráter estratégico da gestão de órgãos e entidades da União.

Percebe-se intenso movimento por parte dos órgãos de controle do Poder Executivo federal na implantação e constante melhoria de suas ações, mediante investimento no uso de tecnologia baseada no processamento e cruzamento de dados e informações extraídas dos sistemas da Administração Pública da União, com foco não apenas nos ganhos de eficiência e eficácia, mas também nos benefícios oriundos do aperfeiçoamento dos instrumentos de transparência e de desempenho para o funcionamento estatal.

Uma Administração Pública dotada de práticas digitais proporciona maior eficiência na prestação de serviços e no atingimento das finalidades das políticas públicas, dispondo ao cidadão uma experiência mais satisfatória em sua interação com o poder público. Os órgãos de controle, nesse contexto tecnológico, devem atuar como indutores da mudança estatal, estimulando a adoção de instrumentos e equipamentos que proporcionem o alcance de melhores níveis de eficiência e transparência das ações públicas.

Esse papel do controle na era digital exige, no entanto, uma disposição para a superação de comportamentos dos controladores, deixando a posição de fiscal apontador de desconformidade às normas postas para posicionar-se como assessor que recomenda a adoção de providências que apontem nova direção, com a implantação de novas práticas tecnológicas, sem, contudo, reduzir ou mesmo apropriar-se da importante discricionariedade decisória dos administradores assessorados.

As instituições de controle, sobretudo aquelas inseridas nas estruturas dos entes municipais e estaduais, necessitam buscar a modernização de sua estrutura e de suas práticas, especialmente no que diz respeito à sua interação com os gestores (em que pese o forte componente político envolvido). Aroldo Cedraz de Oliveira assevera que o controle deva assumir “papel de destaque liderando pelo exemplo e exigindo respostas rápidas e resultados efetivos das políticas públicas, condizentes com as expectativas da sociedade nessa nova era”⁴³, ou seja, aquela postura reativa e tardia do agente controlador já não mais atende ao que se espera dele.

⁴³ OLIVEIRA, Aroldo Cedraz de. Apresentação – O controle da Administração Pública na Era Digital. In: OLIVEIRA, Aroldo Cedraz de (Coord.). **O controle da Administração Pública na Era Digital**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 48.

O Instituto de Auditores Internos (IIA) elaborou e publicou a 2ª edição do relatório intitulado *O Papel da Auditoria em Governança do Setor Público*⁴⁴ onde registrou que é essencial que os fiscalizadores assumam papéis complementares na condução da Administração Pública à era digital, mediante algumas premissas essenciais, tais como: (i) assumir uma postura de liderança sempre que um dado tema seja caro e não esteja sendo objeto da devida atenção pelo poder público, buscando apresentar informações e promover o debate a fim de que os administradores da área controlada sejam conscientizados da necessidade da promoção de modificações do contexto social e tecnológico afetos à temática; (ii) manter, pelo tempo necessário, comportamento colaborativo na sistematização e disseminação do conhecimento apto à adoção de novas tecnologias; (iii) sendo certo que o assunto fomentado tenha sido objeto de agenda estatal, cabe ao auditor executar suas clássicas funções de execução de atividades fiscalizatórias de acompanhamento e avaliação, averiguando, dentre outros, a conformidade das ações públicas implantadas e o resultado dessas ações.

No âmbito normativo, sobretudo na esfera federal, há um considerável conjunto de normas que determinam a adoção por órgãos e entidades de instrumentos de melhorias em suas gestões. Exemplo disso é o Decreto nº 10.332, de 28 de abril de 2020, que instituiu a Estratégia de Governo Digital para o período de 2020 a 2022 no âmbito dos órgãos e das entidades da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. Há ainda o Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017, o qual dispõe sobre a política de governança da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional e traz como princípios da governança pública a integridade, prestação de contas, responsabilidade, transparência, dentre outros.

Por meio do Decreto nº 10.046, de 9 de outubro de 2019, o Presidente da República instituiu normas e diretrizes para a devida governança do compartilhamento de dados no âmbito da Administração Pública federal e instituiu o Cadastro Base do Cidadão e o Comitê Central de Governança de Dados.

Outro importante exemplo de iniciativa normativa pelo Poder Executivo federal é a instituição da Política de Dados Abertos, por meio do Decreto nº 8.777, de 11 de maio de 2016, o qual definiu, dentre outros objetivos, (i) a prática de intercâmbio de comunicação e troca de informações entre órgãos de diferentes esferas de poder, (ii) a busca pela mitigação de ações e recursos públicos em duplicidade, (iii) o desenvolvimento de tecnologia para ambiente voltadas

⁴⁴ IIA. THE INSTITUTE OF INTERNAL AUDITORS. **Supplemental Guidance: The Role Of Auditing In Public Sector Governance**. 2. ed. 2012. Disponível em: <https://na.theiia.org/standards-guidance/public%20documents/public_sector_governance1_1_.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2021.

à uma gestão pública que promova a participação de todos e que estimule cada vez mais a oferta de serviços digitais.

A Emenda Constitucional nº 109, promulgada em 16 de março de 2021, acrescentou ao art. 37 o parágrafo 16 para dispor que o poder público deve avaliar os resultados alcançados referentes a execução de suas políticas públicas. Para esse mister a atividade de controle é instrumento essencial para que não apenas a Administração Pública possa melhor conhecer e aperfeiçoar suas práticas, mas toda a sociedade tenha a oportunidade de interagir na propositura de mudanças na atividade administrativa.

Publicada em 29 de março de 2021, a lei nº 14.129 representa a mais nova tentativa legislativa para promover a transformação digital da Administração Pública brasileira. Estabelecendo princípios, regras e instrumentos para o governo digital, a denominada de Lei do Governo Digital propõe a digitalização da Administração Pública (tanto em suas tarefas de gestão quanto de execução) e a disponibilização de serviços públicos digitais mediante a simplificação da burocracia estatal (redução de etapas de procedimentos administrativos e utilização de plataforma em modelo único para a oferta dos serviços) e promoção da participação coletiva na construção dos referenciais digitais (com uma política de dados e uso de códigos abertos à sociedade em geral, promovendo o compartilhamento da informação).

Em que pese tratar-se de uma lei federal dirigida aos serviços públicos prestados pela União, há forte tendência de que os critérios e orientações veiculadas por meio da lei nº 14.129/2021 sirvam de balizamento para a condução de processos de digitalização de governos de outros entes federados.

É imprescindível ressaltar que todas as transformações promovidas pelo legislador infraconstitucional, quando o assunto é governo digital, tem como finalidade a busca pela eficiência da prestação dos serviços públicos.

Tais instrumentos normativos são exemplos iniciais de uma jornada a que deve seguir a Administração Pública brasileira para adentar de vez na era digital, cabendo aos órgãos e agentes de controle funcionarem como impulsionadores e fiscalizadores para assegurar a continuidade da evolução tecnológica do serviço público, disseminando suas práticas já exitosas e fomentando as necessárias interações e discussões entre o Estado, as instituições privadas, a sociedade civil em geral e a academia, para que todos esses atores possam, em conjunto e a partir da *expertise* e estrutura de que dispõe cada um, implantar a tecnologia e inovação para uma maior eficiência das ações públicas.

Gestores públicos e agentes controladores devem atuar unidos com uma visão de inovação dos serviços públicos como um dever do Estado e direito do cidadão, incluindo-o como partícipe na adoção de práticas de governo e controle digitais.

3 O ARCABOUÇO LEGISLATIVO BRASILEIRO E OS SISTEMAS DE CONTROLE DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DO PODER EXECUTIVO FEDERAL

3.1 Aspectos de compreensão da atividade de controle da Administração Pública

Para a ciência de um modo em geral o desenvolvimento de um instituto exige uma completa e pontual compreensão de suas origens, partindo da classificação e tipologias sob o ponto de vista dos estudiosos.

Quando o assunto é controle da Administração Pública, importantes são as lições de Odete Medauar⁴⁵ ao afirmar que a etimologia do termo controle deriva do vocábulo “contre-rôle”, valendo-se das palavras de G. A. Vanni, no trabalho “Organizzazione degli Uffici Finanziari”, para afirmar que se trata do registro que efetua o confronto com o original e serve para verificar os dados, abreviando-se essa expressão em controle.

Na referida obra a professora aposentada da Universidade de São Paulo (USP) discorre sobre as diferentes acepções da palavra controle. Afirmando tratar-se de seis espécies de acepções, a autora atribui à 1ª acepção as ideias de monopolização, subordinação, centralização. A 2ª acepção traduz a direção, a gestão, comando daquilo que será objeto do controle. A 3ª acepção reflete o conceito de limitação que se pretende com o controle, a partir da ideia de regulamentação e proibição, um limite máximo do qual não se deve ultrapassar. Para a 4ª acepção dá-se o significado de fiscalização, de vigilância, sob supervisão contínua. A 5ª acepção do termo controle diz respeito ao instrumento de verificação, mediante exames e constatações, a averiguação de um ou de algum dos objetos do controle. Por fim, a 6ª acepção refere-se ao registro, à identificação, autenticação, como sendo a mais frágil das acepções do termo controle, pois de menor intensidade.

Amparada em obras de renomados estudiosos do tema, como Ugo Forti, Berti e Tumiaty, Bergeron, a administrativista Odete Medauar construiu seu próprio conceito do instituto estudado, lecionando que o controle da Administração Pública é a verificação da conformidade da atuação desta a um parâmetro posto.

⁴⁵ MEDAUAR, Odete. **Controle da administração pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 13.

Essencial para uma compreensão didática do controle na doutrina administrativa, as tipologias dos controles possuem as mais diversas definições, a partir dos estudiosos clássicos aos mais contemporâneos. Segundo Odete Medauar alguns autores estrangeiros possuem definições clássicas dos tipos de controle. A tipologia de Bergeron⁴⁶ trata o controle sob a ótica de seu objetivo que é o funcionamento estatal, o exercício do poder público em geral. Para a tipologia do professor uruguaio Jorge Silva Censio⁴⁷ os procedimentos de controle são diversos, múltiplos, criados a partir de critérios que se complementam. Já para a tipologia dos franceses Braibant, Questiaux e Wiener⁴⁸ os tipos de controle sobre a Administração Pública seguem a classificação quanto aos órgãos, quanto aos procedimentos e quanto às suas funções. A tipologia do consagrado autor italiano Giannini⁴⁹ é explicada quanto ao tempo, quanto ao controlador, quanto ao objeto e quanto ao modo, enumerando ainda como figuras de controle a supervisão, a tutela, os controles técnicos, os controles contábeis, os controles de gestão, os controles de eficiência e os controles inspetivos.

Partindo para tipos de controles construídos a partir da doutrina brasileira, merece destaque a classificação tipológica de Cretella Júnior⁵⁰ e de Seabra Fagundes⁵¹, registrando a divisão tríplice baseada no poder, que seriam controle administrativo, controle legislativo e controle jurisdicional. Nas lições de Caio Tácito⁵², no entanto, verificamos uma classificação de aspecto duplo: controle de legalidade e controle de eficiência. A mais clássica das tipologias do controle encontra nas tradicionais lições de Hely Lopes Meirelles⁵³ os tipos e formas de controle da atividade administrativa divididos a partir dos seguintes critérios: quanto ao poder, órgãos ou autoridade; quanto ao fundamento; quanto à localização do órgão que realiza; quanto ao momento em que ocorrem; quanto ao aspecto controlador.

Di Pietro, em sua clássica obra *Direito Administrativo*⁵⁴, especifica como critérios de classificação das modalidades de controle aqueles que consideram o órgão executor (administrativo, legislativo ou judicial), o momento em que o controle se efetua (prévio,

⁴⁶ MEDAUAR, Odete. **Controle da administração pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 24-25.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 26-26.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 28.

⁴⁹ GIANNINI, Massimo Severo. **Istituzioni di Diritto Amministrativo**. Giuffrè, 1981.

⁵⁰ CRETILLA JUNIOR, José. **Controle Jurisdicional do Ato Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, pp. 319-326.

⁵¹ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 101.

⁵² TÁCITO, Caio. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975, pp. 278-281.

⁵³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, pp. 566-627.

⁵⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, pp. 942-943.

concomitante ou posterior), posição do agente ou órgão de controle (interno ou externo), aspecto da atividade administrativa a ser controlada (legalidade ou mérito).

É partindo das classificações de Di Pietro e de Odete Medauar que o presente estudo irá se desenvolver, especialmente quanto ao agente ou órgão que executará atividade de controle, pois que toda a diversificação de controle se realiza, essencialmente, por conta do critério do agente controlador, ou seja, o órgão, ente, instituição ou mesmo pessoa que executa a atividade de controle sobre a Administração Pública.

3.1.1 Controle administrativo *versus* controle interno

Controle administrativo e controle interno, em que pese a semelhança àquilo que cada um dos termos se referem, não são expressões sinônimas.

Leciona Thiago Marrara⁵⁵ que a confusão no manuseio de ambos os termos ocorre tanto porque os vocábulos abarcam conteúdos que se entrelaçam entre si, como pelo motivo de que os dois termos tem em sua origem a classificação dos tipos de controle a partir de um critério subjetivo, considerando a figura do agente controlador.

Segundo a classificação dos mecanismos de controle da administração tomando como base os aspectos subjetivos é possível diferenciar partindo da natureza do agente ou órgão de controle e também a partir do posicionamento do controlador em relação ao controlado. Na perspectiva da classificação segundo a natureza do controlador temos aquele controle realizado por órgão jurisdicional, além do controle executado por órgãos que exercem a função legislativa e o controle realizado por órgãos com função administrativa, esse último sim denominado de controle administrativo.

Considerando que o exercício da função administrativa não se restringe apenas ao Poder Executivo, mas para além disso é função comum de todos os poderes da república e ao Ministério Público, podemos concluir, com amparo nas palavras de Hely Lopes Meirelles, que exercem o controle administrativo o Poder Executivo e os órgãos de administração dos demais poderes quando controlam suas próprias atividades, “visando a mantê-las dentro da lei, segundo as necessidades do serviço e as exigências técnicas de sua realização”⁵⁶.

⁵⁵ Ibid., pp. 251-266.

⁵⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. A administração pública e seus controles. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari. **Controle da administração, processo administrativo e responsabilidade do Estado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 69.

O critério do posicionamento do agente de controle em relação ao controlado dá origem ao conceito de controle interno da Administração Pública, ao passo que o controle administrativo advém da análise da natureza do órgão ou ente que executa o controle, classificando-se, assim, naquele controle exercido por órgãos com função jurisdicional, no controle realizado por órgão com função legislativa e, ainda, no controle administrativo, esse último praticado por órgãos com função executória ordinária.

O controle administrativo não se limita, assim, aos órgãos e entidades integrantes do Poder Executivo, haja vista que, em que pese a função típica do Executivo em administrar, a função administrativa é comum a todos os poderes da república. Como exemplo dessa inafastável conclusão, testemunhamos a existência de diversas unidades administrativas que executam a referida função em poderes outros que não o Executivo, a saber: o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no âmbito do Poder Judiciário, ao qual lhe são reservadas diversas atividades de controle administrativo daquele poder republicano; as unidades de corregedoria e ouvidoria existentes nas inúmeras casas legislativas no Brasil, realizando o controle de atividades administrativas internas do Poder Legislativo.

O controle administrativo caracteriza-se como sendo aquele poder de fiscalização que a Administração Pública exerce sobre a averiguação, de ofício ou por provocação, da legalidade e eficiência da atuação de todos os órgãos e entidades que a compõem. No âmbito da União esse controle é, com base no Decreto nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, denominado de supervisão ministerial (também chamada de tutela administrativa) e abrange tanto os órgãos da administração direta quanto as pessoas jurídicas da administração indireta.

Ressalte-se que o exercício do controle das entidades da Administração Pública indireta somente pode ser exercida por força de lei, e nos limites estabelecidos por essa, haja vista a necessidade de respeitar-se a autonomia legal assegurada às pessoas jurídicas que a compõem.

Já o controle interno encontra na atual ordem constitucional vigente, mais precisamente na norma veiculada por meio do art. 70 e seguintes da Carta Magna, a disposição normativa que orienta a sua necessária existência como sistema de controle dos poderes estatais. Conforme as normas constitucionais dos artigos ora citados podemos concluir que o legislador constituinte estabeleceu que o controle interno dos poderes republicanos não é mera faculdade da Administração Pública, mas sim uma imposição inafastável que, inclusive, alcança as entidades da Administração Pública indireta, além do que se estende aos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

A importância do controle interno foi tal que a si foi atribuída a finalidade de comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da Administração Pública, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado, além de exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias por entes públicos.

Nas palavras de Rogério Gesta Leal⁵⁷, “Por tais fundamentos, é razoável que tenhamos expectativas no sentido de que o controle interno deva procurar estabelecer planos de organização e conjunto de métodos e medidas voltadas para salvaguardar os recursos públicos”. Ainda, segundo o professor universitário e Desembargador do TJ/RS, ao sistema de controle interno cabe atuar no sentido de averiguar a exatidão e eficiência das operações envolvendo recursos públicos, para fins de impulsionar uma eficaz execução das políticas públicas, contribuindo com o atingimento das metas e objetivos traçados pela Administração Pública.

Para que possa melhor cumprir com suas finalidades constitucionais, o sistema de controle interno da Administração Pública deve atuar para além e debruçar-se na análise dos resultados da gestão da coisa pública, especialmente avaliando a eficiência e eficácia dos atos de gestão financeira, patrimonial e orçamentária, avaliando, também, a utilização dos recursos públicos repassados a entes privados quando da execução de convênio ou contratos firmados por esses com o poder público.

Essa análise e avaliação a que deve constantemente ater-se o controle interno dos poderes da república decorrem da execução de atos de acompanhamento e monitoramento, bem como mediante procedimentos de fiscalização, buscando a essência etimológica do termo controle, efetuando o confronto com o original, e a fim de averiguar a conformidade dos atos e decisões administrativas, para que então verifique se algo se mostra insatisfatório, irregular ou fora de lugar imposto por critérios pré-determinados. Com isso o controle interno deve agir no sentido de propor correções, orientando e recomendando a adoção de medidas corretivas ou boas práticas para a perseguição da eficiência que deve sempre conduzir o gestor público.

Discorrendo sobre o tema, José dos Santos Carvalho Filho⁵⁸ refere-se ao controle interno a partir de duas ações essenciais: (i) fiscalização, que “corresponde à observação que se faz quanto à legitimidade da ação estatal, vale dizer, se ela segue corretamente os parâmetros a que está jungida” e (ii) revisão, ou correção, cuja finalidade é “alterar ou excluir determinada

⁵⁷ LEAL, Rogério Gesta. Sociedade de riscos e controle da administração pública. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson. **Limites do controle da administração pública no Estado de Direito**. Curitiba: Íthala, 2019, p. 246.

⁵⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos; MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Controle da administração pública e responsabilidade do estado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 33.

conduta administrativa por algum motivo a ser informado pelo administrado ou pela própria Administração”.

A essência do controle interno é, como diz o professor Thiago Marrara⁵⁹, conhecer para corrigir. O conhecimento daquilo que se pretende a correção é essencial para o atingimento do que se pretende, revelando-se importante pois que a Administração Pública empenhe-se em manter e estimular um sistema de controle interno que contribua para o aperfeiçoamento de seus atos e decisões.

3.1.2 Controle a partir do órgão ou agente executor

Para a consecução dos objetivos desta pesquisa, apresentar simplesmente as atuais estruturas de controle da Administração Pública brasileira não permitirá melhor atingir sua finalidade. Revela-se imprescindível a definição e caracterização, com clareza, daquilo que se entende sobre as modalidades de controle em exame, para então posicionar os órgãos e entidades que exercem a controlabilidade do Poder Executivo federal.

Com marco na classificação tipológica do controle da Administração Pública a partir do posicionamento do agente ou órgão controlador, passamos a apresentar definições e características do controle interno e do controle externo.

Na perspectiva da tipologia do controle da administração a partir do posicionamento do agente que executa o controle em relação ao controlado temos então os conceitos de controle interno e controle externo. E são exatamente esses dois institutos que mais interessam à pesquisa.

Segundo lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro o controle será considerado interno ou externo conforme o agente ou órgão controlador tenha sua estrutura alocada na própria estrutura do órgão ou entidade que será objeto do controle. Segundo a administrativista “é interno o controle que cada um dos Poderes exerce sobre seus próprios atos e agentes”, e “é externo o controle exercido por um dos Poderes sobre o outro; como também o controle da Administração Direta sobre a Indireta”⁶⁰.

Essa classificação levando em consideração o elemento subjetivo do controle da Administração Pública, embora adotada por grande parte dos administrativistas, encontra

⁵⁹ MARRARA, Thiago. Controle interno da administração pública: suas facetas e seus inimigos. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson. **Limites do controle da administração pública no Estado de Direito**. Curitiba: Íthala, 2019, p. 254.

⁶⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 943.

divergência na doutrina especializada, a exemplo de José dos Santos Carvalho Filho⁶¹ e Odete Medauar⁶² que vislumbram em ambas uma forma de controle interno da Administração Pública, em que pesem reconhecer que, em alguns casos, inexistente identidade entre controlador e entidade controlada.

No contexto desse debate, revela-nos mais adequado o posicionamento da doutrina que firma compreensão no sentido de enxergar o controle interno a partir da identidade institucional entre o agente controlador com o órgão controlado, ao passo que o controle externo caracterizar-se-ia mediante uma separação institucional entre ambos. Doutrina estrangeira também leciona nesse sentido. Thiago Marrara⁶³, citando o jurista alemão Günter Püttner, afirma que esse defende o controle interno como todo aquele mecanismo que está reunido em um mesmo órgão ou entidade administrativa.

Já o controle externo da Administração Pública tem como característica essencial a ausência de identidade entre controlador e controlado, haja vista que o órgão controlador está situado em uma posição externa à da entidade ou agente objeto do controle, havendo pois distintas pessoas jurídicas, sendo uma posicionada como titular da atividade de controle e outra na projeção daquela que sobre ela incide o controle. Não há, portanto, que se falar na necessidade de que existam dois poderes envolvidos para que se tenha o controle externo. Assim, o controle externo da Administração Pública brasileira dar-se-á tanto nas situações em que um poder controla outro quanto naquelas hipóteses de exercício de controle da administração indireta pela administração direta do Poder Executivo federal.

O controle externo deve ter sua previsão expressamente positivada em lei. Uma instituição estatal não pode executar o controle externo por decisão própria, há de existir autorização legal para tal. As unidades administrativas estatais são criadas por lei específica ou tem sua autorização veiculada por lei, de modo que suas finalidades e atribuições são oriundas da manifestação da vontade popular através daqueles que foram democraticamente escolhidos para a representação social. Essa premissa demonstra que a legalidade aplicável ao controle externo da Administração Pública é consideravelmente mais rígido que aquela aplicável ao

⁶¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos Carvalho; MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Controle da administração pública e responsabilidade do Estado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 40.

⁶² MEDAUAR, Odete. **Controles internos da administração pública**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 84/85, 1989/1990, p. 41.

⁶³ MARRARA, Thiago. Controle interno da administração pública: suas facetas e seus inimigos. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson. **Limites do controle da administração pública no Estado de Direito**. Curitiba: Íthala, 2019, p. 256.

controle interno, “já que, neste, a criação dos instrumentos de controle se satisfaz com meras previsões normativas da própria entidade”⁶⁴.

José Cretella Júnior refere-se a controle interno e à autotutela como expressões sinonímias. Para ele “no direito público, a atividade autotutelar é incessante. Dela não pode a administração prescindir”⁶⁵. É por esta linha de entendimento que o controle interno é considerado como espécie de controle da Administração Pública que se sujeita a uma menor rigidez quanto à legalidade, haja vista que seu exercício, tal como a autotutela, é imprescindível e deve incidir sobre os atos administrativos de um modo em geral.

Ainda considerando a classificação do controle a partir do elemento subjetivo quanto ao posicionamento do controlador em relação ao agente controlado, encontramos na doutrina quem trabalhe com a distinção entre controle interno hierárquico e o autocontrole. Segundo Odete Medauar a “verificação que os órgãos superiores realizam sobre os atos e atividades dos órgãos subordinados”⁶⁶ configura o controle hierárquico, o qual seria, nas lições da professora, um controle exercido como decorrência lógica da estrutura hierarquizada da Administração Pública.

Neste mesmo sentido Alberto Ramon Real afirma que o controle hierárquico caracteriza-se por sua amplitude, com a autoridade superior detendo domínio pleno sob os atos daqueles que lhe são subordinados, “e a princípio os pode substituir, revogar ou modificar como próprios, sem prejuízo dos poderes concorrentes de instrução ou direção da ação dos subordinados, do poder disciplinar etc”⁶⁷.

No tocante ao autocontrole, a característica marcante repousa no poder que tem a própria autoridade de anular ou revogar seus atos e corrigir eventuais irregularidades decorrentes desses. Considerando que a Administração Pública sujeita-se, dentre outros, ao princípio da legalidade e ao da supremacia do interesse público, o controle sobre os próprios atos é indispensável para que seja assegurada observância de tais postulados, pois, segundo lição de Di Pietro, por meio do autocontrole opera-se a “fiscalização exercida pela própria

⁶⁴ MARRARA, Thiago. Controle interno da administração pública: suas facetas e seus inimigos. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson. **Limites do controle da administração pública no Estado de Direito**. Curitiba: Íthala, 2019, pp. 251-266.

⁶⁵ CRETILLA JUNIOR, José. **Da autotutela administrativa**. Revista de Direito Administrativo, v. 108, 1972, p. 48.

⁶⁶ MEDAUAR, Odete. **Controles internos da administração pública**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 84/85, 1989/1990, p. 43.

⁶⁷ REAL, Alberto Ramon. El control de la administración. Revista de Direito Público, v. 32, 1974. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari. **Controle da Administração, processo administrativo e responsabilidade do Estado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 28.

autoridade que editou o ato, ou responsável pela atividade sobre sua atuação, ocorrendo espontaneamente ou mediante provocação”⁶⁸.

Delineados os contornos conceituais dos sistemas de controle interno e externo da Administração Pública segundo o critério do posicionamento do agente que executa o controle em relação ao controlado, passamos, então, à definição legal dos órgãos e agentes de controle do Poder Executivo federal que a essa pesquisa interessam.

3.2 Reflexos da Reforma Gerencial no Controle Interno do Poder Executivo federal

A reforma administrativa do estado brasileiro veiculada por meio da Emenda Constitucional nº 19 de 1998 buscou a implantação de um modelo organizacional previsto no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado e que tinha como proposta básica superar a burocracia e evoluir a Administração Pública brasileira para o modelo gerencial.

A busca de mudança de foco do controle de procedimentos para o controle de resultados fez surgir intensos debates acerca da necessidade de modificação da cultura de controle na Administração Pública. No entanto, conforme adverte Olivieri, a preocupação com os controles sobre o modelo burocrático “não implicou uma preocupação com o sistema de controle interno, considerado pelos reformadores como um sistema retrógrado, baseado no controle da legalidade e da formalidade”⁶⁹. O objetivo à época foi de criar mecanismos institucionais para a superação de um controle extremamente formalista e concentrado nos meios e procedimentos. A ideia era institucionalizar uma cultura de controle de resultados das políticas públicas a partir de seu monitoramento.

De um modo em geral, a reforma gerencial de 1995 partiu do paradigma do controle de resultados para então buscar o fortalecimento das atividades de controle interno a partir de seu imprescindível papel quanto ao monitoramento e avaliação da execução das políticas públicas, funcionando então como um mecanismo de aprimoramento da gestão pública.

3.3 As bases jurídicas da atividade de Controle Interno e Externo

⁶⁸ MEDAUAR, Odete. **Controles internos da administração pública**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 84/85, 1989/1990, p. 43.

⁶⁹ OLIVIERI, Cecília. **Política e Burocracia no Brasil: o controle sobre a execução das políticas públicas**. 2008. 229 f. Tese (Doutorado) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, 2008. p. 118. Disponível em: <<https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/34932>>. Acesso em: 23 abr. 2021.

3.3.1 Da atividade de Controle Interno do Poder Executivo federal

Exercer a vigilância sob seus atos administrativos é dever da Administração Pública. A revisão de suas decisões tem como finalidade a busca incessante pela legalidade e plena eficiência da gestão pública, a fim de preservar o poder público de maiores danos e de contribuir com o atingimento de seus objetivos fixados em lei.

Essa capacidade revisora reservada à própria Administração materializa-se no autocontrole que a si é atribuída como instrumento preventivo de legalidade, servindo como trilho para o exercício do poder discricionário a ser exercido pelo administrador público.

Consoante outrora proclamavam os romanos “*non omne quod licet honestum est*” (em uma tradução livre: nem tudo o que é legal é honesto), o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, na direção do que lecionava Hely Lopes Meireles⁷⁰.

Consagração instrumental desse poder de autotutela estatal são as súmulas 376 e 473 editadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que materializam a interpretação da Corte no sentido de reconhecer que ao poder público é dado o poder de revisar seus atos administrativos. O verbete 473, publicado em 10 de dezembro de 1969, assevera que “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”. Já a súmula 376 daquela mesma corte suprema dispõe que a Administração Pública tem o poder de declarar nulos os atos que ela mesmo pratica.

O autocontrole da Administração Pública, segundo Miguel Seabra Fagundes⁷¹, tem como uma de suas finalidades dotar a Administração de instrumento de correção de defeitos de seu funcionamento, a fim de proporcionar seu aperfeiçoamento em face do interesse geral, ensejando reparação a direitos ou interesses individuais que possam ter sido denegados ou preteridos em consequência de erro ou omissão na aplicação da lei.

É assim, o autocontrole, um poder-dever conferido à Administração Pública de estar sempre atenta ao necessário exercício de supervisão de seus próprios atos, dotando a máquina estatal de mecanismos para coibir e corrigir desvios, atuando de forma tempestiva, a fim de evitar reflexos negativos aos envolvidos em sua atuação administrativa, especialmente o

⁷⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 84.

⁷¹ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 7. ed. Atualização de Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 126.

cidadão administrado. É nesse contexto que o poder de autotutela deve ser exercido, com o fito de proporcionar à sociedade a certeza e a confiança necessária de que a máquina administrativa será guiada com vistas à satisfação dos mais estritos critérios de legalidade, eficiência e eficácia.

Phillip Gil França⁷² afirma que dois são os pilares para a viabilização do autocontrole da Administração Pública: (i) primeiro, a necessária ideia de estruturação hierarquizada da administração, a qual decorre do exercício do poder hierárquico, com a finalidade de possibilitar que os atos emanados de sua atividade administrativa sejam, de forma célere e eficiente, analisados pela autoridade superior e, se assim o exigir, corrigidos quando contiverem vícios; (ii) segundo, que o autocontrole decorre do exercício de outro poder administrativo, o poder disciplinar, por meio do qual é apurada a responsabilização daqueles agentes que cometerem falta no exercício de suas atribuições públicas para que se aplique, se for o caso, a devida sanção administrativa, com a finalidade de inibir novas práticas faltosas e manter o equilíbrio e a confiabilidade na atuação da Administração Pública.

A base constitucional do autocontrole da Administração Pública advém das normas insculpidas nos artigos 31, 70 e 74, que veiculam o sistema de controle interno como instrumento de sua efetivação. O instituído sistema de controle interno tem por característica funcionar como ferramenta de gestão do próprio órgão administrativo que o institui, e representa, em cada esfera de poder e unidade federada que o mantém, um importante instrumento de promoção do acompanhamento e aprimoramento da atividade administrativa, num verdadeiro esforço dos entes republicanos para o cumprimento dos ditames constitucionais de legalidade, eficiência e eficácia do serviço público.

Filipe Gomes e Thyago Sampaio⁷³ asseveram que, em linhas gerais, um sistema de controle interno atua contemplando, em especial, as funções de ouvidoria (receber e processar reclamações da sociedade em geral), de controladoria ou auditoria governamental (averiguação constante dos aspectos de legalidade, eficiência, eficácia e efetividade dos atos da administração) e de correição (apurar eventuais faltas no exercício de emprego, cargo ou função pública, para então aplicar a correspondente sanção à transgressão identificada).

A Constituição Federal de 1988, por força do inciso II do artigo 74, reservou ao sistema de controle interno, dentre outras competências, comprovar a legalidade e realizar a avaliação dos resultados, quanto à eficiência e eficácia, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial

⁷² FRANÇA, Phillip Gil. **O controle da administração pública**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 84.

⁷³ GOMES, Filipe Lobo; SAMPAIO, Thyago Bezerra. **O controle da administração pública e o conflito entre as decisões do TCU e as deliberações do CNJ**. RDA – Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 280, n. 1, p. 165, jan./abr. 2021.

nos órgãos e entidades públicas na qual está inserido, além de avaliar a aplicação de recursos públicos por pessoas de direito privado.

Por força do disposto no art. 74 da Carta Magna o controle interno de cada poder republicano realiza a fiscalização orçamentária, financeira, contábil, operacional e patrimonial da Administração Pública, averiguando o cumprimento das metas estabelecidas no Plano Plurianual (PPA), analisando a legalidade e a efetividade dos programas de governo, avaliando os resultados alcançados.

É também missão constitucional do controle interno funcionar em apoio ao controle externo quando esse estiver no exercício de sua missão institucional. Devem os agentes responsáveis pelo controle interno, diante do conhecimento de um ato ilegal ou irregular, darem ciência ao tribunal de contas, sob pena de responderem solidariamente pela infração silenciada. Aliás, um bom sistema de controle interno deve, antes de tudo, dar ciência à sociedade em geral de tudo quanto tome conhecimento, promovendo a prestação de contas à quem titulariza o poder.

O controle interno é, sobretudo, uma atividade de Estado, e não desse ou daquele governo, de modo que não deve ser visto e encarado como um mero instrumento de governança à serviço daquele que governa, mas sim, como leciona o Juarez Freitas, como aquele que controla “desde dentro”, ao que

Cumprir sublinhar que é justamente no bojo da autotutela que se reconhece à Administração Pública o dever de anular atos eivados de vício, respeitados, é claro, os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a sindicabilidade judicial, a teor da Súmula 473 do STF e do disposto no art. 43 da Lei 9.784/1999 -, sem afastar a possibilidade de anulação mitigada de atos e contratos administrativos, desde que a modulação seja consistentemente justificável⁷⁴.

O controle interno a ser exercido pela Administração Pública sobre os próprios atos pode ser exercido de ofício pelo administrador, haja vista competir a si atuar quando constatar irregularidade ou ilegalidade praticada, mas pode também ter seu funcionamento provocado pelo cidadão, mediante o uso dos recursos administrativos.

Em instrumentalidade das normas constitucionais que instituem o sistema de controle interno tem tornado cada vez mais frequente “a estruturação, dentro de cada ente estatal, de

⁷⁴ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 98-99.

órgãos especializados em controle interno e que agem paralelamente aos órgãos executórios”⁷⁵, de modo que aquele controle tradicionalmente exercido pelo órgão superior hierarquicamente e do autocontrole executado pela própria autoridade do qual emanou o ato controlado tem-se a presença de órgãos especializados que realizam controle prévio, concomitante ou posterior. Essa estrutura de órgãos e entidades especializadas de controle interno trazem em si benefícios em relação às modalidades outrora consagradas, a saber: (i) verifica-se um maior espaço de distanciamento de quem executa o controle em relação tanto às funções administrativas fiscalizadas quanto aos agentes objetos do controle; (ii) testemunha-se um maior grau de preparo técnico do agente controlador, haja vista que os órgãos especializados dos quais fazem parte passam a contar com estrutura organizacional própria, formada, via de regra, por servidores com alto grau de profissionalismo e com expertise na formação.

Na esfera do Poder Executivo federal o Decreto nº 3.591/2000 e a lei nº 10.180/2001 instituíram o sistema de controle interno daquele poder, atribuindo à Controladoria-Geral da União (CGU) a qualificação de órgão central, incumbido da orientação normativa e da supervisão técnica dos órgãos que compõem o seu sistema, o que será melhor apresentado adiante.

O controle interno da Administração Pública é, decerto, a modalidade mais tradicional de fiscalização e de correção dos atos e omissões do poder público. Em que pese a vanguarda de sua existência, diversas são as dúvidas e questionamentos apontados a essa modalidade de controle: os mecanismos de controle interno adotados pelo Poder Executivo federal demonstram resultados efetivos ou representam mera formalidade? Se o controle interno federal efetivamente funciona, por qual motivo tantos atos e decisões desse poder da república bate às portas do Judiciário? Os resultados decorrentes da atividade de controle interno compensam seus custos de implantação e manutenção? Quais as dificuldades devem necessariamente ser superadas para que o controle interno possa eficiente e eficaz?

As respostas às essas inquietantes provocações necessitariam de um aprofundamento do estudo da realidade prática dos órgãos e entidades executoras da atividade de controle interno da Administração Pública brasileira, o que demandaria tempo e espaço para o alcance de suas conclusões, privilégios que esse trabalho dissertativo não dispõe, haja vista seu escopo restringir-se à atuação dos órgãos e entidades de controle interno e externo sobre a atividade

⁷⁵ MARRARA, Thiago. Controle interno da administração pública: suas facetas e seus inimigos. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson. **Limites do controle da administração pública no Estado de Direito**. Curitiba: Íthala, 2019, p. 257.

administrativa do Poder Executivo federal, ocupando-se da análise da repercussão dessa atuação sob o mister decisório do gestor público.

Para os fins deste estudo é necessário expor e caracterizar as estruturas e funcionamento dos órgãos e entidades responsáveis pela execução da atividade de controle interno e externo da atividade administrativa do Poder Executivo federal, a fim de se posicionar essa modalidade específica de controle.

3.3.1.1 O Sistema de Controle Interno do Poder Executivo federal e a Controladoria-Geral da União

Na década de 1960 reformas estruturais foram realizadas na Administração Pública brasileira com a finalidade de promover a adoção de um modelo de gestão que perseguisse a eficiência da atuação estatal, com alvo no aperfeiçoamento dos resultados. O controle contábil nessa época era o foco da atividade controladora. É justamente com as reformas que se dá um acréscimo ao foco das atividades dos órgãos de controle interno no Brasil com a inclusão da busca pelo controle administrativo.

A lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, é um marco normativo de impacto para a área de controle interno no Brasil, haja vista ser a primeira espécie normativa que menciona os termos controle interno e controle externo no conjunto de normas do ordenamento jurídico nacional. Essa lei criou o controle interno no Poder Executivo e extinguiu o controle prévio dos atos desse mesmo poder pelo Tribunal de Contas da União. Tornou obrigatória a averiguação da execução do programa de trabalho de governo, fazendo com que toda execução orçamentária necessariamente correspondesse à previsão de bens e serviços prestados à sociedade, obrigatoriamente essa que relacionou o controle interno ao planejamento estatal.

Inicia-se então, a partir da edição da lei nº 4.320/64, uma tentativa de agregar ao controle interno a função de controle administrativo, com atenção voltada à eficiência e aos resultados dos programas de governo⁷⁶.

O Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, é outro importante diploma legal para o marco da atividade controladora, haja vista que estabeleceu o controle como um dos princípios que deveriam ser observados pela Administração Pública. Por meio de seu art. 14 o referido Decreto-lei dispôs que o trabalho administrativo deveria ser racionalizado por meio da simplificação dos processos, com a consequente supressão de instrumentos de controles que se

⁷⁶ MARX, Cesar Augusto. **Combate à corrupção e aprimoramento da gestão: a dualidade do controle interno no Brasil**. Revista da CGU, Brasília, v. 8, n. 12, p. 359, jan/jun, 2016.

revelassem como puramente formais, ou cujo custo fosse superior ao risco a ser mitigado. Com essa previsão normativa instala-se a visão de que os mecanismos de controle da Administração Pública não poderiam ser somente formalísticos e que se deveria buscar a eficiência de sua adoção, analisando-se a relação custo-benefício de sua implantação.

Em 1967 instalou-se uma reforma administrativa no estado brasileiro cuja diretriz era a implantação de um modelo de uma administração sistêmica. Para tal, diversas medidas foram implementadas, com especial destaque à implantação do Sistema de Administração Financeira, Contabilidade e Auditoria, que tinha como unidades setoriais as Inspetorias Gerais de Finanças em cada Ministério do governo, no qual figurava como órgão central a denominada Inspetoria Geral de Finanças do então Ministério da Fazenda (órgão responsável pela fixação de normas gerais de contabilidade e auditoria e pela supervisão técnica e fiscalização sobre as unidades de administração financeira, contabilidade e auditoria de todos os outros ministérios).

Em que pese essa reforma dos anos 60 buscar a eficiência dos atos de gestão e o controle de resultados, poucas foram as medidas efetivas para se implantar definitivamente um sistema de controle interno da Administração Pública, haja vista que o controle contábil continuou como foco na averiguação da legalidade dos atos administrativos, sendo o centro de atuação do controle interno até então executado, mesmo com a previsão expressa da lei nº 4.320/64 atribuindo ao controle interno a função de exercer controle sobre o cumprimento do programa de trabalho do governo.

Somente na década de 1980 é que se deu início às primeiras tentativas de se criar um sistema integrado de administração financeira, tendo sido criada, em 1986, a Secretaria do Tesouro Nacional (STN), a qual se tornou o órgão central de dois sistemas administrativos: do Sistema de Administração Financeira, Contabilidade e Auditoria e do Sistema de Programação Financeira. A STN passa então a centralizar a coordenação da área financeira num único órgão. Tais mudanças viabilizaram a implantação do SIAFI (Sistema Integrado de Administração Financeira) e da Conta Única do Tesouro Nacional, implementações que representaram grande avanço no controle das finanças públicas federais.

A STN, na condição de órgão central do controle interno, passa a exercer relevante papel no acompanhamento das propostas de mudança constitucional do sistema de controle. Na Assembleia Constituinte, entre as diversas discussões travadas, o então Secretário do Tesouro Nacional Andrea Sandro Calabi expressou que

O fato é que o controle, muitas vezes, se atém a sua mera formalidade, também jurídica. Há qualquer quantidade de empecilhos. Há uma compra errada de clipes, mas passam elefantes pela frente desse sistema de controle. Portanto,

devemos aprimorar esse sistema de controle, cujo órgão central é a Secretaria do Tesouro Nacional, que está vivamente empenhada nesse aprimoramento, com vistas a perceber não apenas a validade jurídico-legal, a propriedade da execução financeira de um contrato desses, mas também a orientar, no sentido de reverter a execução para os objetivos previamente definidos nos planos de Governo e nos orçamentos. É comum que um plano defina determinada área de atuação, programas, atividades. O orçamento banca, o Congresso aprova o orçamento, mas o controle de fato, o acompanhamento para checar se aquela atividade foi feita ou não, isso é muito precário⁷⁷.

A ideia em debate à época da Constituinte era a instituição de um sistema de controle interno voltado para o apoio à gestão pública e direcionado à avaliação dos programas de governo. E assim a Constituição Federal consolidou a competência do controle interno em verificar a eficiência e eficácia da Administração Pública. Tanto que, conforme assinala Domingos Poubel Castro, houve um reposicionamento nos incisos que regulam o controle interno em relação à anterior Constituição de 1967 já que “Os artigos que tratam do controle interno foram direcionados para o acompanhamento dos programas de governo e da gestão dos administradores e, por último, como apoio ao controle externo”⁷⁸.

Ficou evidente que na atual ordem constitucional o controle interno tem sua atuação direcionada para verificação da eficiência e eficácia da ação governamental. Contudo, com o passar dos anos a contar da promulgação da Constituição Federal de 1988 não foram testemunhados grandes avanços na atuação do controle interno no Brasil. Alguns fatores foram cruciais para o retrocesso daquilo que se buscou com o fortalecimento do controle interno (dentre os quais a disseminada corrupção no poder público) e que fizeram emergir a latente necessidade de adoção de instrumentos de controle interno que fossem suficientemente capazes de mitigar, quiçá coibir, o mau uso dos recursos públicos. Por isso mesmo o combate à corrupção foi, num primeiro momento pós Constituição Federal de 1988, o alvo principal da atividade de controle interno, restando a avaliação da eficiência e eficácia dos atos de gestão para um momento adiante.

No ano de 1994 foi criada, no âmbito do Poder Executivo federal, a Secretaria Federal de Controle (SFC) com a finalidade de executar atividades de auditoria e fiscalização para

⁷⁷ BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. (1994). **Anais do Senado Federal: Ata das Comissões**. Disponível em: <<https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/audienciap.zip>>. Acesso em: 13 abr. 2021.

⁷⁸ CASTRO, Domingos Poubel. **Auditoria e Controle Interno na Administração Pública: evolução do controle interno no Brasil: do Código de Contabilidade de 1922 até a criação da CGU em 2003**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 115.

avaliação da gestão pública. Observa-se, a partir da criação da SFC, uma separação da atividade de controle interno daquela atividade de administração financeira e contábil.

Mesmo com a criação de uma Secretaria específica para desenvolvimento e supervisão das atividades de controle interno ainda continuaram existindo as unidades setoriais de controle (CISSET) atreladas às estruturas organizacionais dos ministérios do Poder Executivo federal, as quais foram extintas somente em 1999 com a edição da Medida Provisória nº 1.893-70, passando os servidores atuantes nessas unidades a serem lotados na SFC. Essa reforma organizacional da estrutura de controle interno do Poder Executivo federal incluiu a criação dos cargos de Assessor Especial de Controle Interno nos ministérios, que ficaram com a incumbência de serem o elo de ligação com a SFC.

Com esse desenho estrutural, especialmente com a presença da SFC, o controle interno então passa a desenvolver uma postura voltada para a avaliação gerencial da Administração Pública federal, contribuindo assim para que a atividade de controle passasse a, cada vez mais, contar com a necessária autonomia para sua melhor execução⁷⁹.

Em sua criação, a SFC ficou vinculada à estrutura do Ministério da Fazenda e, aos poucos, algumas críticas ganharam força para que passasse a ser ligada à autoridade máxima do Poder Executivo federal, em consonância com as boas práticas de auditoria interna. Assim foi que no ano de 2001 o TCU realizou auditoria operacional sob as atividades da SFC e deliberou por recomendar que a Casa Civil da Presidência da República desenvolvesse estudos técnicos para buscar reposicionar a Secretaria Federal de Controle de modo a conferir-lhe maior autonomia e independência funcional. Em 2002 foi então publicado o Decreto federal nº 4.113 transferindo a SFC para a Casa Civil. Naquele mesmo ano o Decreto federal nº 4.177, de 28 de março de 2002, transferiu a estrutura da SFC para a Corregedoria-Geral da União, órgão de correção que havia sido criado para combater a fraude e a corrupção e promover a defesa do patrimônio público, o que representou a visão de foco da atividade de controle interno para a avaliação da gestão pública.

Ainda no ano de 2002 foi editada a Medida Provisória nº 37 transformando a Corregedoria-Geral da União na Controladoria-Geral da União (CGU), sendo que em 23 de setembro de 2002 fora publicada a lei nº 10.539 retornando a nomenclatura de Corregedoria Geral da União. Em 2003 é publicada a lei nº 10.683 e a Corregedoria-Geral da União voltou,

⁷⁹ Todas essas modificações significaram a refundação do sistema de controle interno no sentido de construir a capacidade de avaliar a gestão das políticas públicas em função de seus resultados. OLIVIERI, Cecília. Monitoramento das políticas públicas e controle da burocracia: o sistema de controle interno do Executivo Federal Brasileiro. In: LOUREIRO, Maria Rita; ABRÚCIO, Fernando Luiz; PACHECO, Regina Silva. **Burocracia e política no Brasil: desafios para a ordem democrática no século XXI**. Rio de Janeiro: FGV, 2010, p. 151.

mais uma vez, a chamar-se Controladoria-Geral da União, com a novidade de que as atividades de controle interno, de correição e de ouvidoria passaram a ser exercidas todas nesse órgão, de forma concentrada.

Por meio do Decreto federal nº 3.591, de 06 de setembro de 2000, o governo federal criou seu Sistema de Controle Interno, cuja finalidade é avaliar a ação governamental e os atos de gestão dos administradores públicos federais. O Sistema de Controle Interno do Poder Executivo federal compreende o conjunto das atividades relacionadas à avaliação do cumprimento das metas previstas no Plano Plurianual, da execução dos programas de governo e dos orçamentos da União e à avaliação dos atos de administração dos gestores públicos federais. São finalidades do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo federal avaliar o cumprimento das metas previstas no Plano Plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União, comprovar a legalidade e avaliar os resultados quanto à eficácia e à eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e nas entidades da Administração Pública Federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado, além exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, dos direitos e haveres da União e apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional. Segundo Cecília Olivieri⁸⁰ o direcionamento de atuação do controle interno teve a precípua finalidade de “criar capacidade política e institucional para a superação do controle formalista e excessivamente concentrado nos meios e nos procedimentos”, voltado para o controle relacionado com os resultados das políticas públicas.

O referido Decreto federal atribuiu à Controladoria-Geral da União o papel de funcionar como Órgão Central, incumbido da orientação normativa e da supervisão técnica dos órgãos que compõem o Sistema, o qual é formado: (i) pela própria CGU; (ii) pelas Secretarias de Controle Interno (CISSET) da Casa Civil, da Advocacia-Geral da União, do Ministério das Relações Exteriores e do Ministério da Defesa, como órgãos setoriais; (iii) e pelas unidades de controle interno dos comandos militares, como unidades setoriais da Secretaria de Controle Interno do Ministério da Defesa.

Conforme exposto anteriormente, é com a publicação da lei nº 10.683, em 28 de maio de 2003, que foi criada a Controladoria-Geral da União (CGU)⁸¹. Concebida originalmente

⁸⁰ OLIVIERI, Cecília. Monitoramento das políticas públicas e controle da burocracia: o sistema de controle interno do Executivo Federal Brasileiro. In: LOUREIRO, Maria Rita; ABRÚCIO, Fernando Luiz; PACHECO, Regina Silva. **Burocracia e política no Brasil: desafios para a ordem democrática no século XXI**. Rio de Janeiro: FGV, 2010, pp. 118-120.

⁸¹ De acordo com Ronald da Silva Balbe houve uma proliferação de Controladorias após o ano de 2003, fenômeno denominado de mimetismo, resultado da influência do modelo federal após a criação da CGU. BALBE, Ronald da Silva. **Controle interno e o foco nos resultados**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 156.

como uma entidade de combate e prevenção à corrupção, a CGU é o órgão incumbido de promover a defesa do patrimônio público e de incrementar a transparência da Administração Pública no âmbito do Poder Executivo federal. Suas atividades desenvolvidas são, especialmente, aquelas pertinentes ao controle interno, à realização de auditorias públicas, correição, ouvidoria e prevenção e combate à corrupção.

A CGU também foi criada com a competência de ser o órgão central do sistema de Correição no Poder Executivo federal. Com a edição da lei que a criou, em 2003, a CGU incorporou as funções da já existente Corregedoria-Geral da União, a qual fora instituída no ano de 2001 por meio da Medida Provisória nº 2.143-31.

Anteriormente à lei nº 10.683/2003 as atividades de controle interno e de ouvidoria no âmbito do Poder Executivo federal eram desempenhadas, respectivamente, pela Secretaria Federal de Controle (SFC), vinculada ao então existente Ministério da Fazenda, e pela Ouvidoria-Geral da União (OGU), essa última subordinada ao Ministério da Justiça. No ano de 2002 fora editado o Decreto federal nº 4.177 estabelecendo que tanto a SFC quanto a OGU passariam a fazer parte da estrutura organizacional da então Corregedoria-Geral da União.

Em 2006, portanto posteriormente à criação da CGU que se deu em 2003, fora publicado novo Decreto federal, de nº 5.683, alterando a estrutura da Controladoria-Geral da União para proporcionar maior eficácia na execução de suas atividades, sendo criada a Secretaria de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas (SPCI), a qual ficou com a atribuição de desenvolver mecanismos de prevenção à corrupção. Com isso a CGU passou a atuar de modo a buscar o desenvolvimento de ações e medidas para prevenir a ocorrência de casos de corrupção.

Em 17 de setembro de 2013 fora editado o Decreto federal nº 8.109 promovendo novas e profundas alterações institucionais no âmbito interno da CGU. A SPCI passa a ser denominada de Secretaria de Transparência e Prevenção da Corrupção (STPC) e a dispor de uma estrutura compatível com a relevância de suas atribuições e competências, especialmente face as leis nºs 12.527/2011 (lei de acesso à informação), 12.813/2013 (lei de conflito de interesses) e 12.846 (lei Anticorrupção).

No ano de 2016, por uma decisão política do então Presidente da República, que assumira o mandato após processo de impeachment da titular à época, a CGU fora extinta e em seu lugar criado o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, mudança essa promovida por meio da lei nº 13.341, de 30 de setembro de 2016.

Em 1º de novembro de 2017 fora publicada a lei nº 13.502 e a CGU mantém suas atribuições e competências, com destaque para missão da promoção da cultura da transparência

pública e a defesa do patrimônio público, mediante a execução de atividades de controle interno, auditoria pública, correição, ouvidoria e prevenção e combate à corrupção.

É, porém, com a edição da Medida Provisória nº 870, de 1º de janeiro de 2019, que a CGU volta a ter seu nome de origem (Controladoria-Geral da União). Sua estrutura organizacional e de seus cargos foi estabelecida por meio do Decreto federal nº 9.681/2019, tendo sido criada a Secretaria de Combate à Corrupção, ficando essa responsável pela execução de atividades de inteligência, supervisão dos acordos de leniência, operações especiais e desenvolvimento de outras atividades relacionadas ao combate à corrupção.

Como órgão de controle interno do Poder Executivo federal, a Controladoria-Geral da União também exerce, na condição de órgão central, a supervisão técnica das unidades que compõem o Sistema de Controle Interno, o Sistema de Correição e o Sistema de Ouvidoria daquele poder da república, sendo pois responsável pela orientação normativa necessária a todos integrantes do sistema. Assinala Romualdo Anselmo dos Santos⁸² que, não obstante funcionar como órgão central, a CGU e o Sistema de Controle Interno, em sua trajetória, sofreram influência dos seus agentes internos para adquirirem a organicidade de que dispõem.

Atualmente a CGU tem em sua estrutura cinco unidades que executam suas atividades finalísticas, todas atuando de forma articulada: (i) Secretaria de Transparência e Prevenção da Corrupção (STPC); (ii) Secretaria Federal de Controle Interno (SFC); (iii) Secretaria de Combate à Corrupção (SCC); (iv) Corregedoria-Geral da União (CRG) e (v) Ouvidoria-Geral da União (OGU).

Responsável pela formulação e coordenação dos programas e ações voltadas à prevenção de corrupção, a Secretaria de Transparência e Prevenção da Corrupção (STPC) também tem como atribuição a edição de normas orientadoras para a relação entre a Administração Pública federal e a iniciativa privada, promovendo a transparência, a cultura do acesso à informação pública, o fomento do controle social, estimulando a conduta ética e íntegra no âmbito das instituições públicas federais. É também da competência da STPC a integração e cooperação com órgãos, entidades e organismos nacionais e internacionais que atuam na área de prevenção da corrupção.

A Secretaria Federal de Controle Interno (SFC), por sua vez, é a unidade da CGU que tem a missão de funcionar como órgão central do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo federal, fiscalizando e avaliando a execução de programas de governo, inclusive

⁸² SANTOS, Romualdo Anselmo dos. **Institutionalising anti-corruption in Brazil: the path of the Controladoria-Geral da União (CGU)**. 323f. Tese. Department of Politics, University of Sheffield, Sheffield, Inglaterra, 2013, p. 291.

ações descentralizadas a entes públicos e privados realizadas com recursos oriundos do orçamento da União. É sua atribuição, também, a realização de atividades de auditorias para fins de avaliação dos resultados dos atos e decisões dos administradores públicos. Atua também apurando denúncias e formalizando representações aos órgãos de persecução penal, além de funcionar no apoio aos órgãos e agentes do controle externo do Poder Executivo federal.

A Secretaria de Combate à Corrupção (SCC) é a unidade com a atribuição de propor ao Ministro de Estado a edição de normas e sua sistematização para fins de padronização dos procedimentos e atos normativos que se refiram às atividades relacionadas a acordos de leniência, inteligência e operações especiais desenvolvidas pela CGU. Além disso, atua supervisionando, coordenando e orientando o exercício das atividades das unidades da CGU quando das negociações dos acordos de leniência. É a SCC que tem a competência para o desenvolvimento e a execução de atividades de inteligência e de produção de informações estratégicas, realizando, inclusive, investigações em conjunto com outros órgãos e entidades de combate à corrupção, nacionais ou estrangeiras. O combate à corrupção é, sem dúvida, a área de maior identificação da sociedade quando o assunto é a CGU⁸³.

Já a Corregedoria-Geral da União (CRG) tem como missão o combate à impunidade na Administração Pública federal. Atua articulando, coordenando e acompanhando a execução de ações disciplinares direcionadas aos servidores públicos da União, promovendo as necessárias apurações de responsabilização administrativa de seus membros. Para além da atividade sancionatória, a CRG atua na promoção de capacitações destinadas aos servidores para composição de comissões disciplinares, mediante a realização de seminários, simpósios, congressos, cursos à distância, cuja finalidade é discutir e disseminar as melhores práticas relativas do exercício das atividades correcionais. Funciona também como órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo federal (SisCOR), fortalecendo as unidades componentes do sistema, editando normas de supervisão.

A Ouvidoria-Geral da União (OGU) exerce a supervisão técnica das unidades de ouvidoria do Poder Executivo federal, orientando a atuação dessas unidades, propondo a adoção de medidas destinadas a prevenir e corrigir irregularidades na prestação do serviço público federal. Suas ações devem visar a disseminação das formas de participação popular no acompanhamento e fiscalização dos atos do poder público federal. A função de ouvidoria, no âmbito do Poder Executivo federal, é formado pelo Sistema de Ouvidorias daquele poder, também denominado de e-Ouv. Trata-se de um sistema desenvolvido e mantido pela OGU, a

⁸³ MARX, Cesar Augusto. **Combate à corrupção e aprimoramento da gestão: a dualidade do controle interno no Brasil**. Revista da CGU, Brasília, v. 8, n. 12, p. 366, jan/jun, 2016.

qual faz parte da estrutura da Controladoria-Geral da União. Sua missão é facilitar a troca de informações entre o administrado e a Administração Pública federal, por meio do recebimento, tratamento e disponibilização de resposta às denúncias, reclamações, elogios, sugestões, pedidos de acesso à informação, dentre outros.

Existe também, no âmbito do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo federal, a Comissão de Coordenação de Controle Interno (CCCI), a qual tem como atribuições a de efetuar estudos e propor medidas visando promover a integração operacional do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo federal, opinar sobre as interpretações dos atos normativos e procedimentos relativos às atividades a cargo do Sistema, homogeneizar as interpretações sobre as atividades do Sistema, sugerir procedimentos para promover a integração do SCI do Executivo federal com outros sistemas da Administração Pública da União, propor metodologias para avaliação e aperfeiçoamento das atividades do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo federal, efetuar análise e estudos de casos propostos pelo Ministro da Controladoria-Geral da União com vistas a solução de problemas relacionados com o controle interno do Poder Executivo federal, formular propostas de metodologias para avaliação e aperfeiçoamento das atividades do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo federal e efetuar análise e estudo de casos propostos pelo Ministro da CGU, a fim de solucionar problemas relacionados com o Controle Interno do Poder Executivo federal. Essa comissão é composta por 9 membros, todos atuantes na área de controle interno do Poder Executivo federal, sob a presidência do Ministro da CGU. Suas competências estão dispostas no art. 10 do Decreto federal nº 3.591/2000, dentre elas homogeneizar as interpretações sobre procedimentos relativos às atividades a cargo do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo federal.

O Decreto federal que institui o Sistema de Controle Interno do Poder Executivo federal preconiza como técnicas de trabalho para as atividades do Sistema aquelas atinentes à auditoria e à fiscalização. Segundo a citada espécie normativa, a auditoria visa a avaliação dos atos de gestão pública, os processos e os resultados gerenciais, bem como a análise acerca da aplicação de recursos públicos, inclusive por entidades de direito privado. Já os atos de fiscalização tem por finalidade averiguar se o objeto dos programas de governo corresponde às especificações estabelecidas, bem como se atende às necessidades para as quais foi definido, se guarda coerência com as condições e características pretendidas e se os mecanismos de controle são eficientes.

No exercício das atividades para o cumprimento de sua missão institucional (apoiar o gestor público no aperfeiçoamento da gestão e lutar contra a corrupção), a CGU executa atividades de auditoria e fiscalização, mediante o planejamento anual da auditorias cujas

atividades advém de trabalhos obrigatórios (caráter normativo de execução obrigatória), trabalhos estratégicos (critérios de risco, materialidade, relevância e criticidade) e outros trabalhos operacionais (demais trabalhos identificados como oportunos para agregar valor à gestão).

Especialmente por meio da atividade de auditoria a CGU realiza análise dos atos de gestão e das decisões dos administradores públicos, averiguando não apenas a conformidade com a lei em sentido amplo mas, principalmente, os resultados desses quanto à eficiência e eficácia, recomendando a adoção de ações e providências que são monitoradas durante anos e registradas no certificado dos relatórios anuais de gestão dos órgãos e entidades, os quais são elaborados pelos gestores públicos e apreciados pelo Tribunal de Contas da União.

Por meio das atividades de auditoria⁸⁴, a CGU executa ações de avaliação e de consultoria dos atos de gestão, executando averiguações e realizando juízo de valor acerca dos resultados obtidos pela Administração Pública do Poder Executivo federal, recomendando ajustes no modo de atuação do gestor público, mediante a interpretação das normas aplicáveis aos institutos avaliados.

Merece registro o que dispõe o art. 17 do Decreto federal nº 3.591/2000 que estabelece que a instituição do sistema de controle interno do Poder Executivo federal não substitui e nem confronta aqueles controles próprios dos sistemas e subsistemas criados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública federal, nem tão pouco o controle administrativo à nível de cada chefia.

3.3.1.2 Das unidades de auditoria e controle das entidades da Administração Pública federal indireta

A Constituição Federal de 1988 persegue finalidade jurídica de tornar o Estado brasileiro uma República Federativa, a partir de um modelo de Federação formado pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituindo-se em um Estado Democrático de Direito. Essas pessoas jurídicas de direito público interno cumprem seus deveres constitucionais por meio de seus órgãos e entidades que exercem a atividade administrativa, entendidos esses como sendo as pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos que possuem a incumbência de exercer um feixe de funções estatais: a atividade administrativa.

⁸⁴ A atividade de auditoria governamental costuma ser classificada em auditoria regulatória e auditoria operacional. MARX, Cesar Augusto. **Combate à corrupção e aprimoramento da gestão: a dualidade do controle interno no Brasil**. Revista da CGU, Brasília, v. 8, n. 12, p. 351, jan/jun, 2016.

A Administração Pública, por sua vez, executa a atividade administrativa por meio dos órgãos integrantes de sua estrutura, distribuindo internamente suas competências dentro da mesma pessoa jurídica (desconcentração), ou atribuindo sua competência para outra pessoa (descentralização), física ou jurídica. Na primeira hipótese temos o caso da Administração Pública direta, constituída pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal; e na segunda, verifica-se a Administração Pública indireta, a qual é formada pelas autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista.

Di Pietro afirma que “a Administração Pública é organizada hierarquicamente, como se fosse uma pirâmide em cujo ápice se situa o Chefe do Poder Executivo”⁸⁵, e que as atribuições administrativas são distribuídas entre os órgãos e entidades que a compõem, em meio a uma relação hierárquica de coordenação e subordinação.

A descentralização da atividade administrativa tira do centro da Administração Pública um grande volume de atribuições, a fim de que as ações estatais sejam executadas de forma mais adequada, criando-se entidades com personalidade jurídica própria para o desempenho de atividades específicas, com capacidade de autoadministração, compondo a denominada Administração Indireta.

A autoadministração conferida às essas entidades consiste na capacidade de gerir seus próprios atos e necessidades, mas sempre em observância às leis.

O Decreto-lei n° 200, de 25 de fevereiro de 1967, dispõe sobre a reforma administrativa do Poder Executivo federal e fez veicular como um dos seus princípios norteadores aquele que versa sobre a descentralização. O artigo 4° desse decreto federal dividiu a Administração Pública em direta, compreendendo aqueles serviços agregados na estrutura administrativa da Presidência da República e seus Ministérios, e na Administração Pública indireta, composta essa, consoante redação original do referido decreto, pelas autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, vindo as fundações a serem expressamente incluídas nesse grupo por meio da lei federal n° 7.596, de 10 de abril de 1987.

A Administração Pública direta do Poder Executivo federal compõe-se, portanto, da União e seus Ministérios, e sua Administração Pública indireta é formada pelas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista criadas por esse poder da república.

Segundo se pode deprender do Decreto-lei n° 200/67 a Administração Pública indireta “significa o conjunto de pessoas jurídicas, de direito público ou privado, criadas por

⁸⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 523.

lei, para o desempenho de atividades assumidas pelo Estado, como serviços públicos ou a título de intervenção no domínio econômico”⁸⁶.

A Constituição de 1988, com as alterações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 19, usa em diversos dispositivos a expressão administração indireta, alcançando as autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista, sejam essas duas últimas prestadoras de serviços públicos ou exploradoras de atividade econômica de natureza privada.

Na esteira do entendimento de Di Pietro, ficam excluídas do alcance da expressão Administração Pública indireta aquelas “empresas estatais sob controle acionário do Estado, mas que não têm a natureza de empresas públicas ou sociedades de economia mista”⁸⁷. Tal conclusão justifica-se pelo fato de que o legislador quando desejou alcançar essas empresas estatais cujo controle acionário esteja sob a tutela do Estado o fez expressamente mediante o uso da expressão “e suas subsidiárias”, como se pode verificar do que consta nos artigos 37, XVII, 71, II, 165, II e 173, parágrafo primeiro, todos da CF/88. Assim é que a Constituição Federal de 1988 faz uso da expressão Administração Pública indireta naquele mesmo sentido subjetivo do Decreto-lei nº 200/67.

O Decreto federal nº 3.591/2000 criou o Sistema de Controle Interno do Poder Executivo federal e expressamente afirmou, em seu art. 8º, que sua composição é formada por entes da administração direta, funcionando a Controladoria-Geral da União, que tem natureza de Ministério, como órgão central do Sistema, com a atribuição de realizar a orientação normativa e supervisão técnica dos órgãos que compõem o Sistema.

Assim dispondo o referido Decreto deixou de fora do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo federal as entidades integrantes da administração indireta desse poder. Entretanto, no capítulo denominado Das Disposições Específicas, o multicitado Decreto federal utilizou-se do art. 14 para determinar que as entidades da Administração Pública federal indireta deverão organizar em sua estrutura a respectiva unidade de auditoria interna.

Dessa forma, as autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista devem manter em sua estrutura organizacional unidades com a atribuição de executarem atividades de auditoria interna, dotando-as de recursos humanos e materiais necessários ao seu exercício. Tais unidades de auditoria interna, também denominadas de auditorias internas singulares (Audin), tem o objetivo de fortalecer a gestão e racionalizar as ações de controle.

⁸⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 529.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 533.

Observa-se, então, que a unidade de auditoria interna da Administração Pública federal indireta não compõe o Sistema de Controle Interno do Poder Executivo federal, mas está, por força do art. 15 do Decreto federal nº 3.591/200, sujeita à orientação normativa e supervisão técnica do Órgão Central (leia-se, CGU) e dos órgãos setoriais do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo federal, em suas respectivas áreas de jurisdição.

Desse arranjo verifica-se, portanto, que a entidade integrante da Administração Pública federal indireta está passível de sofrer ação de controle interno oriunda de um órgão ou agente da Administração Pública direta e da unidade de auditoria integrante de sua própria estrutura organizacional⁸⁸.

À unidade de auditoria interna singular da administração indireta do Poder Executivo federal cabe a atribuição de exercício de atividades de auditoria semelhantes àquelas executadas pelos órgãos e agentes do Sistema de Controle Interno do mesmo poder, estando sujeita, também, à orientação normativa da Secretaria Federal de Controle, em que pese não fazer parte daquele Sistema. Exemplo desse poder de regulamentação é a Instrução Normativa nº 9, de 9 de outubro de 2018, editada pela SFC/CGU, disciplinando que as unidades de auditoria interna da administração indireta do Poder Executivo federal devem elaborar, anualmente, seu Plano de Atividades de Auditoria Interna (PAINT) para fazer constar todas as atividades de auditoria interna que pretendem executar em dado exercício, além do Relatório Anual de Atividades de Auditoria Interna (RAINT) o qual consolidará os resultados de todas as atividades de auditoria interna realizadas no ano, remetendo ambos os instrumentos ao conselho de administração, órgão equivalente ou dirigente máximo da entidade e à Controladoria-Geral da União.

No exercício da competência de orientação normativa, a Controladoria-Geral da União publicou a Instrução Normativa nº 3, de 9 de junho de 2017, a qual aprovou o Referencial Técnico da Atividade de Auditoria Interna Governamental do Poder Executivo federal, e disciplinou, especialmente em seus itens 1 e 18 do Capítulo 1, que a auditoria interna governamental é uma atividade independente e objetiva de avaliação e de consultoria e que, por natureza, os serviços de consultoria representam atividades de assessoria e aconselhamento, realizados a partir da solicitação específica dos gestores públicos. Com amparo no normativo

⁸⁸ Tome-se como hipótese a situação do ordenador de despesa de uma determinada universidade pública federal. No exercício de sua atuação administrativa, o referido servidor estará sujeito à fiscalização – e eventual sanção – de, pelo menos, cinco órgãos controladores diferentes: (i) do Tribunal de Contas da União, na forma do artigo 71, II, da Constituição da República; (ii) da Procuradoria Federal junto à respectiva instituição, conforme disposto no artigo 10 da Lei Federal nº 10.480/02; (iii) do Ministério Público Federal, frente ao que dispõe o artigo 37, I, da Lei Complementar nº 75/93; (iv) da Controladoria-Geral da União, nos termos do artigo 51, I, da atual Medida Provisória nº 870/2019; e (v) unidade de auditoria interna daquela instituição federal de ensino, na forma do Decreto nº 3.591/2000.

ora citado, as unidades de auditoria interna singulares da administração indireta do Poder Executivo federal executam serviços de consultoria que devem abordar assuntos estratégicos da gestão, como os processos de governança, de gerenciamento de riscos e de controles internos e ser condizentes com os valores, as estratégias e os objetivos da entidade auditada.

Essa mesma Instrução Normativa deixa claro, em seu item 18, que ao prestar serviços de consultoria a Audin não deve assumir qualquer responsabilidade que seja da Administração Pública auditada, ou seja, não deve a unidade de auditoria interna praticar atos de gestão, sob pena de macular sua independência no exercício de suas atividades de auditoria.

O exercício da atividade de auditoria representa, a bem da verdade, uma atividade de controle, e consiste na análise, avaliação e monitoramento dos aspectos de legalidade, eficiência e eficácia dos atos administrativos praticados pelo gestor público, prestando assim assessoramento ao administrador.

A atividade de auditoria e consultoria da unidade de auditoria interna singular não tem natureza de parecer jurídico, muito menos tem o condão de fazer as vezes de manifestação da assessoria jurídica da entidade.

A Audin é órgão técnico de controle, avaliação e fortalecimento da gestão pública, vinculada ao conselho de administração ou a órgão de atribuições equivalentes da entidade (e na ausência desses, ao dirigente máximo da entidade) a que faz parte, sujeitando-se à orientação normativa e supervisão técnica do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo federal, prestando apoio aos órgãos e unidades que o integram, bem como aos órgãos externos de controle, conforme prescreve o Decreto nº 3.591/2000.

As unidades de auditoria interna singulares da administração indireta do Poder Executivo federal devem exercer suas atribuições sem elidir a competência de outros órgãos de controle interno e externo, a exemplo da Secretaria Federal de Controle e do Tribunal de Contas da União.

No exercício de suas atividades as Audins devem assessorar a gestão, com independência, atuando de forma objetiva para promover o atingimento dos objetivos institucionais, prestando consultoria e avaliando com eficiência e eficácia os processos de gerenciamento de riscos, visando ao controle e à melhor governança, contribuindo com o aprimoramento da Administração Pública.

São competências da Audin avaliar a eficácia e contribuir para a melhoria do processo de gerenciamento de riscos da entidade a que pertencem, acompanhando o cumprimento das metas do Plano de Desenvolvimento Institucional (PDI) da entidade, prestando assessoramento aos gestores, visando comprovar o nível de execução das metas postas e o alcance dos objetivos.

Assim é que o Administrador Público de entidade integrante da administração indireta do Poder Executivo federal está a ter seus atos administrativos e decisões sob a incidência dos órgãos de controle interno integrantes do Sistema de Controle Interno daquele poder e da unidade de auditoria interna integrante da estrutura organizacional que dirige, contando, pois, com duplo reporte de órgãos de controle interno com atribuição legal do exercício da atividade auditoria, consultoria e assessoramento.

3.3.2 Do sistema de Controle Externo do Poder Executivo federal

A Constituição Federal de 1988, por meio do inciso X do art. 49, estabelece que é de competência exclusiva do Congresso Nacional o controle externo dos atos, contratos e procedimentos públicos, ou seja, cabe ao Poder Legislativo a fiscalização e o controle dos atos do Poder Executivo, incluindo as entidades integrantes de sua administração federal indireta.

O controle externo como disposto na CF de 1988 pode ser definido como um conjunto de ações de controle desenvolvidas por uma estrutura organizacional, contendo procedimentos, atividades e recursos próprios, alheios à estrutura controlada, e que visa à fiscalização, verificação e correção dos atos, como por exemplo, o controle exercido pelo Poder Legislativo, que faz o controle político, e pelo Tribunal de Contas, responsável pelo controle financeiro⁸⁹. Visa averiguar a probidade do administrador público e a regularidade da guarda e do emprego dos bens, valores e dinheiros públicos, assim como a regular e fiel execução do orçamento estatal, sendo, pois, um controle político de legalidade contábil e financeira⁹⁰.

O exercício dessa competência legislativa ocorre com o auxílio independente dos Tribunais de Contas, conforme inteligência do art. 71 da Constituição da República. No âmbito federal, é de competência do Tribunal de Contas da União realizar inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial na administração direta e indireta.

O controle externo da Administração Pública federal não se restringe ao Poder Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas da União. Ao Ministério Público e ao Poder Judiciário também é reservada competência de realizar atividade de controle da atuação do Poder Executivo, mediante diversos instrumentos como a Ação Civil Pública e o Mandado de

⁸⁹ JACOBY, José Ulisses Fernandes. **Tribunais de Contas do Brasil. Jurisdição e Competência**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 120.

⁹⁰ GOMES, Filipe Lobo; SAMPAIO, Thyago Bezerra. **O controle da administração pública e o conflito entre as decisões do TCU e as deliberações do CNJ**. RDA – Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 280, n. 1, p. 168, jan./abr. 2021.

Segurança, por exemplo. Considerando que não se presta aos fins desse trabalho uma incursão aprofundada dos instrumentos de controle executados por quem não faz parte do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo federal ou do Poder Legislativo, por meio dos Tribunal de Contas da União, restringimo-nos ao escopo dessa pesquisa.

3.3.2.1 O Tribunal de Contas da União

Sem prejuízo da existência e atuação de outros órgãos que realizam controle externo, como Ministério Público, polícias investigativas, o Poder Judiciário, etc, o foco da pesquisa é aquele controle externo executado pelo Poder Legislativo com auxílio dos Tribunais de Contas, os quais remontam, conforme Angerico Alves Barroso Filho⁹¹, à época do Brasil colônia, quando o controle das contas públicas era exercido por Portugal ainda de forma bastante precária. Em meados do século XVIII foram criadas as denominadas Juntas das Fazendas das Capitanias e a Junta do Rio de Janeiro, ambas vinculadas à Portugal. O controle das contas públicas começou a sofrer modificação com a chegada, em 1808, da família real portuguesa em terras brasileiras, quando, compelidas pelo avanço das tropas comandadas por Napoleão Bonaparte, teve que abandonar Lisboa pois que as tropas de Portugal não conseguiriam impor resistência ao exército francês. Em solo brasileiro, foi por meio do alvará real expedido ainda em 1808, mais precisamente em 28 de junho, que fora criado o Erário Régio e o Conselho da Fazenda pelo príncipe regente D. João VI. O Erário Régio ficou encarregado da guarda dos tesouros reais e o Conselho da Fazenda ficou com a responsabilidade pelo controle dos gastos públicos.

Com a independência do Brasil de Portugal, em 1822, e por meio da Constituição do Império em 1824 (art. 170), o Erário Régio deu lugar ao órgão denominado de Tesouro Nacional. É a partir dessa importante mudança que passou a ganhar força a ideia de criação de mecanismos de controle dos gastos e orçamento públicos. Em 1826 criou-se o Tribunal de Revisão de Contas, e em 1857 o Tribunal de Exame de Contas e o Tribunal de Contas, com a finalidade de controlar a despesa pública. Mesmo diante da resistência de opositores, que entendiam que tais mecanismos representariam barreiras impostas ao pleno exercício dos poderes do monarca, em 7 de novembro de 1890, portanto já na fase Republicana, fora criado no Brasil, a partir do Decreto nº 966/A de iniciativa do então Ministro da Fazenda Rui Barbosa, o Tribunal de Contas da União.

⁹¹ FILHO, Angerico Alves Barroso. **O controle externo versus o controle interno e administrativo: análise do suposto conflito de competência entre o CNJ e o TCU**. Revista do TCU, Brasília, n. 139, 2017.

Mesmo com a promulgação da primeira Constituição Republicana em 1891, somente no ano de 1893 é que se tem a instalação do Tribunal de Contas, a qual apenas foi possível com o empenho de Serzedello Corrêa, então Ministro da Fazenda do Governo de Floriano Peixoto. Registre-se que, à essa época, o Tribunal de Contas no Brasil era vinculado ao Poder Executivo e teve como modelo de inspiração aquele do sistema belga.

A partir das lições da professora Odete Medauar⁹², diversas são as tipologias do controle financeiro externo, a qual destacamos duas espécies: o tipo italiano e o tipo belga. O primeiro realiza um controle geral sobre toda a gestão financeira do Estado, por meio da prestação de contas ampla, em momento prévio ou posterior. Massimo Severo Giannini⁹³ sustenta que a Corte de Contas realiza também fiscalização sobre a gestão financeira de entes subvencionados pelo Estado, e que pode ainda exercer funções jurisdicionais em matérias de prestação de contas de agente contábil, responsabilidade patrimonial dos agentes públicos, recursos do interessado em matéria de aposentadoria dos funcionários públicos e litígios referentes a relações funcionais dos agentes da própria Corte de Contas.

O modelo belga, por sua vez, tornou-se um tipo clássico de atuação de Corte de Contas. É o que mais identificação tem com a forma de atuação dos tribunais de contas no Brasil e previa que tal órgão teria responsabilidade de fiscalizar receitas e despesas públicas, sem prejuízo, entretanto, de analisar todos os demais atos que pudessem originar despesas ou mesmo que interessassem às finanças da República, incluindo todos os responsáveis, independentemente de qual ministério estivesse vinculado.

Com o advento da Constituição de 1934, o Tribunal de Contas tem suas atribuições mais bem definidas na norma constitucional, inclusive com a previsão de nomeação de sua composição pelo Presidente da República. Previstas no art. 99, as competências do Tribunal de Contas incluíam o acompanhamento da execução orçamentária, julgamento das contas dos gestores responsáveis por bens públicos, além do registro dos contratos e de atos de que resultassem obrigações de pagamento para o Tesouro Nacional.

Com a Carta Constitucional de 1937, popularmente conhecida como Constituição Polaca, fortemente marcada pela enorme concentração de poder na figura do Presidente da República, com conteúdo centralizador, o Tribunal de Contas teve reservado para si apenas um único dispositivo (art. 114), e mesmo assim no texto destinado ao Poder Judiciário, embora não fosse parte integrante desse.

⁹² MEDAUAR, Odete. **Controle da administração pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, pp. 114-128.

⁹³ GIANNINI, Massimo Severo. **Instituzioni di Diritto Amministrativo**. Giuffrè, 1981, pp. 600-601.

É com a promulgação da Constituição de 1946 que as atribuições do Tribunal de Contas ganham ampliação considerável, permitindo-lhe analisar as contas de autarquias, além da verificação da legalidade dos contratos administrativos, de aposentadorias, de reformas e de pensões, bem como qualquer ato que resultasse obrigação de pagamento pelo Tesouro Nacional. É nessa ordem constitucional que o Tribunal de Contas passa a ter sua previsão inclusa no capítulo destinado ao Poder Legislativo (art. 76), o qual retomou seu papel na elaboração da proposta orçamentária, passando então a adotar um modelo de organização e de atuação que se transformaram até o cenário atual. Pontes de Miranda⁹⁴ defendia o entendimento de que “o Tribunal de Contas, frente ao texto constitucional, teria a função de julgar, sendo no plano material um órgão judiciário, e, no formal, auxiliar do Congresso Nacional”.

Na Constituição de 1967 o Tribunal de Contas teve mantida a previsão constitucional anterior, inserida no capítulo dado ao Poder Legislativo, reforçando ainda mais a concepção de que seria um órgão auxiliar desse poder. Porém, agora o Tribunal de Contas teve seu papel bastante reduzido, haja vista que o Brasil dava início a um período de autoritarismo, afastando assim a ideia de existência pacífica de um órgão de tamanha importância com atribuições de fiscalização e controle das contas públicas. Mesmo com restrições impostas pelo regime militar dominante à época e com a retirada da competência do Poder Legislativo em apresentar leis ou emendas orçamentárias que constituíssem criação ou aumento de despesas, o Tribunal de Contas continuou a exercer as suas funções constitucionalmente estabelecidas.

É, porém, com a Constituição de 1988 que o Tribunal de Contas consolida os contornos atuais. Mediante expressa previsão da existência do Tribunal de Contas da União, dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios (para esses últimos, vedada sua criação após a CF 88), continuou a previsão normativa no capítulo destinado à disciplina do Poder Legislativo, porém, com autonomia constitucional, não sendo um órgão vinculado ou subordinado a esse poder. Tal fora, inclusive, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.140-5⁹⁵, de relatoria do Ministro Sidney Sanches, quando afirmou-se que

Não são, entretanto, as cortes de contas órgãos subordinados ou dependentes do Poder Legislativo, tendo em vista que dispõem de autonomia

⁹⁴ MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. Rio de Janeiro: Livraria Boffoni, 1947, vol. II, p. 93.

⁹⁵ STF. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ADI 1.140-5**. Relator: Ministro Sidney Sanches. DJ: 03/02/2003. STF, 2003. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1599708>>. Acesso em: 23 dez. 2020.

administrativa e financeira, nos termos do artigo 73, caput, da Constituição Federal, que lhes confere as atribuições previstas no seu artigo 96, relativas ao Poder Judiciário.

A função constitucional do Tribunal de Contas é exercer o controle financeiro e orçamentário da administração pública, atuando como preposto do Poder Legislativo. Eduardo Lobo Botelho Gualazzi afirma que os Tribunais de Contas brasileiros atuam como órgão administrativo parajudicial, com funcionamento autônomo, cuja função consiste em “exercer, de ofício, o controle externo, fático e jurídico, sobre a execução financeiro-orçamentária, em face dos três poderes do Estado, sem a definitividade jurisdicional”⁹⁶.

A própria Constituição Federal de 1988 dispõe que os membros do Tribunal de Contas possuem as mesmas garantias de independência dadas ao Poder Judiciário, de modo que demonstra-se indevido considerar a corte de contas como órgão subordinado ao Poder Legislativo, ou inserido na sua estrutura. Quando a ordem constitucional vigente dispõe que o controle externo será exercido pelo Congresso Nacional com o auxílio do Tribunal de Contas da União, o que disse o constituinte é que a função desse importante órgão de controle é exercer o controle financeiro e orçamentário da Administração Pública federal (no caso do TCU) auxiliando o Poder Legislativo, o qual por sua vez é aquele responsável por essa atividade típica de fiscalização.

Não há de se confundir, portanto, a função do Tribunal de Contas com sua natureza, pois em que pese atuar em auxílio ao Poder Legislativo com a função de controle estatal, o Tribunal de Contas é, na verdade, órgão independente, sem vínculo a quaisquer dos poderes republicanos, haja vista ser detentor de autonomia administrativa e financeira. Não possuem qualquer relação de subordinação e, como leciona Patrícia Cardoso Rodrigues Souza⁹⁷, os Tribunais de Contas mantem relação de colaboração com o Poder Legislativo no que concerne ao controle externo a cargo desse, atuando tanto como colaborador daquele Poder, como no exercício de suas próprias competências. Na análise da natureza jurídica das atribuições da Corte de Contas preciosas são as lições de Odete Medauar⁹⁸ quando esclarece que a controvérsia encontra-se na discussão do caráter jurisdicional ou não das atribuições da corte de contas, afirmando, ainda, que nenhuma das atribuições do Tribunal de Contas possui natureza de jurisdição.

⁹⁶ GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. **Regime Jurídico dos Tribunais de Contas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 187.

⁹⁷ SOUZA, Patrícia Cardoso Rodrigues. Controle da Administração Pública. In: Carlos Pinto Coelho Motta. **Curso Prático de Direito Administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 560.

⁹⁸ MEDAUAR, Odete. **Controle da administração pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, pp. 139-141.

A Constituição de 1988 deu aos Tribunais de Contas o exercício do controle da administração não apenas a partir do aspecto da legalidade, mas para além disso, propiciou a instituição de um controle por resultados, a partir da análise de eficiência e eficácia dos atos de gestão do Estado.

No julgamento da Suspensão de Segurança nº 1308-RJ⁹⁹ pelo Supremo Tribunal Federal, o Ministro Relator Celso de Mello expressamente reconheceu a essencialidade da figura dos Tribunais de Contas, enquanto

instrumentos de inquestionável relevância na defesa dos postulados essenciais que informam a própria organização da Administração Pública e o comportamento de seus agentes, com especial ênfase para os princípios da moralidade administrativa, da impessoalidade e da legalidade.

Ao TCU, enquanto órgão responsável pelo controle externo em auxílio ao Poder Legislativo, compete debruçar-se em questões de diversas instâncias e esferas de poder, em meio às constantes mudanças ambientais, à evolução tecnológica, o ritmo acelerado da produção de informação, a complexidade do Estado e suas relações com a sociedade e, especialmente, com os anseios da população pela qualidade da Administração Pública.

Dois são os instrumentos de que se vale o TCU para o exercício de suas atribuições constitucionais e legais. O primeiro, o trabalho de fiscalização da atividade dos administradores públicos, realizando averiguação contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta federais, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas. A lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, que dispõe sobre a Lei Orgânica do TCU, e o Regimento Interno da Corte de Contas da União (Resolução nº 246, de 30 de novembro de 2011), estipulam como formas de fiscalização o levantamento, auditoria, inspeção, monitoramento e acompanhamento.

O segundo instrumento trata do exame de contas. No caso das contas anuais prestadas pelo Presidente da República, cabe ao TCU a análise dos Balanços Gerais da União e do relatório sobre a execução orçamentária preparados pelo órgão central do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo, emitindo parecer prévio, em conformidade do art. 71, inciso I, da Constituição Federal, para o fim de expedir opinião técnico-jurídica se as operações realizadas seguiram os princípios de contabilidade aplicados à Administração Pública federal,

⁹⁹ STF. **SUSPENSÃO DE SEGURANÇA: SS 1308-RJ**. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 19/10/1998. STF, 1998. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1732003>>. Acesso em: 24 dez. 2020.

encaminhando-se o parecer prévio ao Congresso Nacional, ao qual compete o julgamento, conforme disposto no art. 49, inciso IX, da Constituição da República.

Compete ainda ao TCU, no tocante ao exame de contas, o julgamento das contas apresentadas pelos administradores públicos, bem como daqueles que sejam responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos. Cabe ao TCU a verificação da legalidade, regularidade e economicidade dos atos dos gestores ou responsáveis pela guarda e emprego dos recursos públicos. Tal atuação da corte de contas dar-se por meio dos processos de tomada e prestação de contas, as quais são formalizadas pelos órgãos do sistema de controle interno dos poderes, em consonância com as orientações do TCU, e encaminhados anualmente ao Tribunal para apreciação e julgamento. Conforme informação do sítio eletrônico do Tribunal de Contas da União¹⁰⁰ o universo de órgãos e entidades que devem prestar contas ao TCU ultrapassa o quantitativo de 8.500, dentre órgãos e entidades federais, prefeituras municipais, além dos governos estaduais e do Distrito Federal. Ressalte-se que as prefeituras e governos estaduais e distrital somente prestam contas ao TCU daqueles recursos públicos que lhe são repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, excluídos os repasses constitucionais.

Por força do que dispõe o art. 75 da Constituição Federal aplicam-se, naquilo que couber, aos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal e aos Tribunais e Conselhos de Contas Municipais as normas constitucionais do TCU referentes à sua organização, composição e fiscalização.

4 DISFUNCIONALIDADE E EXCESSO DOS ÓRGÃOS DE CONTROLE DO PODER EXECUTIVO FEDERAL

4.1 Quanto mais controle melhor?

O atual modelo de Estado brasileiro tomou forma com o advento da Emenda Constitucional nº 19/98 e proporcionou a participação de entidades não governamentais na realização de políticas públicas. Muito embora o Estado brasileiro tenha transferido ao particular a execução de diversos serviços públicos estatais não exclusivos, ou seja, não correspondentes à manifestação de uma feição do poder do Estado, a partir dos anos 2000 a estrutura de governo ganhou novos ministérios, órgãos e entidades. Houve ainda um

¹⁰⁰ TCU. Tribunal de Contas da União. **INSTITUCIONAL: COMPETÊNCIAS**. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/institucional/conheca-o-tcu/competencias/>>. Acesso em: 24 dez. 2020.

exponencial crescimento do volume de recursos públicos aplicados em programas sociais e em políticas públicas, em especial as de combate à miséria e ao fomento do ensino superior, o que desencadeou então uma conseqüente atuação mais firme e agregadora de valor por parte dos órgãos de controle.

Além da estrutura própria de seus quadros funcionais, o Estado passa agora a dispensar recursos públicos para que entidades paraestatais cooperem na prestação de serviços públicos. Esse incremento do espectro estrutural do Estado exige ainda mais que todos os atos e recursos públicos sejam objeto de eficiente controle.

Advém, então, a necessidade de se instituir um sistema regulatório, de reforçar o controle. Controla-se para garantir a efetivação dos direitos à liberdade/igualdade/fraternidade; controla-se para promover a efetiva prestação dos direitos econômicos/sociais/culturais; controla-se para impedir ilegalidades/abusos/arbítrios. Tudo gira em torno do controle, que justifica a própria noção de organização administrativa do Estado.

Certamente esses são motivos que justificam o fato de que nunca antes se miraram tantos holofotes aos controles do Estado e ao exercício das funções públicas. O debate contemporâneo sobre o assunto não cogita a desnecessidade da atividade de controle, mas sim a pertinência de impor balizamento às suas ações. Os mecanismos e instituições de controle são uma realidade inafastável. É inegável ser essencial ao Estado que se realize o controle de suas ações e omissões administrativas.

Cientistas políticos defendem que o principal fato de desenvolvimento da democracia brasileira em relação aos demais países sul-americanos foi a instituição, ao longo das últimas décadas, de órgãos de controle independentes e bem qualificados, a exemplo do Ministério Público e Tribunais de Contas. Marcus André Melo e Carlos Pereira¹⁰¹ afirmam que aqueles "países que possuem as instituições judiciais e de auditoria mais independentes eficientes, bem como os meios de comunicação autônomos e pluralistas, são os que sistematicamente, possuem melhor desempenho"

Existem, porém, intensas discussões sobre um oportuno aperfeiçoamento da atividade de controle, já que seus mecanismos e instituições multiplicaram-se ao longo dos anos, com expressiva previsão e proteção no ordenamento jurídico.

As instituições de controle devem atuar considerando e respeitando a autonomia do gestor público, haja vista ser essa autonomia um mecanismo que contribui para que os atos do administrador público alcancem a eficiência que dele se espera. Devem ainda estar atentas ao

¹⁰¹ MELO, Marcus André; PEREIRA, Carlos. **Making Brazil Work: Checking the President in a Multiparty System**. Londres e Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 2013, pp. 41-42.

ambiente de gestão que envolve a Administração Pública e às necessidades de inovação, acompanhando a evolução de suas necessidades, sem ignorar as incertezas e riscos de uma sociedade moderna imprevisível. Por isso mesmo o controle deve evitar a armadilha de tornar-se uma atividade estática. Deve, ao revés, atuar sistematicamente, em permanente diálogo com as entidades controladoras, implementando medidas de planejamento e cooperação, impulsionando a garantia do direito fundamental à boa administração. Uma atuação equilibrada dos órgãos e entidades de controle estatal, a partir de standards e do respeito à divisão de funções de gestor e controlador, contribuem para a eficiência administrativa.

A atividade de controle não pode tudo controlar, não pode e não deve agir como fim em si, afastando-se de uma atuação excessiva e puramente formalista.

Especialmente em períodos de crises econômicas e sociais é que a atividade de controle assume papel ainda mais relevante, haja vista que nesses momentos a Administração Pública necessita adotar condutas desafiadoras e urgentes, que, não raras vezes, exigem soluções inovadoras para problemas extraordinários que esbarram em mecanismos de controle formalistas.

É diante de todo este cenário que surgiu para os administrativistas o debate acerca da crise da ineficiência pelo controle da Administração Pública. Caracterizado essencialmente pela excessiva penalidade imposta aos gestores em decorrência de suas decisões contrariarem interpretações não literais de dispositivos legais firmadas pelo controlador. O denominado apagão das canetas vem sendo objeto de intensas discussões.

Ponto de partida para o estudo desse fenômeno, a interpretação das normas pelos agentes controladores merece acurada atenção. O princípio da legalidade ocupa especial importância no ordenamento jurídico. Na esfera do Direito Administrativo sua aplicabilidade é alvo de intenso controle de legalidade, com vistas a averiguar a necessária relação de compatibilidade entre os atos administrativos e a lei em sentido amplo. A atuação administrativa não deve submissão apenas à lei formal. Em avanço à essa concepção do formalismo do respeito à lei é que Gustavo Binenbojm¹⁰² afirma encontrar-se superada a concepção positivista de que a lei contém o Direito por inteiro. A atuação da Administração Pública deve encontrar fundamento na ordem jurídica como um todo, e não mais apenas e tão somente na lei posta, de modo que sua atividade deve se pautar diretamente naquilo que preconiza a Constituição Federal. Tal concepção justifica a significativa mudança dos parâmetros de controle da

¹⁰² BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, pp. 220-221.

atividade administrativa, aproximando-se cada vez mais da ideia de juridicidade do que de legalidade estrita, com incidência direta e cada vez mais forte dos princípios.

Germana de Oliveira Moraes¹⁰³ utiliza o termo direito por princípios para afirmar que a legalidade por si só não mais conforma os atos administrativos e por isso os princípios constitucionais gerais, bem como os princípios setoriais da Administração Pública, cada vez mais devem ser os instrumentos orientadores da atividade administrativa.

Essa exigência de que os atos e decisões administrativas atendam ao denominado princípio da juridicidade provoca uma necessária mudança no exercício do papel dos gestores públicos.

Sucedem que os controladores nem sempre pautam suas conclusões partindo dessa necessidade de superação do formalismo exacerbado à lei. A lógica Weberiana, marcada pela burocracia de procedimentos rígidos, tem sido a tônica de comportamento de órgãos e agentes de controle que, nas lições de Rafael Carvalho Rezende Oliveira e Erick Halpern, agem numa “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”¹⁰⁴.

A legalidade formal a que se baseia a atividade de controle desenvolvida por certos agentes controladores assemelha-se a uma subsunção burocrática das decisões e atos controlados a determinados standards estabelecidos na atividade de controle, reputando-se a conformidade àquela ação administrativa que atende a essa legalidade formal.

A respeito dessa discussão assinala Floriano Azevedo Marques Neto que

Os controles formais se pautam na verificação da atenção aos procedimentos e requisitos previstos em lei como condição para a prática de um ato. A presunção, que deve ser respeitada, é a de que se a lei exige uma condição formal para a prática de um ato, isso tem uma razão, um fundamento. Tanto é assim que a Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65, art. 2º, "b") prevê que o vício de forma é causa da anulação de um ato administrativo em sede do controle judicial provocado por qualquer cidadão¹⁰⁵.

¹⁰³ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 2004, p. 41.

¹⁰⁴ ZENITE. BLOG ZENITE. **O mito do “quanto mais controle, melhor” na Administração Pública**. Disponível em: <https://www.zenite.blog.br/wp-content/uploads/2020/10/O-mito-do-quanto-mais-controle-melhor_RafaelOliveira_ErickHalpern.pdf>. Acesso em: 1 mai. 2021.

¹⁰⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Os grandes desafios do controle da Administração Pública**. Fórum de Contratação e Gestão Pública FCGP, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, pp. 7-30, abr. 2010.

Carlos Ari Sunfeld sustenta que essa figura de controlador que exerce o controle dos atos administrativos pautado na submissão apenas à lei formal remete a um agente público que “age por autos e atos, trata direitos e deveres em papel, é estatista, desconfia dos privados, despreza a relação tempo, custos e resultados, não assume prioridades”¹⁰⁶.

Soma-se a isso o fato de que temos no ordenamento jurídico nacional um vasto e rico arcabouço legislativo pautado em normas de caráter principiológico e que veicula conceitos jurídicos indeterminados, os quais acabam por alargar o âmbito de interpretação daquele que exerce a atividade de controle.

Podemos afirmar como espécies legislativas que orientam a atividade de controle da Administração Pública: lei de responsabilidade fiscal (lei complementar nº 101/2000), lei de improbidade administrativa (lei nº 8.429/1992), as leis de licitações e contratos administrativos atualmente vigentes (lei nº 8.666/1993 e lei nº 14.133/2021), lei da ação popular (lei nº 4.717/1965), lei da ação civil pública (lei nº 7.347/1985), a lei de acesso à informação (lei nº 12.527/2011), lei anticorrupção (lei nº 12.846/2013).

Além dessas leis há ainda a legislação própria que institui as atribuições de cada órgão ou entidade controladora, como a lei orgânica do Tribunal de Contas da União (lei nº 8.443/1992) e a lei que dispõe sobre a organização da Presidência da República e cria a Controladoria-Geral da União (lei nº 10.683/2003).

Diante de todo esse contexto de um emaranhado de normas jurídicas, carregadas de conceitos jurídicos abstratos, está o Administrador Público que se vê diante de uma atividade de controle que não raras vezes distancia-se de uma uniformização de entendimento que possa balizar a conduta dos gestores públicos, de modo que a segurança jurídica fica relegada a terreno arenoso de incerteza do que se concluirá acerca de uma decisão ou ato administrativo já adotado.

Há ainda a sobreposição de instância de órgãos e entidades controladoras, a ser melhor tratada adiante.

O ambiente de controle da Administração Pública no Brasil revela um solo movediço de insegurança jurídica, rodeado de sucessivas e excessivas modificações normativas do conjunto de leis que regulam a matéria, além de inovações legislativas carreadas de alta complexidade ou de indeterminação prejudicial, dificultando a capacidade de orientação dos agentes públicos envolvidos, mormente a exigência do poder público na adoção de medidas de combate e prevenção ao novo coronavírus (Covid-19), o que resultou na edição de mais de

¹⁰⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2014, p. 147.

340¹⁰⁷ (trezentos e quarenta) atos dos mais diversos, como leis, medidas provisórias, decretos, portarias, instruções normativas, dentre outros, uma verdadeira pandemia normativa, deixando evidente que o vasto acervo de normas até então publicados que regulamentam a aquisição de bens e serviços pelo Poder Público é extremamente ineficiente e burocrática.

O administrador público tem tido sua atuação marcada, sobremaneira, por uma atividade de controle que se revela formalista e caracterizada, ainda, por uma estrutura sobreposta de órgãos e entidades controladoras, as quais lastreiam-se em orientações muito próprias marcadas por contradições que tornam o ato de decidir um verdadeiro exercício de futurologia quanto à sua vindoura avaliação.

Para esse contexto do ambiente decisório no âmbito da Administração Pública a eficiência da atuação dos órgãos e entidades de controle pode ser verificada à luz da denominada Análise Econômica do Direito (AED).

A relação do Direito com Economia tem, cada vez mais, aumentado a utilização dos postulados das ciências econômicas pelas ciências jurídicas. Esse estreitamento tem se dado por meio da análise do fenômeno jurídico sob uma perspectiva econômica, a qual denomina-se de Análise Econômica do Direito. Trata-se de interação do Direito com outras ciências sociais.

As regras jurídicas devem ser julgadas pela estrutura de incentivos que estabelecem e as consequências de como as pessoas alteram seu comportamento em resposta a esses incentivos. São pressupostos da AED o exame das escolhas racionais feitas pelos indivíduos e a eficiência dessas decisões.

A Análise Econômica do Direito utiliza-se justamente dos fundamentos teóricos e empíricos da Economia para proporcionar melhor compreensão ao desenvolvimento e aplicação do Direito¹⁰⁸, surgindo a partir da constatação de que o Direito necessita aproximar-se da realidade social, buscando-se o instrumentalismo jurídico no intuito do emprego de abordagens mais pragmáticas do Direito, haja vista que esse enquanto ciência não é capaz de sustentar uma resposta única diante de um caso concreto e sua utilização não se resume à mera aplicação mecânica da lei¹⁰⁹.

Face a preocupação até então insuficiente do Direito com as consequências do processo de decisão, a AED então passa a ser discutida no Brasil como uma metodologia

¹⁰⁷ CGU. Controladoria-Geral da União. **Governo lança site com detalhes das compras feitas com dispensa a licitação no combate ao Covid-19**. Disponível em: <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/governo-aberto/noticias/2020/4/ministerio-da-economia-lanca-site-para-divulgacao-e-monitoramento-das-compras-relacionadas-ao-novo-coronavirus>>. Acesso em: 5 mai. 2021.

¹⁰⁸ GICO JR. Ivo. **Introdução ao Direito e Economia**. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 1.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 7.

interdisciplinar, contribuindo para uma melhor compreensão do comportamento humano no processo de tomada de decisão diante de uma norma jurídica¹¹⁰, aprofundando-se o debate acerca da eficiência do processo decisório, servindo, ainda, a AED, como mecanismo para avaliação das possíveis consequências de uma decisão a partir de todo o contexto que a envolve, seja esse social, político, institucional ou econômico.

A Análise Econômica do Direito aproxima-se, pois, do consequencialismo, havendo, assim, uma premente necessidade de utilização de instrumentos empíricos e teóricos que possibilitem uma perfeita identificação das necessidades sociais e as prováveis reações do ser humano diante das regras que lhe são impostas. Revela-se a AED como um instrumento de estudo e análise da lógica decisória, a qual nem sempre emana do consciente e não se traduz necessariamente nos motivos da decisão¹¹¹.

Deste modo, haja vista a possibilidade de conhecimento das consequências prováveis de uma decisão, revela-se possível então a análise pela melhor opção. Em que pese sua afinidade com as ciências econômicas, a AED não se orienta apenas e tão somente pelos aspectos da Economia, de modo a conduzir as pessoas a buscarem eficiências alocativas considerando as consequências de toda ordem¹¹². É, assim, um método de investigação das escolhas humanas, debruçando-se acerca dos fenômenos jurídicos sob a perspectiva da Economia e do Direito, proporcionando maior interação entre o Direito e as ciências sociais¹¹³.

É na esteira dessas conclusões que Rafael Carvalho Rezende Oliveira e Erick Halpern afirmam que “as normas jurídicas serão eficientes na medida em que forem formuladas e aplicadas levando em consideração as respectivas consequências econômicas”¹¹⁴. Para os referidos autores é possível apontar algumas premissas da AED, quais sejam

- a) o ser humano, inserido no ambiente de recursos escassos, escolhe racionalmente aquilo que considera ser o melhor para si, preferindo mais a menos satisfação, comparando os custos e os benefícios (econômicos, sociais etc.) das diferentes alternativas decisórias (análise consequencialista); b) no processo de maximização da sua utilidade, as pessoas reagem a incentivos que

¹¹⁰ RIBEIRO; Marcia Carla Pereira; GALESKI JR., Irineu. **Teoria Geral dos Contratos: contratos empresariais e análise econômica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 69.

¹¹¹ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stephane. **Análise Econômica do Direito**. 2. ed. Tradução de Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 665-667.

¹¹² ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Raquel. Análise Econômica do Direito e das Organizações. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Raquel (Org.). **Direito e Economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 2.

¹¹³ BITTERN COURT, Mauricio Vaz Lobo. Princípio da Eficiência. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 27.

¹¹⁴ ZENITE. BLOG ZENITE. **O mito do “quanto mais controle, melhor” na Administração Pública**. Disponível em: <https://www.zenite.blog.br/wp-content/uploads/2020/10/O-mito-do-quanto-mais-controle-melhor_RafaelOliveira_ErickHalpern.pdf>. Acesso em: 1 mai. 2021.

recebem do ambiente em que vivem e trabalham, incluindo o sistema de preços (importância do contexto); c) as regras moldam os incentivos a que as pessoas estão submetidas e, portanto, influenciam nas suas decisões de troca, produção, consumo, investimento etc.¹¹⁵

É possível considerar como ponto positivo da Análise Econômica do Direito, dentre tantos outros, as denominadas externalidades, as quais, segundo Fábio Nusdeo, podem ser compreendidas como “benefícios ou custos que se transferem de umas unidades do sistema econômico para outras para a comunidade como um todo, extramercado, isto é, este não tem condições para captá-los, para equacionar o seu processo de troca e de circulação”¹¹⁶.

Em matéria econômica a teoria das externalidades apregoa que os benefícios e os custos gerados pelo exercício e desempenho de uma atividade não são sempre absorvidos apenas e nem integralmente pelos agentes envolvidos, de modo que essas externalidades podem ser positivas ou negativas. As primeiras ocorrem quando a produção de benefícios alcança indivíduos estranhos às transações firmadas, e as segundas dar-se-ão quando, ao revés, pessoas estranhas à relação são oneradas com custos dessas.

Partindo desse raciocínio da teoria das externalidades é que o controle da Administração Pública, em seu atual estágio de concepção e debate, pode ser visto e compreendido. As externalidades podem ser tidas, na esfera da atividade administrativa, como os reflexos dos efeitos da tomada de decisão assumida pelos administradores públicos, que adotam uma razão de decidir levando em conta a interpretação e os comandos dos órgãos e agentes controladores, quase sempre evitando um possível e futuro sancionamento de sua conduta.

Vê-se, como consequência da atuação do controle sobre a atividade do gestor público, externalidades negativas que podem ser enumeradas na (i) ineficiência administrativa pelo medo da sanção controladora, (ii) num custo de ordem financeira inversamente desproporcional aos benefícios alcançados e (iii) em um rearranjo institucional das atribuições dos poderes estatais.

Com foco na promoção e concretização dos direitos fundamentais, o princípio da separação dos poderes passa por uma nova leitura a partir da qual as instituições dos poderes republicanos se reorganizam para incrementar maior eficiência, alcançada, sobretudo, por meio da uma maior especialização técnica de suas atribuições e competências. Cada órgão e entidade

¹¹⁵ Ibid.

¹¹⁶ NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: Introdução ao direito Econômico**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 124.

componente dos três poderes possui capacidades institucionais estabelecidas pela legislação (denominadas de capacidades institucionais jurídicas), e “capacidade de compreender e atuar de acordo com as informações obtidas, com a finalidade de transformá-las em atos e políticas públicas (capacidade epistêmica)”¹¹⁷.

Essas capacidades das instituições, nas lições de Cass Sunstein e Adrian Vermeule¹¹⁸, são importantes para o exercício da interpretação das normas jurídicas, haja vista que quando da discussão acerca da melhor interpretação do texto legal deve, necessariamente, levar-se em consideração exatamente essas capacidades institucionais e suas limitações no tocante ao papel interpretativo, além do que o intérprete não pode deixar de considerar os efeitos e consequências da interpretação levada a cabo nos atos e decisões a serem adotados, sejam eles públicos ou privados.

Rafael Oliveira e Erick Halpern, em interessante artigo sobre o tema, fundamentam seu posicionamento nas lições dos citados estudiosos norte-americanos, afirmando que

O dilema institucionalista (institutionalist dilemma), segundo Vermeule, é a limitação racional do juiz na obtenção e no processamento das informações necessárias ao julgamento dos casos complexos, marcados por incertezas. De acordo com Vermeule, existem 3 tipos de cegueira institucional (institutional blindness), a saber: a) abstração filosófica excessiva (out-and-out philosophizing): o debate centraliza-se em questões abstratas, sem qualquer preocupação com questões empíricas e institucionais; b) institucionalismo estereotipado ou estilizado (stylized institutionalism): os teóricos, aqui, incluem as instituições no debate, mas de maneira estereotipada ou estilizada, a partir de visões abstratas sobre as instituições em descompasso com a realidade; e c) institucionalismo assimétrico (asymmetrical institutionalism): é aquele que parte de uma visão cínica ou pessimista de algumas instituições em detrimento de um olhar otimista de outras instituições¹¹⁹.

O método mais adequado acerca da melhor forma de interpretação, nesse contexto, deve partir da análise e compreensão da capacidade das instituições estatais. Verifica-se, portanto, que há simétrica relação entre o princípio da separação dos poderes e a teoria da

¹¹⁷ ZENITE. BLOG ZENITE. **O mito do “quanto mais controle, melhor” na Administração Pública.** Disponível em: <https://www.zenite.blog.br/wp-content/uploads/2020/10/O-mito-do-quanto-mais-controle-melhor_RafaelOliveira_ErickHalpern.pdf>. Acesso em: 1 mai. 2021.

¹¹⁸ SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. **Interpretation and Institutions.** 101 Mich. L. Rev. 885 (2003). Disponível em: <<https://repository.law.umich.edu/mlr/vol101/iss4/2>>. Acesso em: 12 mai. 2021.

¹¹⁹ ZENITE. BLOG ZENITE. **O mito do “quanto mais controle, melhor” na Administração Pública.** Disponível em: <https://www.zenite.blog.br/wp-content/uploads/2020/10/O-mito-do-quanto-mais-controle-melhor_RafaelOliveira_ErickHalpern.pdf>. Acesso em: 1 mai. 2021.

capacidade institucional, haja vista que a capacidade técnica dos órgãos e entidades deve ser o norte balizador para uma melhor interpretação das normas jurídicas.

A partir da análise dessas considerações verifica-se um fenômeno que vem sendo gradualmente explorado e debatido pelos estudiosos administrativistas, que consiste nas consequências decorrentes de uma disfuncional e exagerada atuação da atividade controladora com efeito em uma silenciosa alteração na “distribuição das competências decisórias no arranjo institucional dos órgãos e entidades dos poderes republicanos”¹²⁰.

Já algum tempo que a doutrina debruça-se sobre a redução da autonomia de decisão do agente público quando, diante de uma deliberação de um órgão de controle que determina ou recomenda um fazer ou não fazer, pratica ato administrativo que menos o exponha ao risco de uma eventual sanção (já advertida pelo agente controlador quando da deliberação), em detrimento da consecução de uma solução inovadora e mais eficiente, mas que não encontra guarida na interpretação e concepção do órgão de controle.

Ocorre que se acaba por materializar uma indesejável intromissão da atividade de controle sobre a atuação da Administração Pública, pois que o agente controlador termina por atrair para si a execução de uma decisão em assunto do qual o gestor público é quem teria maior conhecimento e domínio dos fatos. Como afirmam Rafael Oliveira e Erick Halpern, atuando dessa maneira o aparato de controle se imiscui sobre a atuação da Administração Pública e acaba por assumir assim o exercício de uma função para a qual não detêm expertise suficiente e nem tão pouco possui a visão dos possíveis efeitos sistêmicos da decisão¹²¹.

Sucedê que é inevitável a compreensão pela ausência de legitimidade democrática do agente controlador quando assim age, pois que as funções de planejamento, formalização e execução das políticas públicas foram conferidas pelo legislador (constituente e ordinário) ao administrador público, até mesmo porque é a esse último que será imposta eventual penalidade pelo mal agir.

A verdade é que o administrador público atua envolto a uma rede de instâncias e mecanismos de controle que se sobrepõem ao próprio gestor público, reduzindo a *expertise* desse último a uma atuação repetidora de comandos que se afasta mais da eficiência que dele se espera e que se aproxima mais de uma segurança jurídica em benefício próprio do gestor.

¹²⁰ 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 de Direito Administrativo, São Paulo, v. 12, n. 141, pp. 241-252, set. 2017.

¹²¹ ZENITE. BLOG ZENITE. **O mito do “quanto mais controle, melhor” na Administração Pública**. Disponível em: <https://www.zenite.blog.br/wp-content/uploads/2020/10/O-mito-do-quanto-mais-controle-melhor_RafaelOliveira_ErickHalpern.pdf>. Acesso em: 1 mai. 2021.

O controle em excesso, seja em quantidade de órgãos e entidades envolvidos, seja em numerosas ações de atuação, não significa necessariamente uma qualidade, pois que pode redundar no aforismo jurídico: controla-se muito, mas controla-se mal.

4.2 Da Sobreposição de Competências dos Órgãos e Entidades de Controle

Ao passar dos anos após a Constituição Federal de 1988 o aparato estatal que exerce a atividade de controle sob a Administração Pública passou a contar com um sofisticado e estruturado sistema de agentes e competências. Formado por órgãos que compõe a própria estrutura do ente controlado ou por entidades que pertencem a um poder externo àquele do qual emana o ato objeto do controle, a atual rede controladora da Administração Pública acaba por atuar em redundância, fazendo incidir suas atividades de forma que o gestor público passa a ser destinatário de repetidas ações de controle, tendo suas decisões e atos administrativos fiscalizados diversas vezes, provocando a incerteza do resultado de análise de cada ente controlador.

O controle da Administração Pública brasileira é marcado por uma sobreposição de mecanismos e agentes de controle, os quais, muitas das vezes, tem por objeto de controle as mesmas atividades, culminando por invadir a esfera discricionária do ânimo decisório do administrador público.

Sob o Poder Executivo federal, poder republicano interesse do presente trabalho, incidem diversas instâncias de controle extrajudiciais, a saber: a Controladoria-Geral da União, Advocacia-Geral da União (e suas Procuradorias Federais), Polícia Federal, unidades de auditoria interna singulares (como integrantes das entidades da administração federal indireta), Ouvidorias Seccionais e Corregedorias Seccionais, todos esses componentes da estrutura do próprio poder controlado; e Tribunal de Contas da União e Ministério Público Federal, esses dois últimos como órgãos de controle externo.

Diante desse numeroso quadro de órgãos, unidades e entidades exercendo atividade de controle sob o Poder Executivo federal não é raro que ocorram conflitos de competência entre tais instâncias. Recentemente, em 2016, ganhou repercussão a celeuma acerca da definição de competência que ocorreu quando do ajustamento do acordo de leniência da empresa Odebrecht S/A, firmado em decorrência dos desdobramentos da operação “Lava Jato”. Inicialmente, o Ministério Público Federal foi a entidade signatária do acordo, tendo a referida construtora assumido obrigações acreditando ser do *parquet* federal a competência para firmar o instrumento da avença. Sucede que a empresa teve de assinar novo termo de acordo de

leniência, dessa vez com a Controladoria-Geral da União e a Advocacia-Geral da União, face a recalitrância da AGU em aceitar a competência do MPF. Após decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4)¹²², e transcorridos 3 anos de negociação, a empresa assinou o novo acordo com os órgãos do Executivo federal, comprometendo-se a pagar R\$ 2,72 bilhões em até 22 anos.

Sucedeu que esse segundo acordo de leniência foi, de igual sorte ao primeiro, questionado, agora no âmbito do Tribunal de Contas da União. Auditores Federais de Controle Externo, integrantes dos quadros funcionais do TCU, requereram junto à Corte de Contas que o acordo firmado fosse suspenso em razão da ausência de participação do Tribunal. O segundo termo de acordo de leniência acabou sendo aceito, mas toda essa controvérsia de sua validade (questionada sob o aspecto da competência) escancarou uma evidente falta de entendimento e sintonia entre as instituições de controle do Poder Executivo federal.

A ordem constitucional inaugurada a partir de 1988 estabeleceu sistemas de controle da atividade da Administração Pública, dispondo sobre estruturas de controles internos e externos do Estado, com relevante importância para a consecução de políticas públicas e concretização dos direitos fundamentais. A importância da atividade de controle é inegável, jamais se pode questionar. A necessária existência e a efetiva atuação dos órgãos e entidades que exercem essa importante atividade estatal é imprescindível para o atingimento dos objetivos institucionais da figura do Estado.

No entanto, a atuação de todo esse arcabouço estrutural que atualmente incide sob a esfera estatal do Executivo federal, especialmente quanto à fiscalização dos atos e decisões dos administradores públicos federais, revela um quadro de redundância que ameaça a eficiência das atividades controladora e controlada. Essa atuação, quando redundante e com deliberações contraditórias entre si, acaba por reduzir o ânimo de atuação do gestor público, estimulando-o a garantir sua salvaguarda, acabando por provocar um comportamento consistente na repetição burocrática de atos, face o temor a que fica envolto o administrador público aos riscos exacerbados que culminam por serem criados pela insegurança jurídica da repetida atuação dos controladores e do terreno inseguro das deliberações desses.

Repita-se, não se está a questionar a importância da existência e da firme e eficiente atuação dos órgãos e entidades de controle que incidem sob a estrutura do Poder Executivo federal. Necessário, entretanto, trazer à luz o debate acerca da necessária calibragem da atuação

¹²² TRF4. **Agravo de Instrumento Nº 5042987-50.2019.4.04.0000**. Relatora: Des. Vânia Hack de Almeida. Julgado em 18 fev. 2020, intimação eletrônica e-Proc em 19 fev. 2020.

de toda a estrutura dos órgãos e entidades de controle da atividade administrativa do Executivo federal.

Providências revelam-se necessárias para o aperfeiçoamento da atuação do controle incidente sob a estrutura do Executivo da União, dentre as quais podemos elencar: (i) utilização em maior escalar de ferramentas de tecnologia de informação e comunicação, a fim de efetivar eficiente execução de ações de controle concomitantes; (ii) uma permanente e mais estreita interação dos órgãos e entidades de controle interno e externo, na finalidade de se promover inteligência sistêmica em rede; (iii) criação de uma rede de relacionamento entre os Tribunais de Contas e agentes de regulação, promovendo uma postura de constante diálogo para a difusão de ferramentas de combate à corrupção, mediante a realização de atividades de auditoria e fiscalização compartilhadas; (iv) fomento a uma cultura de exigência de eficiente motivação nas deliberações dos agentes controladores quando da análise dos atos e decisões administrativas; (v) estímulo à uma atuação mais tempestiva e imediata dos órgãos e entidades de controle, a fim de evitar um tardio julgamento ou análise dos atos estatais, combatendo causas estruturantes que provoquem insegurança jurídica até as deliberações finais do controle; (vi) definição de plano nacional, a ser acompanhado pelos órgãos e entidades de controle, para a promoção e reforço dos mecanismos de participação popular no controle social.

Medidas para a calibragem necessária para o exercício da atividade dos agentes de controle estatal revelam-se importantes para que seja possível uma atuação flexível e democrática da Administração Pública brasileira. É verdade, porém, que encontramos nos órgãos e entidades de controle uma maior resistência às mudanças necessárias e ao equacionamento de suas atuações, que insistem em continuar executando suas atividades de forma dispersa e redundante, de modo a propugnar por interpretações normativas retrospectivas que acabam condicionando e restringindo a ação administrativa.

Afastar-se de uma atuação estática, isolada, autorreferente, alheia aos motivos de decisões e escolhas do Administrador Público. Os problemas enfrentados pela Administração Pública são diversos e dinâmicos, sendo necessárias soluções inovadoras para atender aos anseios de uma sociedade complexa, fluida e mutável. Tal contexto exige do administrador público uma postura de busca pela novidade que melhor atenda aos interesses públicos e sociais envolvidos, de modo que o agente controlador deve atuar como parceiro na consecução desse objetivo, balizando a atividade administrativa a seguir em um campo seguro e eficiente.

Para isso órgãos e entidades de controle devem estabelecer conexões interdisciplinares, haja vista que as dificuldades enfrentadas pela Administração Pública demandam transversalidade, emergindo a importância da promoção do reforço das estruturas

de governança pública. Os agentes de controle devem conduzir suas ações para estimular a criação e o fortalecimento de arranjos jurídico-institucionais que contribuam para que os gestores públicos possam entregar cada vez mais e melhores resultados.

Revela-se cada vez mais necessário que a atuação da atividade de controle revista-se de um caráter indutor, propositivo, agregando valor à atividade de gestão, contribuindo com o enriquecimento da segurança jurídica no âmbito da atividade administrativa, estimulando a tutela da confiança legítima entre administrador público e agente controlador, ideia essa que a atividade de controle do estado brasileiro ainda não absorveu muito bem.

4.3 O Direito Administrativo do Medo e o Hipercontrole: existem?

O Direito opera em uma sociedade marcada por uma dinamicidade nunca antes vista. O comportamento social foge à linearidade ou a esquemas lógicos comportamentais, de modo que o Direito Administrativo contemporâneo nem sempre consegue dispor uma moldura normativa que acompanhe a evolução dos anseios e interesses dos indivíduos. Rogério Gesta Leal afirma que “grande parte das tradicionais molduras normativas que vigem no âmbito da Administração Pública, em muitas circunstâncias, não dão conta dos níveis de complexidade e sofisticação impostos por relações institucionais e intersubjetivas de alto risco”¹²³.

Esse contexto agrava-se ainda mais quando as deficiências de regulação normativa ampliam-se afetando o sistema jurídico, com uma conseqüente decadência das expectativas de comportamento dos indivíduos em sociedade, haja vista que a moldura conformativa do Direito passa a transmitir imagem de insegurança capaz de abalar as relações travadas no convívio coletivo, dentre as quais

da segurança jurídica de atos, fatos, negócios e relações as mais diversas; a questão da estabilidade destas relações e situações no tempo e espaço, ambos estes fenômenos desencadeando quebra de confiança das pessoas (físicas e jurídicas) em suas instituições, normas jurídicas, acordos entabulados e, por fim, no Estado Democrático de Direito e mesmo na Democracia¹²⁴.

Em descompasso a essa disfuncionalidade normativa do Direito, o tempo atua como fator que agrava ainda mais o que a sociedade espera em termos de resposta. Referimo-nos à tomada de tempo de uma decisão, especialmente, diante de situações qualificadas pela urgência

¹²³ LEAL, Rogério Gesta. Sociedade de riscos e controle da administração pública. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson. **Limites do controle da administração pública no Estado de Direito**. Curitiba: Íthala, 2019, p. 237.

¹²⁴ Ibid.

e pelo perigo em sua adoção, de modo que nem o legislador, nem o julgador e nem tão pouco o administrador público conseguem atuar de modo a proporcionar a melhor solução ante a velocidade das demandas que as imbrincadas relações sociais exigem.

A cada dia a sociedade evolui em veloz movimento e com isso surgem mais e mais novos interesses e diferentes conflitos, os quais exigem sejam adotadas providências pelo Estado. Esses anseios, no entanto, esbarram no ritmo, nada célere, marcado pelo formalismo burocrático encartado em processos e procedimentos estabelecidos na moldura normativa por meio do qual o Direito veicula suas ferramentas de solução.

No contexto do ambiente da Administração Pública esse desafio obriga a máquina administrativa a atuar assertivamente, buscando ainda mais a eficiência de suas decisões, sendo-lhe, porém, necessária a conformação de seus atos administrativos à estrita observância de seus controles, os quais revelam-se, regra geral, lentos e incidentes após o fato e sua solução.

Essa é a sociedade de riscos e perigos sob a qual o Direito Administrativo incide e sob a qual os controles debruçam-se para garantir à atuação administrativa a máxima conformidade.

Os níveis de insegurança política, econômica e social refletem-se na desconfiança das relações sociais. A Administração Pública, haja vista tal contexto, encontra-se envolta à tensões decorrentes de toda essa insegurança formada.

E é justamente a partir desse inseguro cenário comportamental que surge o medo, tal qual adverte Zygmunt Bauman¹²⁵.

Os medos são os mais assustadores, como assevera Rogério Gesta Leal, quando assenta que

há, pois difusos, dispersos, indistintos, sem endereços nem motivos claros, revelando nossas incertezas fundadas em estados de ignorância das ameaças (riscos e perigos) que nos rodeiam de maneira explícita e implícita, suas causas e consequências e o que devemos fazer para evitar tais cenários e mesmo responsabilizar alguém por tudo isto¹²⁶.

A lenta resposta a que as normas jurídicas podem dispor à sociedade (ansiosa por soluções) não possibilita ao Direito evitar o negativo impacto do medo nas relações sociais travadas tanto na esfera pública quanto na particular. Medidas extremadas acabam por serem necessárias, pois urgentes que são, enquadram o sistema jurídico a ter uma pronta resposta ao que lhe é demandado.

¹²⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 24.

¹²⁶ LEAL, Rogério Gesta. Sociedade de riscos e controle da administração pública. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson. **Limites do controle da administração pública no Estado de Direito**. Curitiba: Íthala, 2019, p. 239.

É preciso compreender que a estrutura matriz do nosso sistema jurídico foi concebido a partir de uma linearidade de procedimentos e atos a serem originados em estruturas organizacionais que restam estritamente hierarquizadas em uma estática e vertical disposição (prevista constitucional e infraconstitucionalmente), que não permitem uma simples e rápida adaptação a situações emergenciais.

Acostumada a confrontar-se com demandas ordinárias e já conhecidas, a Administração Pública resta desafiada diuturnamente a agir cada vez mais eficientemente, porém sem extrapolar a moldura normativa que o Direito Administrativo oferta, moldura essa que não contempla aquilo que o Estado administrador moderno jamais acreditou ser possível de acontecer, o que nunca imaginou que iria ocorrer. Ao revés, esse Estado pensou cumprir com todas as promessas constitucionais que fez. Nesse provocativo contexto, oportunas são as palavras de Zygmunt Bauman quando adverte que “é preciso acreditar que o impossível é possível; que a possibilidade sempre espreita, inquieta, debaixo da carapaça protetora da impossibilidade, esperando o momento de irromper”¹²⁷.

Com a incerteza caminha a insegurança, onde o medo tira o véu da impotência da ação e da reação, revelando-se ao mundo fático em meio à numerosas relações de toda natureza, estabelecendo o temor entre os indivíduos, aterrorizando toda uma sociedade, abalando os vínculos de confiança, especialmente, quanto às instituições públicas.

O Poder Executivo é constantemente testado quanto ao atingimento de suas missões constitucionalmente estabelecidas, especialmente quanto à concretização das políticas públicas e dos direitos fundamentais. Mesmo contando com margem de discricionariedade para a tomada de decisões e adoção de atos administrativos (obviamente a partir dos permissivos legais), suas ações quase sempre resultam em questionamentos de toda ordem justamente por não atender aos justos anseios da sociedade.

É necessário registrar que a discricionariedade conferida ao Poder Executivo é decorrente de um pressuposto de que o Poder Legislativo seria incapaz de elaborar normas que pudessem esgotar em si todas as possibilidades de ações que se fizerem necessárias ao pleno atendimento dos interesses havidos de uma sociedade fluida e dinâmica.

Mesmo esta discricionariedade no agir da gestão da coisa pública não é capaz de garantir a eliminação, ou mesmo mitigação, da presença do medo no ato de decidir pelo administrador público. O gestor público, em um cenário de incertezas e instabilidade

¹²⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 24.

provocadas, somente atua mediante competências que lhe são dadas, jamais podendo agir fora delas.

Quando ocorrem desvios ou inobservância dos preceitos jurídicos norteadores do poder público, ou, ainda, quando as decisões do gestor público agridem princípios como da razoabilidade e da proporcionalidade, é o controle da Administração que deve entrar em cena e agir mediante seus diversos mecanismos de contenção. Problema surge, porém, quando eventual transgressão do administrador público é tida como consequência de uma interpretação firmada por um órgão ou entidade de controle, que, diante do déficit normativo especialmente configurado nos valores jurídicos abstratos veiculados pela norma supostamente violada, adota um juízo que melhor lhe convém, fazendo as vezes de decisor.

É exatamente nesse contexto que o medo instalou-se na Administração Pública, especialmente a partir da atuação disfuncional e exacerbada da atividade de controle, mormente em relação àqueles administradores públicos que possuem, em sua esfera de atuação, competência decisória.

Rafael Oliveira e Erick Halpern destacam 4 do tipos de medos que acometem os agentes públicos¹²⁸. O primeiro deles consiste naquele temor às consequências de suas ações para a Administração Pública. Trata-se do medo de que sua decisão, seu ato, seja nocivo ao interesse público que pretende perseguir. Para escapar desse receio o administrador público tende a atuar com moderação, evitando assim que ocorram falhas.

Uma segunda espécie de medo que acomete o agente público refere-se àquele em que ocorre um sentimento de ameaça a terceiros. O administrador público teme que seus atos e decisões provoquem efeitos indesejados a destinatários da atuação estatal. Esse tipo de medo tem uma íntima relação com o princípio da precaução e revela facetas da sociedade de riscos e perigos.

Terceira espécie de medo tem a ver com o temor e reverência às repercussões da decisão nos direitos políticos do agente público. Na esteira das lições da Análise Econômica do Direito, o gestor, tal como todo e qualquer ser racional, tem a tendência de agir buscando maximizar seus próprios interesses. Diante de um quadro de perigo, com risco de repercussão negativa a seus direitos políticos, o agente público tende a agir de modo a privilegiar interesses próprios.

¹²⁸ ZENITE. BLOG ZENITE. **O mito do “quanto mais controle, melhor” na Administração Pública.** Disponível em: <https://www.zenite.blog.br/wp-content/uploads/2020/10/O-mito-do-quanto-mais-controle-melhor_RafaelOliveira_ErickHalpern.pdf>. Acesso em: 7 mai. 2021.

A quarta espécie de medo do agente público diz respeito ao temor quanto as consequências que seus atos podem provocar a si. Duas são as acepções dessa espécie de medo: (i) uma, quanto a sua própria integridade física, preocupação relevante diante da contrariedade de seus atos e decisões e interesses de grupos dominantes e ameaçadores; (ii) uma segunda, quanto ao risco de ver-se responsabilizado pelos órgãos e entidades de controle por atos ou decisões que contrariam o entendimento manifestado por algum agente controlador, mesmo quando a interpretação do administrador público revela-se legítima e em sintonia com o sistema jurídico.

Todos esses temores, especialmente essa última espécie, acabam por provocar paralisia da atividade administrativa em função do medo acometido ao gestor público, de modo que o administrador acaba por esquivar-se de praticar atos e decisões que não se encontrem no entendimento do agente controlador uma harmonia interpretativa (muitas das vezes controvertida diante de veiculação normativa de valores jurídicos abstratos) que proporcione segurança jurídica. O medo do agente público pode revelar-se mesmo naqueles casos outros em que o órgão da advocacia pública manifesta-se favoravelmente a uma compreensão que fundamenta a tomada de decisão, mas esbarra em deliberações contrárias já manifestadas sob o mesmo assunto pelo ente controlador.

Pedro de Hollanda Dionisio esclarece que a decisão a ser tomada por um agente público é antecedida de um processo psicológico, o qual leva em consideração a avaliação à respeito dos fatos relevantes e as normas potencialmente incidentes sobre o fato¹²⁹. Diante de um momento de tomada de decisão, o administrador público realiza um exercício de ponderação, mediante análise das condições passadas e atuais, para então formar uma projeção daquilo que pode ocorrer no futuro.

Ademais, o gestor público faz juízo de interpretação das normas postas e que regem a matéria objeto da decisão, realizando, ainda, um cotejo com os precedentes dos tribunais judiciais e administrativos e com aquilo que aponta a doutrina abalizada, sem descuidar-se das fontes do Direito. Esse exercício consiste na representação mental que o administrador público faz do conjunto de normas e das circunstâncias fáticas que fundamentam a tomada de decisão.

É, contudo, plenamente possível que o gestor seja acometido de algum vício na percepção da realidade e na formação de sua vontade, resultando em uma atuação administrativa equivocada.

¹²⁹ DIONISIO, Pedro de Hollanda. **O direito ao erro do administrador público no Brasil: contexto, fundamentos e parâmetros**. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2019, p. 64.

Não se está a defender a legitimação do equívoco, de modo a garantir ao administrador um salvo conduto para erros que ocorram em decorrência de sua atuação administrativa. Estar-se-á a se analisar aquele erro que decorre de uma má avaliação (não intencional) dos motivos da decisão, como fruto de uma ausência de coerência entre a realidade fática e aquela projeção psicológica firmada pelo gestor público¹³⁰, a qual deve ocorrer de forma acidental, mesmo que decorra de uma atuação culposa.

O erro do gestor público, segundo lições de Pedro de Hollanda Dionisio, poderia ser conceituado e compreendido como uma não conformação sem intencionalidade entre a percepção por parte do agente público sobre os motivos que basearam sua atuação e a realidade fática ou jurídica¹³¹, comportando classificação em erro de direito e erro de fato.

O erro de fato é aquele tido como consequência da ignorância (fruto do desconhecimento total ou do conhecimento incompleto) por parte do administrador público em relação à uma situação fática que possa ser considerada pressuposto da atuação administrativa.

Erro de direito é aquele que decorre de uma análise de uma incorreta interpretação do conteúdo de uma norma jurídica e pode, conforme adverte Pedro de Hollanda Dionisio¹³², se manifestar em três situações

- (i) quando o administrador equivoca-se na interpretação de determinado texto normativo (erro na interpretação da lei), (ii) ignora alguma norma jurídica aplicável ao caso ou aplica determinada norma que não deveria incidir (erro na aplicação da lei) ou (iii) erra ao qualificar os fatos que deveriam orientar sua atuação (erro na qualificação jurídica dos fatos relevantes)¹³³.

O administrador público ainda pode incorrer no erro de direito quando a sua interpretação de um dispositivo legal, ou a análise das circunstâncias de fato que ensejaram a sua decisão, não encontrarem guarida na conclusão do agente controlador quando do exercício do controle daquela revisão. Ou seja, incorre em erro o gestor público quando suas razões de decidir não se amoldam (ausência de subsunção) à compreensão do órgão ou agente de controle. Eis que aqui reside o medo central a que se debruça o presente trabalho: o temor, o medo, decorrente de uma possibilidade de erro que por sua vez deriva do juízo de interpretação de quem não está envolvido no processo de decisão, exigindo do decisor que conheça, ou pelo

¹³⁰ DIONISIO, Pedro de Hollanda. **O direito ao erro do administrador público no Brasil: contexto, fundamentos e parâmetros**. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2019, p. 65.

¹³¹ Ibid., p. 66.

¹³² Ibid., pp. 68-71.

¹³³ Ibid.

menos cogite, as possibilidades de conclusões que o revisor (agente controlador) da decisão possa alcançar.

O administrador público é, ao mesmo tempo, no processo decisório, um ator racional (por óbvio), mas também relativamente irracional, e à sua volta estão dificuldades das mais diversas. Não se revela prudente e nem razoável exigir do gestor público que seus atos e decisões subsumam-se irrestritamente ao padrão de interpretação e compreensão do agente controlador, pois essa exigência revela-se de toda insegura, além de injusta em relação ao próprio gestor.

Agir de outro modo, ou seja, sujeitar o agente público a incerteza do padrão interpretativo do órgão ou agente de controle (como se já não bastasse a legalidade movediça retroalimentada, especialmente, pelos valores jurídicos abstratos espalhados nas normas integrantes do sistema jurídico) é compelir o administrador público a uma rotina de permanente sujeição a erros, que o levará a um cotidiano de medo. Não é demais ressaltar que, por natureza de suas próprias funções estatais (como tantas outras) é possível que agentes públicos incorram em equívocos ao tomar decisões. Como oportunamente adverte Pedro de Hollanda Dionisio é possível que ocorram vícios no processo decisório do gestor, e essas possibilidades podem ser reduzidas, mas nunca totalmente evitadas, de modo que não há como acreditar no mito de um administrador Hércules¹³⁴.

Não se está a coroar o administrador público a um direito subjetivo (que inexistente normativamente) de errar, nem a se defender que lhe seja considerado o erro uma pretensão oponível a terceiros. Não há direito subjetivo ou potestativo ao erro pelo gestor público no seu processo decisório.

Contudo, todo esse cenário de medo e temor provoca prejuízos que resvalam na execução de políticas públicas e concretização dos direitos fundamentais, e por isso esse contexto que envolve o administrador público merece atenção, pois que esse ambiente acaba por provocar o desincentivo à inovação na tomada de decisão para busca de solução administrativa. O agente controlador acaba por ocupar o espaço que é, por excelência, do administrador público, ocorrendo o que podemos denominar de paralisia pelo temor, pelo medo. Nesta senda interessantes são as assertivas do professor Gustavo Binbenbojm quando prefaciou a obra de Pedro de Hollanda Dionisio e fez constar que

¹³⁴ DIONISIO, Pedro de Hollanda. **O direito ao erro do administrador público no Brasil: contexto, fundamentos e parâmetros**. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2019, p. 1. O autor faz referência ao hipotético juiz Hércules de Ronald Dworkin, o qual seria um modelo ideal de julgador dotado de habilidades intelectuais sobre-humanas, conforme DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 105.

O art. 28 da LINDB foi um bom primeiro passo no sentido de um balanceamento mais adequado entre incentivos à legalidade e espaços de criação e inovação, Mas a lei nunca se basta. E preciso pensar fora da caixa e dar impulso ao ciclo da superação do velho pelo novo¹³⁵.

O comportamento conservador do agente público torna-se um escudo de autoproteção, de modo a que suas decisões sejam as mais formalistas possíveis, afastando-se cada vez mais da inovação que poderia trazer grandes benefícios à eficiência e ao atendimento do interesse público.

Em função de revelar-se invasora em relação à esfera de decisão do agente controlado, a atividade de controle é vista com desconfiança, como uma ameaça à esfera de independência tanto do agente quanto da instituição pública. Isso explicaria o desestímulo que acomete o administrador público quando o assunto é motivação funcional e a melhoria de suas funções administrativas, redundando em prejuízos ao incremento do profissionalismo e maior produtividade.

Essa cultura da desconfiança no ambiente da gestão pública, que durante muito tempo predominou no modelo burocrático da Administração Pública, exige uma mudança de foco para a ideia de boa-fé, da confiança, da lealdade, num movimento interativo entre a atividade administrativa e a controladora, pois se ao gestor público é imposto o dever de confiar na atividade de controle, de igual modo o agente controlador deve também aderir ao movimento de deferência à confiança nos atos e decisões do administrador público.

O caminho para superação desse medo passa, necessariamente, por uma maior e intensa integração entre controlador e controlado, estabelecendo arranjos institucionais que confirmem maior sintonia entre os interesses envolvidos, de modo a impulsionar a inovação na Administração Pública brasileira. A inovação pode, e deve, ser estimulada pelo agente controlador, seja quando, nos dizeres de Eduardo Jordão¹³⁶, tenha a possibilidade de contribuir para que se crie, como boas atitudes do gestor público, um impulso natural à inovação e à qualificação administrativa, fomentando uma postura inovadora por uma melhor atuação em relação a um direito à boa administração, ou então determinando ao agente público quando a inovação seja, em si, um dever legalmente exigível à Administração Pública.

¹³⁵ DIONISIO, Pedro de Hollanda. **O direito ao erro do administrador público no Brasil: contexto, fundamentos e parâmetros**. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2019, p. XIV.

¹³⁶ JORDÃO, Eduardo. **A relação entre inovação e controle da Administração Pública**. Revista de Direito Administrativo e Constitucional – A&C, a. 23, n. 72, pp. 133-146, abr/jun, 2018. Disponível em: <<https://forumconhecimento.com.br/periodico/123/21662/68026>>. Acesso em: 7 mai. 2021.

É bem verdade que a atuação do controle pode (e isso tem ocorrido) desestimular a inovação e seus avanços no ambiente da Administração Pública. É que, regra geral, a inovação advém de um comportamento de tentativa e erro, que exige certa margem de tolerância aos desacertos, sendo que em um cenário de alto controle administrativo, em que a maioria de seus mecanismos atuam a partir de uma rígida concepção do princípio da legalidade estrita, inexistem margem de tolerabilidade que permita ao administrador público adotar uma postura de modernização haja vista o medo de punição.

Segundo a concepção de Douglass North¹³⁷ as instituições formam-se com diferentes graus de eficiência de sociedade para sociedade. A cooperação entre os agentes ocorre a partir da eficiência sob duas perspectivas: a produtiva e a adaptativa.

Raymundo Faoro¹³⁸, em que pese enquadrar-se em marco teórico distinto daquele utilizado por Douglass North, explica, ao encontro das lições do economista estadunidense, que a sociedade brasileira é ineficiente tanto em termos produtivos quanto adaptativos. No tocante à eficiência produtiva duas seriam as razões que explicariam a causa dessa ineficiência: (i) primeiro, a cooperação baseada na impessoalidade das relações restou prejudicada em face de uma rede de relações mais pessoais; (ii) segundo, o marco das instituições no Brasil não teria gerado estímulo à competição e à concorrência. Faoro afirma que essa ineficiência decorre ainda do fato do Estado não ter assumido o seu papel de garantidor de uma ordem jurídica universal e impessoal, o que favoreceu o pleno desenvolvimento das potencialidades dos agentes econômicos.

Já quanto à eficiência adaptativa, Raymundo Faoro¹³⁹ conclui que a sociedade brasileira historicamente formada não se desenvolveu em um ambiente de garantia dos direitos fundamentais e das liberdades, assistindo anos após anos o crescimento de arranjo institucional em que a vontade do governante e dos grupos de poder atuavam em favor de seu arbítrio.

¹³⁷ FILHO, Hélio Afonso de Aguiar. **O INSTITUCIONALISMO DE DOUGLASS NORTH E AS INTERPRETAÇÕES WEBERIANAS DO ATRASO BRASILEIRO**. Tese (Doutorado em Economia com ênfase em Economia do Desenvolvimento) – Faculdade de Ciências Econômicas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2009, p. 6. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/18303#:~:text=Existem%2C%20a%20princ%C3%ADpio%2C%20dois%20tipos,que%20justificam%20seu%20atraso%20....> Acesso em: 12 jun. 2021.

¹³⁸ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Globo, 1997, pp. 735-736.

¹³⁹ FILHO, Hélio Afonso de Aguiar. **O INSTITUCIONALISMO DE DOUGLASS NORTH E AS INTERPRETAÇÕES WEBERIANAS DO ATRASO BRASILEIRO**. Tese (Doutorado em Economia com ênfase em Economia do Desenvolvimento) – Faculdade de Ciências Econômicas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2009, p. 191. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/18303#:~:text=Existem%2C%20a%20princ%C3%ADpio%2C%20dois%20tipos,que%20justificam%20seu%20atraso%20....> Acesso em: 12 jun. 2021.

Assim, uma mudança institucional, para superação do patrimonialismo, é, nas palavras de Faoro¹⁴⁰, estrutura que se renova e se perpetua, de modo que o passado tem forte influência sobre as mudanças das instituições. Ou seja, a evolução histórica de uma sociedade é fortemente marcada pela formação e pela evolução das instituições que a compõem, e o crescimento dessa mesma sociedade dependerá muito de suas dinâmicas institucionais.

As adversidades e a capacidade das instituições em se adaptar às dificuldades impostas acabam por definir o grau de eficiência de uma sociedade, de modo que a eficiência que dela se espera deverá evoluir para uma concepção em constante dinâmica.

É justamente diante dos desafios que lhe são impostos que as instituições tendem a amadurecer, e no contexto da Administração Pública brasileira esse amadurecimento perpassa necessariamente pela inovação de suas ações e evolução dos procedimentos já consagrados, o que exige postura pela busca do novo. Sucede que não há no ambiente da gestão pública qualquer margem de tolerância à uma prática de tentativa e erro. O aprendizado a partir dos próprios erros não é habilidade admitida no ordenamento jurídico nacional, e nem existe espaço para condescendência dessa técnica de evolução para as instituições e gestores públicos. Verdade posta é que o administrador público, por mais inspirado que esteja e revestido de boa-fé, atua envolto ao medo das consequências negativas de suas ações, mitigando a evolução da gestão da coisa pública e das instituições estatais.

Esse temor que envolve a Administração Pública, como já mencionado, tem sido recepcionado por parte da doutrina no que se convencionou chamar de Direito Administrativo do medo. Utilizando-se ainda a expressão apagão das canetas, há corrente administrativista que adverte acerca dos malefícios que o medo do controle causa à atividade administrativa. O ponto central de debate é a interferência e repercussões que o temor à atividade controladora causa na atividade administrativa, provocando paralisia ao administrador público, o qual deixa de agir em inovação ou atua privilegiando, em maior grau, sua autoproteção, em detrimento de escolher o caminho que seria o mais adequado ao interesse público.

Em obra dedicada à pesquisa do medo que envolve o administrador público, o professor Rodrigo Valgas explica o estudado Direito Administrativo do medo como uma interpretação e aplicação das normas de Direito Administrativo e o próprio exercício da função administrativa pautadas pelo medo em decidir dos agentes públicos, em face do alto risco de responsabilização decorrente do controle

¹⁴⁰ Ibid., p. 6.

externo disfuncional, priorizando a autoproteção decisória e a fuga da responsabilização em prejuízo do interesse público¹⁴¹.

Como aponta o autor, essa realidade inibe a atuação criativa e propositiva dos gestores públicos. E mais, interfere até mesmo no apropriado cumprimento das normas jurídicas aplicáveis, haja vista que os administradores públicos ficam tolhidos (pelo temor) de aplicar o Direito como interpretam ser a forma adequada. E isso ocorre pois que, no momento de proferirem suas decisões, tomam como baliza essencial a previsão de uma futura e incerta conclusão por parte dos órgãos de controle em casos de fiscalização do ato, o que leva a se absterem em decidir, decidirem de modo lento ou decidirem de modo a antever as expectativas dos órgãos de controle¹⁴².

Surge, em contrapartida, a necessidade de estímulo a comportamentos que, sob a perspectiva da íntima salvaguarda do agente público, poderiam encaixar-se numa espécie de Direito Administrativo da prudência, o qual estimularia, a um só tempo, a autorreflexão dos gestores públicos a buscarem novos modos de operacionalidade de suas decisões e incentivaria a todo o ambiente da Administração Pública (inclua-se a atividade de controle) à criação de um espaço de tolerância jurídica ao erro.

Quando nos referimos ao medo de agir não o fazemos em referência àqueles com o manifesto e ilegítimo interesse em locupletar-se de recursos públicos ou desmedido em suas ações.

O conhecimento e a prudência são instrumentos por demais valiosos para superar o temor instalado, sobretudo quando ao agente público for demandado decisões que exijam equilíbrio na interpretação. Prudência ao interpretar, recomendar e agir.

A lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto iniciado em 2019, deixou evidente a necessidade de se conferir maior autonomia ao administrador público, o que, em contrapartida, exige desse maior prudência para não se submeter a perigos desnecessários, devendo buscar a maior cautela possível para melhor instruir processos administrativos, contemplando todas as informações necessárias (mesmo aquelas complementares), evidenciando fatos que darão fundamento à decisão a ser tomada. Essa exigência revela que, no lugar de não agir, o gestor público deve mesmo é agir com prudência, utilizando-se dos postulados da razoabilidade e da

¹⁴¹ SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito Administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 333.

¹⁴² Ibid.

proporcionalidade, contextualizando sua decisão a partir da realidade fática que lhe cerca, considerando as consequências práticas possíveis, considerações essas que encontram na LINDB a segurança jurídica necessária.

Deve-se superar, com o agir prudentemente, um ambiente formado pelas decisões dos agentes controladores e pela vasta e numerosa quantidade de normas inferiores (especialmente a ilha formada pelas instruções normativas). Ressalte-se que não é difícil deparar-se com gestores públicos que preferem atuar quando tem a seu dispor um cem número de regras legais, reflexo da falta de segurança que o acomete. É bem verdade, também, que todo esse arcabouço normativo pretende disponibilizar aos gestores públicos balizas para sua atuação. Porém, todo esse contexto pode revelar um lado perverso, que consistiria no paternalismo normativo em que apenas o órgão de regulamentação seria capaz de indicar os caminhos corretos.

Administrar a coisa pública deixou de ser já algum tempo simplesmente aplicar a lei de ofício. O administrador público necessita de condições para avaliar as diversas situações concretas que lhe são postas e ter mecanismos e instrumentos que lhe permitam decidir com segurança.

Para isso há de se criar normas e mecanismos para que o gestor público supere a grande zona de incertezas a que está sujeito. Afirma Gustavo Binbenojm¹⁴³ que essa denominada “zona cinzenta” ou “zona de penumbra” são questões que despertam dúvidas, sobre as quais não há certeza sobre se há estreito ajuste da realidade fática à hipótese abstrata. Tal contexto provoca consequências a todos os atores que exercem suas competências no ambiente da Administração Pública: para o gestor público, a paralisia no ato de decidir; para o advogado público, retenção do seu agir no desenvolvimento de teses muitas vezes necessárias, por medo do erro grosseiro; aos agentes controladores, o rigor exacerbado. Se há algo de positivo em todo esse contexto é que esses agentes públicos amadureceram a compreensão dos efeitos do medo do controle sobre a gestão pública, sendo necessário, no entanto, mudar de fase comportamental.

O Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, dispôs sobre a organização da administração federal e estabeleceu diretrizes para a Reforma Administrativa daquela época. O art. 14 do referido Decreto-lei orienta que “O trabalho administrativo será racionalizado mediante simplificação de processos e supressão de contrôles que se evidenciarem como puramente formais ou cujo custo seja evidentemente superior ao risco”¹⁴⁴. Com base nesse

¹⁴³ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 220.

¹⁴⁴ BRASIL. **Decreto-lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 27 fev. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm>. Acesso em: 23 abr. 2021.

dispositivo conclui-se que o sistema jurídico brasileiro orienta que os mecanismos de controle da Administração Pública não devem ser onerosos. A discussão, à reboque do que já preconizava o art. 14 do Decreto-lei nº 200/1967, é qualitativa, pertinente ao necessário aprimoramento da efetividade dos controles do Estado, o que perpassa pela análise e medição de seus impactos no cotidiano da gestão pública.

Revela-se pertinente a aplicação da teoria dos custos da transação, aperfeiçoada por Oliver Eaton Williamson¹⁴⁵, prêmio Nobel de Economia em 2009, para uma reflexão acerca da relação existente entre a rede que implementa a política pública com a rede que executa seu controle, de modo a se averiguar a equivalência de meios e resultados, a fim de concluir-se por esse ou aquele ônus a ser suprimido.

Defende-se aqui uma visão de arranjos de políticas públicas balanceado com mecanismos de incentivo menos custosos, nesses inclusos os instrumentos de controle. Busca-se conhecer para agir, afastando atuações que conduzam a comportamentos rígidos de submissão a procedimentos e rotinas estáticas.

O equilíbrio necessário a um ambiente livre do medo, ou pelo menos não dominado por ele, perpassa por uma Administração Pública cuja atividade de controle necessariamente se harmoniza com as ideias do art. 14 do Decreto-lei nº 200/1967, mais ainda diante de uma complexa sociedade cada dia mais tecnológica.

A atividade de controle não é exercida somente pelos órgãos e agentes controladores. O controle inicia-se no ambiente do gestor e por medida desse, especialmente na adoção de mecanismos de controles internos e de gestão de riscos. Tais controles internos aperfeiçoam-se a partir daí, seja por atuação de órgãos e entidades dotadas de tecnicidade, seja com o auxílio de mecanismos impulsionados pela sociedade no denominado controle social.

O Instituto de Auditores Internos do Brasil (IIA) preconiza a importância do gerenciamento de riscos e controle da organização, por meio de um modelo denominado de Três Linhas¹⁴⁶, a partir do qual a primeira linha de defesa tem como atribuição identificar, avaliar, controlar e mitigar os riscos incidentes sob os objetivos da instituição, guiando o desenvolvimento e a implementação de políticas e procedimentos internos destinados a garantir que as atividades sejam realizadas de acordo com as metas e finalidades da organização. Essa

¹⁴⁵ FARIAS, Tácito Augusto; DA SILVA, Lucas Emanuel da Silva. UMA REVISITA A RONALD H. COASE. **Revista de Desenvolvimento Econômico – RDE**. Salvador, Ano XVIII, n. 35, v. 3, pp. 860-874, dez. 2016, DOI: <http://dx.doi.org/10.21452/rde.v3i35.3904>.

¹⁴⁶ IIA. THE INSTITUTE OF INTERNAL AUDITORS. **MODELO DAS TRÊS LINHAS DO IIA 2020**. Brasil, 2020, Disponível em: < <https://iiabrasil.org.br/korbilload/upl/editorHTML/uploadDireto/20200758glob-th-editorHTML-00000013-20082020141130.pdf>>. Acesso em: 17 mai. 2021.

primeira linha de defesa refere-se, especialmente, àqueles controles tidos como primários, que devem ser instituídos e mantidos pelos próprios gestores responsáveis pela implementação das políticas públicas, por isso mesmo devem ser integrados ao processo de gestão.

A instância de segunda linha de defesa está posicionada ao nível da gestão da organização e objetiva assegurar que as atividades realizadas pela primeira linha de defesa sejam implementadas e executadas de forma adequada. Destinam-se, pois, a prestar apoio ao desenvolvimento dos controles internos da gestão e realizar atividades de supervisão e de monitoramento das atividades desenvolvidas, especialmente aquelas executadas na esfera da primeira linha de defesa, e incluem gerenciamento de riscos, averiguação da conformidade de atos, aferição de qualidade, controle financeiro, orientação e treinamento necessários. Podemos situar nesta segunda linha de defesa os assessores especiais de controles internos posicionados nos ministérios do Poder Executivo federal.

A terceira linha de defesa é aquela materializada pela atividade de auditoria interna governamental, a qual executa serviços de avaliação e de consultoria com base nos pressupostos de autonomia técnica e de objetividade. Seu propósito é estimular o constante aprimoramento das políticas públicas, promovendo a máxima eficiência das organizações que gerenciam essas políticas. A alta administração é o principal destinatário dessa terceira linha de defesa. As unidades de auditoria interna governamental (UAIG) existentes na estrutura do Poder Executivo federal são exemplos de atuação nessa última linha de defesa.

As três linhas de defesa preconizadas pelo IIA, mundialmente utilizadas nas organizações públicas e privadas, estão normatizadas no âmbito do Executivo federal por meio da Instrução Normativa nº 3¹⁴⁷, de 9 de junho de 2017, da Secretaria Federal de Controle da CGU, a qual instituiu o Referencial Técnico da Atividade de Auditoria Interna Governamental do Poder Executivo Federal.

Recentemente foi publicado normativo estabelecendo novo regramento jurídico para procedimentos de licitações e contratos administrativos. A lei nº 14.133, de 1 de abril de 2021, estabeleceu, por meio da redação do art. 169, que as contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e controles internos preventivos, mediante adoção de recursos tecnológicos e subordinação ao controle social, sujeitando-se, ainda, às três linhas de defesa, adaptáveis aos processos a que se destinam, sendo elas: (i)

¹⁴⁷ CGU. Controladoria-Geral da União. **INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 3, DE 9 DE JUNHO DE 2017.** Aprova o Referencial Técnico da Atividade de Auditoria Interna Governamental do Poder Executivo Federal. Disponível em: < https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/19111706/do1-2017-06-12-instrucao-normativa-n-3-de-9-de-junho-de-2017-19111304>. Acesso em: 17 mai. 2021.

primeira linha de defesa, integrada pelos agentes ocupantes de cargos e empregos públicos, agentes de licitação e autoridades que atuem na estrutura de governança da instituição; (ii) segunda linha de defesa, formada pelo assessoramento jurídico e pelas unidades de controle interno do órgão ou entidade; (iii) terceira linha de defesa, composta pelo órgão central de controle interno da Administração Pública (que no caso do Poder Executivo federal fica sob o encargo da CGU) e pelo Tribunal de Contas.

Essa rede de atores estabelecida pelas três linhas do IIA precisam equilibrar a cooperação entre eles, além de atuar, também em interação e harmonia, com os agentes controladores não contemplados nesse modelo.

Essa cooperação tão defendida neste texto busca promover o afastamento do medo ao ambiente da Administração Pública, com o resgate do necessário equilíbrio entre órgãos e entidades de controle e a gestão pública, a fim de que atuem alinhados na execução e avaliação das políticas públicas, promovendo sua qualidade. Há de se vencer a ainda existente resistência do administrador público em ser avaliado, fiscalizado, controlado, como também se faz necessária a superação da falta de porosidade e o insulamento no qual o agente controlador não raras vezes se encastela, dando grande margem a falta de empatia, gerando consequências onerosas no ambiente da atividade administrativa.

Em arremate, o medo não pode se fazer presente de forma a interferir sobremaneira no dia a dia do gestor público. Não há de se permitir que o temor da punição constitua um impedimento para atuação dos agentes públicos na realização de suas atribuições. Todo o arranjo institucional da Administração Pública, incluindo os órgãos e entidades de controle, deve atuar no incentivo e promoção da máxima eficiência, fomentando, inclusive, soluções heterodoxas, desde que devidamente justificadas.

4.4 Análise da relação entre a Argumentação Jurídica e o Consequencialismo no ato de decidir: quais os Impactos ao administrador público e na Atividade de Controle?

A lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, denominada de Lei de Segurança para Inovação Pública, trouxe significativas inovações à Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB). A LINDB (Decreto-lei nº 4.657) sempre foi conhecida por trazer em sua redação original aqueles princípios ditos estruturantes da interpretação jurídica, prevendo, já à época da edição do Decreto-lei, a regulação de solução de casos de conflitos entre normas internas e conflitos com normas jurídicas de outras nações, além de aspectos gerais relativos à aplicabilidade das normas jurídicas consideradas no ordenamento jurídico como um todo. A

finalidade de LINDB sempre foi orientar a operação e apontar a direção para a justa aplicação das normas jurídicas no direito brasileiro.

As alterações promovidas pela lei nº 13.655/2018 apresentaram novas implicações e consequências à atividade jurídico-administrativa do Estado brasileiro. Dentre as normas inovadoras trazidas com a recente modificação destaca-se aquela insculpida no artigo 20 da LINDB que preconiza que “nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”.

A inexistência de uma sistematização do Direito Administrativo no Brasil é contraproducente para a coerência e unidade das decisões, tanto judiciais quanto administrativas. Atento a tal fato, o legislador ordinário promoveu alterações na LINDB para proporcionar ao administrador público senão um substrato codificado de normas mas uma ferramenta contendo dispositivos normativos para buscar articular a integridade desse ramo do Direito.

As inovações legislativas trouxeram ao ordenamento jurídico dispositivo normativo para proibir que sejam utilizados fundamentos em valores jurídicos abstratos nas decisões proferidas em sede administrativa, controladora ou mesmo na judicial, sem que se tenha realizado juízo antecipado de eventuais consequências daquela decisão proferida.

Os valores são critérios essenciais ao intérprete, e revelam-se guias para o melhor exercício da hermenêutica¹⁴⁸. Neste ponto, a LINDB, em sua redação atual, apresenta, de início, certo conflito no sistema jurídico brasileiro, haja vista que a legislação processual, insculpida no Código de Processo Civil, mais precisamente em seu artigo 1º¹⁴⁹, orienta que a interpretação daquela codificação seja guiada à luz dos valores e das normas fundamentais estabelecidas na Constituição Federal. Ainda, aparente conflito interno apresenta a própria LINDB quando seu artigo 4º¹⁵⁰ registra a possibilidade de se utilizar princípios gerais do Direito naqueles casos em que ocorra omissão do legislador.

A regulamentação da necessidade de superação de valores jurídicos abstratos nas decisões em diversas esferas de apreciação adveio com a redação do artigo 20. Mesmo não explicitando acerca de tais conceitos abstratos, o citado artigo da LINDB tem a inequívoca

¹⁴⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 153.

¹⁴⁹ Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

¹⁵⁰ Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

pretensão de superar qualquer grau de voluntarismo do agente, especialmente na esfera administrativa, controladora e judicial, para garantir segurança jurídica¹⁵¹. É em nível da Administração Pública que o referido dispositivo da lei representa uma proposição de proteção ao gestor da *res* pública, pois os níveis de indeterminações nas diversas normas impõe ao administrador, não raras vezes, o trânsito em solo movediço da incerteza quanto ao acerto da decisão administrativa proferida.

Há, no entanto, dificuldades a serem superadas quanto à aplicabilidade da norma do artigo 20 da nova Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

Não obstante a ausência de codificação do Direito Administrativo, o administrador público tem de, diariamente em seu mister de decidir, superar obstáculos e desafios interpretativos diante de normas com valores abstratos juridicamente, ficando sujeito à análise de outras instâncias que podem lançar suas conclusões mediante a construção de concepções e fins muitas vezes não perseguidos por aquela mesma norma, não apenas de modo a declarar a invalidade da decisão mas também, e mais preocupante do ponto de vista individual, pondo em risco o gestor diante da possibilidade de sua responsabilização pessoal pelo que decidiu.

A questão a saber é: o que seriam valores jurídicos abstratos? A própria denominação do termo é tão abstrata quanto os valores que ele mesmo pretende combater. É necessário compreender que o Direito possui em sua composição inúmeras normas jurídicas que trazem em si valores jurídicos indeterminados cujo conteúdo e definição estão sempre em permanente disputa por aqueles grupos sociais dominantes. O Direito é composto por valores, e tais apresentam-se em dimensões, dentre outras, abstratas e genéricas.

O que a LINDB pretende combater é a invocação a valores abstratos que se configurem como expediente retórico, que se destine a obter aprovação para a decisão pessoal da autoridade decisória. É pertinente, no entanto, afirmar que o artigo 20 da lei não impede que a decisão seja fundada em valores jurídicos abstratos, mas exige daquele que decide que seja exercitado um processo de concretização em vista de circunstâncias verificadas no mundo fático.

Com a inclusão da norma do artigo 20 na LINDB, aquelas decisões administrativas, ou mesmo proferidas por instâncias controladoras e judiciais, que estejam embasadas em conceitos e fundamentos abstratos passam a ser proibidas se estiverem desprovidas de uma análise de suas consequências práticas. Destaque-se que o referido comando legal não adotou, *in continenti*, o consequencialismo enquanto espécie da teoria da argumentação. Esta tese, da

¹⁵¹ SUNDFELD, Carlos Ari; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Uma nova lei para aumentar a qualidade jurídica das decisões públicas e de seu controle**. In: Contratações públicas e seu controle. Carlos Ari Sundfeld (Org.) São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 277-285.

não adoção do consequencialismo restrito, decorre da compreensão de que, se assim fosse, estar-se-ia a impor aos operadores do Direito a proibição de adoção de outras teorias argumentativas.

É verdade que, dentre todas as possibilidades hermenêuticas de argumentação, o legislador preferiu expressar no texto da norma a necessidade de considerações quanto às consequências práticas da decisão a ser proferida. Tal previsão, por conseguinte, exige do autor da decisão que realize a comprovação da ocorrência de eventuais consequências, balizando a realidade e verossimilhança às circunstâncias fáticas que o circunda.

A relevância desse debate repousa na importância da adoção da teoria da argumentação pelo administrador público para superar aquelas normas baseadas em conceitos jurídicos abstratos e assim decidir com base nas consequências fáticas e reais da decisão. O exercício de argumentação pelo gestor público no ato de decidir, e pelo agente de controle no exercício de seu mister controlador, devem pautar-se em fins de justificação com base em fundamentos práticos e sem descuidar-se das consequências (possíveis) de sua decisão, haja vista restar evidenciado que a alteração da LINDB deixou clara a preocupação acerca do funcionamento da Administração Pública, e a atuação do gestor público, diante do exercício da jurisdição pelo Poder Judiciário e da atuação do diversos órgãos de controle do Estado.

O raciocínio jurídico das decisões administrativas, assim como da atividade de controle, não deve se submeter a um completo subjetivismo e nem abandonar os institutos democráticos. E mais, deve esse raciocínio estar baseado em uma teoria argumentativa que, se não alcançar a decisão correta, tanto aproxime-se daquela que demonstre ser a mais íntima da correção quanto afaste as que se revelem serem menos corretas, para os fins de efetivar a máxima advinda com a nova LINDB de que é necessário conectar não apenas o Direito e a sociedade, mas, principalmente, a realidade fática à legislação ora positivada.

Como previsto no texto da LINDB o consequencialismo revela-se tanto no aspecto do controle da dedução normativa por meio dos precedentes judiciais quanto acerca da análise das consequências de decisão no meio político, econômico, social, jurídico¹⁵². É necessário frisar que, mesmo afeto ao campo da Teoria do Direito, o consequencialismo consagrado na LINDB por meio da Lei de Segurança para Inovação Pública considerou as premissas ínsitas do Direito Administrativo, além daquelas afetas às disciplinas da gestão pública.

A proibição de decisão com base em valores jurídicos abstratos sem a análise das consequências práticas tendem a ter reflexos positivos tanto nas decisões permeadas de atecnia

¹⁵² LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito**. Trad. Bruno Miragem e Cláudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, pp. 160-163.

que se fundamentam em valores abstratos para não precisarem considerar o ordenamento jurídico vigente quanto no controle do processo político em curso que toma o Judiciário e o Executivo e o fazem de instrumento legitimador de perseguições políticas¹⁵³.

A necessidade de análise das consequências da decisão, diante de normas com conceitos jurídicos abstratos, teve como intento do legislador ordinário o combate a pirotecnia contida em decisões onde o argumento, por ausência de substância que a ela (decisão) proporcione fundamento, é recorrer a trunfos normativos jurídicos, como o mais invocado deles: a dignidade da pessoa humana. A finalidade da inovação legislativa em estudo foi combater caso de justificação de escolha de regra aplicável ao caso dentro (ou fora) da moldura da lei. Exemplo interessante é o caso da instauração de procedimento administrativo deflagrado pelo Ministério Público do estado do Mato Grosso do Sul para realização de apuração se um curso ofertado por uma universidade estadual daquele mesmo estado, e intitulado “Golpe de Estado de 2016: conjunturas sociais, políticas, jurídicas e o futuro da democracia no Brasil”, representaria violação ao princípio do pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas. Salvo melhor juízo, com o atual texto normativo previsto na LINDB o procedimento instaurado pelo *parquet* estadual esbarraria na simples referência (sem análise das consequências) genérica ao princípio da pluralidade de ideias.

A bem da verdade, o que a lei nº 13.655/18 tentou foi, especialmente quanto à norma insculpida no artigo 20, tutelar interesses da Administração Pública, e também de proteção ao próprio gestor, consagrando regra que tende a dar maior segurança jurídica ao administrador público, que terá agora oportunidade de consubstanciar a *ratio essendi* de sua decisão administrativa em consequências práticas da realidade que o rodeia. O dispositivo legal proporciona maior proteção ao administrador público na medida que permite melhor superar aquelas normas baseadas em valores abstratos e assim obter maior segurança quanto à análise futura acerca da assertiva da decisão proferida.

Entretanto, surge para o administrador público a missão de utilizar-se de teorias argumentativas para que obtenha a melhor decisão, ou que afaste dentre aquelas a que seja a menos justa. A ciência do Direito é ciência complexa e suas normas jurídicas visam proporcionar ao intérprete o manuseio de seus comandos para fins de consagração da justiça e paz social. Na ambiência da Administração Pública diversas são as controvérsias normativas, e

¹⁵³ PERUZZO, Pedro Pulzatto. **Sobre “valores jurídicos abstratos” e a perseguição do MP-MS à disciplina universitária sobre o golpe**. Justificando, 2019. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2018/05/03/sobre-valores-juridicos-abstratos-e-a-perseguiçao-do-mp-ms-a-disciplina-universitaria-sobre-o-golpe/>>. Acesso em: 30 mai. 2019.

a alteração da LINDB propõe-se a buscar mitigar alguns pontos de tensão, tais como: a perene e intensa responsabilização de autoridades administrativas pelo ordenamento e instituições jurídicas; latente choque de funções dos poderes do Estado; fragilidade de diálogo e inexistência de compartilhamento quanto à composição do interesse público entre os poderes constituídos. Neste contexto, o legislador ordinário ao promover as últimas alterações da LINDB buscou salvaguardar o administrador público de imputação de responsabilidades decorrentes das consequências de suas decisões, mas atribuiu-lhe a incumbência de efetivamente motivar suas decisões com base nas consequências práticas da mesma quando estiver diante de normas com valores abstratos juridicamente.

Doutra banda, a novel alteração legislativa teve o viés de impor maior contenção no juízo de análise por parte dos agentes públicos. Especificamente quanto àquelas decisões administrativas proferidas pelo gestor público, o artigo 20 da LINDB cria ao administrador uma barreira protetiva quanto à futura análise de justeza e licitude da decisão proferida, pois que os órgãos de controle e os judiciais que se debruçarem sobre o que foi decidido devem, diante de valores jurídicos abstratos consagrados em normas aplicáveis à espécie sob análise, levar em consideração as consequências práticas do ato decisório à época de sua adoção.

Essa concepção demonstra que a LINDB representa uma crítica ao movimento dos princípios, que por sua essência, veiculam axiomas que, na maioria das vezes, são concebidos genérica e abstratamente. Há uma espécie de afastamento ao Direito Administrativo baseado em valores, aproximando-se mais da realidade dos fatos, mediante o privilégio da análise das consequências práticas da decisão, consideradas essas não apenas as consequências jurídicas, mas também, e principalmente, as consequências fáticas, sociais, econômicas, políticas.

Com a introdução do artigo 20 pela lei nº 13.655/2018, a ordem jurídica vigente passou a exigir do administrador público, dos órgãos de controle e do Poder Judiciário que, quando da confecção de sua decisão, devam orientar-se pelas consequências práticas das decisões.

As decisões do administrador público são objeto de averiguação de sua licitude, eficiência e eficácia e por isso mesmo ao gestor cabe fundamentar seus atos decisórios utilizando-se de forte e consistente argumento que não apenas dê guarida ao que foi decidido mas também, e não menos importante, que o proteja de futura apuração de responsabilização pela decisão tomada.

O comando normativo do artigo 20 da LINDB passou a disponibilizar, a um só tempo, uma ferramenta de segurança para o administrador público e para a decisão em si, pois exigirá do gestor público o engajamento de um raciocínio jurídico sobre as consequências jurídicas para a superação de normas baseadas em valores jurídicos abstratos.

Para além da consideração de valores jurídicos em jogo, tais como a moralidade, a eficiência, a impessoalidade, a transparência, deve o administrador público fazer uso de uma teoria argumentativa para fins de consubstanciar sua decisão de modo a conferir-lhe contorno de superação aos conceitos abstratos e demonstrar a relevância das consequências que fundamentaram sua decisão. Com isso, a nova disposição da LINDB, de certo, conduzirá a efeitos significativos no contexto prático do dever de fundamentação das decisões pelo administrador público. Além de exigir do gestor um melhor e mais apurado desenvolvimento da interpretação jurídica, proporcionará o uso e manuseio das técnicas de argumentação, sem descuidar-se da realidade fática circundante do meio ambiente da administração.

Nesse contexto as discussões sobre o âmbito e alcance da aplicação das normas jurídicas deve desenvolver-se de forma a cada vez mais garantir ao administrador maior conhecimento da operação do Direito. Ainda, surge a possibilidade da construção de decisões administrativas por meio de um processo realista de argumentação, baseado em um discurso contemporâneo do Direito alinhado ao raciocínio prático das decisões judiciais. Para que essas decisões proferidas pelo administrador público possam ser consideradas aceitáveis dentro de um campo multidimensional das razões jurídicas é necessário que esteja alinhada com uma teoria de argumentação que proporcione fundamentação e assim lhe dê amparo e respaldo legal.

A necessidade de modificação de postura ao gestor público trazida pela nova redação da LINDB exige uma análise acurada dos pressupostos teóricos argumentativos necessários para que o gestor se desonere dessa tarefa. De uma leitura fria da norma insculpida no artigo 20 da multicitada lei, o intérprete é estimulado a compreender que seria suficiente a teoria argumentativa consequencialista ao administrador público. Sem embargos de posições contrárias, somente o consequencialismo não seria capaz de prover o gestor público de ferramentas para uma argumentação eficiente, embora reconheça-se sua validade e importância.

O consequencialismo encontra nos ensinamentos de Neil MacCormick seu maior defensor. O autor escocês demonstra sua preocupação com os aspectos práticos da Teoria do Direito. Segundo o mesmo, de se observar o Direito como disciplina argumentativa¹⁵⁴, essa ciência não exclui os valores morais e suas repercussões na aplicação das normas jurídicas, permitindo, assim, a compreensão de elementos a que atribui validade na análise da relação das diversas teorias argumentativas. O consequencialismo, sob essa perspectiva, contribui para entender a limitação ao poder decisório naqueles regimes marcados pela democracia.

¹⁵⁴ MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. IX.

A crítica quanto ao consequencialismo como teoria suficiente para a nova tarefa decisória do administrador público diante da atual redação da LINDB baseia-se na constatação de que a argumentação a que se deverá socorrer o gestor público estará imersa em meio a necessidade de superação da complexidade e indeterminação de normas com grau de valores abstratos e que a argumentação consequencialista dificilmente conseguirá traçar uma resposta assertiva pois os problemas da sociedade são variados e de consequências diversas, de modo que a argumentação da decisão, para acerto dessa, deverá ponderar todas as alternativas que se demonstrem mais importantes, ou afastar aquelas que se revelem manifestamente inaplicáveis.

Aqui defende-se que a disposição atual da LINDB não torna exclusivo o consequencialismo como teoria única a ser aplicada, mas não a exclui como ferramenta de argumentação a ser desenvolvida pelo administrador público, de modo que a efetivação do artigo 20 da lei será de uma aplicação heterogênea de teorias argumentativas. A possibilidade de tomada de decisão a partir das considerações das consequências práticas da decisão é não apenas possível como estimulada. No entanto, não deve o administrador público lançar mão de outras teorias argumentativas, a exemplo da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy.

A ponderação, baseando-se nas lições de Robert Alexy, demonstra-se uma excelente técnica ao dispor do administrador público. O procedimento de ponderação revela-se complementar ao consequencialismo, sem que seja necessária a exclusão de um ou outro. Assim, defende-se que ao analisar as consequências da decisão a ser tomada o administrador público chegará às repercussões práticas de seu ato de decidir e então deverá sopesar, por meio do procedimento de ponderação, a melhor argumentação para corrigir e justificar racionalmente a decisão escolhida, buscando assim a correção de seu ato a ser praticado.

A teoria da argumentação jurídica de Alexy pode contribuir bastante para a superação da necessidade de argumentação do administrador público diante do novo desafio trazido pela LINDB. Em sua obra intitulada *Teoria da Argumentação Jurídica*, Robert Alexy afirma que existem debates jurídicos e debates pertinentes a questões legais, que revelam as diversas formas de discussões jurídicas, todas com suas similitudes e diferenças quanto a seus argumentos jurídicos próprios¹⁵⁵. Alexy argumenta também que “os discursos jurídicos se relacionam com a justificação de um caso especial de afirmações normativas, isto é, aquelas que expressam julgamentos jurídicos¹⁵⁶”. A partir dessa construção do autor observamos a referência às suas premissas de justificação interna e a externa. Sem adentrar numa análise minuciosa dos institutos, até mesmo porque não é essa a pretensão desse texto, temos que a

¹⁵⁵ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2001, p. 213.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 218.

justificação interna está relacionada àquelas premissas aduzidas, e corresponde à descoberta das premissas e a organização de suas estruturas em normas jurídicas (regras e princípios), enquanto que a denominada justificação externa está ligada à correção daquelas premissas, fundamentando-as através da relação entre fato e norma.

Robert Alexy leciona que “pode designar-se a justificação externa, com bons fundamentos, como o verdadeiro campo da argumentação jurídica ou do discurso jurídico”¹⁵⁷, sem embargar a importância da justificação interna de sua teoria da argumentação. O jurista alemão, quando refere-se à justificação externa, defende a ideia de que podem ser essas as regras de Direito positivo, enunciados empíricos e um terceiro tipo de enunciado para cuja fundamentação é preciso recorrer à argumentação jurídica. Essa justificação tem como objetivo a pretensão de correção, que por sua vez é limitada no discurso jurídico sob as exigências dos liames da lei, dos dogmas e dos precedentes, além de sua relatividade a um determinado momento no tempo. Para Alexy, dentro de um discurso racional chega-se à verdade, à uma decisão correta. É uma construção teórica, em que a verdade se constrói a partir de um discurso, em que a pretensão resulta-se da estrutura dos atos e da argumentação típicos do Direito. Na verdade, a teoria de Robert Alexy não demonstra a decisão correta, mas sim busca afastar a decisão menos correta.

Com a teoria de Alexy revela-se consistente a complementaridade existente entre a argumentação geral e a argumentação jurídica, e que argumentação e interpretação teriam íntima relação pois que, nas palavras de Anízio Pires Gavião Filho¹⁵⁸, a escolha por uma interpretação no lugar de outra pressupõe a escolha entre os argumentos favoráveis e contrários concernentes à interpretação das expressões encerradas nas normas jurídicas.

A justificação interna e externa da teoria de argumentação de Alexy propõe a pretensão de correção, a qual, aplicada à tarefa do administrador público de fundamentar sua decisão administrativa tomada, consiste na aplicação da norma jurídica que esteja correta ao caso, cabendo ao gestor justificar sua aplicação. A ponderação surge exatamente dessa relação, que segundo Geremberg¹⁵⁹ “é através dela que o procedimento da ponderação ganha legitimidade, pois as escolhas tomadas durante o mesmo, são acrescidas de razões que as justificam”.

¹⁵⁷ ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 20.

¹⁵⁸ GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 192.

¹⁵⁹ GEREMBERG, Alice Leal Wolf. **A teoria compreensiva de Robert Alexy: a proposta do ‘trialismo’**. Tese de doutorado apresentada na Puc-Rio. Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: <http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/Busca_etds.php?strSecao=resultado&nrSeq=9593@1>. Acesso em: 01 mai. 2021, p. 26.

A aplicação da ponderação dá ao intérprete a tarefa de proceder com a interação entre fato e norma para daí então escolher, fundamentadamente e sem perder de vista as possibilidades e limites do ordenamento, aquela decisão mais próxima da correção. Essa defesa encontra semelhante conclusão no trabalho de Luís Roberto Barroso e Ana Paula Barcellos, intitulado “O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro”¹⁶⁰, para os quais são elementos marcantes do pós-positivismo a normatividade dos princípios, a ponderação de valores e a teoria da argumentação jurídica.

É verdade que as consequências práticas da decisão também geram uma indeterminação, haja vista apresentarem-se como valores jurídicos abstratos, pois são várias as ordens de decorrências de uma decisão administrativa, controladora ou judicial. Daí a necessidade de ponderação de interesses.

Mais que nunca, e tal como a todo operador do Direito, para o administrador público a prática da argumentação jurídica revela-se instrumento essencial para sua tarefa de expedição de atos decisórios, registrando-se que a técnica da ponderação terá contornos de importância para a justificação das decisões tomadas. Para além da necessidade de domínio de teorias argumentativas e seus métodos e procedimentos até aqui deduzidos, o administrador público ainda terá de superar obstáculos de ordem fática estrutural, que diz respeito ao conhecimento jurídico que dispõe, haja vista que o administrador público nem sempre é expert conhecedor das letras jurídicas, ou mesmo um proficiente operador das normas, além do que, não raras vezes, não tem disponível a si uma assessoria jurídica apta a melhor garantir o assessoramento nesta árdua missão de jogo argumentativo.

Mesmo diante de um cenário de recursos escassos ao administrador público, a tomada de uma decisão administrativa baseada num exercício desenvolvido a partir de teorias argumentativas e em procedimentos de ponderação, que juntos possibilitem a análise das consequências práticas, contribuirá para a correção de sua decisão, para que seja essa a mais justa ao caso concreto, ou que afaste aquelas menos justas, e que possa assim ser considerada pelos órgãos revisionais (de controle ou judiciais), haja vista que a argumentação jurídica sempre o conduzirá a um processo de racionalização da ponderação.

A LINDB, com a atual redação, trouxe ao administrador público e ao controlador critério de balizamento para que se possa analisar a decisão administrativa por ele tomada. Cabe, no entanto, a esses atores o estreito e correto uso da argumentação jurídica para melhor

¹⁶⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (organizador). **A Nova Interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 327-329.

fundamentar sua decisão, considerando a realidade prática e buscando sempre o interesse público.

4.5 O Contributo e os Efeitos da lei nº 13.655/2018 para o Controle da Administração Pública

A Administração Pública gerencial, em estreita relação com o princípio da eficiência previsto no art. 37 da CF/88, tem na busca da concretização dos direitos fundamentais sua maior característica. No âmbito da administração de resultados a interpretação e a aplicação do Direito não podem se afastar das consequências jurídicas e extrajurídicas geradas pelas escolhas efetivadas pelas autoridades estatais.

Há um vínculo necessário entre a Administração Pública de resultados, ou gerencial, e o pragmatismo jurídico. Lecionam Rafael Carvalho Rezende Oliveira e Erick Halpern¹⁶¹ que o pragmatismo possui características bem definidas, sendo três delas as mais importantes, a saber: (i) o antifundacionalismo, com marcante rejeição à existência de entidades metafísicas ou conceitos abstratos, estáticos e definitivos no Direito, imunes às transformações sociais; (ii) o contextualismo, segundo o qual a interpretação jurídica é norteada por questões práticas e o Direito é visto como prática social; e (iii) o consequencialismo, para o qual as decisões devem ser tomadas a partir de suas consequências práticas.

As consequências devem ser levadas a sério e o controle dos atos e decisões públicas devem ser averiguadas não apenas sob o ponto de vista da adequação formal aos pressupostos legais. Há de se desapegar da visão formalista ainda presente nos órgãos de controle que continuam a exigir a adequação formalística da atuação administrativa com a legislação de regência, mesmo que tal subsunção revele-se prejudicial aos objetivos legalmente impostos à Administração Pública.

A fim de introduzir o pragmatismo jurídico nas instâncias de controle da Administração Pública é que a lei nº 13.655/2018 introduziu os artigos 20 a 30 na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB) – Decreto Lei nº 4.657/42.

A lei nº 13.655/2018 promoveu significativas modificações na LINDB, positivando normas tendentes a promover maior resguardo ao administrador público, fixando regras objetivas para a responsabilização de gestores. As recentes inovações legislativas tiveram a finalidade de introduzir maior segurança jurídica e eficiência à atuação da Administração

¹⁶¹ ZENITE. BLOG ZENITE. **O mito do “quanto mais controle, melhor” na Administração Pública.** Disponível em: <https://www.zenite.blog.br/wp-content/uploads/2020/10/O-mito-do-quanto-mais-controle-melhor_RafaelOliveira_ErickHalpern.pdf>. Acesso em: 7 mai. 2021.

Pública, de modo a criar imposições aos órgãos de controle para que esses pautem suas atividades sem se descuidar da realidade fática da gestão pública avaliada.

Interessante instrumento dessa inovação proporcionada pela lei nº 13.655/2018 é o denominado primado da realidade, o qual estabelece sejam consideradas as circunstâncias fáticas em que o administrador público está inserido quando da interpretação de normas sobre gestão pública, a fim de que sejam valoradas as reais dificuldades práticas vivenciadas pelos administradores públicos.

O grande desafio de aplicação da novel norma é a superação da postura dos agentes de controle. Diz-se isso pois que há controladores com entendimento firmado no sentido de que as dificuldades vivenciadas pelos gestores públicos já eram conhecidas e que, assim, os administradores deveriam estar preparados para enfrentá-las.

Ao tempo em que inova, a referida norma pode, ao revés de buscar garantir maior segurança ao gestor público, acabar por impulsionar conflitos entre o ato de decidir do administrador e a margem de atuação e liberdade de entendimento do controlador.

Floriano de Azevedo Marques Neto¹⁶² adverte que o controle pelo controle prejudica os efeitos da atuação dessa importante atividade estatal, proporcionando ao controlador enormes poderes sem responsabilidade pela ineficácia da atividade-fim.

É no mesmo sentido dessas lições que o art. 20 da LINDB traz em seu texto a proibição de tomada de decisão apoiada exclusivamente em valores abstratos, sem considerar as consequências práticas da decisão, consagrando o consequencialismo. Seu objetivo é impedir que sejam adotadas decisões em qualquer esfera (administrativa, controladora, judicial), que se fundamente apenas e tão somente em conceitos indeterminados e em princípios genéricos. Não se pode decidir sem que seja realizada uma análise do contexto fático e das possíveis consequências práticas daquela decisão estatal a ser adotada.

A norma tem por objetivo evitar a utilização equivocada dos princípios jurídicos pelos órgãos de controle, afastando a mera invocação do princípio para solução do caso concreto, passando-se a exigir uma motivação qualificada que se preste a demonstrar a pertinência da aplicação do princípio ao caso concreto e dos efeitos práticos da decisão adotada.

Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas¹⁶³ asseveram que a LINDB passou a conter dispositivo por meio do qual se pretende afastar a adoção de escolhas

¹⁶² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Os grandes desafios do controle da Administração Pública**. Fórum de Contratação e Gestão Pública FCGP, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, pp. 7-30, abr. 2010.

¹⁶³ 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, pp. 21-22.

subjetivas e arbitrárias das instâncias decisórias, que a pretexto de aplicar diretamente um princípio constitucional, afastem regras jurídicas válidas, reformulem o planejamento estatal e imiscua-se nas políticas públicas, inclusive sem nenhuma deferência as capacidades institucionais do órgão instituidor.

Contudo, o art. 20 da LINDB acaba por veicular o ônus de motivação das decisões dos administradores públicos haja vista que esses devem agora considerar os argumentos jurídicos em suas escolhas, além de fundamentar com base no contexto fático e nas consequências da decisão adotada¹⁶⁴.

Em outra norma da LINDB, dessa vez presente no art. 21, encontra-se mais uma disposição acerca das consequências da decisão nas instâncias de controle, mediante uma releitura pragmática da teoria das nulidades dos atos administrativos a partir da superação da imposição obrigatória dos efeitos *ex tunc* àquela decisão que decretou a nulidade do ato. Agora o agente controlador deve se desincumbir de seu ônus decisório indicando expressamente as consequências jurídicas e administrativas de sua escolha pela invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa.

Não é demais registrar que o comando normativo ora citado não impõe aos órgãos de controle o dever de previsão de todos aqueles efeitos possíveis de sua decisão. O que se pretende é exigir do agente controlador que fundamente sua decisão a partir da avaliação das consequências plausíveis dentro daquele contexto decisório.

O art. 22 da LINDB traz outra preocupação pragmática ao dispor que se deve considerar o contexto da atuação administrativa quando da análise da decisão estatal pelo agente controlador impondo-se a esse o contextualismo e a consideração daqueles obstáculos e dificuldade reais que envolveram o gestor público quando da tomada de decisão. Entenda-se essas dificuldade reais como (embora não se esgotem nessas hipóteses): precariedade da infraestrutura mínima de trabalho; exiguidade de tempo para planejamento de ações; insuficiência, ou mesmo inexistência, de verbas; escasso quadro de pessoal e de expertise em determinados temas.

Somado a essas dificuldades fáticas e reais há ainda as dificuldades jurídicas decorrentes dos conflitos de entendimentos e da ausência de coerência na jurisprudência do Poder Judiciário e dos Tribunais de Contas e das deliberações dos órgãos de controle interno.

¹⁶⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. “**Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas**”. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), pp. 13-41, nov. 2018.

Quando o assunto é responsabilização do gestor público que adotou a decisão objeto do controle, há de se aplicar o disposto no art. 22 da LINDB em conjunto com o art. 28 do mesmo diploma. O agente controlador deve verificar o contexto decisório e avaliar o grau de culpabilidade do administrador público para, eventualmente, propor a responsabilização do gestor, fundamentando a eventual existência de dolo ou erro grosseiro na decisão ou opinião técnica controlada.

O espírito da lei nº 13.655/2018, quando promoveu as inovações na LINDB, foi de dispor ao agente público honesto instrumentos de segurança e proteção. Nessa esteira é que foi editada, em 2020, no contexto da pandemia do coronavírus (SARS-COV-2), a Medida Provisória nº 966. Reproduzindo teor semelhante àquele fixado na norma do art. 28 da LINDB, a citada MP estabeleceu que o agente público apenas poderá ser responsabilizado civil e administrativamente pela prática de atos relacionados com as medidas de enfrentamento da pandemia ou de combate aos efeitos econômicos e sociais dela decorrentes se agir ou se omitir com dolo ou erro grosseiro, considerado, como tal, o erro manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia.

Outro impacto da lei nº 13.655/2018 para a atividade de controle é a aplicação do prospective overruling. Conforme disposição do art. 30 da LINDB, o qual deve ser interpretado em consonância com seu art. 24, as instâncias de controle, ao mudarem suas regras jurisprudenciais e de entendimento, podem, por motivos de segurança jurídica, boa-fé e confiança legítima, direcionar a aplicação da nova orientação apenas para casos futuros. Ou seja, podem os agentes controladores operarem a superação de um precedente apontando para efeitos futuros, admitindo, ainda, a modulação de efeitos no controle de legalidade dos atos administrativos¹⁶⁵.

A LINDB, em sua atual redação, veicula comandos de sensibilização do controlador à realidade da burocracia pública que envolve o gestor em sua tomada de decisões, de modo que o agente de controle deve estar atento não apenas às dificuldades fáticas que envolvem o administrador público mas deve considerar especialmente as consequências práticas de suas decisões.

¹⁶⁵ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**, 8. ed., São Paulo: Método, 2020, p. 340.

5 DA NECESSÁRIA CALIBRAGEM DA ATUAÇÃO DOS ÓRGÃOS DE CONTROLE DO PODER EXECUTIVO FEDERAL

5.1 Da controvérsia de entendimentos entre TCU e CGU

Mesmo diante do necessário reconhecimento da importância da atividade de controle do Estado é relevante confrontar o fenômeno da crise de ineficiência da gestão pública provocada a partir da atuação do próprio controle, o qual tem imputado aos administradores públicos sanções em decorrência de decisões que são baseadas em interpretações não literais dos dispositivos legais, ou pior, a aplicação de punição por ter o gestor público contrariado a interpretação do próprio controlador.

É bem verdade que o emaranhado de normas jurídicas e os vagos conceitos principiológicos acabam por criar um campo inseguro de submissão do administrador público a riscos no ato da tomada de uma decisão. Para além desse cenário, o gestor público ainda tem que se comportar levando em conta os conceitos conflitantes e, não raras vezes, contraditórios que são exarados pelos diversos órgãos de controle da atividade pública.

A discussão sobre a necessária calibragem da atividade de controle do Estado é tão importante quanto atual. É preciso o equilíbrio da atuação dos órgãos e agentes de controle, de modo que o contido no art. 14 do Decreto-Lei nº 200/67 deve ser resgatado e externalizado através de mecanismos que garantam uma relação de colaboração mútua entre controlador e administrador público.

Ressalte-se que os precedentes e entendimentos emanados dos órgãos de controle são importantes guias de orientação a que devem se servir o administrador público para melhor decidir. Problema há quando os conceitos e conclusões dos agentes de controle são conflitantes.

Conforme assevera Rodrigo Valgas dos Santos¹⁶⁶, as instâncias de controle, ao longo do tempo, passaram a ter apoio da sociedade, e em especial dos veículos de comunicação, como que numa democracia sem voto, consagrando-se a ideia de que o controlador passou a ser dotado de certo nível de representatividade popular e que todo e qualquer ato administrativo estaria sujeito, agora, ao aval decisório dos órgãos de controle estatal, o que inevitavelmente implica numa usurpação da atividade administrativa.

Há então uma ideia estabelecida de que os atos administrativo podem, ou devem, ser referendados com as conclusões dos órgãos e entidades de controle, conferindo-se assim

¹⁶⁶ SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito Administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 14.

verdadeira permissão para que os controladores administrem sem serem administradores. É o mais trágico, sem que aos agentes controladores sejam imputadas quaisquer responsabilidades por desacertos.

A realidade das imposições de severas sanções aos agentes públicos, que culminam em perda de patrimônio ou suspensão de direitos políticos, tem demonstrado que entre a conclusão do administrador público e do agente controlador vale essa última. Discordando, estará o administrador público sujeito a punições.

A atuação dos órgãos de controle sugere que estejam partindo da premissa de um viés ideológico pautado na crença de que o administrador público dirige suas condutas sempre a partir de desvios e da ilegalidade, assumindo então comportamento pouco deferente com aqueles que desempenham tão importante papel: a função administrativa.

Há, porém, de se comemorar que existem agentes controladores que tem a consciência da dimensão desse problema e que, principalmente, adotam posição crítica, a exemplo do Min. Bruno Dantas do Tribunal de Contas da União, para quem deve haver “equilíbrio entre gestão e seu controle, sob pena de criarmos no país um apagão decisório, despertando nos gestores temor semelhante ao de crianças inseguras educadas por pais opressores”¹⁶⁷.

Premissa central desse texto é que o controle é necessário, mas que seu exercício não pode provocar paralisia na Administração Pública e em seus gestores. Há de se superar essa realidade administrativa que impõe a sensação de medo. É imperioso reconhecer que inexistente (tanto quanto é impossível) neutralidade nem em quem aplica a lei, nem em quem administra e nem em quem controla a atividade pública.

É papel de órgão integrante do sistema de controle interno ou externo da Administração Pública materializar o resultado de suas constatações através de deliberações dirigidas ao poder ou ente objeto do controle. Seja por meio de auditoria, atividade de fiscalização, verificação de conformidade ou monitoramento de deliberações anteriores, tanto o Tribunal de Contas da União quanto a Controladoria-Geral da União expedem decisões que resultam em recomendações (o que significa aconselhamento) ou determinações (no sentido de definir, delimitar), as quais são dirigidas ao controlado, que de tudo toma ciência e manifesta-se no sentido de seu cumprimento ou apresenta justificativa para o não acolhimento da deliberação.

Problema surge quando TCU e CGU, enquanto órgãos do sistema de controle externo e interno do Poder Executivo federal, expedem deliberações que conflitam entre si. Para além

¹⁶⁷ ANDIFES. **O risco de ‘infantilizar’ a gestão pública.** Disponível em: <<https://www.andifes.org.br/?p=55408>>. Acesso em: 07 set. 2021.

do suposto conflito de competência e atribuição, há ainda a insegurança jurídica a que fica submetido o administrador público destinatário da deliberação, haja vista, a um só tempo, não ter a certeza de qual decisão deve ser seguida e vê-se diante da possibilidade de atribuição a si da responsabilidade por eventual descumprimento de manifestação de órgão de controle.

A lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, dispõe sobre a jurisdição e atribuições do TCU, reproduzindo as competências constitucionais que lhe foram atribuídas. Dentre essas existe a possibilidade da corte de contas da União aplicar penalidades a gestores públicos, as quais podem consistir em imputação de débito ou cominação de multa, que tem eficácia de título executivo, além da decretação de indisponibilidade temporária de bens.

Eventual insubmissão de órgãos e entidades à deliberações do TCU acarretaria em ineficácia das normas constitucionais que regem as atribuições da corte de contas federal. Conforme consignado no Acórdão 8890/2011-TCU-Primeira Câmara¹⁶⁸, o TCU firmou entendimento de que sua atividade de exercício do controle externo resulta em vinculação das suas decisões aos poderes da república, pois a Constituição Federal (art. 71 inciso IV) atribuiu-lhe a competência para realizar fiscalização em todas os órgãos e entidades administrativas de todos os poderes.

O referido Acórdão 8890/2011-TCU-Primeira Câmara, proferido pelo Tribunal de Contas da União, afirma o posicionamento daquela corte no sentido de compreender que o exercício da atividade de controle externo da Administração Pública, em auxílio à atividade típica do Poder Legislativo, decorre justamente da separação dos poderes e do sistema de freios e contrapesos. A competência e atuação do TCU não pode, segundo entendimento firmado no multicitado Acórdão, ser afastada, nem mesmo mitigada, a favor da atuação do sistema de controle interno do poder controlado, haja vista que as normas constitucionais e infraconstitucionais dão amparo ao pleno exercício daquele Tribunal.

Eventual conflito entre decisões do TCU e deliberações da CGU devem ser resolvidas a partir do arcabouço constitucional, de modo a garantir segurança jurídica para a Administração Pública do Poder Executivo federal. Segundo o escopo constitucional o controle externo da Administração Pública federal é atividade típica do Poder Legislativo, no qual atua em auxílio o TCU, de sorte que as atribuições e competências da corte de contas da União estão dispostas na Lei Maior. Ademais, a Controladoria-Geral da União foi criada para ser (e atua como tal) órgão de controle interno do Poder Executivo federal, e sua atuação ocorre sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União. Ressalva quanto às atribuições do

¹⁶⁸ TCU. Tribunal de Contas da União. **REPRESENTAÇÃO PROCESSO TC 021.286/2009-1**. Relator: Min. Augusto Nardes. Julgado em 4 out. 2011, publicado em 7 out. 2011.

TCU em relação à competência da CGU inexistente no texto constitucional, pois assim não o desejou o legislador.

É disposição constitucional a finalidade do sistema de controle interno apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional, ou seja, cabe à CGU prestar o devido apoio e assessoramento ao TCU, ou outro órgão de controle externo, quando do exercício de competências do Tribunal em exames de atos administrativos do Poder Executivo federal.

Considerando ser atribuição constitucional do controle interno apoiar o controle externo, como pode as decisões do TCU serem afastadas em face de entendimento do órgão de controle interno, ao qual deve a função de apoio?

Nem mesmo o poder de autotutela pode ser invocado pela CGU enquanto órgão de controle interno do Poder Executivo federal para imiscuir o seu gestor público do dever de cumprir as decisões do TCU. O poder de autotutela exercido pelo Poder Executivo federal, por meio de seus órgãos (inclusive aquele de controle interno), é poder comum à toda a Administração Pública, e a nenhum de seus órgãos e entidades cabe sua invocação para propor o afastamento das decisões do controle externo exercido pelo Poder Legislativo em auxílio pelos Tribunais de Contas.

O ex-ministro do STF, Cezar Peluso, em seu voto de relatoria na ADI nº 3367¹⁶⁹, ressaltou a importância do princípio da separação de poderes, registrando sua expressa consagração no texto constitucional. Afirmou o ex-ministro que o referido princípio garante o exercício das funções típicas dos poderes da república. Este importante julgado deixa claro que as missões constitucionais dos sistemas de controle interno e externo estão muito bem postas e são, pois, inconfundíveis.

O STF, no julgamento da ADI nº 3367, ao julgar pedido proposto pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) em face de dispositivos da EC nº 45/2004 (Reforma do Judiciário), fixou entendimento de que o Conselho Nacional de Justiça, enquanto órgão de controle interno do Poder Judiciário, exerce atividade típica de controle administrativo e financeiro, tal como o órgão de controle interno do Poder Executivo federal. Aprovado por maioria, o voto do Relator da ADI nº 3367 fixou entendimento de que o CNJ tem natureza de órgão de controle administrativo interno do Poder Judiciário e que sua competência em reexaminar atos administrativos dos órgãos do Judiciário não teria o condão de conflitar com a competência do controle externo atribuída constitucionalmente ao Poder Legislativo, com

¹⁶⁹ STF. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ADI 3367**. Relator: Ministro Cezar Peluso. DJ: 17/03/2006. STF, 2006. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2260590>>. Acesso em: 10 set. 2021.

auxílio dos Tribunais de Contas. Assim decidindo, a Suprema Corte firma a compreensão de que o órgão de controle interno pertencente a qualquer poder republicano não pode em suas deliberações entrar em rota de colisão com as conclusões do controle externo.

O Tribunal de Contas da União, por seu turno, tem entendimento pacífico no sentido de que a nenhum órgão da administração pública federal cabe descumprir, ou mesmo mandar descumprir, decisão sua, devendo os órgãos e entidades jurisdicionados velar pelo cumprimento das deliberações do controle externo e, em caso de discordância, acionar o Poder Judiciário para solucionar a contenda.

Para o fim de melhor prestar uma eficiente atividade estatal, o sistema de controle interno é instrumento imprescindível. Também denominado de controle intra orgânico ou controle administrativo, é uma modalidade de controle exercido pela própria Administração, tendo como objetivo a verificação da oportunidade e do mérito do ato administrativo. O controle interno tem entre suas finalidades a de apoiar o controle externo, o que não afasta sua fundamental importância para qualquer organização, e deve ser entendido de forma ampla, não podendo estar limitado apenas quanto aos aspectos financeiros e administrativos, mas sim, deve ser compreendido como um conjunto de ações e métodos que devem ser implementados dentro de um determinado ente administrativo, gerando nele uma verdadeira cultura de diafaneidade, permitindo, assim, que se façam comparações entre os resultados previstos e os efetivamente realizados. É expressão do autocontrole.

Não é demais ressaltar que não há qualquer hierarquia entre o controle interno e o externo. O que ocorre, na verdade, é a complementação de um sistema pelo outro. O controle interno tem como função apoiar o controle externo, orientando as autoridades públicas no sentido de evitar o erro, efetivando um controle preventivo, colhendo subsídios mediante o controle concomitante a fim de determinar o aperfeiçoamento das ações futuras, revendo os atos já praticados, corrigindo-os antes mesmo da atuação do controle externo.

Tanto o controle interno do Poder Executivo federal quanto o controle externo a cargo do TCU possuem escopo constitucional de atuação, havendo, entretanto, ponto de intersecção de atribuições de ambos, devendo, pois, serem observadas as decisões do TCU até mesmo pelo controle interno de quaisquer dos poderes da república.

5.2 Da consulta ao TCU como mecanismo de diálogo institucional

Diante dos atuais sistemas postos de controle interno e externo da Administração Pública revela-se desafiador aumentar a capacidade de articulação dos atores na rede de

accountability, haja vista serem esses autônomos e empoderados. É necessário construir espaços de interlocução que fortaleçam a coordenação e a busca da efetividade dos resultados da atividade controladora, mediante um ambiente equilibrado e em sintonia com as ações necessárias à implementação das políticas públicas, em consistente alinhamento com a atuação administrativa do gestor público.

É bem verdade que a atividade de controle necessita de autonomia, mas não se pode permitir uma autonomização em excesso, ainda mais em um cenário em que o administrador público exerce seu mister diante em meio a um ambiente de complexidades, riscos e incertezas.

O sistema jurídico brasileiro é hiperlegalista, provocando como consequência uma elevada carga de risco para o exercício da tomada de decisão pelo agente público.

Um desses riscos é justamente a possibilidade de ser a decisão rechaçada pelos agentes de controle por ser ela contrária ao entendimento do órgão de controle em face da disfuncionalidade da atuação dessa importante atividade estatal.

Nesta gestão de riscos para a adoção do ato administrativo o administrador público imprime um comportamento em seu processo de tomada de decisão que acaba por buscar sua autoproteção, numa fuga de sua responsabilização, com sérios efeitos deletérios na Administração Pública.

A dicotomia entre a inegável necessidade e importância da atividade de controle e os prejuízos dela decorrentes em face de uma atuação exacerbada e disfuncional leva à uma necessária reflexão sobre uma calibragem e reavaliação do atual sistema de controle. A finalidade dos ajustes é reduzir as possibilidades da indevida exposição do administrador público a riscos que derivem da atuação redundante e exagerada dos órgãos e entidades de controle, mitigando, assim, o temor que persegue o gestor público no exercício de seu múnus de decidir.

A disfuncionalidade da atuação da atividade controladora encontra espaço na vagueza dos textos legislativos que subsidiam seu exercício. De um modo em geral os textos normativos que embasam as atividades dos agentes de controle, inclusive aqueles afetos à punição de servidores públicos, valem-se de princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados para estabelecer seus parâmetros, o que permite que sejam razoavelmente interpretados de diversas e até de contraditórias maneiras.

Carlos Ari Sundfeld¹⁷⁰ assinala que o gestor público desempenha papel fundamental na aplicação das normas jurídicas, havendo uma inegável postura criativa do gestor, haja vista

¹⁷⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 236.

que administrar é, também, criar. Tal afirmação encontra amparo na pacífica conclusão de que o texto da norma não se confunde com a própria norma jurídica, haja vista que o texto é o Direito escrito e positivado pela figura do Estado, enquanto que a norma nada mais é que o sentido construído a partir da interpretação dos textos normativos.

Os princípios jurídicos são plenamente aplicáveis no processo de tomada de decisão pelo administrador público. Ressalte-se que eles, os princípios, estabelecem estados e objetivos gerais que desejam ser perseguidos e alcançados, de modo que é do cotidiano administrativo que o comportamento do gestor público acabe por ora privilegiar um princípio e em outro momento culmine por restringir sua aplicação, em maior ou menor grau, especialmente aqueles afetos à Administração Pública.

As lições de Ana Paula de Barcellos¹⁷¹ são esclarecedoras quando assenta que as regras são comandos normativos que descrevem comportamentos, sem, no entanto, ocupar-se diretamente dos objetivos que aquelas condutas descritas procuram perseguir. Já os princípios, nos dizeres da referida autora, prescrevem estados qualificados como ideais, veiculam objetivos a serem buscados, sem explicitarem necessariamente as ações que devem ser praticadas para a consecução dessa finalidade.

A dificuldade e o temor no ambiente da Administração Pública caracteriza-se, sobretudo, em razão da amplitude semântica da norma veiculada nos princípios e regras, de modo que uma mesma decisão adotada por um gestor pode ser interpretada e ter conclusões distintas por diferentes agentes controladores que atuam sob a atividade controlada. O agente controlador pode entender que a conduta do gestor público foi realizadora ou violadora dos objetivos estabelecidos nos princípio administrativos, o que acaba por culminar num cenário de manifesta insegurança quanto à interpretação e aplicação da norma pelo administrador público.

Soma-se a isso o fato de que o sistema jurídico brasileiro é dotado de princípios e conceitos jurídicos indeterminados, bem como instrumentalizado por múltiplos e independentes instituições, ao que é conferido aos órgãos competentes pela aplicação da norma a interpretação e definição de grande parte de seu sentido.

No âmbito da atividade de controle é necessário ressaltar que essa amplitude dos textos normativos pode, no entanto, servir como elemento a fim de permitir que os órgãos de controle busquem adequar os dispositivos legais de forma célere à realidade com a qual se deparam, haja vista que, em tese, o controladores possuem maior capacidade institucional do que o legislador sobre o tema.

¹⁷¹ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 169-170.

Entretanto, essa mesma vagueza e indeterminação dos textos das normas jurídicas acabam por propiciar o exercício de um controle de mera opinião, descoordenado e contraditório, haja vista que a atividade controladora é exercida por redundantes e múltiplos órgãos de supervisão da Administração Pública.

Esse controle de mera opinião pode revelar-se em dois diferentes movimentos. Em um primeiro, faz-se presente naquela conduta perpetrada pelo agente controlador que busca fazer prevalecer a sua particular leitura do enunciado normativo aplicável ao caso, mesmo que a interpretação dada pelo administrador público seja razoável.

Quando o agente controlador executa o denominado controle de mera opinião ele está a manifestar sua discordância quanto a interpretação realizada pelo administrador, fazendo prevalecer sua compreensão de que do ordenamento jurídico deveria o agente público ter extraído norma diversa daquela resultante da decisão tomada. O controle assim exercido não tem por fundamento os textos normativos que permitem uma única hermenêutica razoável, e nem é executado com base em entendimentos sedimentados pela jurisprudência, pela Administração ou pelos próprios órgãos controladores. Decorre unicamente de uma interpretação própria e peculiar daquele que exerce o controle a partir de um sentido único que extraiu do comando normativo, substituindo-se ao administrador em uma função que lhe é própria.

Característica importante quando o assunto é o controle da Administração Pública é o fato de que não há no ordenamento jurídico pátrio um sistema de hierarquia entre os órgãos e entidades que compõem os sistemas de controle interno e externo, de modo que os entendimentos e conclusões firmados por um determinado agente controlador, como regra, não serão vinculantes para os demais, submetendo, assim, o gestor público a uma redundância de instâncias de controle e a uma insegurança quanto à avaliação final da decisão adotada.

Como exemplo do que tratamos podemos ilustrar a situação de um ordenador de despesa de uma instituição federal de ensino superior que, no exercício de sua atividade administrativa, terá seus atos administrativos submetidos ao crivo de avaliação e fiscalização de, pelo menos, 5 órgãos de controle diferentes, sendo grande parte deles independente entre si. Sua atividade administrativa estará sob análise do controle exercido: (i) pelo Tribunal de Contas da União, na forma do artigo 71, II, da Constituição da República; (ii) pela Procuradoria Federal junto à respectiva instituição, conforme disposto no artigo 10 da lei federal nº 10.480/02; (iii) pelo Ministério Público Federal, frente ao que dispõe o art. 37, I, da lei complementar nº 75/93; (iv) pela Controladoria-Geral da União, nos termos do art. 51, I, da atual Medida Provisória nº 870/2019; e, por fim, (v) pela unidade de auditoria interna singular,

presente na estrutura da própria instituição federal de ensino superior, por força do art. 14 do Decreto nº 3.591/2000.

Todos esses órgãos componentes dos sistemas de controle interno e externo que incidem sobre a atividade administrativa do Poder Executivo federal possuem suas atribuições postas pela Constituição Federal e pela legislação infraconstitucional, sendo, porém, inegável a existência, em alguma medida, de uma sobreposição de competências dessas instâncias controladoras, sendo pois potencial a existência de entendimentos conflitantes entre os referidos agentes controladores. Ressalte-se que nenhuma das conclusões emanadas de qualquer desses órgãos de controle tem o condão de impedir que o Poder Judiciário, quando provocado, possa revisar o ato administrativo controlado, atuando assim como um ente de controle revisor.

A legislação posta dispõe de alguns mecanismos que podem servir como instrumento de equilíbrio e harmonização das deliberações dos órgãos de controle interno e externo objetos desse trabalho. Trata-se da possibilidade legal de consultar a ser formulada ao TCU prevista na Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União.

Conforme dispõe o art. 1º inciso XVII parágrafo 2º da lei nº 8443/1992, o TCU tem competência em apreciar e decidir sobre consulta que lhe seja formulada por autoridade competente, a respeito de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes a matéria de sua competência, na forma estabelecida no seu Regimento Interno.

O poder de decisão sobre consulta inclui o poder-dever de proferir a última palavra em matéria administrativa, cuja competência é do TCU, abrangendo todos os órgãos e entidades da União, inclusive os sistemas de controle interno desse.

O resultado dessa consulta ao TCU tem caráter normativo e vincula a todos os órgãos administrativos da União.

Para fins de resolver uma eventual contradição de entendimentos entre os diversos órgãos de controle incidentes sobre sua atividade administrativa, revela-se prudente que o administrador público faça uso do mecanismo de consulta ao TCU para obter desse Tribunal sua compreensão e posicionamento acerca da aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes a matéria que será objeto da decisão pelo gestor público. Esse importante instrumento não apenas promove uma maior segurança jurídica ao gestor público federal, pois a ele disponibiliza o posicionamento daquela corte de contas que exercerá o controle externo de sua atividade administrativa, como se propõe a pacificar entendimentos contraditórios dos órgãos e entidades de controle que atuam na esfera de competência do TCU, mitigando assim eventuais falhas de determinadas instituições administrativas e de controle, reduzindo as consequências negativas da redundância de instituições controladoras.

Esse mecanismo de consulta ao TCU, previsto em sua lei orgânica, proporciona também uma troca de conhecimento, haja vista que aos órgãos de controle interno do Poder Executivo federal, como CGU, unidades de auditoria interna singulares, Procuradorias Federais, é também dado o direito de formalizar uma consulta deduzindo sua compreensão sobre determinado objeto de controle. Assim agindo, os órgãos de controle interno do Poder Executivo federal, senão afastariam a sobreposição de competências, pelo menos buscariam compatibilizar entendimentos conflitantes mediante um mecanismo de possibilidade de pacificação de deliberações a partir da compreensão do Tribunal de Contas da União, órgão de maior densidade no exercício do controle externo, proporcionando maior interação, com troca de conhecimento.

5.3 Da solução técnica e legal: a propositura da criação de uma Autoridade Pública Nacional de Controle da Administração Pública

A existência de um sistema de controle interno e externo necessita, por óbvio, de órgãos e instituições que executem a atividade controladora da Administração Pública. A partir da forma como atualmente atuam os diversos órgãos de controle há, na doutrina administrativista, uma crescente discussão acerca de uma atuação exacerbada dos mecanismos de controle.

Certo é que o administrador público vive sua tarefa diária em meio a uma enorme fragmentação de atos, normas e decisões administrativas e de controle, as quais baseiam-se em normas constitucionais ou infraconstitucionais a partir das quais decorrem interpretações que nem sempre se coadunam entre si e, não raras vezes, colidem em seus sentidos, restando ao administrador público a incerteza em um terreno movediço para sua decisão a ser tomada.

O ordenamento jurídico brasileiro tem sido objeto de aplicações heterogêneas de suas normas componentes, o que, por sua vez, provoca um reduzido grau de homogeneidade das disposições normativas consagradas no Direito brasileiro, provocando disfuncionalidade do sistema, impondo fragilidade à segurança jurídica, princípio tão caro a qualquer sistema jurídico.

Acrescente-se o fato de que temos um inchaço legal de normas nas mais diversas matérias afetas às questões públicas e privadas, e mesmo assim continuamos a discutir propositura de novas leis, muito embora existam, muitas das vezes, soluções legais já aplicáveis ao que se pretende inovar normativamente. Não por acaso, estudos comprovam que desde a Constituição da República de 1988 já foram editados mais de 5,4 (cinco vírgula quatro) milhões

de normas, que dá uma média de 759 (setecentos e cinquenta e nove) novos textos normativos por dia útil desde 05 de outubro de 1988¹⁷². A questão afeta à interpretação da legislação pelos órgãos de controle, bem como a edição de atos normativos que tenham por finalidade guiar a Administração Pública, podem comprometer, a um só tempo, tanto a eficácia da norma quanto a atuação do próprio Estado na consecução de seus objetivos institucionais.

Tal produção legislativa, que culmina num excessivo número de textos legais aplicáveis à vida em coletividade, é, na verdade, o resultado de um permanente descompasso entre os poderes públicos ante a (in)certeza de que o texto normativo esteja a refletir o que dele realmente espera a sociedade. E desse exacerbado arsenal de leis é inevitável que seus textos sejam objetos de interpretações para dar-lhe aplicabilidade, o que nem sempre ocorre de modo a contribuir com a harmonia e integridade do sistema jurídico. Ao revés, o que se vê é um cenário de excessivas variações de interpretações da lei por todos os entes da federação, assim como pelos diversos órgãos de controle, o que compromete a necessária eficácia das normas integrantes do sistema jurídico nacional. E o sistema acaba por ser retroalimentado por novas leis que contribuem ainda mais para os conflitos de interpretações.

Considerando-se que as leis brasileiras são muitas, como de fato o é, o sistema jurídico tende a sofrer com sua própria incoerência, consequência não apenas do inchaço legislativo mas também de interpretações conflitantes e flutuantes, provocando uma temida e perigosa insegurança jurídica.

Interpretações distorcidas das normas, oriundas de um modelo federativo descentralizado, em nada contribuem para a unidade de um sistema jurídico. Ao revés, acaba por impor dificuldades ao administrador público face entendimentos divergentes acerca de uma mesma norma a partir de agentes controladores distintos que atuam sobre o mesmo objeto controlado. A pergunta é: qual a solução jurídica para harmonizar as interpretações de um emaranhado de normas e de seus divergentes entendimentos diante de uma administração policêntrica e com tantos controladores públicos autônomos?

Os administradores públicos brasileiros, e também os que exercem a atividade de controle, atuam por si nessa difícil tarefa de aplicação de uma excessiva quantidade de normas. Dada a descentralização da execução da atividade administrativa no Brasil, face o modelo federativo de Estado escolhido pelo legislador constituinte, temos gestores de diferentes esferas (federal, estadual, distrital e municipal) a executar diariamente seus atos mediante exercício de

¹⁷² LEGISLATIVO, Afã. **Brasil editou 5,4 milhões de normas desde a Constituição de 1988, diz estudo**. Revista Consultor Jurídico, 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-30/brasil-editou-54-milhoes-normas-1988-estudo>>. Acesso em: 1 jul. 2020.

interpretação da norma de regência, quase sempre sem unicidade de sentido para um mesmo texto normativo. E assim ocorre também com a atuação dos variados órgãos de controle incidentes sobre a Administração Pública, que a seu turno, em sua atividade controladora, exaram seus entendimentos nem sempre harmônicos até mesmo entre seus pares.

A uniformidade das interpretações e a segurança jurídica que se espera da aplicação das normas sofre mitigação e abalos quando o seu campo de aplicação é a Administração Pública, especialmente diante dos conflitos de interpretação oriundos dos fragmentados órgãos de controle incidentes sobre a atividade administrativa.

A ausência de um órgão ou entidade com atribuição de promover a uniformização da interpretação e aplicação das normas de gestão pública é outra dificuldade. O Poder Legislativo tem atuação política e sua atividade legiferante não tem promovido avanços para harmonizar o conjunto de normas jurídicas. O legislador brasileiro tem, na verdade, pautado sua atuação funcional de modo a criar leis, cada vez mais somando ao inchaço legislativo a que hoje testemunhamos. Especificamente quanto à atividade administrativa, considerando-se a Administração Pública como um ambiente de extrema complexidade de normas aplicáveis, marcado por imbrincadas e mutantes relações jurídicas, o legislador não consegue intervir de modo a propiciar integridade e harmonia ao sistema.

É neste contexto fático que doutrina especializada propõe solução baseada na criação de uma entidade nacional com atribuição de reduzir as possíveis dispersões na aplicação das normas jurídicas no ambiente da Administração Pública, com tecnicidade peculiar a promover com celeridade as necessárias soluções técnico-jurídicas apta a contribuir com a gestão pública, propiciando a uniformização de interpretação e sentido das normas administrativas.

Carlos Ari Sundfeld, em artigo publicado na obra *Limites do controle da administração pública no Estado de Direito*¹⁷³, defende a criação de entidade dotada de autoridade técnica e de caráter nacional para o Direito aplicável à Administração Pública. Segundo o administrativista, essa autoridade teria atribuição de expedir normas técnicas gerais e uniformizar a interpretação dos textos legais aplicáveis à Administração Pública, de modo a guiar não apenas os administradores públicos de todas as esferas da federação mas também os agentes controladores. Trata-se da proposição de instituição de uma fonte normativa através da qual interpretações pudessem ser uniformizadas nacionalmente de modo a tornar-se vinculantes (para que nem administrações e nem controladores lhe negassem aplicação, mas sem

¹⁷³ SUNDFELD, Carlos Ari. Uma autoridade normativa, técnica e nacional para a gestão pública. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (org.). **Limites do controle da administração pública no Estado de Direito**. Curitiba: Íthala, 2019, pp. 53-64.

comprometer a revisão judicial) para o âmbito da gestão pública, sem a necessidade de intervenção e pronunciamento do Poder Judiciário.

Na proposta de Sundfeld não haveria perda e nem redução da autonomia dos entes federados pois restaria preservada a competência de União, Estados, Distrito Federal e Municípios, haja vista que suas atribuições legislativas criadoras não sofreriam mudanças. Essa autoridade técnica atuaria apenas para proceder à normatização de controvérsias que já são objeto de previsão na Constituição ou regulamentadas por legislação infraconstitucional.

A proposta aqui defendida objetiva dispor à Administração Pública um instrumento técnico que tenha a capacidade de possibilitar uma coerente interpretação para as normas de gestão pública, atuando para eficientemente contribuir para a estabilidade jurídica das relações administrativas. A verdade é que o sistema jurídico brasileiro, alicerçado no Estado Democrático de Direito, distribui competências e atribuições à diversos órgãos e agentes a missão de criação e aplicação da norma, o que por sua vez provoca questionamentos oriundos do conflito de interpretações dos textos normativos. Na esfera da Administração Pública o emaranhado de normas e as divergentes interpretações de um mesmo texto tem por consequência uma severa afetação aos objetivos institucionais do figura do Estado, especialmente em relação ao gestor público que se vê diante de longas disputas jurídicas para a pacificação de temas de seu cotidiano decisório, deixando até mesmo de melhor decidir para não se submeter à entendimentos flutuantes acerca do tema objeto de sua decisão.

O objetivo da proposta de criação de uma autoridade técnica nacional é proporcionar uniformização na interpretação das normas afetas à gestão pública, haja vista o modelo normativo nacional ser caracterizado, sobretudo, pela vagueza e amplitude dos textos legislativos que subsidiam a accountability e a multiplicidade e sobreposição dos órgãos de controle¹⁷⁴.

Esse contexto favorece aos excessos do controle sobre o administrador público brasileiro. Segundo Marianna Montebello Willemann¹⁷⁵ “assiste-se atualmente um fenômeno que pode ser caracterizado como accountability overload, ou seja, à sobrecarga e à superposição de instâncias de controle sobre a ação administrativa”. Essa disfuncionalidade da atividade de controle acaba por comprometer a eficiência da gestão da coisa pública, de modo que se revela

¹⁷⁴ DIONISIO, Pedro de Hollanda. **O direito ao erro do administrador público no Brasil: contexto, fundamentos e parâmetros**. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2019, p. 11.

¹⁷⁵ WILLEMANN, Marianna Montebello. **Accountability democrática e o desenho institucional dos Tribunais de Contas no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 293.

necessária a análise e adoção de medidas de combate às suas externalidades negativas e seus efeitos indesejados.

Uma decisão a ser adotada pelo gestor público submete-se a tantas instâncias de controle que acaba por se ver desencorajado a inovar e correr o risco de sofrer com a imposição de uma penalidade em face de entendimentos e interpretações inseguras emanadas dessas mesmas instâncias controladoras. O excesso do controle inibe soluções criativas e heterodoxas para os problemas enfrentados pelo administrador público.

Primeiro ponto a discutir acerca da criação dessa autoridade técnica seria o posicionamento relacionado à esfera de poder a que estaria vinculada e a sua composição. Para o fim de vincular gestores públicos e controladores de todas as esferas da federação, deveria essa autoridade ter abrangência nacional, de modo que por ser órgão técnico a referida autoridade deveria estar ligado à estrutura do Poder Legislativo federal, mais precisamente ao Congresso Nacional, funcionando como um Conselho Nacional da Administração Pública, regulamentando, a partir de funções a serem constitucionalmente estabelecidas, a interpretação da normatização administrativa de assuntos afetos à gestão pública em todo o país. Suas deliberações alcançariam as atuações de todos os administradores públicos, de qualquer esfera de poder, incluindo o Poder Judiciário quando no exercício da atividade administrativa (apenas), qualquer ente da Administração Pública direta ou indireta da federação, incluindo controladores internos e externos, alcançando-se os tribunais de contas.

A criação dessa autoridade técnica dependeria de previsão na Constituição Federal, motivo pelo qual seria necessária a propositura de uma Emenda à Constituição para a delimitação de suas competências e composição, além dos rol daquelas matérias administrativas que permitiriam sua atuação normativa. A proposta aqui defendida seria de uma instituição técnica, de composição colegiada, com atribuição normativa que busque de modo permanente a coerência técnico-jurídica das disposições pertinentes à Administração Pública, editando normas para estabilizar interpretações nas esferas administrativa e controladora, sem possuir, contudo, qualquer competência recursal, anulatória, sancionadora, disciplinar ou de análise a atos individuais e a casos concretos.

Tramita no Senado Federal o Projeto de Emenda à Constituição nº 22/2017 que pretende, dentre outros, criar o Conselho Nacional dos Tribunais de Contas como instrumento de aprimoramento da função constitucional desses órgãos. A proposta da PEC é que o Conselho funcione como agente uniformizador da jurisprudência das cortes de contas, orientando a atuação dos controladores externos. Considerando que a proposta prevê que somente controladores componham o Conselho Nacional dos Tribunais de Contas há um grande risco

de que as administrações públicas vejam-se orientadas a partir da compreensão sobre gestão pública apenas daqueles que tem o papel de controlar, quando o ideal seria possibilitar heterogeneidade de visões para fins de normatização da atuação do gestor público.

O fato é que a PEC nº 22/2017 traz à lume importante debate acerca da dispersão das ações de controle, mesmo com uma proposta insuficiente, já que tende a atribuir a um colegiado de controladores externos a missão de uniformizar a atuação de gestores públicos.

À reboque do que se propõe a PEC nº 22/2017, a autoridade técnica nacional aqui defendida deve ser composta em forma de colegiado, com representações garantidas de gestores públicos, controladores (internos e externos) e especialistas em gestão pública. Essa composição revelaria uma preocupação com a garantia da participação de agentes públicos que vivenciam o cotidiano da Administração Pública e de membros de órgãos de controle, de todos os entes da federação brasileira e de todos os poderes republicanos. E tal composição deve respeitar, ainda, a representatividade de todas as regiões do país e ter gradação mínima de representantes por níveis populacionais e orçamentários, algo como, por exemplo, a necessidade de participação de representante da gestão pública que atue em municípios com até 50 mil habitantes, outro cujo orçamento anual do ente seja superior à R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais), haja vista cada ente federado ter uma realidade própria e a representação para essas unidades revelar-se uma garantia mínima de que a autoridade nacional terá conhecimento das peculiaridades ínsitas a diversos grupamentos da federação.

Esse Conselho também deveria contar com as valiosas considerações de especialistas da área de gestão pública, para fins de atuar contando com a experiência daqueles que dedicam-se reconhecidamente a pesquisar e conhecer os meandros da Administração Pública brasileira.

Todas essas características propostas buscam promover a heterogeneidade necessária a acompanhar o policentrismo que atualmente marca a Administração Pública nacional. Destaque-se que a autoridade técnica nacional não deve atender à interesses políticos, motivo pelo qual não se revela razoável dispor de vagas para representantes políticos ocupantes de mandato eletivo. A finalidade é a criação de um Conselho formado por um colegiado técnico, com profissionais de alto nível, que atuam ou profundamente conhecem da gestão pública nacional.

Revela-se assim alvissareiro que sejam corrigidos os rumos de atividade tão importante, e inegavelmente benéfica, que é o controle do Estado. De certo são inevitáveis os custos econômicos decorrentes do exercício do controle da atividade dos administradores públicos, e suas externalidades negativas são, de igual modo, justificadas pelas vantagens

decorrentes de sua própria atuação. Deve-se, no entanto, buscar-se equacionar essa relação de custo x benefício.

A atuação desse Conselho deve se dá na busca de possibilitar o máximo de estabilidade jurídica às relações administrativas a partir da coerência de interpretação das normas afetas à gestão pública, aprovando normatização administrativa de modo a proporcionar a uniformização dos entendimentos sobre institutos de gestão pública.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos fundamentais e as ações prestacionais consagrados no Estado Democrático de Direito demandam, como regra, um plexo de condutas satisfativas estatais que sobrecarregam a Administração Pública mediante políticas públicas coordenadas por diretrizes e prioridades. Para o atingimento dos objetivos encartados na carta constitucional o Estado necessita desempenhar eficiente atividade administrativa, mediante a tomada de complexas e variadas decisões.

Toda essa atividade administrativa para a satisfação das finalidades estatais é executada mediante a vigilância da atividade de controle, a qual é executada a partir de órgãos e entidades que compõem estruturados sistemas. A Constituição da República de 1988 transformou todo um sistema de controle interno e externo incidente sobre atividade administrativa do Estado. Ocorreu uma forte e intensa ampliação do escopo do exercício das atribuições dos órgãos de controle, haja vista o alargamento dos limites formais e materiais de atuação dos agentes públicos.

Para o necessário acompanhamento do bom funcionamento da máquina pública existem diversos mecanismos e instituições que executam a atividade de controle do Estado. Objeto da pesquisa apresentada, o Poder Executivo federal conta com um robusto sistema de controle interno em que figura na posição de órgão central a Controladoria-Geral da União, a qual possui atuação destacada no cenário nacional como entidade de combate à corrupção. Ainda, o gestor público do Poder Executivo da União tem seus atos e decisões alvos de auditoria e fiscalização pelo Tribunal de Contas da União, ator principal no exercício do controle externo à cargo do Poder Legislativo. Nos casos de entidades integrantes da Administração Pública indireta do Poder Executivo federal há ainda em suas estruturas as unidades de auditoria interna singulares, as quais executam funções de controle interno, restando a atividade decisória do gestor público sob a incidência de revisão por três órgãos controladores.

Ponto de partida do trabalho, o estudo da teoria da separação dos poderes (de imensa importância na organização social, econômica, política e jurídica) revela a influência na definição e transformações das instituições e mecanismos de controle de Estado. Seu conceito não deve ser compreendido sem as necessárias releituras que a evolução do sociedade e do Direito lhe impõe, sendo pois imprescindível sua ressignificação levando em conta as transformações contemporâneas, sobretudo aquelas influenciadas pela era digital que impactam sobremaneira aos desafios impostos à atividade de controle.

Buscou-se, assim, compreender como o sistema de freios e contrapesos dirigem a atuação dos poderes tradicionais em suas atividades fiscalizatórias (interna e mútua), analisando-se as significativas mudanças oriundas do surgimento de novos atores institucionais que provocam reflexões acerca da tríade da separação dos poderes segundo sua clássica concepção.

A conclusão primeira extraída desta pesquisa é nos sentido de que as causas da disfuncionalidade do controle e seus excessos estão diretamente relacionados às dificuldades da concretização de uma efetiva teoria da separação dos poderes, haja vista o crescente protagonismo do agente controlador perante o exercício da atividade administrativa estatal. Contudo, não se deve ter apego à sua concepção clássica sob pena de se criar um obstáculo para superar as exigências modernas da sociedade e do poder público.

Em que pese essa constatação, o modelo tripartite é não somente necessário como benéfico à democracia e à organização política do Estado, sendo pois parâmetro essencial para a calibragem dos órgãos e entidades de controle.

Num sistema hiperlegalista como é o brasileiro há naturalmente uma elevada carga de risco no processo de tomada de decisões. É imperioso concluir que existe uma imbrincada relação entre o risco e o medo, relação essa que no ambiente da Administração Pública fica ainda mais intensa face uma imensa possibilidade de responsabilização daqueles que decidem. Os gestores públicos diuturnamente exercem suas atividades envoltos do temor decorrente da sujeição a processos sancionatórios seja porque não conseguem evitar os riscos administrativos sejam pela impossibilidade fática e jurídica de afastá-los. Surge então a necessidade de autoproteção do administrador, que se contrapõe ao bem administrar, à inovação no ambiente de gestão pública.

Há de se considerar que a atividade decisória é, por si, carregada de uma gama de possibilidade de não atingimento do resultado que dela se espera, incorrendo o administrador em situação de erro que pode responsabilizá-lo, independentemente do elemento subjetivo de sua conduta. Não se pode punir o gestor público por todo e qualquer erro decorrente de seu mister decisório, especialmente quando não se está diante de situação de erro grosseiro ou dolo. A pesquisa não buscou defender o direito ao erro pelo administrador público, até mesmo porque inexistente previsão legal para tal, mas revela-se necessário romper esse paradigma para se criar um espaço de tolerância de atuação do administrador público.

Sucedem que, para além disso, a atividade controladora atua de forma disfuncional, mediante interpretações muito próprias de comandos normativos que, a um só tempo, divergem daquela adotada pelo gestor público e, não raras vezes, colidem entre as conclusões adotadas

pelos próprios controladores, o que acaba por provocar medo nos agentes públicos por não conseguirem gerir plenamente os riscos decorrentes de seus processos de tomada de decisão.

Os impactos desse ambiente de temor a que acaba por ficar envolvido o administrador público são visualizados através de seu comportamento de inação e fuga de responsabilização, o que provoca consequências que, embora possam ser encaradas como positivas (como nas hipóteses em que o decisor adota maiores cuidados quando do exercício da atividade decisória), tendem a demonstrar-se maléficas para o Estado, pois prejudica a concretização de políticas públicas que dependem da eficiência da decisão a ser adotada.

A atuação disfuncional dos órgãos e agentes de controle incidentes tem provocado o que a doutrina administrativista denomina de Direito Administrativo do medo, ou apagão das canetas como preferem outros, o qual representa o temor a que está a acometer o gestor público, provocando-lhe inércia decisória face a atuação de órgãos e entidades de controle baseada em interpretação e aplicação das normas afetas ao campo da Administração Pública. Premissa maior da pesquisa foi a averiguação da situação fática vivenciada pelo administrador público consistente na prevalência da opinião do agente de controle sob a interpretação do gestor.

A crise de ineficiência da atividade de controle provocado por conta da adoção de interpretações não literais dos dispositivos legais ou que contrariem a interpretação manifestada pelo agente controlador tem criado um ambiente de temor no qual está inserido o gestor público. Esse ambiente é impulsionado por um contexto marcado por um emaranhado de normas jurídicas que, em grande maioria, veiculam conceitos e princípios enriquecidos de vagueza e indeterminação, o que, *per si*, submetem o administrador público a exagerados riscos quando da tomada de decisão.

Há ainda situação mais agravantes, que são aquelas em que o administrador público vê-se diante de conceitos e interpretações emanadas de instâncias de controles redundantes e cujas opiniões conflitam entre si.

O trabalho não refutou a importância de que as decisões a serem adotadas pelos administradores da coisa pública respeitem entendimentos já exarados pelos órgãos e entidades de controle, pois os precedentes administrativos contribuem para a segurança jurídica das relações que envolvem a Administração Pública.

Contudo, o decisionismo praticado pelos agentes controladores tem revelado um extrapolamento àqueles limites constitucionalmente postos, o que acaba por provocar insegurança e medo quando da interpretação e aplicação da norma jurídica pelo gestor público.

A ideia do “quanto mais, melhor” revela-se um mito quando sua aplicação é o campo do controle da atividade estatal. A inversão de papéis entre controlador e controlado é

indesejável e provoca um deletério ambiente que somente prejudica a atividade decisória. Não se propõe, no entanto, o extremo, ou seja, a inexistência do controle ou a redução de seu campo de atuação. Melhor que o excesso de instâncias controladoras, que inevitavelmente acabam por agir sob redundância e sobreposição, é o controle equilibrado, que atue de modo a contribuir com a concretização eficiente das ações públicas, respeitando a capacidade institucional da Administração Pública.

O controle formalista da Administração Pública tem acarretado em indesejadas e prejudiciais externalidades negativas, mediante a institucionalização de uma gestão pública notoriamente amedrontada com o risco de constantes responsabilizações, o que acaba por gerar uma atuação do gestor público mais preocupada com sua autoproteção do que com compromisso de uma atuação eficiente e inovadora. A ineficiência da Administração Pública e a paralisia decisória no enfrentamento dos multitudinários e complexos desafios a si impostos trazem perdas a todos, inclusive à própria atividade de controle do Estado.

A hipertrofia do controle é, sobretudo, uma falha de governo. Revela-se fundamental que os agentes controladores avaliem, quando do exercício de suas atividades, as consequências práticas que envolveram a tomada de decisão do gestor pública ao tempo de sua prática. Há de se buscar modificação daquele estereótipo de que os administradores públicos são, por regra, desonestos e corruptos.

Controlar provoca custos e, portanto, seus excessos devem ser ajustados e sua eficiência perseguida. Trata-se de função cujos agentes necessitam ter autonomia, mas, para o bem da própria atividade, não se pode concebê-la com autonomia em excesso.

As últimas alterações promovidas na Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro pela lei nº 13.655/2018 trouxeram maior proteção legal ao administrador público, mas seu avanço ainda não é suficiente para a adequada blindagem de suas decisões de modo a garantir-lhe plena segurança. A limitação da responsabilização pessoal do gestor público aos casos de erro grosseiro ou dolo, veiculada na atual redação da LINDB, trouxe um parâmetro de balizamento para a averiguação de eventual imposição de sanção em decorrência do exercício de atividade decisória. A necessária análise da compreensão dos obstáculos e dificuldades reais do gestor quando de sua tomada de decisão é postura agora legalmente exigida pelo controlador, em que pese fazer incidir também ao administrador público uma melhor e mais eficiente argumentação da fundamentação fática e jurídica que amparou sua escolha.

A proteção legal do gestor consagrada na LINDB ainda não mostrou plenos resultados para sua proteção legal. Os agentes de controle ainda necessitam adotar maior postura de deferência às opções escolhidas pelo gestor público (desde que devidamente fundamentadas).

Faz-se necessária a superação da insegurança provocada pelos órgãos e entidades de controle quando no exercício de suas atribuições acabam por não garantir certeza ao administrador público sob como seus atos e decisões serão avaliadas, deixando o agente público envolto a um mar de possibilidades de penalidades.

A releitura da teoria de separação de poderes para equacionamento da má distribuição de competências em decorrência do sistema de freios e contrapesos leva à conclusão pela necessidade de equilíbrio da relação entre controlador e controlado, sendo pois relevante, senão imprescindível, que se exerça controle sobre os agentes controladores como forma de mitigar as causas de sua atuação disfuncional.

Esta pesquisa debruçou-se sob a análise do medo e da exacerbada atuação da atividade de controle estatal para então propor medida legal para superação dessa dificuldade.

A solução legislativa proposta no presente trabalho busca estabelecer um standard de balizamento para a atuação de órgãos e entidades de controle, a fim de se garantir o equilíbrio na atuação dos controladores, reconhecendo que essa importante atividade estatal é fundamental na promoção da eficiência administrativa e no combate à corrupção.

A proposta lançada parte do pressuposto de que somente os controles integrados, que atuem em parceria e equilíbrio, propondo corretos e assertivos incentivos ao gestor público são capazes de proporcionar um ambiente seguro e eficiente ao administrador e à Administração Pública, tornando possível a concretização do direito fundamental à boa administração pública. A ideia central de conclusão é de que os atores da atividade de controle atuem em rede, numa crescente capacidade de articulação entre todos, com espaços de interlocução e de efetividade, a fim de evitar a concentração de poder em favor de alguns para não favorecer a abusos.

Valioso é o espírito da norma insculpida no art. 14 do Decreto-lei 200/67, para o qual os controles puramente formais devem ser suprimidos. É que a busca da eficiência das políticas públicas passa pelo controle das ações administrativas, sendo pois essencial essa atividade para o desenvolvimento da nação.

Ao longo do texto apresentamos conceitos e disposições legais acerca de controle da atividade administrativa estatal que contribuiram para a melhor compreensão da problemática da pesquisa, qual seja, averiguar a disfuncionalidade e os excessos praticados pelos órgãos e entidades de controle para concluir pela propagação do medo e temor que provoque consequências na eficiência administrativa em decorrência da paralisia do administrador público quanto ao ato de decidir.

O desafio a administradores e controladores públicos é promover a inovação, mediante postura criativa para solução de problemas extraordinários. Para isso há de se buscar a superação da barreira de controles que se revelem formalistas.

A temática pesquisada não somente é atual como permanecerá em cena por bom período, haja vista que a ascensão do tema controle não retrocederá.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2001.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDIFES. **O risco de ‘infantilizar’ a gestão pública**. Disponível em: <<https://www.andifes.org.br/?p=55408>>. Acesso em: 07 set. 2021.

BALBE, Ronald da Silva. **Controle interno e o foco nos resultados**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (organizador). **A Nova Interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Direito da Organização Administrativa e a Constituição de 1988. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabricio (Coords.). **O Direito Administrativo nos 30 anos da Constituição**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BITTERN COURT, Mauricio Vaz Lobo. Princípio da Eficiência. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. (1994). **Anais do Senado Federal: Ata das Comissões**. Disponível em: <<https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/audienciap.zip>>. Acesso em: 13 abr. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 27 fev. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm>. Acesso em: 23 abr. 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos Carvalho; MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Controle da administração pública e responsabilidade do Estado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CASTRO, Domingos Poubel. **Auditoria e Controle Interno na Administração Pública: evolução do controle interno no Brasil: do Código de Contabilidade de 1922 até a criação da CGU em 2003**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CGU. Controladoria-Geral da União. **INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 3, DE 9 DE JUNHO DE 2017**. Aprova o Referencial Técnico da Atividade de Auditoria Interna Governamental do Poder Executivo Federal. Disponível em: <https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/19111706/do1-2017-06-12-instrucao-normativa-n-3-de-9-de-junho-de-2017-19111304>. Acesso em: 17 mai. 2021.

_____. **Painel Integridade Pública**. Disponível em: <<http://paineis.cgu.gov.br/integridadepublica/index.htm>>. Acesso em: 17 mar. 2021.

_____. **Painel Lei de Acesso à Informação**. Disponível em: <<http://paineis.cgu.gov.br/lai/index.htm>>. Acesso em: 17 mar. 2021.

_____. **Governo lança site com detalhes das compras feitas com dispensa a licitação no combate ao Covid-19**. Disponível em: <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/governo-aberto/noticias/2020/4/ministerio-da-economia-lanca-site-para-divulgacao-e-monitoramento-das-compras-relacionadas-ao-novo-coronavirus>>. Acesso em: 5 mai. 2021.

CRETELLA JUNIOR, José. **Controle Jurisdicional do Ato Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. **Da autotutela administrativa**. Revista de Direito Administrativo, v. 108, 1972.

DI GIOVANNI, Geraldo; NOGUEIRA, Marco Aurélio. Introdução. In: DI GIOVANNI, Geraldo; NOGUEIRA, Marco Aurélio (Org.). **DICIONÁRIO DE POLÍTICAS PÚBLICAS**. 3. ed. São Paulo: Editora UNESP, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. **Direito Administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DIONISIO, Pedro de Hollanda. **O direito ao erro do administrador público no Brasil: contexto, fundamentos e parâmetros**. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2019.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 5. ed. São Paulo: Forense, 1979.

_____. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 7. ed. Atualização de Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Globo, 1997.

FARIAS, Tácito Augusto; DA SILVA, Lucas Emanuel da Silva. UMA REVISITA A RONALD H. COASE. **Revista de Desenvolvimento Econômico – RDE**. Salvador, Ano XVIII, n. 35, v. 3, pp. 860-874, dez. 2016, DOI: <http://dx.doi.org/10.21452/rde.v3i35.3904>.

FILHO, Angerico Alves Barroso. **O controle externo versus o controle interno e administrativo: análise do suposto conflito de competência entre o CNJ e o TCU**. Revista do TCU, Brasília, n. 139, 2017.

FILHO, Hélio Afonso de Aguiar. **O INSTITUCIONALISMO DE DOUGLASS NORTH E AS INTERPRETAÇÕES WEBERIANAS DO ATRASO BRASILEIRO**. Tese (Doutorado em Economia com ênfase em Economia do Desenvolvimento) – Faculdade de Ciências Econômicas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2009. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/18303#:~:text=Existem%2C%20a%20princ%C3%ADpio%2C%20dois%20tipos,que%20justificam%20seu%20atraso%20....> Acesso em: 12 jun. 2021.

FRANÇA, Phillip Gil. **O controle da administração pública**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

GABARDO, Emerson. **Eficiência e Legitimidade do Estado: uma análise das estruturas simbólicas do direito político**. Barueri, SP: Manole, 2003.

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 de Direito Administrativo, São Paulo, v. 12, n. 141, set. 2017.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

GEREMBERG, Alice Leal Wolf. **A teoria compreensiva de Robert Alexy: a proposta do ‘trialismo’**. Tese de doutorado apresentada na Puc-Rio. Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: < http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/Busca_etds.php?strSecao=resultado&nrSeq=9593@1>. Acesso em: 01 mai. 2021.

GIANNINI, Massimo Severo. **Instituzioni di Diritto Amministrativo**. Giuffré, 1981.

GICO JR. Ivo. **Introdução ao Direito e Economia**. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012.

GOMES, Filipe Lobo; SAMPAIO, Thyago Bezerra. **O controle da administração pública e o conflito entre as decisões do TCU e as deliberações do CNJ**. RDA – Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 280, n. 1, jan./abr. 2021.

GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. **Regime Jurídico dos Tribunais de Contas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

GOVE. **Governo Digital: o Caso da Estônia**. Disponível em: <<https://www.gove.digital/outras-tematicas/governo-digital-o-caso-da-estonia/>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

IIA. THE INSTITUTE OF INTERNAL AUDITORS. **Supplemental Guidance: The Role Of Auditing In Public Sector Governance**. 2. ed. 2012. Disponível em: <https://na.theiia.org/standards-guidance/public%20documents/public_sector_governance1_1_.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2021.

_____. **MODELO DAS TRÊS LINHAS DO IIA 2020**. Brasil, 2020, Disponível em: <<https://iiabrasil.org.br/korbilload/upl/editorHTML/uploadDireto/20200758glob-th-editorHTML-00000013-20082020141130.pdf>>. Acesso em: 17 mai. 2021.

JACOBY, José Ulisses Fernandes. **Tribunais de Contas do Brasil. Jurisdição e Competência**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

JORDÃO, Eduardo. **A relação entre inovação e controle da Administração Pública**. Revista de Direito Administrativo e Constitucional – A&C, a. 23, n. 72, pp. 133-146, abr/jun, 2018. Disponível em: <<https://forumconhecimento.com.br/periodico/123/21662/68026>>. Acesso em: 7 mai. 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. “**Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas**”. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), nov. 2018.

KLIKSBERG, Bernardo. **Como Transformar o Estado: Para Além de Mitos e Dogmas**. Brasília: ENAP, 1992.

LEGISLATIVO, Afã. **Brasil editou 5,4 milhões de normas desde a Constituição de 1988, diz estudo**. Revista Consultor Jurídico, 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-30/brasil-editou-54-milhoes-normas-1988-estudo>>. Acesso em: 1 jul. 2020.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito**. Trad. Bruno Miragem e Cláudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stephane. **Análise Econômica do Direito**. 2ª Ed. Tradução de Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015.

MARRARA, Thiago. Controle interno da administração pública: suas facetas e seus inimigos. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson. **Limites do controle da administração pública no Estado de Direito**. Curitiba: Íthala, 2019.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Os grandes desafios do controle da Administração Pública. Fórum de Contratação e Gestão Pública FCGP**. Belo Horizonte, ano 9, número 100, 2010.

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.

MARX, Cesar Augusto. **Combate à corrupção e aprimoramento da gestão: a dualidade do controle interno no Brasil**. Revista da CGU, Brasília, v. 8, n. 12, jan/jun, 2016.

MEDAUAR, Odete. **Controle da administração pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. **Controles internos da administração pública**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 84/85, 1989/1990.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

_____. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Direito Administrativo Brasileiro**. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. **A administração pública e seus controles**. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari. Controle da administração, processo administrativo e responsabilidade do Estado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELO, Marcus André; PEREIRA, Carlos. **Making Brazil Work: Checking the President in a Multiparty System**. Londres e Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 2013.

MILESKI, Helio Saul. **O controle da gestão pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. Rio de Janeiro: Livraria Boffoni, 1947, vol. II.

MONTESQUIEU, Barão de. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 2004.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: Introdução ao direito Econômico**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

OLIVEIRA, Aroldo Cedraz de. Apresentação – O controle da Administração Pública na Era Digital. In: OLIVEIRA, Aroldo Cedraz de (Coord.). **O controle da Administração Pública na Era Digital**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**, 8. ed., São Paulo: Método, 2020.

OLIVIERI, Cecília. **Política e Burocracia no Brasil: o controle sobre a execução das políticas públicas**. 2008. 229 f. Tese (Doutorado) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, 2008. Disponível em: <<https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/34932>>. Acesso em: 23 abr. 2021.

OLIVIERI, Cecília. Monitoramento das políticas públicas e controle da burocracia: o sistema de controle interno do Executivo Federal Brasileiro. In: LOUREIRO, Maria Rita; ABRÚCIO, Fernando Luiz; PACHECO, Regina Silva. **Burocracia e política no Brasil: desafios para a ordem democrática no século XXI**. Rio de Janeiro: FGV, 2010.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Citizen Engagement Practices by Supreme Audit Institutions: Compendium of Innovative Practices of Citizen Engagement by Supreme Audit Institutions for Public Accountability**. New York, 2013. Disponível em: <<https://publicadministration.un.org/publications/content/PDFs/Compendium%20of%20Innovative%20Practices%20of%20Citizen%20Engagement%202013.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

PERUZZO, Pedro Pulzatto. **Sobre “valores jurídicos abstratos” e a perseguição do MP-MS à disciplina universitária sobre o golpe**. Justificando, 2019. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2018/05/03/sobre-valores-juridicos-abstratos-e-a-perseguiçao-do-mp-ms-a-disciplina-universitaria-sobre-o-golpe/>>. Acesso em: 30 mai. 2019.

REAL, Alberto Ramon. El control de la administración. Revista de Direito Público, v. 32, 1974. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari. **Controle da Administração, processo administrativo e responsabilidade do Estado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

RIBEIRO; Marcia Carla Pereira; GALESKI JR., Irineu. **Teoria Geral dos Contratos: contratos empresariais e análise econômica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

RODRIGUES, Ricardo Shneider. **Os Tribunais de Contas e o Controle de Políticas Públicas**. Maceió: Viva Editora, 2014.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes? : para uma crítica do direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito Administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SANTOS, Romualdo Anselmo dos. **Institutionalising anti-corruption in Brazil: the path of the Controladoria-Geral da União (CGU)**. 323f. Tese. Department of Politics, University of Sheffield, Sheffield, Inglaterra, 2013.

SOUZA, Patrícia Cardoso Rodrigues. Controle da Administração Pública. In: Carlos Pinto Coelho Motta. **Curso Prático de Direito Administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

STF. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ADI 3367**. Relator: Ministro Cezar Peluso. DJ: 17/03/2006. STF, 2006. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2260590>>. Acesso em: 10 set. 2021.

STF. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ADI 1.140-5**. Relator: Ministro Sidney Sanches. DJ: 03/02/2003. STF, 2003. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1599708>>. Acesso em: 23 dez. 2020.

STF. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 641.334**. Relator: Min. Ayres Britto. Diário de Justiça Eletrônico. Julgado em 30 mar. 2012, disponibilizado no DJe-070 em 10 abr. 2012, publicado no DJe-070 em 11 abr. 2012.

STF. **SUSPENSÃO DE SEGURANÇA: SS 1308-RJ**. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 19/10/1998. STF, 1998. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1732003>>. Acesso em: 24 dez. 2020.

SUNDFELD, Carlos Ari. Uma autoridade normativa, técnica e nacional para a gestão pública. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (org.). **Limites do controle da administração pública no Estado de Direito**. Curitiba: Íthala, 2019.

_____. **Direito administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Uma nova lei para aumentar a qualidade jurídica das decisões públicas e de seu controle. In: **Contratações públicas e seu controle**. Carlos Ari Sundfeld (Org.) São Paulo: Malheiros, 2013.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. **Interpretation and Institutions**. 101 Mich. L. Rev. 885 (2003). Disponível em: <<https://repository.law.umich.edu/mlr/vol101/iss4/2>>. Acesso em: 12 mai. 2021.

TÁCITO, Caio. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975.

TCU. Tribunal de Contas da União. **INSTITUCIONAL: COMPETÊNCIAS**. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/institucional/conheca-o-tcu/competencias/>>. Acesso em: 24 dez. 2020.

TCU. Tribunal de Contas da União. **Inovação à Serviço do Controle: relatório anual de gestão 2015**. Brasília: TCU, Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão, 2016.

Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/inovacao-a-servico-do-controle-relatorio-anual-de-gestao-2015.htm>>. Acesso em: 17 mar. 2020.

TCU. Tribunal de Contas da União. **REPRESENTAÇÃO PROCESSO TC 021.286/2009-1**. Relator: Min. Augusto Nardes. Julgado em 4 out. 2011, publicado em 7 out. 2011.

TRF4. **Agravo de Instrumento Nº 5042987-50.2019.4.04.0000**. Relatora: Des. Vânia Hack de Almeida. Julgado em 18 fev. 2020, intimação eletrônica e-Proc em 19 fev. 2020.

UNIVERSO BPM. **COMO A ESTÔNIA CONSTRUIU UMA SOCIEDADE DIGITAL - UNIVERSOBPM**. Disponível em: <<https://www.universobpm.com.br/artigo/como-a-estonia-construiu-uma-sociedade-digital>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

WEBER, Max. **Burocracia, in: Ensaios de Sociologia**. 5. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1946.

WILLEMANN, Marianna Montebello. **Accountability democrática e o desenho institucional dos Tribunais de Contas no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

ZENITE. BLOG ZENITE. **O mito do “quanto mais controle, melhor” na Administração Pública**. Disponível em: <https://www.zenite.blog.br/wp-content/uploads/2020/10/O-mito-do-quanto-mais-controle-melhor_RafaelOliveira_ErickHalpern.pdf>. Acesso em: 1 mai. 2021.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Raquel. Análise Econômica do Direito e das Organizações. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Raquel (Org.). **Direito e Economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.