

**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – DCJ
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

LOURDES ISABELLE ANDRADE TAVARES

**OSSIFICAÇÃO ADMINISTRATIVA E MEDO DO CONTROLE EXTERNO DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: há espaço para uma solução dialógica e deferente?**

SANTA RITA

2023

LOURDES ISABELLE ANDRADE TAVARES

**OSSIFICAÇÃO ADMINISTRATIVA E MEDO DO CONTROLE EXTERNO DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: há espaço para uma solução dialógica e deferente?**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Graduação em Direito do
Departamento de Ciências Jurídicas do Centro
de Ciências Jurídicas da Universidade Federal
da Paraíba, como exigência parcial para a
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Me. Ulisses da Silveira Job.

SANTA RITA

2023

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

T231o Tavares, Lourdes Isabelle Andrade.

Ossificação administrativa e medo do controle externo da administração pública: há espaço para uma solução dialógica e deferente? / Lourdes Isabelle Andrade Tavares. - Santa Rita, 2023.

58 f.

Orientação: Ulisses da Silveira Job.

Monografia (Graduação) - UFPB/CCJ/DCJ.

1. Controle estatal - Brasil. 2. Administração Pública. 3. Crise de ineficiência. 4. Ossificação administrativa. I. Job, Ulisses da Silveira. II. Título.

UFPB/BSDCJ

CDU 34



DISCIPLINA: TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO – TCC

**ATA DA BANCA EXAMINADORA DA DEFESA PÚBLICA DO TRABALHO DE
CONCLUSÃO DE CURSO**

Ao sexto dia do mês de Junho do ano de dois mil e vinte três, realizou-se a sessão de Defesa Pública do Trabalho de Conclusão do Curso de Direito intitulado “Ossificação administrativa e medo do controle externo da Administração Pública: há espaço para uma solução dialógica e deferente?”, sob orientação do(a) professor(a) Ulisses da Silveira Job que, após apresentação oral, foi arguido pelos integrantes da Banca Examinadora que se reuniram, reservadamente, e decidiram emitir parecer favorável à APROVAÇÃO, de acordo com o art. 33, da Resolução CCGD/02/2013, do(a) aluno(a) Lourdes Isabelle Andrade Tavares com base na média final de 10,0 (DEZ). Após aprovada por todos os presentes, esta ata segue assinada pelos membros da Banca Examinadora.

Ulisses da Silveira Job

Waldemar de Albuquerque Aranha Neto

Jéssica Fátima Rodrigues Correa

“O medo cega são palavras certas, já éramos cegos
no momento em que cegamos, o medo nos cegou,
o medo nos fará continuar cegos”.

(José Saramago – Ensaio sobre a Cegueira)

AGRADECIMENTOS

Considerando a importância deste momento, decidi registrar meus agradecimentos, apesar de esta seção ser facultativa.

Em primeiro lugar, sou grata a Deus, a causa primária de todas as coisas, por me fortalecer nos momentos difíceis e por abençoar minha trajetória no curso de Direito da Universidade Federal da Paraíba.

Agradeço aos meus pais, Simone Andrade e Gerailton Tavares, por todo o amor, e apoio nos momentos difíceis, por sempre me incentivarem a perseguir meus objetivos. Em especial, agradeço à minha mãe por me ensinar que o sucesso é fruto de trabalho árduo – e que nada resiste ao trabalho.

Agradeço às minhas irmãs, Alice e Amanda, por chorarem minhas lágrimas e sorrirem meus sorrisos. Elas são a maior fonte de potência da minha vida e a razão pela qual busco o aperfeiçoamento diariamente. Muito obrigada por acreditarem mais em mim do que eu mesma.

Agradeço ao Tribunal de Contas do Estado da Paraíba, em particular ao Gabinete da Procuradora Sheyla Barreto Braga, a quem tanto admiro, pelo suporte e por engrandecer e contribuir tanto para minha trajetória profissional, quanto pessoal. Graças ao TCE/PB, pude conhecer as peculiaridades de um Direito que, durante minha graduação, passaram despercebidas, mas hoje me encantam.

Ao meu orientador, professor Ulisses Job, agradeço pela confiança em minhas ideias e pelos conselhos úteis fornecidos por meio de correções e incentivos.

Por fim, não posso deixar de agradecer às queridas amigas que ajudaram a tornar este processo de graduação mais leve: às minhas amigas Maria Eduarda e Mariana Viana, muito obrigada por transformarem todos os obstáculos em risadas, por acreditarem em mim e por me mostrarem como a vida pode ser simples.

RESUMO

Após a redemocratização e a promulgação da Constituição de 1988, as estruturas de controle da atuação estatal no Brasil foram fortalecidas, face necessária e inegavelmente benéfica para a sociedade. Entretanto, a forma como o controle tem sido expandido e a rigidez com que os atos estatais são fiscalizados pelos órgãos competentes, em resposta aos escândalos de corrupção, têm gerado um clima de medo na Administração. A chamada "ossificação administrativa" é uma manifestação desse medo, no qual os gestores públicos evitam tomar decisões por receio da responsabilização frente ao controle. Neste contexto, esta monografia identificou um terreno fértil para discutir se o modelo contemporâneo de controle limita a liberdade e a eficiência da atuação administrativa. Com base nessas reflexões, o objetivo foi avaliar se a fiscalização administrativa no Brasil tem gerado ineficiências, inércia, falta de proatividade, transferência de competências administrativas e incertezas jurídicas, propondo soluções para melhorá-la. A análise proposta aqui é baseada em pesquisa bibliográfica jurídico-dogmática e segue o método crítico-dialético, centrado nos principais autores que abordam o assunto. Com o fito de reverter esse quadro, é necessário ressignificar as estruturas de controle, promovendo uma relação mais empática e consequencialista entre controlados e controladores, que incentive o diálogo e a colaboração para uma gestão pública mais eficiente.

Palavras-chave: controle; administração pública; crise de ineficiência; ossificação administrativa.

ABSTRACT

After the redemocratization and the promulgation of the 1988 Constitution, the structures of control over state action were strengthened, which was necessary and undoubtedly beneficial for society. However, the way in which control has been expanded and the rigidity with which state acts are scrutinized by competent agencies, in response to corruption scandals, have generated a climate of fear in the Administration. The so-called "ossifying the rulemaking process" is a manifestation of this fear, in which public managers avoid making decisions for fear of being held accountable to control. In this context, this monograph identified a fertile ground to discuss whether the contemporary model of control limits the freedom and efficiency of administrative action. Based on these reflections, the aim was to evaluate whether administrative oversight in Brazil has generated inefficiencies, inertia, lack of proactivity, transfer of administrative competences and legal uncertainties, proposing solutions to improve it. The analysis proposed here is based on legal-dogmatic bibliographic research and follows the critical-dialectical method, focused on the main authors who address the subject. To reverse this situation, it is necessary to resignify the control structures, promoting a more empathetic and consequentialist relationship between controlled and controllers, which encourages dialogue and collaboration for a more efficient public management.

Keywords: external control; public administration; inefficiency crisis; ossifying the rulemaking process.

LISTA DE SIGLAS

CRFB	–	Constituição da República Federativa do Brasil
CGU	–	Controladoria-Geral da União
LINDB	–	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
MPU	–	Ministério Público da União
MPF	–	Ministério Público Federal
TAG	–	Termos de Ajustamento de Gestão
TCU	–	Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. OS FUNDAMENTOS DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	13
2.1. Constitucionalismo e o Controle Administrativo no Estado Democrático de Direito	13
2.2. O Controle Externo e o Sistema Tribunal de Contas.....	16
3. AS DEFICIÊNCIAS DO SISTEMA DE CONTROLE EXTERNO	22
3.1. Sobreposição de competências das estruturas de controle	23
3.2. A intensificação do poder investigativo-punitivo estatal e o modelo burocrático-formalista.....	27
3.3. Déficit de responsividade	30
4. O EXERCÍCIO DISFUNCIONAL DO CONTROLE EXTERNO	32
4.1. Paralisia decisória.....	32
4.2. Captura de competências administrativas	35
4.3. Juridicização da discricionariedade.....	37
5. O FUTURO DO CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: há espaço para uma solução dialógica?	41
5.1. Quem detém o direito de errar por último?	42
5.2. O controlador precisa ser controlado?	45
5.3. Adoção de mecanismos consensuais.....	47
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	52

1. INTRODUÇÃO

Sob a ótica aristotélica, o medo surge diante de uma ameaça iminente que pode causar destruição ou dor.¹ Nesse sentir, as pessoas movidas pelo desejo de lucro e pelo temor dos perigos temem ficar à mercê umas das outras. Assim, floresce o pavor, a uma, porque há maldade no mundo e a duas, porque as pessoas usam seu poder para dominar umas às outras, a teor da célebre frase atribuída a Thomas Hobbes “o homem é o lobo do homem”.²

Então, o ser humano, amedrontado na “caverna” de suas paixões, internaliza a aparência como real e vive de forma realística suas ilusões, sempre mais fortes que sua racionalidade intelectual. O medo humano é sempre carregado de um arrebatamento violento e perturbador, experienciado da Antiguidade à Idade Moderna como um dos diferentes tipos de movimentos em sinapse com alma e o corpo, conectado às emoções e aos afetos.³

O medo, em diversos instantes, foge da mediação do discurso, traduzindo-se nas limitações do verbal, resultando em pânico e ansiedade. Logo, o medo é o momento em que a razão se vê desamparada e frágil. Na contemporaneidade, Zygmunt Bauman,⁴ conceitua-o como o nome que se atribui às nossas dúvidas, à nossa insciência da ameaça que atinge à humanidade e das medidas necessárias para enfrentá-la.

Partindo da premissa hobbesiana, as sociedades perenes não brotam da vontade pura e recíproca entre os seres humanos, mas do medo recíproco da morte violenta. Logo, emerge a necessidade de união e formação de um Estado protetor e pacificador, regido pela lógica contratualista.⁵

Sergio Francisco Carlos Graziano Sobrinho⁶ argumenta que o temor é a força motriz do controle social e político, servindo como um legitimador do Estado, especialmente no que diz respeito à restrição das liberdades individuais. Nesta senda, há uma relação de

¹ ARISTÓTELES. **Retórica das paixões**. Tradução de Isis Borges da Fonseca. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

² HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução de João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva e Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

³ ARISTÓTELES. **Retórica das paixões**. Tradução de Isis Borges da Fonseca. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

⁵ HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução de João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva e Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁶ GRAZIANO SOBRINHO, Sergio Francisco Carlos. **Globalização e sociedade de controle: a cultura do medo e o mercado da violência**. 2007. 267 f. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro, 2007. p. 12.

proporcionalidade entre o medo social e a legitimidade do Estado, conforme a perspectiva maquiavélica, criando o paradoxo de que o medo social é o elemento primordial para a materialização do Estado como estrutura e fonte de poder.

No entanto, nenhuma teoria está imune a novas perspectivas. Ao longo dos séculos, o controle democrático tem sido cada vez mais necessário, inspirado pela razão iluminista.

Em 1891, com a primeira Constituição Republicana do Brasil, o Tribunal de Contas foi estabelecido como um órgão constitucional para promover o controle democrático. As Cortes de Contas foram designadas para fiscalizar contas da gestão de bens e fundos públicos e acompanhar a atividade financeira do Estado.

Mais de cento e cinquenta anos depois, o Tribunal de Contas permanece na arquitetura constitucional, auxiliando o Congresso Nacional no Controle Externo da Administração Pública. O Controle Externo evoluiu para acompanhar a complexidade multifacetada das funções da Administração, fortalecendo o combate e prevenção de desvios de finalidade e corrupção.

Os escândalos de corrupção das últimas décadas contribuíram para o amadurecimento do sistema de controle, criando uma instituição republicana com potencial inédito para a melhoria e otimização da Administração Pública. O fortalecimento do controle veio acompanhado de externalidades negativas, com medo, insegurança e demora, impactando a eficiência e a tomada de decisão da Administração.

Com efeito, o administrador público precisa evitar decisões heterodoxas ou ações controversas que possam levá-lo a ser processado civil ou criminalmente. Como resultado, a ineficiência e a omissão se instalam, criando uma atmosfera decisória em que ninguém quer correr riscos, em qualquer área, até na gestão pública.

Neste plano, a presente Monografia encontrou um terreno fértil para discutir se o papel desempenhado pelo modelo contemporâneo de controle restringe a liberdade e a eficiência da atuação administrativa. Por intermédio desse questionamento, objetivou-se examinar se a fiscalização administrativa no Brasil tem causado ineficiências administrativas, inércia, falta de proatividade, a transferência de competências administrativas e incertezas jurídicas, sugerindo soluções para aprimorá-la e contribuindo para o debate.

A análise que aqui se pretende parte de pesquisa bibliográfica jurídico-dogmática e se dá a partir do método crítico-dialético, centrado nos principais autores que trabalham o tema, bem assim na análise das legislações que envolvem o problema, descortinou brevemente o contexto histórico, social e político que favoreceu o recrudescimento das estruturas de controle frente à atuação da Administração Pública no Brasil, assistido nos decênios passados.

O primeiro capítulo visa ofertar ao leitor uma visão geral do controle administrativo, o seu desenvolvimento histórico e suas implicações no sistema de controle administrativo brasileiro, abordando aspectos teóricos e jurídicos sobre a natureza do Controle Externo. No segundo capítulo, é discutida a outra face da moeda do Controle Externo, suas principais deficiências, destacando a competição predatória entre as instituições ao revés da cooperação e colaboração, o déficit de responsividade, bem assim o excesso de formalismo e rigidez pouco operacional das instituições controladoras.

O terceiro capítulo aborda as consequências dos espectros negativos gerados pelo hiperativismo controlador, incluindo a paralisia decisória, a captura de competências administrativas e a juridicização da discricionariedade como tópicos centrais. Apresentadas e discutidas essas questões, sem qualquer pretensão de esgotamento do tema, o último capítulo propõe alternativas à crise de ineficiência e insegurança jurídica delineadas anteriormente, sem interferência na legitimidade de escolha e atuação do gestor público.

2. OS FUNDAMENTOS DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.1. Constitucionalismo e o Controle Administrativo no Estado Democrático de Direito

O princípio da limitação do exercício arbitrário dos poderes do Estado tem suas raízes no Constitucionalismo, um movimento político e filosófico que emergiu no mundo com a premissa fundamental de uma organização estatal e política baseada na contenção do poder dos governantes e na proteção dos direitos do povo. Desde os seus prelúdios, o Constitucionalismo postula a necessidade de limitação do poder estatal e garantia da tutela dos direitos sociais.

Conforme preconizam James Madison, John Jay e Hamilton Alexander,⁷ o Governo é um dos maiores reflexos da natureza humana. Logo, se os homens fossem anjos, nenhum controle sobre os atos administrativos seria necessário. Da mesma forma, se os anjos governassem os homens, não haveria necessidade de um controle externo ou interno sobre os atos da Administração. Partindo da compreensão que o Governo é um conceito humano, as dificuldades residem na capacitação do controle para controlar os governados, e ao depois forçá-lo à autocontenção.

O controle do dinheiro público já fazia parte das inquietações gregas. A exemplo da pólis ateniense, a qual contava com um tribunal constituído de dez oficiais eleitos pelas *Eclesias*⁸ que tomavam as contas dos arcontes, estrategos, embaixadores, sacerdotes, e bem assim de todos aqueles que lidavam com o dinheiro público.⁹

Platão¹⁰ foi um dos primeiros autores de quem se tem registro a teorizar a pólis perfeita partindo da distribuição de funções. Em *A República*, sem desenhar contornos nítidos de como seria essa divisão, o filósofo esboçou a preocupação na desconcentração de poder a partir da divisão entre os entes da comunidade. Assim o sendo, a cada pessoa tocava uma função social: aos guerreiros, caberia a proteção da cidade; aos magistrados, o Governo; e aos mercadores, a produção e o comércio dos bens de consumo.

Mas é somente diante das observações de Charles de Secondat, Barão de La Brède e de Montesquieu, com a obra *O espírito das leis*, de 1748, que se estrutura a noção de controle democrático que repercute até a contemporaneidade, acerca da necessidade de o poder limitar

⁷ MADISON, James; JAY, John; HAMILTON, Alexander. **O federalista**. São Paulo: Líder, 2004.

⁸ As *Eclesias*, ou assembleias populares, eram uma instituição crucial na antiga Grécia, especialmente nas cidades-estado ou pólis. Elas representavam uma forma de participação direta do povo nas decisões políticas, econômicas e sociais que afetavam a comunidade como um todo – eram compostas pelos cidadãos livres e exerciam um papel fundamental no sistema de governo democrático da época.

⁹ FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 394.

¹⁰ PLATÃO. **A República**. São Paulo: Perspectiva, 2012.

o poder (*le pouvoir arrête le pouvoir*). Isto porque, conforme pensou Montesquieu¹¹ “Todo homem que detém o poder é tentado a abusar dele; ele vai até onde encontra limites. Quem diria! Até a virtude precisa de limites.” Nesse contexto, vislumbra-se, cresce e se consolida um sistema de regulação mútua, em que o poder freia o poder, em um contínuo movimento pendular de autocontenção. Fala-se em um sistema homeostático no qual “ninguém será constrangido a fazer as coisas às quais a lei não obriga, e a não fazer as que a lei permite”.¹²

A Montesquieu se deve a perspectiva teórica que não se pode deixar nas mesmas mãos as tarefas de legislar, julgar e administrar. O filósofo não somente organizou a noção de separação de poderes, mas, para além disso, se preocupou em delimitar as competências por ele bosquejadas. Quando o Poder Legislativo é reunido ao Executivo na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, a liberdade é comprometida, pois se temer que o mesmo Monarca ou o mesmo Senado promulgue leis tirânicas para executá-las de forma igualmente tirânica. Da mesma forma, não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto ao Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o Juiz seria o Legislador. Se estivesse junto ao Executivo, o Juiz teria a força de um opressor. Seria um completo desastre se uma mesma pessoa ou um mesmo corpo de autoridades ou do Povo exercesse esses três poderes: o de legislar, o de executar as decisões públicas e o de julgar crimes ou disputas entre particulares.¹³

Essa concepção ganhou ainda mais relevância com o declínio do Estado Absolutista, resultado de transformações históricas como a Revolução Gloriosa, o Iluminismo e a Revolução Francesa, quando as normas jurídicas passaram a disciplinar a organização e o funcionamento da máquina estatal, e serviram como alicerces para o Estado Liberal. Com tais movimentos, a ideia de controle da Administração Pública tornou-se intrínseca à necessidade de proteger os delegatários do poder estatal contra o risco de exercício arbitrário desse poder.¹⁴

No Estado Liberal, o poder é descentralizado e distribuído entre os diferentes “Poderes”, a saber, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Esta separação de poderes objetiva garantir o funcionamento do sistema de freios e contrapesos, no qual cada poder exerce suas funções de maneira independente, fiscalizando e contribuindo uns com os outros.

A transição para o Estado Liberal também envolveu a consolidação do Estado de Direito, no qual as leis são estabelecidas de forma clara, previsível e aplicadas de maneira

¹¹ MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 147.

¹² MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 145.

¹³ MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 153.

¹⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. **Fórum de Contratação e Gestão Pública**, Belo Horizonte, n. 100, abr. 2010. p. 9.

imparcial. Isso proporciona segurança jurídica aos cidadãos e pressupõe que o poder do Estado seja exercido de acordo com os princípios da legalidade e da igualdade perante a lei.¹⁵

Em apertada síntese, a transição do Estado Absolutista para o Estado Liberal representou uma mudança fundamental na estrutura e nos princípios que regem o exercício do poder estatal. Há a institucionalização do poder, ocorrendo a cisão entre público e privado. Antes o Estado que se concebia absolutista, mercantilista e patrimonial, ao soberano tudo pertence e ao príncipe cabe o poder de escolha do que convém aos seus súditos, valendo-se da máxima de que o rei não pode errar, a sua vontade é suprema e aquilo que lhe agrada tem força de lei, declina e abre espaço para o Estado de Direito, no qual a atividade estatal está consagrada e resguardada por uma ordem jurídica. Ao promover a separação de poderes, o respeito aos direitos individuais e a limitação do poder estatal, o Estado Liberal estabeleceu as bases para um sistema mais democrático e favorável ao exercício das liberdades fundamentais.¹⁶

Se por um lado admite-se a existência do poder de controle político, por outro reconhece-se a existência do exercício do controle. Este, por sua vez, como um poder-dever-direito, pressupõe, minimamente, uma arquitetura político-jurídica capaz de estabelecer meios e instrumentos que viabilizem seu exercício, caso contrário, acarretaria o esvaziamento e negação da própria noção de controle. Destarte, o exercício do controle político amolda o próprio poder de controle político, que pode ser exercido de formas diversas e por titulares diferentes.

Dos escólios de Karl Loewenstein¹⁷ é possível depreender a concepção de duas espécies de controle político: o controle horizontal e o controle vertical. A primeira espécie se desenvolve estritamente no bojo da máquina estatal, já a última se perfaz entre o Estado e a sociedade.

O controle nominado como vertical pode ser traduzido na democratização do poder. Nesta perspectiva, seria possível a sociedade fiscalizar os atos, *lato sensu*, praticados pelo Estado. Por seu turno, o controle horizontal é aquele exercido dentro de um determinado poder (intraorgânico) ou entre diversos detentores de poder (interorgânicos), estes se deslocam lateralmente, dentro do mesmo mecanismo de domínio, em sentido diverso dos controles

¹⁵ MORAIS, Márcio Eduardo Silva Pedrosa. Sobre a evolução do Estado: Do Estado absolutista ao Estado Democrático de Direito. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2833, 4 abr. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/18831>. Acesso em: 10 mai. 2023. p. 9.

¹⁶ SOUSA, Francisco Arlem de Queiroz. **Direito administrativo do medo: o controle administrativo da gestão pública no Brasil**. 2021. 195 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2021. p. 19.

¹⁷ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la constitución**. Barcelona: Ariel, 1976.

verticais, que funcionam em linha ascendente e descendente entre a totalidade dos poderes instituídos e a comunidade, por intervenção de seus membros.¹⁸

O Estado de Direito, a teor do exposto, é concebido tal qual um direito à contenção do poder, com a sujeição dos governantes à ordem jurídica constitucional. Logo, o risco de exercício arbitrário das potestades públicas precisa ser vigiado, erigindo-se a ideia de controle da Administração Pública, essencial ao atual Estado Democrático de Direito. Se assim é, não existe democracia sem controle, constituindo-se como um desafio das democracias da atualidade a construção de uma rede de comunicação direta entre a Administração e os administrados que provenha a eficiência da atividade administrativa, o aprofundamento democrático e a transparência.¹⁹

2.2. O Controle Externo e o Sistema Tribunal de Contas

No campo das instituições republicanas, o controle exerce um papel fundamental na mitigação da arbitrariedade nos processos deliberativos e decisórios, com o objetivo de fortalecer e garantir a qualidade das instituições democráticas. Nessa perspectiva, o controle externo é compreendido como a atuação dinâmica e autônoma de um poder ou órgão, devidamente previsto na Constituição, que contribui e fiscaliza outro poder ou órgão, em consonância com o princípio de separação dos poderes e o conhecido sistema de *checks and balances*.²⁰

A noção de controle, em sentido amplo, é inerente à democracia, como tem sido evidenciado ao longo da história. Desde a transição do Estado Moderno para o Estado Democrático de Direito, a atividade administrativa, antes concentrada nas mãos do monarca e seus subordinados sem qualquer observância à lei ou aos instrumentos de controle judicial, passou a ser sujeita às limitações legais. Estas limitações restringem a atuação e responsabilidades dos eleitos para representar o povo, substituindo a arbitrariedade e a

¹⁸ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la constitución**. Barcelona: Ariel, 1976.

¹⁹ SOUSA, Francisco Arlem de Queiroz. **Direito administrativo do medo: o controle administrativo da gestão pública no Brasil**. 2021. 195 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2021.

²⁰ CAMARGO, Bibiana Helena Freitas. Abordagem constitucional dos Tribunais de Contas: uma análise acerca da evolução de suas competências para alcance da avaliação qualitativa. **Revista Controle – Doutrina e Artigos**, Fortaleza, v. 18, n. 1, p. 342-376, 2020. p. 344.

incontrastabilidade por princípios de legalidade e *accountability*,²¹ em que o controle é uma característica fundamental para assegurar a governança democrática.²²

Nessa perspectiva, sustenta-se que o Estado de Direito emergiu com base nos princípios da legalidade, igualdade e separação dos poderes, com a finalidade de garantir a proteção dos direitos individuais. Essa proteção alcança não apenas as relações entre particulares, mas também as relações entre os cidadãos e o Estado. Então, o Estado de Direito busca estabelecer a primazia da lei e a sujeição do poder estatal aos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico, assegurando a salvaguarda dos direitos e liberdades dos indivíduos perante o aparato estatal.²³

A peculiaridade do sistema de Controle Externo no Brasil mora na sua estrutura constitutiva, inspirada em um modelo híbrido com características do modelo francês de *Court de Comptes* e do modelo anglo-saxão de *Audit General*.

O modelo francês de *Court de Comptes* é baseado em um órgão colegiado, com uma composição de membros que tomam decisões e têm prerrogativas de poder coercitivo para impor sanções. Esse modelo é marcado por uma abordagem mais centralizada, em que o órgão de controle externo desempenha um papel ativo na fiscalização e no monitoramento da gestão pública, com poderes para realizar auditorias, emitir recomendações, impor multas e sancionar os gestores públicos por irregularidades na administração dos recursos.²⁴

A teoria do controle jurisdicional administrativo francês foi desenhada pelo jurista Léon Duguit. Duguit defendia a ideia de que o controle da Administração Pública devia ser exercido pelos tribunais administrativos, que atuavam como verdadeiros "juízes do administrativo" encarregados de garantir a legalidade e a justiça das ações do Governo. É um modelo que encontra arrimo na concepção de uma separação de poderes rígida, com uma clara distinção entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário. Nele, a Administração Pública é fiscalizada por

²¹ *Accountability* é um conjunto de mecanismos que permitem que os gestores de uma organização prestem contas e sejam responsabilizados pelo resultado de suas ações.

²² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites do Controle Externo da Administração Pública – ainda é possível falar em discricionariedade administrativa? **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, n. 42, p. 9-24, 2013. p.15.

²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites do Controle Externo da Administração Pública – ainda é possível falar em discricionariedade administrativa? **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, n. 42, p. 9-24, 2013.

²⁴ CAMARGO, Bibiana Helena Freitas. Abordagem constitucional dos Tribunais de Contas: uma análise acerca da evolução de suas competências para alcance da avaliação qualitativa. **Revista Controle – Doutrina e Artigos**, Fortaleza, v. 18, n. 1, p. 342-376, 2020. p. 348.

tribunais administrativos independentes, que possuem a autoridade para revisar as ações e decisões administrativas à luz da legalidade e da justiça.²⁵

Por outro giro, o modelo anglo-saxão de *Audit General* é unipessoal, com um auditor-geral ou controlador-geral que exerce o controle externo de forma mais consultiva e opinativa – sendo marcado por uma abordagem descentralizada, em que o auditor-geral ou controlador-geral atua como um conselheiro independente do Governo, emitindo relatórios e recomendações para aprimorar a gestão pública, mas sem o poder coercitivo de impor sanções diretamente.²⁶

O traço marcante e definidor do sistema inglês de controle da Administração Pública, conhecido como sistema de controle parlamentar ou sistema de *accountability* parlamentar, é a relação estreita entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo, em que o Governo é responsável perante o Parlamento e sujeito a questionamentos e debates parlamentares.

No Brasil, o primeiro registro sobre a criação de um órgão fiscalizador da Administração data do século XVIII, nas figuras do Tesouro Geral e do Real Erário, efetivados pelo Marquês de Pombal. Contudo, é somente após a proclamação da República que o então Presidente, Marechal Deodoro da Fonseca, assinou o Decreto nº 966-A, de 7.11.1890, formalizando um Tribunal de Contas para exame, revisão e julgamento dos atos referentes à receita e a despesas da República, desenhado pelo baiano Rui Barbosa.²⁷

Indubitavelmente, contudo, foi somente com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988 que as atribuições das Cortes de Contas foram ampliadas, conferindo-se a esses órgãos o papel de auxiliar do Congresso Nacional no controle externo da Administração Pública federal. Passando a atuar de forma preponderante na fiscalização dos aspectos contábeis, orçamentários, financeiros, patrimoniais e operacionais da União e de suas entidades da Administração direta e indireta, zelando pela legalidade, legitimidade, economicidade, correta aplicação das subvenções e fundamentada renúncia de receitas.²⁸

²⁵ CAMARGO, Bibiana Helena Freitas. Abordagem constitucional dos Tribunais de Contas: uma análise acerca da evolução de suas competências para alcance da avaliação qualitativa. **Revista Controle – Doutrina e Artigos**, Fortaleza, v. 18, n. 1, p. 342-376, 2020. p. 346.

²⁶ CAMARGO, Bibiana Helena Freitas. Abordagem constitucional dos Tribunais de Contas: uma análise acerca da evolução de suas competências para alcance da avaliação qualitativa. **Revista Controle – Doutrina e Artigos**, Fortaleza, v. 18, n. 1, p. 342-376, 2020. p. 349.

²⁷ CAMARGO, Bibiana Helena Freitas. Abordagem constitucional dos Tribunais de Contas: uma análise acerca da evolução de suas competências para alcance da avaliação qualitativa. **Revista Controle – Doutrina e Artigos**, Fortaleza, v. 18, n. 1, p. 342-376, 2020. p. 367.

²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

Ocorre que o artigo 49, inciso X, da Constituição Federal de 1988²⁹ prevê a competência exclusiva do Congresso Nacional para fiscalizar os atos do Poder Executivo; no entanto, o artigo 71³⁰ estabelece que o Tribunal de Contas da União (TCU) irá auxiliá-lo nessa função. Há divergência doutrinária sobre a natureza do TCU, se seria um mero órgão auxiliar ou autônomo. No entanto, tem prevalecido a tese da autonomia desta Corte.

Seguindo a esteira desse raciocínio, o TCU é um órgão independente, com atribuições fixadas pela Constituição Federal, não integrando a estrutura do Legislativo, consoante o previsto no artigo 44 da CRFB/88.³¹ Tal qual o Ministério Público, o TCU é um órgão autônomo e possui competência para fiscalizar a Administração Pública em todos os seus níveis, sua autonomia é reconhecida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e pela própria Constituição Federal, sendo seus ministros indicados pelo Presidente da República e sabatinados pelo Senado Federal antes de assumirem o cargo.

Pode-se observar uma estreita relação do TCU com o Poder Judiciário, o que pode ser comprovado não só pela referência ao artigo 96 da CRFB/88, mas também pelo caráter de tribunal, com funções jurisdicionais, sendo que suas decisões podem ser objeto de controle pelo Poder Judiciário. Isso se deve à natureza das competências do TCU, que incluem não só o Controle Externo da Administração Pública, mas também, a apreciação de contas e a tomada de decisões que afetam os direitos e interesses de particulares e entidades públicas.

Além das atribuições análogas às dos tribunais, os ministros julgadores das contas possuem *status* de magistrados, “equiparando-se” aos ministros do Superior Tribunal de Justiça, nos moldes do artigo 73, §3º da CRFB/88.³² Em razão disso, possuem vitaliciedade em seus cargos, assim como os conselheiros dos Tribunais de Contas estaduais e municipais, criados antes da Constituição, não permitida atualmente a criação de Cortes de Contas municipais (artigo 31, §4º da CRFB/88).³³

É imperioso assentar que o TCU não é órgão integrante do Poder Judiciário, como não o é do Poder Legislativo, sendo um órgão da pessoa jurídica da União, pairando em paralelo

²⁹ “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: [...] X – fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta;”

³⁰ “Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete [...]”

³¹ “Art. 44. O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.”

³² “§3º – Os Ministros do Tribunal de Contas da União terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, aplicando-se-lhes, quanto à aposentadoria e pensão, as normas constantes do art. 40.”

³³ “Art. 31. A fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei. [...] § 4º – É vedada a criação de Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas Municipais.”

aos três Poderes federais, sem pertencer a nenhum deles. Isso foi pensado desde suas primeiras concepções como tribunal *sui generis*, autônomo em seu exercício fiscalizatório, o que impõe a reavaliação da afirmação equivocada de que seria mero órgão auxiliar. O texto constitucional apenas afirma que este tribunal auxiliará o Poder Legislativo na função fiscalizatória cometida a ambos, embora esse seja o Poder responsável por tal função, e nem poderia ser diferente, já que a Constituição não conferiu às Cortes de Contas o *status* de Poder.³⁴

Ante o exposto, fácil é concluir que o TCU é um órgão público de controle externo que exerce uma função jurisdicional em certas matérias, como a atribuição expressa de julgar as contas de quem utiliza, arrecada, guarda, gerencia ou administra dinheiro, bens e valores públicos (artigo 70, § único³⁵ e artigo 71, inciso II³⁶ da CRFB/88). Identifica-se a apropriação da função jurisdicional por um órgão de contas, em que pese a doutrina em sentido contrário postule que a jurisdição é monopólio do Judiciário. Todavia, a exegese do texto constitucional não permite outra conclusão: a Corte de Contas da União é um órgão peculiar, autônomo em seu exercício fiscalizatório, investido de poder jurisdicional em determinadas matérias – com sede no Distrito Federal, e jurisdição em todo o território nacional.

Em virtude das transformações sociais e, por conseguinte, das mudanças normativas, a atuação da Corte de Contas tem acompanhado o progresso da multiplicidade de funções desempenhadas pela Administração Pública. Afinal, o controle deve evoluir na mesma medida do objeto controlado, o que significa que, se a gestão melhora, o sistema de controle deve, por seu turno, envidar esforços contínuos para se manter, no mínimo, em igualdade de condições com os jurisdicionados.

Hodiernamente, observa-se a demanda popular por uma atuação eficaz e transparente da Administração Pública, o que provoca um aumento proporcional das responsabilidades dos órgãos de controle na salvaguarda do interesse público.

³⁴ CAMARGO, Bibiana Helena Freitas. Abordagem constitucional dos Tribunais de Contas: uma análise acerca da evolução de suas competências para alcance da avaliação qualitativa. **Revista Controle – Doutrina e Artigos**, Fortaleza, v. 18, n. 1, p. 342-376, 2020. p. 367.

³⁵ “Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.”

³⁶ “Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: [...] II – julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;”

Por decorrência lógica, abordar os interesses públicos protegidos pelos órgãos de controle é fundamental compreender o interesse público na sua plena e eficiente aplicação e materialização dos recursos públicos, bem como na verificação da implementação das políticas públicas estabelecidas em lei, no respeitante às normas da ordem jurídica brasileira e na adequada gestão da “*res publica*”, com a devida responsividade democrática, visando proporcionar meios para que os cidadãos participem e compartilhem do poder administrativo. Tal conceito, trabalhado por José Manuel Sérvulo Correia³⁷ como *accountability*, ganha relevância em uma Administração que visa se tornar não apenas gerencial, mas, sim, policêntrica e voltada à sociedade.

³⁷ CORREIA, José Manuel Sérvulo. Controle judicial da administração e responsabilidade democrática da administração. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 11, n. 125, p. 63-68, maio 2012. p. 70.

3. AS DEFICIÊNCIAS DO SISTEMA DE CONTROLE EXTERNO

A partir da Constituição de 1988, com a redemocratização, em resposta a décadas de autoritarismo, deu-se a hipertrofia do controle da atuação estatal. Os lamentáveis escândalos de corrupção, como o Mensalão (2005), a Máfia dos Sanguessugas (2006), a Navalha na Carne (2007), a Lava Jato (2014), os Zelotes (2015), o Calicute (2016) e a Carne Fraca (2017), ocorridos nas últimas décadas, tiveram um papel decisivo na ampliação das formas e instrumentos de controle.

Conforme os ensinamentos de Tina Soreide e Susan Rose-Ackerman,³⁸ uma sociedade dinâmica, com recursos públicos escassos, é um terreno propício para a corrupção, o que justifica a contínua e crescente preocupação com a fiscalização das atividades estatais e o surgimento de normas destinadas a restringir a atuação dos gestores públicos e impor sanções, buscando mudanças de atitudes e posturas frente à agenda anticorrupção.

Em regra, o controle das atividades estatais é fundamental para promover a transparência e a responsabilidade das ações governamentais. Isso resulta, ao menos em tese, em uma redução significativa do déficit democrático, uma vez que permite que a sociedade exerça um maior controle sobre a legitimidade das ações da Administração Pública. Dessa forma, contribui para a qualidade do regime democrático, bem como para a eficiência e governança pública, uma vez que a fiscalização cria incentivos para a produção de resultados positivos, com um caráter pedagógico e propedêutico.

Não obstante as vantagens do controle dos atos administrativos, o modelo de múltiplas "chibatadas", como cita Mariana Fernanda Colaço Alves,³⁹ ressoa efeitos negativos na administração da máquina pública, e pelo menos três aspectos preocupantes decorrem da adoção acrítica da cultura do controle. O primeiro é o excesso do poder punitivo, propagando a ideia de que quanto mais controle, melhor, o que pode levar a uma abordagem punitiva desproporcional; o segundo é o formalismo inflexível da fiscalização pelos órgãos de controle, como as Cortes de Contas, que resulta em um aparato excessivamente burocrático de controle; e, por último, o déficit de responsividade por parte dos controladores.

³⁸ SOREIDE, Tina; ROSE-ACKERMAN, Susan. Corruption in State Administration. **Yale Law & Economics Research Paper**, [s.l.], n. 529, p. 1-24, ago. 2015. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2639141>. Acesso em: 09 abr. 2023.

³⁹ ALVES, Maria Fernanda Colaço. **Múltiplas Chibatadas?** Institucionalização da Política de Controle da Gestão Pública Federal 1988-2008. 2009. Dissertação (Mestrado em Administração) – Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade e Ciência da Informação e Documentação, Universidade de Brasília, Brasília, 2009. p. 1.

Essa abordagem compromete a busca de soluções dialogadas ou mediadas para as demandas, a eficiência como objetivo alcançável na atuação governamental e o estímulo à inovação na gestão pública. É importante repensar esse paradigma de controle, a fim de equilibrar a necessidade de responsabilização com a promoção de uma Administração Pública mais eficiente, ágil e inovadora, que esteja verdadeiramente voltada para o atendimento das demandas da sociedade.

3.1. Sobreposição de competências das estruturas de controle

No concernente à modelagem institucional, o Brasil adota o sistema de multiagências, isto é, a estrutura nacional é composta por vários órgãos públicos responsáveis por controlar a burocracia, além de monitorar, investigar e sancionar atos de corrupção.⁴⁰

A presença de diversos órgãos de controle tem desdobramentos benéficos, pois a reunião de conhecimentos e expertises distintas aumentam as chances de sucesso, como apontam Mariana Mota Prado, Lindsey Carson e Izabela Correa.⁴¹ Entre os benefícios da multiplicidade institucional, destacam-se: (i) a compensação, que ocorre quando uma instituição falha em cumprir suas funções e outra pode preencher a lacuna resultante; (ii) a colaboração, que envolve a adição de recursos humanos, financeiros e outros para o desempenho de uma única tarefa; e (iii) a complementaridade, em que instituições diferentes contribuem com habilidades distintas para executar uma tarefa específica, complementando-se mutuamente.

Na mesma linha de raciocínio, Sergio Praça e Matthew Taylor⁴² aduzem que a coexistência de múltiplos órgãos de controle tem engendrado alterações graduais nas regras sob as quais operam, ocasionando mutações comportamentais dos demais órgãos, conduzindo à harmonização de rotinas; ao intercâmbio de práticas exitosas; à partilha de recursos como quadro funcional e informação; além de respaldo político para a incumbência recíproca de prestação de contas.

⁴⁰ MONTEIRO, Fernando Mendes. **Anti-Corruption Agencies: solution or modern panacea?** Lessons from ongoing experiences. Washington, DC: George Washington University. 2013. Disponível em: https://pdfs.semanticscholar.org/2fc6/40add4d3a515d5ced9c9c42b63ba79d3bf8f.pdf?_ga=2.135392434.228186078.1584301901-572523641.1584301901. Acesso em: 09 abr. 2023. p. 27.

⁴¹ PRADO, Mariana Mota; CARSON, Lindsey D.; CORREA, Izabela. The Brazilian Clean Company Act: Using Institutional Multiplicity for Effective Punishment **Osgoode Legal Studies Research Paper**, Toronto, v. 12, n. 3, p. 1-57, 2016. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2673799>. Acesso em: 09 abr. 2023. p. 8.

⁴² PRAÇA, Sérgio; TAYLOR, Matthew. Inching toward accountability: the evolution of Brazil's anticorruption institutions 1985-2010. **Latin America Politics and Society**, [s.l.], v. 56, n. 2, p. 27-48, 2014. p. 9.

A existência de múltiplos atores envolvidos na função de controle tem sido fundamental na identificação de diversos casos de corrupção. Um exemplo emblemático é a Operação Lava Jato. Malgrado as críticas quanto à sua atuação, esta revela, *in praxis*, como diferentes instituições de controle, cada uma com sua especialidade, podem contribuir de forma complementar e colaborativa na detecção e repressão de condutas corruptas em detrimento da Administração Pública.⁴³ A partir de investigações iniciadas pela Polícia Federal, com a colaboração do Ministério Público Federal e com uma força-tarefa específica na Justiça Federal de Curitiba, foram revelados esquemas criminosos de pagamento de propina, resultando na recuperação de R\$ 10 bilhões aos cofres públicos até março de 2017, por meio de valores já devolvidos ou em processo de recuperação.⁴⁴

Em que pesem as benfeitorias do sistema de multiagências brasileiros, avultam externalidades negativas que devem ser sopesadas. Primeiramente, quando a corrupção se torna endêmica em um sistema, há um alto risco de que os próprios órgãos de controle sejam cooptados como sujeitos ativos da corrupção. Essa situação é ampliada pela multiplicidade de instituições envolvidas no controle, o que cria mais oportunidades para a prática de atos corruptos. A segunda desvantagem está relacionada à sobreposição de competências, que pode ser interpretada como uma alocação ineficiente de recursos, especialmente em países em desenvolvimento. A miríade de instâncias de controle muitas vezes leva à duplicidade e desordem na forma como as competências são exercidas, o que compromete a efetividade dos mecanismos de combate à corrupção.⁴⁵

Nesse plano, a sobreposição de competências das instituições de controle no Brasil é clara. Para vislumbrar o cenário, basta imaginar um único fato capaz de provocar todas as instâncias controladoras, a exemplo de um certame licitatório cujo objeto é a aquisição de máscaras hospitalares. Basta que um dos licitantes acredite que houve irregularidade na contratação da empresa vencedora, para que haja a “remessa” da situação para a Controladoria-Geral da União (CGU) – que poderá apurar via auditoria; ao Ministério Público Federal (MPF) – podendo ser objeto de inquérito civil; ao TCU – alvo de denúncia; e processo judicial, ocasionando a concomitância de atuação das instâncias controladoras diante do mesmo fato.

⁴³ CAMPANA, Priscilla de Souza Pestana. **O controle pelo medo: fragilidades e desafios do sistema de controle da Administração Pública**. 2018. 183 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018. p. 65.

⁴⁴ AGÊNCIA BRASIL. Lava Jato completa três anos de investigações com 260 acusados. **Exame**, [s.l.], 17 mar. 2017, 06:31. Disponível em: <https://exame.com/brasil/lava-jato-completa-tres-anos-de-investigacoes-com-260-acusados/>. Acesso em: 13 abr. 2023.

⁴⁵ PRADO, Mariana Mota; CARSON, Lindsey D.; CORREA, Izabela. The Brazilian Clean Company Act: Using Institutional Multiplicity for Effective Punishment **Osgoode Legal Studies Research Paper**, Toronto, v. 12, n. 3, p. 1-57, 2016. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2673799>. Acesso em: 09 abr. 2023. p. 9.

Naturalmente, a multiplicidade de instituições acarreta a competição entre os órgãos de controle pela liderança na luta contra a corrupção, a fim de saciar a sanha da sociedade do espetáculo⁴⁶ descrita por Mario Vargas Llosa.⁴⁷ Em um ambiente com diversos órgãos públicos autônomos e independentes atuando no mesmo sentido de fiscalizar a Administração Pública, é inevitável que se instale uma competição entre eles pela proeminência institucional, especialmente em contextos políticos instáveis e marcados por constantes revelações de escabrosos casos de corrupção.

A problemática ganha espaço quando a competição se manifesta de forma predatória entre as instituições. A disputa pela liderança na celebração dos acordos de leniência,⁴⁸ estabelecidos pela Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, a chamada Lei Anticorrupção, é um exemplo notório. Após a promulgação da Lei, a CGU, o Ministério Público da União (MPU) e o TCU entraram em conflito pela competência na celebração desses acordos. O TCU, em especial, assumiu por conta própria a autoridade para fiscalizar a elaboração dos acordos pelos outros órgãos de controle, mesmo sem respaldo em norma legal, *stricto sensu*, exceto por uma instrução normativa de sua própria autoria – a Instrução Normativa nº 74, de 11 de fevereiro de 2015.⁴⁹

Na esteira das ponderações de André Rosilho,⁵⁰ a Instrução Normativa do Tribunal de Contas da União, ao atribuir interpretação peculiar às suas próprias atribuições, revelou uma intensa disputa entre os órgãos de controle interno e externo no que tange à aplicação da legislação, evidenciando de maneira inequívoca a polarização dos debates acerca do Direito Administrativo sancionador.⁵¹

⁴⁶ A "sociedade do espetáculo", descrita por Mario Vargas Llosa em referência à obra de Guy Debord, é uma condição social e cultural em que a imagem e o entretenimento são o centro da vida pública, em detrimento da reflexão crítica e da ação responsável. É uma sociedade em que a aparência e o consumo são privilegiados em detrimento do conteúdo e da participação ativa na construção de uma sociedade mais justa e democrática.

⁴⁷ LLOSA, Mario Vargas. **A civilização do espetáculo**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

⁴⁸ O acordo de leniência é um instrumento jurídico previsto na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), que tem como objetivo facilitar e agilizar a investigação de crimes e fraudes de natureza civil e administrativa, possibilitando a recuperação de prejuízos ao erário público. Outrossim, o instrumento é previsto em diversos outros ordenamentos jurídicos internacionais, tais como a Convenção da ONU contra a Corrupção e a Convenção Interamericana contra a Corrupção, demonstrando sua eficácia e relevância na luta contra a corrupção – podendo ser uma importante ferramenta para a identificação de outros envolvidos nas práticas ilícitas, garantindo a responsabilização de todos os envolvidos e a aplicação adequada das sanções cabíveis.

⁴⁹ CAMPANA, Priscilla de Souza Pestana. **O controle pelo medo: fragilidades e desafios do sistema de controle da Administração Pública**. 2018. 183 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018. p. 65.

⁵⁰ ROSILHO, André. Poder Regulamentar do TCU e o Acordo de Leniência da Lei Anticorrupção. **Direito do Estado**, [s.l.], 07 abr. 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Andre-Rosilho/poder-regulamentar-do-tcu-co-acordo-de-leniencia-da-lei-anticorrupcao>. Acesso em: 13 abr. 2023. p. 86.

⁵¹ CAMPANA, Priscilla de Souza Pestana. **O controle pelo medo: fragilidades e desafios do sistema de controle da Administração Pública**. 2018. 183 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018. p. 65.

À época, apesar das severas críticas, a Corte de Contas não abriu mão do seu suposto poder. Contrariamente, tem reafirmado sua competência, atestado como apropriada sua intervenção e, além disso, tem advertido para a possibilidade de sancionar aqueles que discordem de sua autoridade, como evidenciado no voto do Ministro Relator, Walton Alencar Rodrigues, proferido no Acórdão 2920/2019 – Plenário, no bojo do Processo 011.715/2018-9, instaurado para apurar a legalidade, legitimidade e economicidade de atos praticados na negociação e celebração de acordo de leniência em nome do Poder Executivo federal, a teor da Lei nº 12.846/2013.⁵²

Outro ponto a ser discutido como resultado da sobreposição de competências é a imprevisibilidade e insegurança jurídica na aplicabilidade das leis, isto porque, diante das mais distintas decisões proferidas pelas mais diversas autoridades, corre-se o risco de se obter resultados incongruentes e precedentes negativos, inexistindo uniformização das orientações veiculadas pelos órgãos de controle – porque diferentes controladores tomam decisões diversas sobre fatos idênticos, ou que um mesmo controlador toma decisões diferentes sobre fatos idênticos. Essa instabilidade gera um ambiente de insegurança, no qual tudo é incerto e provisório. As decisões administrativas são essencialmente preliminares, porquanto a decisão final depende da concordância do fiscal.⁵³

A insegurança jurídica se faz presente ainda na falta de clareza sobre qual instituição é competente para fiscalizar determinada matéria, na possibilidade de impugnação de um acordo de leniência por outra instituição, na potencial rescisão unilateral de um contrato administrativo, e na incerteza quanto ao tempo que uma questão permanecerá em decisão liminar (provisória). As consequências dessa situação são trágicas, uma vez que o clima de insegurança compromete o equilíbrio nas relações jurídicas entre a sociedade e o Estado, criando uma atmosfera hostil e incerta.

⁵² A teor de enxerto do voto: A matéria já se encontra pacificada no Plenário deste Tribunal, que expressamente afirmou sua competência por ocasião da apreciação do TC 000.126/2018-7, assim constando dos consideranda da referida IN TCU 83/2018: Considerando que, a celebração de acordos de leniência por órgãos e entidades da Administração Pública federal é ato administrativo sujeito à jurisdição do Tribunal de Contas da União quanto a sua legalidade, legitimidade e economicidade, nos termos do art. 70 da Constituição Federal. Na mesma linha, deixou-se assente a possibilidade de as autoridades celebrantes responderem pela inclusão de cláusulas e condições que limitem ou dificultem a atuação deste Tribunal, bem como aquelas que porventura venham a comprometer a execução judicial dos títulos executivos constituídos a partir das deliberações desta Corte. [...] Por essas razões entendo necessário alertar a CGU a respeito de sua obrigação constitucional de auxiliar as atividades do controle externo, o que é incompatível com a recusa em fornecer documentos e informações necessários ao cumprimento dos deveres constitucionalmente atribuídos a esta Corte.

⁵³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo *et al.* Reputação institucional e o controle das Agências Reguladoras pelo TCU. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 278, n. 2, p. 37-70, set. 2019. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/80048>. Acesso em: 14 abr. 2023. p. 19.

Em um cenário em que a validade das ações passadas é incerta, o futuro se torna sombrio. A resistência de alguns órgãos de controle tem sido assustadora, não só em relação à eficiência, mas também devido aos custos que a multiplicidade de instâncias ocasiona com a repetição de controles sobre o mesmo fato administrativo, gerando, às vezes, uma paralisia insana, com bilhões de horas destinadas ao trabalho improdutivo de alimentar o burocratismo parasitário. No Brasil, é preciso repensar os controles administrativos para evitar a promoção do “princípio da ineficiência”.⁵⁴

Pintado o quadro, infere-se que a contenda pelo protagonismo institucional entre as instituições controladoras afeta a interação e coordenação do conjunto de entidades engajadas na busca por percepções externas, desviando o enfoque das ações de repressão à improbidade e prejudicando o desempenho dos órgãos, além de gerar uma séria insegurança jurídica para os administradores – como o ocorrido com os acordos de leniência. É essencial, destarte, encetar o diálogo entre as instituições, visando à preservação de sua autonomia, com o equilíbrio de uma atuação harmônica, inclusive, atentando-se ao desperdício de recursos e à ineficiência.⁵⁵

3.2. A intensificação do poder investigativo-punitivo estatal e o modelo burocrático-formalista

É notável que o sistema de controle brasileiro seja em grande parte burocrático, formal e weberiano, privilegiando o procedimento em lugar do resultado. O modelo burocrático do sociólogo alemão Max Weber – consagrado na obra “Economia e Sociedade” – é uma concepção de organização administrativa, na qual a burocracia é uma forma ideal de organização para o alcance da eficiência e da eficácia nas atividades administrativas. Esta forma de organização é caracterizada pela racionalidade, impessoalidade, hierarquia, divisão do trabalho e regras formais.⁵⁶

Nesse modelo, a preocupação primária é com o cumprimento dos procedimentos demarcados em lei o paradigma burocrático weberiano clássico. Apesar de ser eficiente para

⁵⁴ FREITAS, Juarez. As políticas públicas e o direito fundamental à boa administração. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC – NOMOS**, [s.l.], v. 35, n. 1, p. 195-217, jan/jun. 2015. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/2079/1555>. Acesso em: 20 abr. 2023. p. 210.

⁵⁵ CAMPANA, Priscilla de Souza Pestana. **O controle pelo medo: fragilidades e desafios do sistema de controle da Administração Pública**. 2018. 183 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018. p. 68.

⁵⁶ WEBER, Max. **Economia e sociedade**. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1991.

fins de controle, hierarquia e previsibilidade, não parece ser adequado para lidar com a celeridade e a interdependência das tarefas que os governos atualmente precisam cumprir.⁵⁷

Importa considerar que o próprio modelo burocrático proposto por Weber não foi concebido como um fim em si mesmo, mas, sim, como um instrumento democrático destinado a combater posturas autoritárias e patrimonialistas na Administração Pública. Logo, se a não observância desse modelo tiver como objetivo alcançar finalidades públicas legítimas, devidamente fundamentadas, a atuação administrativa deve ser considerada regular, em conformidade com as finalidades buscadas por Weber ao idealizar sua estrutura burocrática. É fundamental compreender que o modelo burocrático de Weber não é um mero formalismo normativo, mas, uma ferramenta flexível, que deve estar em contato direto com as necessidades da sociedade, visando à promoção da legitimidade e eficiência na gestão pública.⁵⁸

Nesse contexto, Luciano Ferraz⁵⁹ ressalta que, embora a burocracia seja vista como um exemplo típico de atuação legal-racional, a Administração Pública não deve ser apreendida apenas sob uma perspectiva normativa restritiva, mas, sim em contato direto com a sociedade. É necessário encontrar um equilíbrio entre a busca por uma atuação administrativa legalmente fundamentada e a necessidade de uma abordagem flexível e sensível às demandas sociais.

Em razão do cenário mencionado, a partir da segunda metade dos anos 1990, foi implementada uma reforma no sistema constitucional brasileiro, com a introdução de conceitos, institutos e mecanismos de natureza gerencial, com o intuito de apreender os problemas estruturais da Administração Pública. Naquela oportunidade, foi adicionado o princípio hermenêutico da eficiência entre os princípios constitucionais aplicáveis à atividade administrativa.

Evidentemente, a inclusão do princípio da eficiência na Constituição Federal de 1988 como um princípio expresso da atividade administrativa não resultou imediatamente em sua efetivação. Passados anos, não é possível afirmar que a Administração Pública esteja atendendo

⁵⁷ CUNHA, Bruno Queiroz. Uma análise da construção da agenda de inovação no setor público a partir de experiências internacionais precursoras. In: CAVALCANTE, Pedro *et al.* (Org.). **Inovação no setor público: teoria, tendências e casos no Brasil**. Brasília: Enap e Ipea, 2017. p. 43-57.

⁵⁸ CAMPANA, Priscilla de Souza Pestana. **O controle pelo medo: fragilidades e desafios do sistema de controle da Administração Pública**, 2018. 183 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018. p. 94.

⁵⁹ FERRAZ, Luciano. Modernização da Administração Pública e Auditorias de Gestão. In: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício (Coord.). **Direito Público Moderno**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 1-7. p. 159.

plenamente aos objetivos sociais em termos de resultados eficazes de suas ações, como destacado por Bruno Dantas,⁶⁰ ou que tenha efetivamente superado a era gerencial.

Portanto, é possível observar, ao lado das competências típicas do controle externo, uma estrutura hierárquica formal e rígida, em que a atuação dos gestores públicos está estritamente vinculada às normas administrativas, o que resulta em uma constante fiscalização de suas ações com base nos marcos e parâmetros estabelecidos em lei. Nesse sentido, a eficiência é frequentemente associada aos atos normativos, com pouca vinculação aos resultados bem-sucedidos.

Entretanto, é mister reconhecer que a realidade administrativa é mais intrincada e mutável do que o Direito é capaz de antever, exigindo do gestor público a necessidade de inovação e adaptação da atividade administrativa diante do contexto social. A Administração contemporânea constitui um espaço de deliberação pública, pautado pelo Direito, porém não restrito a ele. O Direito orienta e estabelece os limites da ação administrativa, todavia, não exaure completamente todos os seus atos.⁶¹

Na deliberação administrativa entram elementos como política, técnica, subjetividade, entre outros. Sobre essa deliberação, há controles jurídicos que verificam sua compatibilidade com o Direito, mas também existem influências e controles não jurídicos, internos e externos às instituições estatais, atuando em momentos pontuais ou em longo prazo. Não faz sentido, em um regime democrático, propor que os controles jurídicos absorvam completamente o campo dos controles não jurídicos. O mundo jurídico não possui todas as respostas.⁶²

Desse modo, a imposição de uma adesão acrítica às normas burocráticas é um obstáculo à efetiva gestão da máquina pública, frustrando a possibilidade de alcançar resultados contínuos e eficientes. Muitas vezes, simples irregularidades formais são tratadas como atos presumidamente fraudulentos, sem uma análise criteriosa da gravidade da conduta do agente e da sanção imposta ao gestor, que pode ser inexperiente ou até mesmo inconsciente, insciente e neófito.

É importante ressaltar que não se busca negar o valor do controle burocrático. Inegavelmente, os aparatos burocráticos são indispensáveis na garantia da segurança jurídica na atuação pública – operando como mecanismos inibidores de condutas arbitrárias. É reconhecido que os esforços empreendidos na realização de auditorias operacionais para

⁶⁰ DANTAS, Bruno. O risco de infantilizar a gestão pública. *O Globo*, Rio de Janeiro, 06 jan. 2018, 00:00. Opinião. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/opiniao/o-risco-de-infantilizar-gestao-publica-22258401#ixzz53i3DeHyO>. Acesso em: 13 abr. 2023.

⁶¹ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 239.

⁶² SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 239.

identificar riscos, fragilidades e aprimorar a gestão governamental visam privilegiar o controle de eficiência, em detrimento do estrito controle de legalidade. Diante dos novos instrumentos que possibilitam uma gestão voltada para resultados, o que se almeja é proporcionalidade na correspondência de um controle de igual natureza.⁶³

3.3. Déficit de responsividade

A responsividade é um elemento intrínseco às análises sobre o controle de qualidade da democracia. Em verdade, pode ser traduzida na correspondência entre as decisões políticas e os anseios da sociedade civil. Substancialmente, essa verificação está intimamente ligada ao critério de controle da representação política, afinal, busca-se examinar a capacidade dos governantes em atender às demandas dos governados na execução de políticas públicas e atendimento às reivindicações sociais.⁶⁴

Sob o viés pragmático-jurídico, há um rompimento com o formalismo. Em virtude disso, as decisões não devem ser norteadas por valores em abstrato, mas, devem observar as consequências práticas na sociedade, valorizando a eficiência. Deve-se ter em mente o caso concreto. O direito ao bom controle deve oferecer mais do que racionalidade absoluta e assimilação acrítica das leis. Com esse fito, a política nacional de governança da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional estabelece como diretriz o processo decisório orientado pelas evidências.⁶⁵

A conjunção de múltiplos poderes e escassos controles, aliada ao sentimento de defensor da Constituição e da moralidade pública, incentivado pelo órgão, pela mídia e com o consentimento da sociedade, possibilita que os controladores atuem de acordo com seu próprio entendimento, por vezes, de maneira irresponsável.⁶⁶

A luta pelo protagonismo no “combate à corrupção” resultou no empoderamento excessivo e na hipertrofia dos órgãos de controle, levando-os a se contrapor a qualquer

⁶³ DANTAS, Bruno. O risco de infantilizar a gestão pública. **O Globo**, Rio de Janeiro, 06 jan. 2018, 00:00. Opinião. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/opiniao/o-risco-de-infantilizar-gestao-publica-22258401#ixzz53i3DcHyO>. Acesso em: 13 abr. 2023.

⁶⁴ BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. Como entender a responsividade dos juízes no Brasil? – Um estudo a partir da confiança no Poder Judiciário. **Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP**, Belo Horizonte, ano 2, n. 6, p. 23-43, set./dez, 2013. p. 25.

⁶⁵ “Art. 4º. São diretrizes da governança pública: [...] VIII – manter processo decisório orientado pelas evidências, pela conformidade legal, pela qualidade regulatória, pela desburocratização e pelo apoio à participação da sociedade.”

⁶⁶ BERNARDINO, Talitha Braz. **O abuso de poder na atuação do Ministério Público**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 67.

mecanismo de *accountability*, seja horizontal ou vertical, sustentando que isso representa um retrocesso social inaceitável e uma afronta à independência e autonomia funcional, prerrogativas inalienáveis para o desempenho de suas atribuições em prol do interesse público.

No concernente ao Ministério Público, sua independência funcional é tão ampla que confere aos seus membros a legitimação para tutelar qualquer interesse difuso ou coletivo sem necessidade de consultar a comunidade ou a coletividade como um todo, e sem dar oportunidade para que esses grupos ou a sociedade se manifestem previamente – essa prerrogativa termina por conferir aos membros do Ministério Público o dizer, sem restrições, do que a sociedade precisa, deseja ou exige, como aponta Sérgio Cruz Arenhart.⁶⁷

Em qualquer democracia contemporânea minimamente desenhada, o poder deve encontrar contrastes e limites. Em tempos tão clamorosos, a "sociedade do espetáculo e dos ruídos" espera e exige das instituições e dos institutos jurídicos não apenas boa dose de proativismo, conclama ao ativismo por condução, não indução, especialmente no terreno da discricionariedade e das escolhas públicas.

Por isso, há que se adestrar repetidamente a vaidade institucional, de modo que os controladores não vão além do próprio controle. Existe a necessidade de se pensar formas de que os controladores – *e.g.* Ministério Público e TCU – se tornem responsivos uma vez que esses órgãos exercem autoridade e controle sobre os poderes tradicionais, sem que se sujeitar aos contrapesos que afetam tais poderes. Há imperiosidade e urgência de repensar estes modelos.⁶⁸

⁶⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista de Processo Comparado**, [s.l.], v. 1, n. 2, p. 211-229, jul./dez. 2015. Disponível em: <http://revistadeprocessocomparado.com.br/wpcontent/uploads/2016/01/ARENHART-Sergio-Artigo-Decisoes-estruturais.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2023. p. 3-4.

⁶⁸ SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito Administrativo do medo**: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 116.

4. O EXERCÍCIO DISFUNCIONAL DO CONTROLE EXTERNO

4.1. Paralisia decisória

É oportuno recordar que o fenômeno da expansão do poder jurisdicional no contexto do Estado Democrático de Direito tem sido objeto de intensos debates e rotulado por alguns autores como “judicialização da política”. Dito acontecimento é caracterizado pela postura ativista “criativa” dos juízes, resultando em uma transferência da função legislativa, que antes era concentrada nos Poderes Legislativo e Executivo, para atores que não foram eleitos como representantes do povo. Outrossim, observa-se que o Poder Judiciário e seu raciocínio tem ampliado sua influência nesse processo, sendo cada vez mais evidente a utilização de procedimentos judiciais por parte de agências executivas e legislativas no campo político.⁶⁹

A judicialização da política pode ser conceituada como o uso de procedimentos judiciais para a resolução de conflitos de natureza política, tais como controvérsias relacionadas a normas, resoluções e políticas públicas em geral, adotadas e implementadas pelos Poderes Executivo e Legislativo. Ao participar do processo de formulação de políticas públicas, o Poder Judiciário pode intervir ou, em alguns casos, até mesmo alterar o *statu quo* anterior. Mas, interessante é registrar que, enquanto o Judiciário age em resposta a provocação, em conformidade com o princípio da inércia, o Tribunal de Contas da União (TCU) pode agir de ofício, o que por si só evidencia o impacto de sua atuação.⁷⁰

É possível vislumbrar o fenômeno da judicialização sob uma novel perspectiva, que é a apropriação de procedimentos judiciais por espaços tidos como não jurídicos, como é o caso dos Tribunais de Contas, que utilizam recursos e julgamentos como parte do exercício do poder de controle sobre os poderes políticos. Dessa forma, o Tribunal de Contas da União (TCU) emerge como um ator político influente, desempenhando uma verdadeira função judicante na esfera do controle externo em relação às políticas públicas e às escolhas de alocação de recursos; um evento que se propõe à análise em tópico específico desta Monografia.

No entanto, após a ampliação de suas funções pela Constituição, o Tribunal de Contas tem enfrentado dificuldades em operar de acordo com as normas democráticas e suas atribuições de fiscalização financeira. Um dos motivos para essa inadequação é sua postura

⁶⁹ JORDÃO, Eduardo Ferreira. Por mais realismo no controle da administração pública. **Direito do Estado**, [s.l.], 03 jun. 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Eduardo-Jordao/por-mais-realismo-no-controleda-administracao-publica>. Acesso em: 17 abr. 2023.

⁷⁰ FONTOURA, Carolina Leite Amaral. Judicialização da política no âmbito do controle orçamentário e a controlabilidade de políticas públicas. **Revista Quaestio Iuris**, [s.l.], v. 8, n. 03, p. 1421-1440, 2015. p. 1422.

como instrumento de controle e correção das ações executivas, o que muitas vezes resulta em interferência nos processos políticos de formulação de políticas públicas e no comportamento dos atores políticos.

A intromissão direta e indireta do Tribunal de Contas no âmbito de atuação dos gestores públicos eleitos, é um fenômeno contemporâneo intenso que requer estudo e análise aprofundados. É fundamental que a Corte de Contas seja capaz de desempenhar papel adequado ao atual regime democrático, evitando o uso inadvertido de sua autoridade, ampliada pela Constituição de 1988, para assumir o papel de representante da vontade popular, o que não é sua função constitucional, e, assim, prejudicar a implementação de políticas públicas estatais discricionárias, em desrespeito ao princípio democrático.

A utilização de mecanismos judiciais em arenas de deliberação política e a interferência de juízes de contas nas políticas governamentais são elementos centrais da judicialização da política. Em condições propícias, este fenômeno se materializa quando os juízes optam por se envolver na tomada de decisões políticas que, em outras circunstâncias, poderiam ser deixadas a critério de outras instituições, chegando até mesmo a substituir, em algumas ocasiões, as decisões políticas dessas instituições por suas próprias determinações.⁷¹

O modelo contemporâneo de controle restringe a liberdade e a eficiência da atuação administrativa? No léxico dos administrativistas, como Rodrigo Valgas dos Santos,⁷² sim. Expressões como apagão das canetas, ossificação da administração, paralisia dos gestores, ativismo, e hipertrofia, constituem verdadeiros desafios à atividade de controle da Administração Pública.

Por força das disfuncionalidades do controle, modelou-se uma atmosfera de temor na Administração Pública, que condiciona os gestores à mera reprodução da lei, quando não optam pela omissão como ato de autopreservação, diante da possibilidade de ser condenados ao pagamento de multas e outras sanções, mesmo ao tomar decisões de boa-fé.⁷³

A estratégia segue os princípios do "Código do fracasso" de Roberto Dromi,⁷⁴ tal como expresso pelo renomado autor: "Artigo primeiro: não pode. Artigo segundo: em caso de dúvida, abstenha-se. Artigo terceiro: se é urgente, espere. Artigo quarto: sempre é mais prudente não fazer nada."

⁷¹ FONTOURA, Carolina Leite Amaral. Judicialização da política no âmbito do controle orçamentário e a controlabilidade de políticas públicas. **Revista Quaestio Iuris**, [s.l.], v. 8, n. 03, p. 1421-1440, 2015. p. 1423.

⁷² SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito Administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

⁷³ SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito Administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

⁷⁴ DROMI, Roberto. **Derecho Administrativo**. 4. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1995. p. 35.

Na perspectiva delineada, tem-se debatido intensamente se o protagonismo e a judicialização da política pelos Tribunais de Contas têm agravado a crise de ineficiência no controle e gerado uma verdadeira rigidez institucional. Nas lições de Fernando Vernalha Guimarães, tomar decisões sensíveis pode expor o gestor ao risco de ser alvo de processos criminais.⁷⁵

Com a vertiginosa escalada das condenações, as agências reguladoras e os gestores públicos em geral têm evitado ousar em suas decisões, temerosos de terem seus atos questionados, contrastados ou judicializados. Em um cenário ainda mais sombrio, acabam por abster-se de resolver questões simples, aguardando o aval dos Tribunais de Contas, uma vez que o controlador tomou decisões similares em casos análogos e o gestor receia ser penalizado caso assuma uma posição divergente.

Na esteira dessas inações, o Brasil tem se encaminhado para o que a doutrina norte-americana há muito tempo conhece e conceitua como "ossificação administrativa" (*ossifying the rulemaking process*) ou paralisia por análise (*analysis paralysis*). A expressão simboliza as dificuldades enfrentadas pelas agências reguladoras americanas na elaboração de políticas regulatórias, com receio de que as bases técnicas das normas não resistem ao escrutínio judicial.

O conceito foi introduzido por Thomas McGarity⁷⁶ ao descrever as razões pelas quais o processo decisório das agências reguladoras tem se tornado extremamente moroso, inflexível e oneroso. Mais tarde, o autor dedicou um artigo para descrever o fenômeno da rigidificação nessas agências, sustentando que a interferência do controle sobre as agências reguladoras tem se tornado tão intensa que está tornando essas agências excessivamente rígidas e retardando em demasia a elaboração de normas regulatórias. Consequentemente, as agências não teriam incentivos para exercer suas funções de forma regular, chegando ao ponto de optar pela paralisia.

Nesse diapasão, como consequência inevitável da retração do administrador, a ineficiência se agrava, uma vez que os gestores deixam de buscar o interesse público e passam a priorizar a autoproteção. Como produto desse tipo de conduta, incalculáveis são os prejuízos ao correto funcionamento da atividade pública, isso porque as decisões dos administradores voltadas para a própria proteção têm efeitos drásticos sobre a Administração Pública, haja vista que o objetivo primordial do gestor passa a ser de ordem subjetiva-protetiva (de interesse

⁷⁵ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O Direito Administrativo do medo: a crise da ineficiência pelo controle. **Zênite Fácil**, [s.l.], 01 set. 2020. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: 01 abr. 2023.

⁷⁶ MCGARITY, Thomas. *Some thoughts on "deossifying" the rulemaking process*. **Duke Law Journal**, [s.l.], v. 41, n. 6, p. 1385-1462, 1992. p. 1385.

pessoal), em detrimento do objetivo finalístico de buscar o interesse público. Curiosamente, essa forma de proceder nem sempre é expressada publicamente. Essa maneira de administrar compromete completamente a noção de boa Administração Pública, porque o verdadeiro motivo do agente público é evitar a responsabilização eventual, mesmo que isso resulte em ingerência.⁷⁷

4.2. Captura de competências administrativas

Dentre as maiores conquistas humanas, uma das mais memoráveis foi a superação da vontade arbitrária dos reis em favor da supremacia da lei. Contudo, em pleno século XXI, constata-se que muitos detentores do poder persistem em se comportar como monarcas, o que conduziu o insigne Ingeborg Maus⁷⁸ a tecer a seguinte indagação: "Seria a Justiça, em sua atual conformação, não apenas sucessora do imperador, mas também o próprio monarca deposto?"

Há mais de cem anos, Lima Barreto se questionava sobre a disparidade de tratamento entre fiscais e condutores, uma questão que, até hoje, permanece sem resposta satisfatória. Ainda que não exista diferença significativa de salário, educação ou idade entre os dois grupos, há uma crença arraigada na sociedade de que os fiscais são mais honestos do que os condutores. Infelizmente, o tempo passou e não foi desenvolvido nenhum método científico capaz de comprovar a premissa, restando apenas a resignação de aceitá-la como uma verdade incontestável no Direito Administrativo.⁷⁹

A falta de confiança do povo brasileiro em seus líderes políticos gerou uma cultura que considera as intervenções dos órgãos de controle corretas e realizadas em prol do bem da nação, com a crença de que quanto mais fiscalização do exercício do poder político, melhor. Essa mentalidade é sintomática da sedimentação de uma cultura que se apoia em doutrinas, conceitos e teorias que inibem a liberdade administrativa e fortalecem as estruturas fiscalizatórias, sem se preocupar com a eficiência desse sistema.

Na verdade, tem havido uma apropriação das agendas políticas pelos órgãos de controle, que constroem as prioridades públicas as mais das vezes em detrimento do Poder Legislativo, definindo suas próprias competências e tomando decisões em substituição ao Poder Executivo.

⁷⁷ SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito Administrativo do medo**: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 332.

⁷⁸ MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade – Sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos Estudos**, São Paulo, n. 58, nov. 2000. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.13140/RG.2.2.23817.44647>. Acesso em: 13 abr. 2023. p. 4.

⁷⁹ BARRETO, Lima. O fiscal e o condutor. In: CORRÊA, Felipe Botelho. (Org.). **Sátiras e outras subversões**. São Paulo: Penguin Classics e Companhia das Letras, 2016. p. 232-233.

Como resultado, o controle se sobrepõe à crise de legitimidade democrática e o administrador é substituído pelo controlador.⁸⁰

A ação fiscalizatória, decisória e sancionatória do TCU não finda em si mesma. Para além disso, a Corte exerce também funções normativas, corretivas e de revisão das opções administrativas, assumindo a posição de censor geral do Estado. Sua presença constante permite-lhe participar da elaboração de projetos de concessão e de parcerias público-privadas, além de desenvolver a regulamentação em diversos setores, como um administrador público de segundo nível. Assim o sendo, essa prática contribui para o fortalecimento do poder do TCU e para a sua influência na tomada de decisões governamentais, em detrimento do Poder Executivo e do Poder Legislativo.⁸¹

A crise reputacional que afeta a gestão pública brasileira tem levado a um deslocamento de competências decisórias para a esfera controladora, com membros do Judiciário e do Ministério Público impondo suas predileções e vieses. Esse processo de captura de competências pelo Poder Judiciário tem sido alimentado pela judicialização da política e pelo ativismo judicial, dois fenômenos que costumam ocorrer simultaneamente e que têm contribuído para reforçar o papel de vanguarda iluminista dessas instituições.⁸²

Embora o controle de legalidade possua limites claros, o controle de eficiência é mais subjetivo e impreciso. Todavia, certamente a hipertrofia dos órgãos de controle deve ser repelida, uma vez que o controle de eficiência é subjetivo e impreciso, e os órgãos de controle não possuem a legitimidade democrática para formular políticas públicas, ao contrário do que ocorre com os poderes eleitos pelo povo.

Em um quadro alarmante de corrupção, há o perigo da generalização prejudicial, o que exige que o órgão de controle atue com moderação e considerando as consequências, evitando a tentação de assumir o papel do gestor público na tomada de decisões que competem ao Poder Executivo.⁸³

⁸⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo *et al.* Reputação institucional e o controle das Agências Reguladoras pelo TCU. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 278, n. 2, p. 37-70, set. 2019. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/80048>. Acesso em: 14 abr. 2023. p. 12.

⁸¹ ROSILHO, André. Poder Regulamentar do TCU e o Acordo de Leniência da Lei Anticorrupção. **Direito do Estado**, [s.l.], 07 abr. 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Andre-Rosillo/poder-regulamentar-do-tcu-eo-acordo-de-leniencia-da-lei-anticorruptao>. Acesso em: 13 abr. 2023. p. 337.

⁸² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo *et al.* Reputação institucional e o controle das Agências Reguladoras pelo TCU. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 278, n. 2, p. 37-70, set. 2019. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/80048>. Acesso em: 14 abr. 2023. p. 12.

⁸³ DANTAS, Bruno. O risco de infantilizar a gestão pública. **O Globo**, Rio de Janeiro, 06 jan. 2018, 00:00. Opinião. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/opiniao/o-risco-de-infantilizar-gestao-publica-22258401#ixzz53i3DcHyO>. Acesso em: 13 abr. 2023.

4.3. Juridicização da discricionariedade

A discricionariedade administrativa é um tema crucial no Direito Administrativo, especialmente em função da evolução do Estado. Malgrado não se saiba exatamente quando o Estado surgiu como pessoa jurídica, o Estado moderno nasceu por volta do século XVI, em uma forma absolutista, e depois se estruturou sob o império do Direito, no qual o poder é limitado e a lei se aplica a todos. Na visão de Gustavo Binenbojm,⁸⁴ a discricionariedade teve sua origem no antigo Estado europeu dos séculos XVI a XVIII, quando expressava a soberania decisória do monarca absoluto. Nessa época, o governo se confundia integralmente com a Administração Pública, caracterizando o Estado policial.

Com a consolidação do Estado de Direito, a ideia original de discricionariedade passou a ser questionada, uma vez que se acreditava que a sua prática era sinônimo de arbítrio monárquico, o que não estava em consonância com os limites jurídicos impostos à atividade estatal, a qual deveria ser estritamente regulada pela lei. Esse foi o período em que se depositava uma crença quase ilimitada na razão reta e universal, capaz de desvendar tudo e até mesmo de criar leis gerais e abstratas aptas a condensar a própria ideia de justiça, consideradas legítimas por serem expressão da vontade popular.

A teoria da separação de poderes de Montesquieu tem importante papel na justificação da existência da discricionariedade no âmbito jurídico, como aponta Afonso Rodrigues Queiró,⁸⁵ porque as normas legais devem ter limites em sua individualização para manter sua abstração, e o legislador não pode comprometer sua qualidade ao ultrapassar esse limite.

No que se refere aos elementos do ato administrativo, a discricionariedade não está presente no sujeito e na forma, pois ambos são sempre vinculados à lei. Contudo, ela pode estar presente na finalidade, no amplo sentido do interesse público, bem como no motivo, quando os termos utilizados são vagos e imprecisos, como "ordem pública" ou "moralidade". Além disso, a discricionariedade também pode estar presente no objeto, quando a lei prevê apenas um único efeito jurídico possível para o ato.

Com isso, é possível afirmar que a discricionariedade sobrevive em uma nova forma, com a compreensão de que a Administração Pública tem o poder de agir nos espaços que a lei

⁸⁴ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 195.

⁸⁵ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do "desvio de poder" em Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 6, p. 41-78, out. 1946. ISSN 2238-5177. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v6.1946.9571>. p. 57.

deixa em aberto. Nessa linha, estabelece-se uma vinculação negativa para a Administração, segundo a qual ela pode realizar tanto o que a lei permite como o que a lei não proíbe.

O verdadeiro poder discricionário é atribuído pelo Direito e pela lei quando a responsabilidade de tomar a decisão final sobre o que é justo, correto, conveniente e apropriado em um caso concreto é confiada a alguém. Isso ocorre não apenas porque não é possível eliminar a incerteza por meio de regras detalhadas, mas também porque, em certas situações, a perspectiva de alguém que é responsável por suas obrigações pode apresentar a melhor solução.⁸⁶

A discricionariedade é a margem de liberdade que resta ao administrador para escolher, estribando-se em critérios razoáveis, uma entre pelo menos duas opções possíveis diante de cada caso concreto, com o objetivo de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada para atender à finalidade legal. Esse dever se impõe quando, devido à imprecisão das expressões da lei ou à liberdade conferida no mandamento, não se pode extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação em questão.⁸⁷

Dessarte, está intimamente relacionada com o direito fundamental à boa administração. Nesse panorama, propõe-se uma redefinição do termo, compreendendo-o como o dever de avaliar e selecionar, de maneira concreta, as melhores consequências diretas e indiretas para as políticas públicas, levando em consideração as prioridades constitucionais no uso apropriado e efetivo dos recursos disponíveis.⁸⁸

A discricionariedade é o fundamento da “reserva do possível”, determinante do momento mais apropriado para o fornecimento das prestações estatais pelo Poder Público. Isso é possível em virtude de um limite material dependente dos recursos financeiros disponíveis, o que pode levar a escolhas difíceis e, em casos extremos, à omissão administrativa. Importante é destacar que a discricionariedade administrativa não deve ser confundida com a discricionariedade judicial ou com a interpretação da lei, já que esta última precede a primeira na atividade de extrair o sentido do texto normativo e, posteriormente, avaliar se há margem de escolha para a autoridade pública.⁸⁹

⁸⁶ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de João Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2001. p. 222.

⁸⁷ FREITAS, Juarez. As políticas públicas e o direito fundamental à boa administração. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC – NOMOS**, [s.l.], v. 35, n. 1, p. 195-217, jan/jun. 2015. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/2079/1555>. Acesso em: 20 abr. 2023. p. 203.

⁸⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 48.

⁸⁹ FONTOURA, Carolina Leite Amaral. Judicialização da política no âmbito do controle orçamentário e a controlabilidade de políticas públicas. **Revista Quaestio Iuris**, [s.l.], v. 8, n. 03, p. 1421-1440, 2015. p. 1423.

No centro da discricionariedade administrativa está o mérito, definido como o campo de liberdade que resta ao administrador após a aplicação das regras legais, permitindo-lhe decidir entre duas ou mais soluções admissíveis de acordo com critérios de conveniência e oportunidade. Este, por seu turno, tem um conteúdo político, que inclui justiça, equidade, utilidade, razoabilidade, oportunidade e conveniência das medidas tomadas pela Administração. Autores clássicos como Miguel Seabra Fagundes⁹⁰ relacionaram o mérito à discricionariedade, já que ele está intimamente ligado a circunstâncias e apreciações que só podem ser percebidas pelo administrador, dadas as limitações do juiz em penetrar no seu cerne e conhecimento.

A discussão em torno do conceito de mérito administrativo é antiga e já suscitou diversas reflexões dentre os estudiosos do Direito Administrativo. José Cretella Júnior,⁹¹ em 1965, alertava para o perigo de um conceito amplo de mérito que abarcasse tudo que fosse relacionado à oportunidade e conveniência administrativa, chegando a confundir-se com a própria legalidade. Tal abrangência poderia levar à substituição do administrador pelo juiz, rompendo a necessária separação entre o campo político e o jurídico. Diante disso, o autor propõe o conceito restrito de mérito, que se refere apenas às questões de competência exclusiva do Poder Executivo e que estão fundamentadas em juízos de valor emitidos previamente à manifestação da vontade da Administração, expressa pelo ato administrativo. Esse matiz político do ato se resume no binômio oportunidade-conveniência, permitindo ao administrador a escolha entre duas ou mais soluções admissíveis, de acordo com os critérios de conveniência e oportunidade que lhe são próprios e que visam atender à finalidade legal em questão.

Como já citado, a Constituição de 1988 representa um marco importante na história do Brasil ao tentar superar os abusos de poder e as arbitrariedades do período ditatorial. Considerando esse esforço, foram criadas instituições e normas para controlar a Administração Pública, e, atualmente, atos que anteriormente seriam considerados como imunes a qualquer tipo de intromissão são questionados em diversos fóruns de poder – esse questionamento se deve em grande parte ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, consagrado como direito fundamental no art. 5º, XXXV da Constituição de 1988,⁹² que permite que qualquer questão

⁹⁰ FAGUNDES, Miguel Seabra. Conceito de mérito no Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 23, p. 1-16, dez. 1951. ISSN 2238-5177. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/11830>. Acesso em: 21 abr. 2023. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v23.1951.11830>.

⁹¹ CRETELLA JÚNIOR, José. O mérito do ato administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, [s.l.], v. 79, p. 23-37, 1965.

⁹² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 abr. 2023.

possa ser levada à apreciação judicial, ainda que isso implique em uma mitigação do princípio da separação dos poderes.

Todavia, os órgãos de controle, em geral, devem partir de uma deferência às conclusões administrativas, as quais muitas vezes não se fundam em meras apreciações técnicas. Os controladores devem respeitar as capacidades institucionais e as escolhas adotadas pelos órgãos técnicos especializados dos entes jurisdicionados. Isso não significa que os órgãos de controle devam ser subservientes aos órgãos administrativos ou que não possam questionar suas decisões. Ao contrário, o papel dos órgãos de controle é fundamental para garantir a observância dos princípios constitucionais e a legalidade dos atos administrativos, mas essa função deve ser exercida com moderação e razoabilidade, evitando-se a interferência indevida nos assuntos administrativos.⁹³

⁹³ SCHIRATO, Vitor Rhein. As agências reguladoras independentes e alguns elementos da Teoria Geral do Estado. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 463-517. ISBN 978-85-450-0161-4. p. 514.

5. O FUTURO DO CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: há espaço para uma solução dialógica?

Consoante o aduzido, o sistema brasileiro de Controle da Administração Pública manifesta distorções advindas de uma cultura institucional marcada pela intensificação das ações fiscalizatórias. No ordenamento jurídico pátrio, predomina um modelo de controle formal, não muito preocupado com a efetividade das atividades administrativas. A par disso, exsurge uma continuada "disputa" entre os órgãos de controle pelo protagonismo na "arena do combate à corrupção; um gradual aumento do poder investigativo-punitivo do Estado para além dos parâmetros que devem orientar a atuação do sistema de controle e a repreensão do comportamento estatal com fundamento em conceitos jurídicos amplamente indeterminados da legislação de controle.

A despeito do fortalecimento do controle da atuação estatal ter como escopo primordial aprimorar a eficiência da máquina pública e impulsionar o desenvolvimento das atividades administrativas – objetivo este que, de fato, é alcançado quando a fiscalização é bem-sucedida – constata-se que as distorções anteriormente destacadas podem produzir o efeito oposto.

Seguindo a linha de pensamento, é perceptível que a ênfase no controle da Administração Pública, sem a devida ponderação, pode gerar um clima de insegurança jurídica que desencoraja o gestor a buscar a inovação e a eficácia na sua atuação, já que qualquer passo em falso pode resultar em duras sanções previstas nas legislações de controle. Ademais, pode levar à atuação inerte do Estado, transferindo a responsabilidade decisória para os órgãos de controle, que não possuem a expertise técnica necessária, nem legitimidade para lidar com os complexos problemas sociais que competem ao Executivo, gerando um aumento imprevisível dos custos públicos e a ausência de responsabilidade política nas decisões tomadas.⁹⁴

Com o escopo de superar o temor e a ineficácia que surgem em decorrência das distorções apontadas, revela-se benéfica a mudança de certos parâmetros do controle da Administração Pública.

Na presente conjuntura, ao ponderar sobre o controle da atuação da Administração Pública, deve-se levar em conta diversos valores jurídicos a ser conciliados. Faz-se mister equilibrar a garantia de que as autoridades administrativas sejam controladas, para evitar que a discricionariedade se confunda com a arbitrariedade, a ampla acessibilidade ao controle

⁹⁴ CAMPANA, Priscilla de Souza Pestana. **O controle pelo medo: fragilidades e desafios do sistema de controle da Administração Pública**, 2018. 183 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018. p. 97.

jurisdicional, para que qualquer interessado possa buscar a reversão de situações ilegais ou abusivas praticadas pelo Estado e seus agentes, e a preservação do sistema democrático e da separação dos poderes, que atribuem às autoridades eleitas democraticamente o comando das atividades administrativas do Estado.

Entretanto, delimitar os contornos jurídicos do controle da atuação da Administração Pública não é uma tarefa simples e nem sempre oferece respostas óbvias para todos os casos. É preciso avaliar cada situação caso a caso, considerando seus próprios aspectos e peculiaridades, a fim de que se possa aplicar a solução mais adequada.

5.1. Quem detém o direito de errar por último?

O mundo jurídico contemporâneo é permeado por diversas teorias dialógicas, as quais convergem para a noção de que, em um Estado Democrático de Direito, a interpretação constitucional não pode ser monopólio de uma única entidade. Tal premissa se justifica não apenas pelo fato de que vivemos em uma sociedade plural e repleta de desacordos razoáveis, mas também pela inquestionável concentração de poder que decorre da atribuição de dar a última palavra a partir da interpretação fiel da Constituição.⁹⁵

Nos escólios de Conrado Hübner Mendes,⁹⁶ tais teorias essencialmente sustentam que não se deve buscar a competição ou o conflito para decidir a última palavra, mas sim promover um diálogo permanente e cooperativo entre as instituições que, a partir de suas expertises e contextos singulares, possam chegar ao melhor entendimento constitucional.

O Ministro Luís Roberto Barroso⁹⁷ defende a tese de que, na medida em que houver diálogo institucional entre o Parlamento e o Judiciário para a interpretação constitucional, haverá uma desaceleração da disputa institucional, porquanto as decisões serão tomadas em interação com os outros “poderes”, reduzindo o autoritarismo e a supremacia judicial. O modelo atual não pode ser caracterizado como de supremacia judicial, pois o Supremo Tribunal Federal não é o dono da Constituição, tendo, entretanto, a prerrogativa de ser o intérprete final do direito nos casos a ele submetidos.

⁹⁵ SOUSA, Francisco Arlem de Queiroz. **Direito administrativo do medo: o controle administrativo da gestão pública no Brasil**. 2021. 195 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2021. p. 152.

⁹⁶ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 57.

⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. A Razão Sem Voto: O Supremo Tribunal Federal e o Governo da Maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, número especial, p. 24-50, 2015. p. 39.

Pressupõe-se que o sentido e o alcance das normas constitucionais são estabelecidos em interação com a sociedade, os outros poderes e as instituições em geral. Então, a falta de interlocução com a sociedade, a incapacidade de justificar as decisões ou de ser compreendido, retiraria o acatamento e a legitimidade do Tribunal. De outro lado, qualquer tentativa de hegemonia sobre os outros poderes sujeitaria o Supremo a uma mudança em seu desenho institucional ou à separação de seus precedentes por alteração no direito, competência que pertence ao Congresso Nacional. Assim, o poder do Supremo Tribunal Federal tem limites claros. Na vida institucional, como na vida em geral, ninguém é bom demais e, acima de tudo, ninguém é bom sozinho.⁹⁸

Em âmbito dos diálogos institucionais, o Poder Judiciário não deve deter a última palavra em termos de interpretação constitucional, haja vista que se vive em uma sociedade plural e hipercomplexa que impossibilita que os ministros do Supremo Tribunal Federal decidam questões de moralidade. Dos ensinamentos de Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento,⁹⁹ não é saudável atribuir a nenhum órgão a prerrogativa de dar a última palavra sobre o sentido da Constituição. Afinal, a Constituição não é o que o Supremo diz que ela é. Todos os poderes são compostos por intérpretes humanos e falíveis e, por conseguinte, passíveis de cometer erros. É preferível adotar um modelo que não conceda a nenhum poder, nem ao Judiciário nem ao Legislativo, o direito de errar por último, permitindo uma permanente possibilidade de correções recíprocas no campo da hermenêutica constitucional, baseado na ideia de diálogo – esse modelo desafia a visão tradicional que concede a última palavra nessa área à Corte Constitucional.

Além da hermenêutica constitucional, a imprescindibilidade de articulação entre os entes de fiscalização demanda a ponderação acerca dos trâmites conduzidos por outras unidades ou instituições, contemplando não somente a atuação sinérgica na prática, mas, sobretudo, a instituição de mecanismos de compartilhamento de informações e saberes que, mediante a interlocução entre os órgãos de controle, promovam o avanço de processos de responsabilização atribuídos a cada instância de controle de maneira mais racional e eficiente.¹⁰⁰

⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. A Razão Sem Voto: O Supremo Tribunal Federal e o Governo da Maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, número especial, p. 24-50, 2015. p. 40.

⁹⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 310.

¹⁰⁰ CAMPANA, Priscilla de Souza Pestana. **O controle pelo medo**: fragilidades e desafios do sistema de controle da administração pública. 2018. 183 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018. p. 157.

Na esteira do destacado por Maíra Rocha Machado e Bruno Paschoal¹⁰¹ em pesquisa sobre os mecanismos de coordenação institucional, é importante salientar que o sistema de controle possui diversos mecanismos de coordenação institucional, ainda que de forma esparsa. Urge, portanto, propagar esses instrumentos para e entre os demais órgãos de controle como um primeiro passo para o afastamento das distorções apontadas no trabalho.

Com arrimo na pesquisa dos referidos autores, é possível elencar alguns desses mecanismos já existentes, cujo aproveitamento de outras formas e por outros entes pode contribuir para a responsabilização efetiva. Dentre eles, tem-se a padronização de procedimentos, o compartilhamento de informações e bancos de dados, a criação de grupos especializados, forças-tarefas e operações conjuntas, e o planejamento conjunto de ações e operações.¹⁰²

Valendo-se das premissas lançadas pelos autores, as perspectivas dialógicas podem ser aplicadas em outros matizes de relações institucionais. Entre os instrumentos que permitem a aplicação de concepções dialógicas estão as auditorias operacionais, os termos de ajustamento de gestão, as audiências públicas e a cooperação interinstitucional. Todavia, impende distinguir entre auditorias de conformidade e de desempenho, sendo que apenas as últimas oferecem uma possibilidade para a aplicação de teorias dialógicas. Ao passo que as auditorias de conformidade se concentram na verificação da regularidade do comportamento do gestor público e valorizam as consequências sancionatórias, as auditorias de desempenho valorizam o acerto e o bom desempenho, incentivando medidas cooperativas que tornam os atores do ciclo de *accountability* parceiros e aliados ao revés de antagonistas.¹⁰³

Embora se reconheça os inúmeros obstáculos à promoção de uma ampla coordenação institucional – já aludidos neste trabalho, como a vaidade institucional, a demora no atendimento das solicitações e a dificuldade de compreensão da linguagem empregada pelos outros entes de controle, é essencial fortalecer e expandir esses mecanismos de coordenação entre as instituições de controle. Considerando a necessidade de otimização e racionalização do exercício dessa atribuição pelos entes incumbidos de tal tarefa, contribuindo para o afastamento das distorções e para a responsabilização efetiva.

¹⁰¹ MACHADO, Maíra Rocha; PASCHOAL, Bruno. Monitorar, investigar, responsabilizar e sancionar: a multiplicidade institucional em casos de corrupção. **Novos Estudos CEBRAP**, [s.l.], v. 104, p. 11-36, 2016. p. 30.

¹⁰² MACHADO, Maíra Rocha; PASCHOAL, Bruno. Monitorar, investigar, responsabilizar e sancionar: a multiplicidade institucional em casos de corrupção. **Novos Estudos CEBRAP**, [s.l.], v. 104, p. 11-36, 2016. p. 32.

¹⁰³ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 311.

5.2. O controlador precisa ser controlado?

Inicialmente, é necessário compreender que os princípios são axiomas justificantes de um conjunto de regras, são conceitos orientadores. Nesse sentido, há um conjunto de fundamentos jurídicos que o concebe como uma postura de autocontenção judicial em matéria de controle de atos administrativos, dependendo da natureza desses atos.

Cumprе ressaltar que o princípio não tem o poder de afastar regras. No entanto, ele atua como um vetor interpretativo, um guia teórico na interpretação normativa, servindo como recurso em situações em que a matéria não está amparada em lei ou não há uma resposta definitiva.

No que tange ao âmbito administrativo, especialmente, em relação ao controle, a relevância do princípio da deferência judicial é enfatizada, considerando a busca incessante do órgão controlador pela única resposta correta, mesmo diante da indeterminação do Direito.

Conforme observado por Vanice Regina Lírio do Valle,¹⁰⁴ há controvérsias sobre a utilização desse princípio como critério para o controle do poder no Brasil, tendo em vista a possibilidade de sua redução indevida à função jurisdicional, logo, existem diversas abordagens na doutrina nacional.

Gustavo Binenbojm,¹⁰⁵ por exemplo, apresenta as premissas para a revisão judicial em matéria de regulação econômica, que podem orientar o controle de qualquer ato administrativo por qualquer órgão de controle. Conforme as propostas apresentadas pelo autor, o grau de controle judicial dependerá do grau de objetividade da norma incidente à hipótese, da tecnicidade da matéria, da politicidade da questão, da participação social no processo decisório e do grau de restrição imposto aos direitos fundamentais.

Há décadas, o Direito norte-americano enfrenta a questão de qual instituição deve ter suas decisões respeitadas em função de seu respaldo técnico ou político. No caso icônico *Chevron U.S.A Inc vs Natural Resources Defense Council, Inc.* (1984), a Suprema Corte norte-americana consagrou o entendimento de que a primazia na interpretação da lei é da Administração Pública, cabendo ao Poder Judiciário – e ao Controle Externo – ser deferente às

¹⁰⁴ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Deferência judicial para com as escolhas administrativas: resgatando a objetividade como atributo do controle do poder. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, [s.l.], v. 25, n. 1, p. 110-132, 30 abr. 2020. <http://dx.doi.org/10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v25i11577>. p. 110.

¹⁰⁵ BINENBOJM, Gustavo. **Estudos de Direito Público** – artigos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 123-125.

interpretações promovidas pelas agências, salvo em casos excepcionais nos quais a lei seja ambígua ou a interpretação da Administração seja desarrazoada ou inadequada.¹⁰⁶

O referido *leading case* deu origem à *Chevron doctrine*, que orienta o controle judicial das escolhas públicas. De acordo com tal doutrina, os tribunais somente devem intervir após a verificação, em um primeiro momento, da clareza ou ambiguidade da legislação e, em seguida, caso haja incerteza, se a interpretação dada pela Administração for razoável e adequada, respeitando-se a margem de apreciação a ela atribuída pelo legislador.¹⁰⁷

É inequívoca a necessidade de uma Corte de Contas deferente. Nesse ínterim, a autocontenção judicial desempenha um papel fundamental na promoção da harmonia entre as funções de controle e administração. Como abordado anteriormente, a Administração Pública possui um caráter relativamente autônomo e não se limita à mera aplicação mecânica do Direito positivo. Os gestores públicos possuem competências próprias para concretizar as finalidades estabelecidas pelo constituinte e legislador, merecendo deferência para exercer suas atividades de forma adequada, desde que dentro dos limites da legalidade.¹⁰⁸

Assim, urge examinar qual ente detém as melhores condições para proporcionar a resposta mais acurada a questões de elevada complexidade, que demandam vasto espectro de informações e conhecimentos técnicos especializados, contendo a sobreposição de competências e os equívocos de decisões pontuais que desconsiderem resultados sistêmicos indesejáveis, imprevisíveis e incalculáveis, em atenção aos pilares basilares dessa nova concepção que convoca a uma mudança institucional.¹⁰⁹

Todavia, o presente trabalho propõe o exercício da deferência aliada à perspectiva de consensualidade. Busca-se, na verdade, capturar o princípio não apenas por meio do reconhecimento abstrato da capacidade institucional especial, mas também por meio de uma matriz de controle que combina esse componente com o elemento subjetivo do diálogo institucional construído a partir da interação entre a Administração Pública e os agentes de controle.

¹⁰⁶ CAMPANA, Priscilla de Souza Pestana. **O controle pelo medo: fragilidades e desafios do sistema de controle da administração pública**. 2018. 183 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018. p. 150.

¹⁰⁷ SOUSA, Francisco Arlem de Queiroz. **Direito administrativo do medo: o controle administrativo da gestão pública no Brasil**. 2021. 195 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2021. p. 144.

¹⁰⁸ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Deferência judicial para com as escolhas administrativas: resgatando a objetividade como atributo do controle do poder. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, [s.l.], v. 25, n. 1, p. 110-132, 30 abr. 2020. <http://dx.doi.org/10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v25i11577>. p. 110.

¹⁰⁹ SOUSA, Francisco Arlem de Queiroz. **Direito administrativo do medo: o controle administrativo da gestão pública no Brasil**. 2021. 195 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2021. p. 146.

Acosta-se a Vanice Regina Lírío do Valle,¹¹⁰ ao defender, acertadamente, que a deferência é um atributo fundamental que gera três efeitos distintos na função judicante. Primeiramente, impõe ao controlador o dever de compreender os termos da opção administrativa que está sob escrutínio. Em segundo lugar, exige que o controlador verifique se a escolha administrativa está sendo implementada de acordo com o que foi formalmente enunciado – e, caso contrário, identificar os motivos da alteração. Por último, estabelece a obrigação de que a impugnação à opção administrativa seja desenvolvida com base em uma relação dialética com as razões oferecidas pela Administração para a escolha daquela trilha de ação específica.

Segue-se em consonância com a perspectiva proposta, uma vez que se acredita na possibilidade de estabelecer um diálogo saudável entre o controlador e o controlado, desde que as condições ideais de imparcialidade e isenção sejam atendidas, sem preconceitos ou animosidades. Segundo Rodrigo Valga dos Santos¹¹¹ afirma, os órgãos de controle devem entender que suas funções incluem não apenas a fiscalização, mas também, a construção de uma relação jurídica cooperativa que busca soluções mais adequadas para satisfazer as necessidades coletivas, adotando mecanismos consensuais.

5.3. Adoção de mecanismos consensuais

A Administração Pública contemporânea está gradualmente se inclinando para uma abordagem mais flexível e diversificada em seu *modus operandi*, abandonando métodos autoritários e buscando uma atuação mais participativa por meio da concertação administrativa interorgânica.¹¹²

Por sua vez, essa concertação se refere a um conceito abordado por Eurico Neto Bitencourt,¹¹³ que enfatiza um modo de agir que preza pela colaboração, diálogo e celebração de pactos entre dois ou mais entes administrativos impessoais que, ao desempenharem suas respectivas atribuições, buscam uma atuação conjunta e harmônica.

¹¹⁰ VALLE, Vanice Regina Lírío do. Deferência judicial para com as escolhas administrativas: resgatando a objetividade como atributo do controle do poder. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, [s.l.], v. 25, n. 1, p. 110-132, 30 abr. 2020. <http://dx.doi.org/10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v25i11577>. p. 118.

¹¹¹ SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito Administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 367.

¹¹² BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica: direito administrativo e organização no século XXI**. São Paulo: Imprensa, 2017. p. 191.

¹¹³ BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica: direito administrativo e organização no século XXI**. São Paulo: Imprensa, 2017. p. 195.

A consensualidade no âmbito estatal tem sido fomentada não só pela edição de normas jurídicas ou adequação das regras impostas à Administração, mas, especialmente, com o propósito de solucionar conflitos, mediante o respeito à democracia substantiva, à contratualização e à eficiência e governança, de maneira a viabilizar a harmonização de interesses e a pronta satisfação dos interesses em litígio ou em iminente rota de colisão.¹¹⁴

Na seara da Administração Pública, a consensualidade vem se consolidando como uma importante ferramenta para a solução de conflitos, e diversos dispositivos legais têm sido criados para viabilizar essa prática. No mesmo sentido, destaca-se a relevância dos dispositivos citados por Francisco Arlem de Queiroz Sousa,¹¹⁵ tais como o art. 23-A da Lei nº 8.987/1995¹¹⁶ e o art. 11, inc. III, da Lei nº 11.079/2004.¹¹⁷ Além disso, merece destaque a Lei nº 13.129/2015,¹¹⁸ que trouxe importantes mudanças para a Lei da Arbitragem, permitindo que a Administração Pública utilize essa modalidade de solução de conflitos em relação a direitos patrimoniais disponíveis. A Lei da Mediação também merece registro laudatório, por trazer diretrizes específicas para a autocomposição no âmbito da Administração Pública. Por fim, é importante ressaltar o artigo 26 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB),¹¹⁹ que ampliou os horizontes da consensualidade administrativa, demonstrando a crescente valorização desse instrumento no campo do Direito Público.

Em meio ao contexto do consenso, enfatizam-se variegadas soluções e iniciativas que visam promover um ambiente mais dialogal. Dentre elas, merece destaque a previsão do acordo de leniência na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), que merece elogios, muito embora não seja uma novidade, uma vez que tal instituto já havia sido introduzido em 2000 através da

¹¹⁴ PALMA, Juliana Bonacorsi. **Sanção e acordo na administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 237.

¹¹⁵ SOUSA, Francisco Arlem de Queiroz. **Direito administrativo do medo: o controle administrativo da gestão pública no Brasil**. 2021. 195 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2021.p. 156.

¹¹⁶ “Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (incluído pela Lei nº 11.196, de 2005).”

¹¹⁷ “Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever: [...] III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.”

¹¹⁸ “Art. 1º. As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. § 1º – A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis (incluído pela Lei nº 13.129, de 2015).”

¹¹⁹ “Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial (incluído pela Lei nº 13.655, de 2018).”

Medida Provisória nº 2.055-4 – posteriormente convertida na Lei nº 10.149/2000, que alterou a Lei Antitruste então vigente; o acordo de leniência tem sido reconhecido como um mecanismo eficaz e promissor em termos de aplicação.

A nova forma de atuação da Administração Pública, orientada pela busca do consenso, não pode ser submetida à inflexibilidade do controle tradicional, se preocupando apenas com a aderência da atuação administrativa ao cumprimento da norma e apresenta como única. Não se pode mais se limitar a esse modelo binário de controle – isto é, aprovar ou reprovar, sancionar ou não – que não considera a possibilidade de pacificação negociada das controvérsias.

No atual quadro histórico, é inegável a importância crescente da consensualidade nas relações entre o público e o privado, e os órgãos de controle não podem ficar alheios a esse fato. É preciso reconhecer que a maximização do interesse público se dará em um ambiente dialógico, no qual o diálogo construtivo, a troca de experiências, a cooperação e a colaboração mútuas são o centro de gravidade, em detrimento das sanções ou punições. Conforme Onofre Alves Batista Júnior e Sarah Campos¹²⁰ ensinam uma concepção equivocada de legalidade, baseada em um "legalismo estéril", não pode transformar os mecanismos de controle da Administração Pública em um cavalo de Troia do Direito Administrativo, especialmente em um contexto de Administração democrática, que exige soluções consensuais e participativas.

Portanto, o controle fundado no positivismo jurídico, que mede a eficiência pela capacidade de cumprir as normas, não é mais suficiente. É preciso buscar instrumentos consensuais de controle, como os Termos de Ajustamento de Gestão (TAG), que permitem a negociação e a resolução pacífica de conflitos. Vislumbra-se a atuação de controle preventivo, pedagógico e orientador da gestão pública, substituindo o tradicional modelo de controle formalista, repressivo e sancionador, diagnosticando e corrigindo as contrariedades estruturais.¹²¹

Os Termos de Ajustamento de Gestão (TAG) podem ser uma das soluções face à nova realidade administrativa, tal como estabelecido pelo Decreto nº 9.830, a teor do seu artigo 57,¹²² consistem em uma espécie de conciliação firmada entre o órgão de controle e o controlado, com

¹²⁰ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; CAMPOS, Sarah. A Administração Pública consensual na modernidade líquida. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 14, n. 155, p. 31-43, jan. 2014. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=98989>. Acesso em: 28 abr. 2023. p. 38.

¹²¹ ARAÚJO, Cláudio Costa *et al.* Termo de Ajuste de Gestão: resgate do pensamento tópico pelo Direito Administrativo pós-moderno. **Revista TCEMG**, [s.l.], p. 81-92, 2012. p. 83.

¹²² Art. 57. Os órgãos de controle público podem propor a assinatura de termos de ajustamento de gestão para o efeito de afastar a aplicação de penalidades ou sanções e adequar os atos e procedimentos do órgão ou entidade controlada aos padrões de regularidade.

o intuito de solucionar eventuais irregularidades detectadas pelo órgão fiscalizador, mediante a busca de um entendimento comum e consensual.

O TAG se apresenta como um mecanismo moderno de controle, tendo como função a rápida identificação de irregularidades e a oferta de soluções concretas. Em verdade, pode ser lido como um acordo de vontades celebrado entre o controlador e o controlado que, diante da violação de princípios e regras constitucionais e legais, de procedimentos e de políticas estabelecidas, comportamentos passíveis de sanção, assumem o compromisso de cumprir objetivos específicos, implementar correções de rota e, em caso de descumprimento, estarão sujeitos a sanções.¹²³

A teor do exposto por Flávio de Araújo Willemann,¹²⁴ o Termo de Ajustamento de Gestão (TAG) fundamenta-se no princípio da finalidade administrativa, tido como sensível no contexto do artigo 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, e expressamente previsto no artigo 2º da Lei Federal nº 9.784/99, a ser compreendido à luz de preceitos teóricos que densificam a consensualidade administrativa em prol do interesse público.

Na esteira desse raciocínio, Luciano de Araújo Ferraz,¹²⁵ autor pioneiro a sugerir a adoção do TAG pelos Tribunais de Contas, sustenta que esta implementação é calcada por uma interpretação sistemática do preâmbulo, do art. 4º, VII, e art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, bem como pela advertência contida no art. 59, §1º, V, da Lei de Responsabilidade Fiscal, art. 7º, § 6º, da Lei nº 7.347/1985 (Lei de Ação Civil Pública).

Logo, há margem para que cada órgão de controle regule seus instrumentos de consensualismo e seus TAGs de forma distinta. Por corolário lógico, o desafio será a uniformização, a identificação dos pontos em comum, as ideias e os pensamentos aceitos de forma consensual, que constituem a situação comunicacional a possibilitar o início de um diálogo embasado em argumentos e horizontalidade.¹²⁶

Cumprido realçar a síntese do inciso IX, art. 71, da Constituição Federal, o qual compete aos Tribunais de Contas “assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências

¹²³ WILLEMANN, Flávio de Araújo. Termo de Ajustamento de Gestão nas concessões: conversibilidade das sanções administrativas pecuniárias em investimentos. **Revista de Direito da Administração Pública**, [s.l.], v. I, n. 1, p. 1-12, 2012.

¹²⁴ WILLEMANN, Flávio de Araújo. Termo de Ajustamento de Gestão nas concessões: conversibilidade das sanções administrativas pecuniárias em investimentos. **Revista de Direito da Administração Pública**, [s.l.], v. I, n. 1, p. 1-12, 2012. p. 6.

¹²⁵ FERRAZ, Luciano de Araújo. **Controle e consensualidade**: fundamentos para o controle consensual da Administração Pública (TAG, TAC, SUSPAD, acordos de leniência, acordos substitutivos e afins). 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 3-4.

¹²⁶ ARAÚJO, Claudia Costa; ALVES, Marília Souza Diniz. Termo de Ajustamento de Gestão: resgate do pensamento tópico pelo Direito Administrativo pós-moderno. **Revista TCEMG**, Belo Horizonte, p. 81-92, jul-ago-set- 2012. p. 85.

necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade''. Malgrado não fosse inicialmente previsto na Constituição de 1988 como mecanismo de negociação para o ajuste da conduta do gestor aos parâmetros legais, a interpretação extensiva do dispositivo constitucional não obsta essa possibilidade.

Dessarte, com arrimo no art. 71 da Constituição Federal/1988, nada impede que os Tribunais de Contas firmem TAGs com fundamento direto constitucional. Todavia, atente-se à oportuna a previsão do instrumento na Lei Orgânica ou Regimento Interno dos Tribunais, para a previsão de celebração deste instituto, embora não seja imprescindível.

É evidente que existem obstáculos ao consensualismo, especialmente em relação às situações em que a Administração está estritamente vinculada ao regime jurídico-administrativo. À vista disso, a adoção desses mecanismos deve ser feita conscientemente. A partir dessa premissa, é possível pensar em uma transcendência no modelo de relacionamento vertical entre os órgãos de controle e a Administração Pública, afastando-se do conjuntura atual, "que tem por centro gravitacional os órgãos de controle e as sanções deles emanadas e passa-se a um modelo de gestão de rede da Administração multinível, com interação cooperada dos diversos 'corpos celestes' no sistema de controle", cedendo espaço à uma relação mais empática, horizontal e autônoma.¹²⁷

¹²⁷ SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito Administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 367.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teor do exposto, é patente que controlar em excesso não se traduz necessariamente em um controle efetivo. A hipertrofia do controle, decorrente do excesso de poder punitivo e da falta de organização coordenada das estruturas de controle, incentiva a adesão aos aspectos mais formais e de conformidade da atividade estatal, o que não garante a prevenção da corrupção, do desperdício e das irregularidades. Na realidade, acaba por radicar um clima perene de tensão institucional, de forma que os controlados tendem à autoproteção, optando por não correr riscos na tomada de decisões criativas e limitando a gestão pública a um caráter protocolar, resultado, em grande parte, de uma "paralisia decisória".

Em conformidade com a atual conjuntura, é evidente que a Administração Pública brasileira necessita de aprimoramento e, para tanto, importante é a adoção de uma cultura controladora menos formalista e mais realista, atenta às dificuldades reais do gestor e não apenas preocupada em cumprir exigências legais, muitas vezes inatingíveis. É inadmissível permitir que o controle administrativo feche os olhos para as circunstâncias concretas, que se apegue a um ideal utópico, moldado em concepções jurídicas inexistentes.

A cultura de valorização crítica das ações de controle é importante para a qualidade do Estado democrático e da máquina pública. Assim, um controle da Administração Pública remodelado deve ter como objetivos a prevenção e repressão da corrupção, a garantia da transparência e da probidade, além de corroborar para o aprimoramento da atividade administrativa, o desempenho das políticas públicas e a boa prestação dos serviços estatais. É fundamental respeitar os legítimos espaços de atuação da Administração Pública para uma atuação conjunta e cooperativa.

Neste diapasão, o equilíbrio entre a gestão pública e o seu respectivo controle é essencial para garantir uma Administração eficiente e eficaz. Assim o sendo, se propõe uma reflexão sobre a atuação do controle, com o fito de estabelecer um equilíbrio paritário, a fim de evitar o estranhamento institucional, a ineficiência pública e o apagão decisório.

É crucial exercer o controle dos atos administrativos e se antecipar à improbidade e à ineficiência, sem deixar de reconhecer a necessidade de equilibrar a tendência punitiva com a compreensão, empatia e flexibilidade, promovendo uma atuação dialógica, focada em mecanismos consensuais de resolução de conflitos, tal qual os Termos de Ajustamento de Gestão, na tentativa de equilibrar as relações entre controladores e controlados.

Em arremate, o aprimoramento das instituições republicanas de controle da Administração Pública é um processo contínuo que demanda uma postura ativa, acessível e

prospectiva. Como ensina Vanice Lírio do Valle,¹²⁸ a boa administração é um ideal perseguido continuamente, e não uma estação final, alcançada após uma trajetória previamente delineada. É uma jornada recíproca, que requer uma cidadania ativa e uma administração que não resista à transparência. O direito fundamental à boa administração é uma etapa seguinte em um longo e árduo processo de amadurecimento democrático, exigindo, como as etapas anteriores, determinação e aprendizado. Para tanto, é necessária a adoção de uma abordagem dialógica que valorize a comunicação entre as instituições, visando à consensualidade empática e a uma visão realista da gestão pública. Nesse sentir, o Direito Administrativo moderno deve incentivar essa cultura de diálogo e colaboração, promovendo a efetivação do direito fundamental à boa administração e ao bom governo. Talvez assim, o controle deixará de ser visto como uma ameaça e se tornará um instrumento eficaz de aprimoramento e desenvolvimento da Administração Pública.

¹²⁸ VALLE, Vanice Lírio do. Direito fundamental à boa administração, políticas públicas eficientes e a prevenção do desgoverno. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 10, n. 48, p. 1-254, 2008. p. 106.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. Lava Jato completa três anos de investigações com 260 acusados. **Exame**, [s.l.], 17 mar. 2017, 06:31. Disponível em: <https://exame.com/brasil/lava-jato-completa-tres-anos-de-investigacoes-com-260-acusados/>. Acesso em: 13 abr. 2023.

ALVES, Maria Fernanda Colaço. **Múltiplas Chibatas?** Institucionalização da Política de Controle da Gestão Pública Federal 1988-2008. 2009. Dissertação (Mestrado em Administração) – Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade e Ciência da Informação e Documentação, Universidade de Brasília, Brasília, 2009.

ARAÚJO, Claudia Costa; ALVES, Marília Souza Diniz. Termo de Ajustamento de Gestão: resgate do pensamento tópico pelo Direito Administrativo pós-moderno. **Revista TCEMG**, Belo Horizonte, p. 81-92, jul-ago-set- 2012.

ARAÚJO, Cláudio Costa *et al.* Termo de Ajuste de Gestão: resgate do pensamento tópico pelo Direito Administrativo pós-moderno. **Revista TCEMG**, [s.l.], p. 81-92, 2012.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista de Processo Comparado**, [s.l.], v. 1, n. 2, p. 211-229, jul./dez. 2015. Disponível em: <http://revistadeprocessocomparado.com.br/wpcontent/uploads/2016/01/ARENHART-Sergio-Artigo-Deciso-es-estruturais.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2023.

ARISTÓTELES. **Retórica das paixões**. Tradução de Isis Borges da Fonseca. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

BARRETO, Lima. O fiscal e o condutor. In: CORRÊA, Felipe Botelho. (Org.). **Sátiras e outras subversões**. São Paulo: Penguin Classics e Companhia das Letras, 2016. p. 193-262.

BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. Como entender a responsividade dos juízes no Brasil? – Um estudo a partir da confiança no Poder Judiciário. **Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP**, Belo Horizonte, ano 2, n. 6, p. 23-43, set./dez, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. A Razão Sem Voto: O Supremo Tribunal Federal e o Governo da Maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, número especial, p. 24-50, 2015.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; CAMPOS, Sarah. A Administração Pública consensual na modernidade líquida. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 14, n. 155, PÁGINAS, jan. 2014. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=98989>. Acesso em: 28 abr. 2023.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BERNARDINO, Talitha Braz. **O abuso de poder na atuação do Ministério Público**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

BINENBOJM, Gustavo. **Estudos de Direito Público – artigos e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica**: direito administrativo e organização no século XXI. São Paulo: Imprensa, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 abr. 2023.

CAMARGO, Bibiana Helena Freitas. Abordagem constitucional dos Tribunais de Contas: uma análise acerca da evolução de suas competências para alcance da avaliação qualitativa. **Revista Controle – Doutrina e Artigos**, Fortaleza, v. 18, n. 1, p. 342-376, 2020. p. 344.

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

CORREIA, José Manuel Sérvulo. Controle judicial da administração e responsabilidade democrática da administração. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 11, n. 125, p. 63-68, maio 2012.

CRETELLA JÚNIOR, José. O mérito do ato administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, [s.l.], v. 79, p. 23-37, 1965.

CUNHA, Bruno Queiroz. Uma análise da construção da agenda de inovação no setor público a partir de experiências internacionais precursoras. In: CAVALCANTE, Pedro *et al.* (Org.). **Inovação no setor público**: teoria, tendências e casos no Brasil. Brasília: Enap e Ipea, 2017. p. 43-57.

DANTAS, Bruno. O risco de infantilizar a gestão pública. **O Globo**, Rio de Janeiro, 06 jan. 2018, 00:00. Opinião. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/opiniao/o-risco-de-infantilizar-gestao-publica-22258401#ixzz53i3DcHyO>. Acesso em: 13 abr. 2023.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites do controle externo da administração pública - ainda é possível falar em discricionariedade administrativa? **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, n. 42, p. 9-24, 2013.

DROMI, Roberto. **Derecho Administrativo**. 4. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1995.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de João Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2001.

FAGUNDES, Miguel Seabra. Conceito de mérito no Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 23, p. 1-16, dez. 1951. ISSN 2238-5177. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/11830>. Acesso em: 21 abr. 2023. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v23.1951.11830>.

FERRAZ, Luciano de Araújo. **Controle e consensualidade**: fundamentos para o controle consensual da Administração Pública (TAG, TAC, SUSPAD, acordos de leniência, acordos substitutivos e afins). 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

FERRAZ, Luciano. Modernização da Administração Pública e Auditorias de Gestão. *In*: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício (Coord.). **Direito Público Moderno**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 1-7.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1992.

FONTOURA, Carolina Leite Amaral. Judicialização da política no âmbito do controle orçamentário e a controlabilidade de políticas públicas. **Revista Quaestio Iuris**, [s.l.], v. 8, n. 03, p. 1421-1440, 2015.

FREITAS, Juarez. As políticas públicas e o direito fundamental à boa administração. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC – NOMOS**, [s.l.], v. 35, n. 1, p. 195-217, jan/jun. 2015. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/2079/1555>. Acesso em: 20 abr. 2023.

GRAZIANO SOBRINHO, Sergio Francisco Carlos. **Globalização e sociedade de controle**: a cultura do medo e o mercado da violência. 2007. 267 f. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro, 2007.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O Direito Administrativo do medo: a crise da ineficiência pelo controle. **Zênite Fácil**, [s.l.], 01 set. 2020. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: 01 abr. 2023.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução de João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva e Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. Por mais realismo no controle da administração pública. **Direito do Estado**, [s.l.], 03 jun. 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Eduardo-Jordao/por-mais-realismo-no-controlada-administracao-publica>. Acesso em: 17 abr. 2023.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la constitución**. Barcelona: Ariel, 1976.

LLOSA, Mario Vargas. **A civilização do espetáculo**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

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

MADISON, James; JAY, John; HAMILTON, Alexander. **O federalista**. São Paulo: Líder, 2004.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo *et al.* Reputação institucional e o controle das Agências Reguladoras pelo TCU. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 278,

n. 2, p. 37-70, set. 2019. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/80048>. Acesso em: 14 abr. 2023.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. **Fórum de Contratação e Gestão Pública**, Belo Horizonte, n. 100, abr. 2010.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade – Sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos Estudos**, São Paulo, n. 58, nov. 2000. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.13140/RG.2.2.23817.44647>. Acesso em: 13 abr. 2023.

MCGARITY, Thomas. *Some thoughts on "deossifying" the rulemaking process*. **Duke Law Journal**, [s.l.], v. 41, n. 6, p. 1385-1462, 1992.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discrecionalidade e controle jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 1993.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MONTEIRO. Fernando Mendes. **Anti-Corruption Agencies: solution or modern panacea?** Lessons from ongoing experiences. Washington, DC: George Washington University. 2013. Disponível em: https://pdfs.semanticscholar.org/2fc6/40add4d3a515d5ced9c9c42b63ba79d3bf8f.pdf?_ga=2.135392434.228186078.1584301901-572523641.1584301901. Acesso em: 09 abr. 2023. p. 27.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAIS, Márcio Eduardo Silva Pedrosa. Sobre a evolução do Estado.: Do Estado absolutista ao Estado Democrático de Direito. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2833, 4 abr. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/18831>. Acesso em: 10 mai. 2023.

PALMA, Juliana Bonacorsi. **Sanção e acordo na administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2015.

PLATÃO. **A República**. São Paulo: Perspectiva, 2012.

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

PRADO, Mariana Mota; CARSON, Lindsey D.; CORREA, Izabela. The Brazilian Clean Company Act: Using Institutional Multiplicity for Effective Punishment **Osgoode Legal Studies Research Paper**, Toronto, v. 12, n. 3, p. 1-57, 2016. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2673799>. Acesso em: 09 abr. 2023.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do "desvio de poder" em Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 6, p. 41-78, out. 1946. ISSN 2238-5177. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v6.1946.9571>.

ROSILHO, André. Poder Regulamentar do TCU e o Acordo de Leniência da Lei Anticorrupção. **Direito do Estado**, [s.l.], 07 abr. 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Andre-Rosilho/poder-regulamentar-do-tcu-eo-acordo-de-leniencia-da-lei-anticorruptao>. Acesso em: 13 abr. 2023.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito Administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SCHIRATO, Vitor Rhein. As agências reguladoras independentes e alguns elementos da Teoria Geral do Estado. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 463-517. ISBN 978-85-450-0161-4.

SOREIDE, Tina; ROSE-ACKERMAN, Susan. Corruption in State Administration. **Yale Law & Economics Research Paper**, [s.l.], n. 529, p. 1-24, ago. 2015. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2639141>. Acesso em: 09 abr. 2023.

SOUSA, Francisco Arlem de Queiroz. **Direito administrativo do medo: o controle administrativo da gestão pública no Brasil**. 2021. 195 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2021.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros, 2014.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Deferência judicial para com as escolhas administrativas: resgatando a objetividade como atributo do controle do poder. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, [s.l.], v. 25, n. 1, p. 110-132, 30 abr. 2020. <http://dx.doi.org/10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v25i11577>.

VALLE, Vanice Lírio do. Direito fundamental à boa administração, políticas públicas eficientes e a prevenção do desgoverno. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 10, n. 48, p. 1-254, 2008.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1991.

WILLEMANN, Flávio de Araújo. Termo de Ajustamento de Gestão nas concessões: conversibilidade das sanções administrativas pecuniárias em investimentos. **Revista de Direito da Administração Pública**, [s.l.], v. I, n. 1, p. 1-12, 2012.