

Arnoldo Wald
Marçal Justen Filho
Cesar Augusto Guimarães Pereira
organizadores

O DIREITO ADMINISTRATIVO NA ATUALIDADE

Estudos em homenagem ao centenário
de **Hely Lopes Meirelles**
(1917-2017)



SUMÁRIO

Prefácio – GILMAR FERREIRA MENDES	9
Apresentação – O centenário de HELY LOPES MEIRELLES	11
Curriculum Vitae do Homenageado	15
Bibliografia de HELY LOPES	19
Retrato de HELY LOPES MEIRELLES – EURICO DE ANDRADE AZEVEDO	29
Discurso de saudação a Hely Lopes Meirelles (prêmio Pontes de Miranda, conferido pelo Instituto dos Advogados do Distrito Federal) – HENRIQUE FONSECA DE ARAUJO	43
Sobre os Autores	49
Do Plano Diretor de Desenvolvimento Integrado à Concessão Urbanística – ADILSON ABREU DALLARI	59
A ressignificação da eficiência nas empresas estatais à luz da Lei 13.303/2016 – ALÉCIA PAOLUCCI NOGUEIRA BICALHO	73
Considerações sobre as relações do Estado e do Direito na Economia – ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO	91
A evolução do conceito jurídico de autorização na doutrina brasileira – ALEXANDRE WAGNER NESTER	108
A dimensão humana de Hely Meirelles – ALICE MARIA GONZALEZ BORGES	129
Autorização de serviços públicos de transporte coletivo de passageiros de titularidade dos Estados: reflexões a partir da obra de Hely Lopes Meirelles – AMAURI FERES SAAD ...	132
O construtivismo pragmático de Hely Lopes Meirelles e o seu legado para o direito administrativo brasileiro – ANDRÉ CASTRO CARVALHO e OTAVIO AUGUSTO VENTURINI DE SOUSA	162
Um jurista e suas publicações: um diálogo com a produção acadêmica de Hely Lopes Meirelles (1959-1989) – ANDRÉ RODRIGUES JUNQUEIRA	183
A política agressora da suspensão de segurança em face dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos – ANTÔNIO SOUZA PRUDENTE	193
Natureza, efeitos e vícios das recomendações do Ministério Público – ARAKEN DE ASSIS e GIANFRANCESCO GENOSO	204
Os atos bifaces no Direito Bancário – ARNOLDO WALD	211
Conexão e continência no Processo Administrativo – ARRUDA ALVIM	228
Panorama acerca da nova Lei de Mediação e os seus reflexos na Administração Pública – AUGUSTO NEVES DAL POZZO e ANA CRISTINA FECURI	240

<i>O direito à fruição “in natura” da concessão pública e sua expropriação indireta abusiva</i> – CARLOS ARI SUNDFELD	251
<i>Mandado de Segurança e CPC de 2015: homenagem a Hely Lopes Meirelles</i> – CASSIO SCARPINELLA BUENO	262
<i>Efeitos Patrimoniais da Sentença do Mandado de Segurança</i> – CESAR A. GUIMARÃES PEREIRA	284
<i>Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparên- cia Internacional</i> – CRISTIANA FORTINI e FABRÍCIO MOTTA	296
<i>Elementos para configuração do ato de improbidade administrativa</i> – EDGAR GUIMA- RÃES	315
<i>A natureza jurídica da responsabilidade administrativa por dano ambiental</i> – ÉDIS MILARÉ	333
<i>Passado, presente e futuro: ensaio sobre a história do controle judicial da administração no Brasil</i> – EDUARDO JORDÃO	350
<i>Atos administrativos negociais</i> – EGON BOCKMANN MOREIRA	363
<i>A obra de Hely Lopes Meirelles na formação do direito administrativo brasileiro</i> – FER- NANDO MENEZES DE ALMEIDA	372
<i>Direito administrativo como controle</i> – FERNANDO VERNALHA GUIMARÃES	387
<i>Responsabilidade extracontratual das empresas estatais</i> – FERNÃO JUSTEN DE OLIVEIRA ...	403
<i>Mutabilidade nos contratos concessionais: aspectos endocontratuais e procedimentais</i> – FLAVIO AMARAL GARCIA	426
<i>Direito claramente determinado: a necessária evolução da aplicação do princípio da moralidade nos processos sancionadores</i> – FLAVIO JAIME DE MORAES JARDIM e FLÁVIO HENRIQUE UNES PEREIRA	442
<i>A cláusula de “Step-in Rights” no contexto das concessões de serviços públicos</i> – FLO- RIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO e CARLOS EDUARDO BERGAMINI CUNHA	457
<i>A teoria do órgão e suas implicações na representação judicial dos Poderes da República</i> – GRACE MARIA FERNANDES MENDONÇA	484
<i>Assimetria regulatória no setor de transporte coletivo de passageiros: a constituçionali- dade do art. 3º da Lei 12.996/2014</i> – GUSTAVO BINENBOJM	502
<i>“Convênio é acordo, mas não é contrato”: contributo de Hely Lopes Meirelles para a evolução dos acordos administrativos no Brasil</i> – GUSTAVO JUSTINO DE OLIVEIRA	516
<i>Novos contornos da autocontenção judicial: discricionariedade nas fronteiras da judi- cialização</i> – IRENE PATRÍCIA NOHARA	528
<i>As sociedades em conta de participação e a participação de sócios ocultos com serviços</i> – IVES GANDRA DA SILVA MARTINS	548
<i>Raízes da regulação no Brasil</i> – JACINTHO ARRUDA CÂMARA e FILIPE NATAL DE GASPARI	555
<i>O regime jurídico das oportunidades de negócios para as estatais</i> – JOEL DE MENEZES NIEBUHR	575
<i>A Capital Federal – Brasília</i> – JOSÉ AFONSO DA SILVA	592

<i>A origem e o futuro do Direito Administrativo</i> – JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO	607
<i>Hely Lopes Meirelles, o doutrinador. Recordações</i> – JOSÉ EMMANUEL BURLE FILHO	627
<i>Uma breve genealogia do interesse público</i> – JOSÉ GUILHERME GIACOMUZZI	635
<i>Direito Administrativo e Inovação: limites e possibilidades</i> – JOSÉ VICENTE SANTOS DE MENDONÇA	665
<i>Agentes públicos de linha de frente: a ponta criadora do Direito Administrativo</i> – JULIANA BONACORSI DE PALMA	681
<i>Regimes da desapropriação: a crítica de Hely Lopes Meirelles</i> – KARLIN OLBERTZ NIEBUHR	701
<i>Direito Administrativo</i> – LUCAS ROCHA FURTADO	719
<i>Estado Democrático de Direito e controle judicial de uma Administração Pública complexa – Breves reflexões</i> – LUIZ EDSON FACHIN e ROBERTO DALLEDONE MACHADO FILHO	748
<i>Imprevisão, incompletude e risco: uma contribuição da teoria econômica aos contratos administrativos</i> – LUIZ FUX e ANDRÉA MAGALHÃES	760
<i>Serviços de interesse econômico geral no Brasil: os invasores</i> – MARÇAL JUSTEN FILHO	785
<i>O combate à corrupção: faltam instrumentos jurídicos?</i> – MARCELO FIGUEIREDO	820
<i>Da extensão do controle judicial da Administração Pública em face do princípio da moralidade administrativa</i> – MÁRCIO CAMMAROSANO	836
<i>O mundo que Hely não viu: governança democrática e fragmentação do Direito Administrativo. Diálogo entre a teoria sistêmica de Hely e os paradigmas atuais do Direito Administrativo</i> – MARCOS A. PEREZ	851
<i>O Mandado de Segurança antes e depois de Hely Lopes Meirelles</i> – MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO	870
<i>O direito administrativo da crise</i> – MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO	885
<i>O uso remunerado da faixa de domínio por concessionária de serviços públicos na visão do STJ</i> – MAURO LUIZ CAMPBELL MARQUES	897
<i>Variações sobre um tema de Hely: moralidade administrativa</i> – ODETE MEDAUAR	910
<i>Disposições constitucionais transitórias na reforma da previdência: proteção da confiança e proporcionalidade</i> – PAULO MODESTO	915
<i>Dever de coerência na Administração Pública: precedentes administrativos, praxe administrativa, costumes, teoria dos atos próprios e analogia</i> – RAFAEL CARVALHO REZENDE OLIVEIRA	955
<i>Reabilitação de empresas declaradas inidôneas pela Administração Pública</i> – RAFAEL WALLBACH SCHWIND	974
<i>Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa: revisitando o tema</i> – REGINA HELENA COSTA	993
<i>Mecanismos de prevenção e combate à corrupção: as leis anticorrupção e os códigos de ética no âmbito dos municípios brasileiros</i> – REGINA MARIA MACEDO NERY FERRARI	1015

Limitações administrativas sobre a arte (exercício do poder de polícia – visão em paralaxe)	
– REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA	1029
Hely Lopes Meirelles e o direito retributivo dos servidores públicos – RICARDO DIP	1051
A tradicionalidade e os requisitos estabelecidos pelo STF como fundamentos constitucionais dos processos administrativos de demarcação das terras indígenas – ROBERTA JARDIM DE MORAIS e RAFAELLA DORTAS	1056
Serviço social autônomo. “Sistema S” – ROBERTO ROSAS	1077
Ética pública e moralidade administrativa no Estado Democrático de Direito – ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO	1085
A execução de título extrajudicial contra a Fazenda Pública no CPC de 2015 – SERGIO BERMUDEZ	1100
Por uma nova (e diferente) Lei de Licitações – SERGIO FERRAZ	1105
Integração metropolitana e a prestação de serviços públicos de interesse comum – SÉRGIO GUERRA	1115
Duração de convênios administrativos: aspectos gerais e o caso dos convênios de regulação de serviços de saneamento básico por consórcio público – THIAGO MARRARA ...	1130
Análise crítica do Substitutivo ao Projeto de Lei 3.729, de 2004 – TOSHIO MUKAI	1151
A interpretação do Direito Administrativo – VALMIR PONTES FILHO	1167
Como o Estado pode celebrar Contrato de Impacto Social/CIS? – VERA MONTEIRO e ANDRÉ ROSILHO	1172
Revisitando os poderes do administrador público – VITOR RHEIN SCHIRATO	1189
A cláusula de “Step-in Rights” no âmbito das concessões de serviços públicos – FURIAO COELHO	1207
O uso restrito do direito de acesso à informação pública – MAURILIA CASTELL MARQUES	1210
Disposições constitucionais transitórias na reforma da previdência: proteção da confiança e proporcionalidade – GUSTAVO JUSTINO DE OLIVEIRA	1225
Dever de coerência na Administração Pública: precedentes administrativos, praxe administrativa e a teoria da administração pública – IRENE PATRÍCIA NOGUEIRA	1252
Responsabilidade de servidores públicos por danos materiais – IYES GANDRA DA SILVA MARTINS	1270
Conceitos jurídicos institucionais e discricionários em administração pública – RICARDO DIP	1290
Mecanismos de prevenção e combate à corrupção e os códigos de ética no âmbito dos municípios brasileiros – REGINA MARIA MACEDO NERY FERREIRA	1012

DIREITO ADMINISTRATIVO COMO CONTROLE¹

FERNANDO VERNALHA GUIMARÃES

Doutor e Mestre em Direito do Estado (UFPR). Visting Scholar na Columbia University Law School (NY, USA, 2017). Professor de Direito Administrativo convidado instituições diversas. Autor de diversos livros na área do Direito Administrativo. Advogado.

1. Introdução

A expressão *direito administrativo como controle* é utilizada neste texto para referir a um enfoque do direito administrativo como técnica de controle da atividade administrativa, com vistas a assegurar o seu atendimento a padrões de conduta adequados e eticamente aceitáveis. O direito administrativo como controle compreende tanto um controle que se poderia denominar *preventivo*, materializado na *procedimentalização* da atividade administrativa, como um controle *reativo*, que envolve um arcabouço de normas voltadas ao sancionamento de agentes públicos e privados pela prática de ilícitos. Contém-se nesta expressão, ainda, a disciplina do funcionamento dos órgão e entidades de controles interno e externo às Administrações.

A disciplina jurídica do *processo* e da *contratação administrativa*, por exemplo, está aparelhada por padrões jurídico-burocráticos cuja finalidade volta-se, em alguma medida, à contenção de desvios de ética e de finalidade, servindo também ao objetivo de prevenir a corrupção. Da mesma forma, há diversos sistemas normativos integrados no direito administrativo voltados preponderantemente à punição de agentes públicos e privados pela prática de atos de corrupção e de outros ilícitos no âmbito de relações jurídico-administrativas. Assim se passa especialmente com o capítulo de sanções da Lei Geral de Licitações (Lei 8.666/93), com a Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992) e com a Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013). Além disso, o direito administrativo como controle também se preocupa com as estruturas de controle, que abrangem as controladorias internas das Administrações e os órgãos e as entidades externos vocacionados ao controle.

Todo esse arcabouço legislativo e normativo, assim como as estruturas que lhe dão efetividade, estão a serviço da prevenção e do combate aos desvios. Um aparelho de controle eficaz e efetivo será aquele que consegue inibir ou eliminar o risco de práticas reprováveis associadas ao funcionamento das Administrações. Mas é evidente que o controle, a depender de sua intensidade ou qualidade, será apto a gerar efeitos deletérios à sociedade e às instituições. De uma perspectiva econômica, há custos diretos e indiretos que derivam do funcionamento dos sistemas de controle. De um prisma jurídico, as estruturas de controle sobre a atividade administrativa não podem ir a ponto de interferir na alocação de funções estatais desenhada pela Constituição.

Logo, refletir sobre os sistemas e as estruturas de controle importa considerar não apenas a sua efetividade, mas ainda as externalidades que derivam de seu funcionamento. É preciso enxergar criticamente os sistemas de controle com as lentes do pragmatismo e do realismo, com vistas a compreendê-lo como um aparelho calibrado para produzir os

¹ Artigo publicado originariamente no livro *O Direito Administrativo na Atualidade - Estudos em Homenagem a Hely Lopes Meirelles* (coord. Arnoldo Wald, Marçal Justen Filho e Cesar A. Guimarães Pereira). São Paulo: Malheiros, 2017.

melhores resultados para a sociedade, a partir de uma análise que considere a sua relação de *custo-benefício*. A capacidade institucional para desempenhá-lo, assim como os efeitos diretos e indiretos que derivam de seu funcionamento são aspectos que necessariamente devem ser considerados para um diagnóstico crítico acerca do nosso sistema de controle.

O tema do direito administrativo como controle vem adquirindo maior visibilidade e relevância nos últimos meses e anos, particularmente em decorrência da revelação de escândalos de corrupção no seio das Administrações. Boa parte desses episódios esteve relacionado com equipamentos de controle próprios do direito administrativo, como o sistema de contratação administrativa. A revelação de uma enorme gama de atos gravíssimos de corrupção, propiciada pelo advento da operação lava-jato, despertou não apenas o interesse no aprofundamento do debate crítico sobre o perfil do ferramental jurídico de que dispomos para a prevenção e o combate da corrupção, mas a percepção de que o direito administrativo como controle não tem sido eficaz o suficiente para a dissuasão do comportamento infrator. Neste ambiente, sempre florescem orientações restritivas e tendencialmente formalistas para a revisão e reforma do aparelho jurídico anticorrupção. O sistema de contratação pública, por exemplo, que esteve no centro dos escândalos de corrupção, é uma das primeiras preocupações dos reformistas, que não raramente sustentam a necessidade de *densificação* de seu equipamento burocrático.

Por outro lado, é perceptível um descontentamento histórico com as ineficiências oriundas do *direito administrativo como controle*. São cada vez mais comuns reivindicações da doutrina quanto ao aprimoramento dos sistemas de controle, com vistas a dotá-los de maior equilíbrio e eficiência. Afinal, problemas relacionados à multiplicidade de estruturas de sistemas de controle e à sua descoordenação institucional; ao cunho excessivamente formalista de algumas estruturas, como o regime de contratação pública; ao cacoete das instâncias de controle em prestigiar interpretações reducionistas da discricionariedade dos agentes públicos e excessivamente ampliativas da responsabilização dos agentes públicos e privados etc. são frequentemente percebidos como patologias do sistema de controle.

Esse diagnóstico propõe a reflexão sobre o perfil dos equipamentos de controle de que dispõe o direito administrativo, assim como acerca da interpretação que lhe tem sido aplicada pelas instâncias de controle. Não seria excessivo dizer que tanto a criação de leis, assim como sua interpretação pelas instâncias próprias, tem padecido da falta de uma visão pragmática e realista sobre o funcionamento dos sistemas e estruturas jurídicas de controle. A formação e a aplicação do direito, neste particular, está muito mais associada a pressupostos teóricos e racionais do que às consequências práticas derivadas. E isso tem concorrido para ensejar um controle que, de um ângulo prático, tem se revelado ineficiente e pouco funcional.

É relevante, por isso, tecer um diagnóstico realista e crítico sobre os problemas que afetam o funcionamento das estruturas de controle, com vistas a buscar ajustes legislativos e jurisprudenciais que favoreçam o seu aperfeiçoamento. Com esse objetivo, o presente texto pretende oferecer alguma contribuição sobre o assunto.

2. A formação casuística e descoordenada da legislação de direito administrativo sobre o controle

É necessário perceber, inicialmente, que a formação da legislação sobre o controle não raramente tem sido orientada por casuísmos e tem carecido de uma integração sistêmica.

Leis importantes, como a Lei 12.846/2013 (lei anticorrupção)² e a Lei 8.429/1992 (lei de improbidade)³ surgiram embaladas pela comoção em torno de denúncias de corrupção. Mais recentemente, o avanço da operação lava-jato ensejou a tramitação de projeto legislativo visando ao combate da corrupção (Projeto de Lei 4.850/2016), com propostas de alteração na legislação penal e administrativa. Assim tem se passado com diversas legislações voltadas ao controle de desvios éticos e de finalidade, caracterizando aquilo que se poderia denominar de *legislação reativa* (para usar aqui a expressão de Floriano Marques Neto e Juliana B. de Palma).⁴

O problema é que essas iniciativas, inclusive pelo casuísmo que as tem originado, estão via de regra orientadas pela percepção seletiva dos casos mais sensíveis, além de carecerem de uma compreensão sistêmica do direito do controle. Como resultado, produzem-se leis que não raro pecam pelo excesso na dosimetria do controle e pela ausência de coerência e integração com outras leis que versam sobre temas equivalentes.

Essas leis acabam surgindo de modo esparsos e dirigidas a atacar problemas específicos, sem uma avaliação acerca dos seus efeitos colaterais relativamente a outras legislações. Não se avalia o impacto sistêmico de certa inovação legislativa, inclusive para o fim de desonerar o controle para outros fins.

Assim, por exemplo, o surgimento de uma lei que imponha um forte incremento no grau das penas aplicáveis às práticas de corrupção associadas à contratação administrativa, ao reforçar o incentivo para a dissuasão do comportamento infrator pela perspectiva da retribuição (controle reativo), pode provocar a conveniência em se reduzir as amarras procedimentais para a produção das decisões relativas à contratação pública (controle preventivo). Trata-se de uma abordagem compensatória do controle, que persegue uma formatação eficiente do sistema como um todo. Mas uma análise desta natureza só se viabiliza a partir de uma compreensão plena do direito do controle, submetendo as propostas legislativas ao contraste com leis já existentes, no âmbito de

² A chamada lei anticorrupção originou-se do Projeto de Lei 6.826/2010, encaminhado ao Congresso ainda em 2010 pelo então Ministro da Justiça Tarso Genro. Esse projeto acabou estacionado na Câmara dos Deputados até o advento dos protestos populares ocorridos em junho de 2013 - e que ficaram conhecidos como *manifestações dos 20 centavos* ou *jornadas de junho* -, quando sua tramitação ganhou velocidade impressionante, vindo a ser sancionada a Lei 12.846 já no dia 1º de agosto do mesmo ano. Aliás, neste mesmo dia, ainda fruto da comoção popular em torno dos escândalos de corrupção que começavam a se descortinar, a então Presidente da República Dilma Rousseff viria a sancionar um pacote de leis contra a corrupção, incluindo a Lei 12.850/2013, que tratava, dentre outros assuntos, do instituto da colaboração premiada.

³ Nos termos da exposição de motivos da Lei 8.429/92, que se originou do Projeto de Lei 1.446/1991, encaminhado pelo ex-Presidente Fernando Collor, o então Ministro da Justiça, Jarbas Passarinho, salientava que: “A medida, a todos os títulos da maior relevância política e administrativa, insere-se no marco do processo de modernização do País, que Vossa Excelência vem perseguindo com obstinação e sem desfalecimentos, em ordem a resgatar, perante a sociedade, os mais gratos compromissos de campanha que, por decisão majoritária do povo brasileiro, transformaram-se em plano de governo. Sabendo Vossa Excelência que uma das maiores mazelas que, infelizmente, ainda afligem o País, é a prática desenfreada e impune de atos de corrupção, no trato com os dinheiros públicos, e que a sua repressão, para ser legítima, depende de procedimento legal adequado - o devido processo legal - impõe-se criar meios próprios à consecução daquele objetivo sem, no entanto, suprimir as garantias constitucionais pertinentes, caracterizadoras do Estado de Direito” (Diário do Congresso Nacional - Seção 1 - 17/8/1991, Página 14124 (Exposição de Motivos).

⁴ MARQUES NETO, Floriano. PALMA Juliana B. De. “Os sete impasses do controle da administração pública no Brasil”, *In controle da administração pública* (coord. Marcos Augusto Perez e Rodrigo Pagani de Souza). Belo Horizonte: Forum, 2017, p. 22

uma avaliação pragmática que considere os efeitos das novas leis dentro do funcionamento dos regimes de controle.

A ausência desta integração e harmonização entre os regimes dedicados ao controle tem contribuído para ensejar não apenas a superposição de competências e de estruturas encarregadas do exercício do controle, ampliando o risco de conflito entre os controladores e propiciando insegurança jurídica e instabilidade institucional, mas ineficiências diversas no funcionamento do controle.

3. Diagnóstico crítico acerca do perfil excessivamente burocrático do controle de índole preventiva

Há uma percepção aparentemente generalizada acerca das ineficiências que derivam da densidade burocrática do nosso sistema de controle. Mas esse reconhecimento não necessariamente conduz à aceitação de soluções radicalmente desburocratizantes, pois a burocracia tem um papel fundamental para a garantia da correção e da retidão ética da ação administrativa. Ela é um mal necessário, ainda que se possa discutir a qualidade e a quantidade da burocracia estatal. A questão está em examinar propostas para atenuar os efeitos negativos que derivam da burocracia, sem prejudicar a sua eficácia para assegurar minimamente o atendimento a padrões éticos na manipulação do interesse coletivo.

As propostas para a desburocratização da atividade administrativa relacionam-se com o *gerencialismo*, fenômeno que retrata a tentativa de importação para a Administração Pública de boas práticas de administração e governança consagradas no mundo privado, e que vem sendo ciclicamente debatidas no país.

3.1. A experiência brasileira com o *gerencialismo*

É perceptível a existência de ciclos de desburocratização no Brasil, fruto não apenas das circunstâncias históricas, mas do progressivo incremento da complexidade das estruturas administrativas. As Administrações Públicas foram se diversificando, tornando-se cada vez mais abrangentes e complexas, gerando-se a necessidade de maior organização e coordenação de procedimentos e controles. Isso resultou num progressivo processo histórico de densificação burocrática da atividade administrativa. De tempos em tempos, no entanto, veem-se iniciativas de revisão dessas estruturas, voltadas à desburocratização. Na histórica recente, pelo menos cinco movimentos são nitidamente percebidos como iniciativas para a desburocratização das Administrações: (i) em 1956, com a criação da Comissão de Simplificação Burocrática (pelo decreto 39.605) e da Comissão de Estudos e Projetos Administrativos (pelo Decreto 39.855); (ii) em 1967, com a reforma estrutural e gerencial provida pelo Decreto-Lei 200; (iii) em 1970, com a criação da Secretaria de Modernização e Reforma Administrativa (SEMOR) do Ministério do Planejamento e Coordenação; (iv) em 1979, com a criação do Programa Nacional de Desburocratização (instituído pelo Decreto 83.740); e, finalmente, (v) em 1995, com a criação do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE), elaborado pelo então Ministério da Reforma do Estado e aprovado pela Câmara da Reforma do Estado.

Antes do movimento pela Administração Gerencial implementado pelo PDRAE, talvez se possa dizer que foi com o Decreto-Lei 200 que se experimentaram mudanças estruturais na Administração mais aproximadas ao *gerencialismo*. Mas a aplicação do modelo criado pelo Decreto-lei nº200/67 teve, na prática, dois efeitos indesejados, como já anotei em outro estudo: “(1) o favorecimento de práticas patrimonialistas e fisiológicas, ao se permitir a contratação de empregados sem concurso público; (2) a despreocupação com a Administração direta ou central, que teve seu núcleo estratégico enfraquecido por

uma estratégia oportunista do regime militar, que, de sua parte, “em vez de se preocupar com a formação de administradores públicos de alto nível selecionados por concursos públicos, preferiu contratar os escalões superiores da administração por meio de empresas estatais (Bresser Pereira)”⁵.

E foi precisamente o uso, em alguma medida, desvirtuado do modelo configurado pelo Decreto-Lei 200 um dos ingredientes que contribuíram para fomentar o retorno a uma Administração centralizadora e burocratizante desenhada pela Constituição de 1988. A partir disso, viu-se a volta a um modelo burocrático e de cariz centralizador, rígido e hierárquico. No dizer de Bresser Pereira, “a Constituição de 1988 ignorou completamente as novas orientações da administração pública. Os constituintes e, mais amplamente, a sociedade brasileira revelaram nesse momento uma incrível falta de capacidade de ver o novo. Perceberam apenas que a administração burocrática clássica, que começava a ser implantada no país nos anos 30, não havia sido lentamente instaurada. Viram que o Estado havia adotado estratégias descentralizadoras — as autarquias e as fundações públicas — que não se enquadravam no modelo burocrático-profissional clássico. Notaram que essa descentralização havia aberto espaço para o clientelismo, principalmente no nível dos estados e municípios — clientelismos esse que se acentuara após a redemocratização. Não perceberam que as formas mais descentralizadas e flexíveis de administração, que o Decreto-Lei 200 havia consagrado, eram uma resposta à necessidade de o Estado administrar com eficiência as empresas e os serviços”⁶.

Fato é que, já em meados da década de 90, a Administração Pública brasileira havia se tornado excessivamente ineficiente e ineficaz, particularmente pela centralidade das suas estruturas decisórias e pelas amarras burocráticas que se fortaleceram nos anos seguintes à publicação da Constituição de 1988.

Foi a partir deste diagnóstico que se instaurou por aqui o movimento mais recente pelo *gerencialismo* na Administração Pública, com uma série mudanças estruturais e relevantes no funcionamento da Administração, levado a cabo pela execução do PDRAE.

Mas esse movimento, embora tenha produzido resultados muito favoráveis à eficiência, não alcançou na prática todos os efeitos esperados. A desburocratização do Estado – na acepção de alcançar uma governabilidade genericamente menos apegada às amarras procedimentais e dinamicamente comprometida com a preponderância dos fins sobre os meios – foi freada, entre outras razões, pela dificuldade de renovação cultural dos atores envolvidos no aparelho governamental.

Mais recentemente, percebemos algumas iniciativas isoladas na direção da flexibilização de procedimentos, como a edição do Decreto 6.932/2009, da nova legislação das empresas estatais (Lei 13.303/2016 e Decreto 8.945/2016) e do Decreto de 7 de março de 2017, que criou o Conselho Nacional para Desburocratização – Brasil Eficiente.

3.2. Ineficiências derivadas de um aparelho excessivamente burocrático

A despeito dos movimentos pelo *gerencialismo* na Administração Pública, não seria excessivo afirmar que o aparelho do controle acolhido pelo direito administrativo ainda é preponderantemente (e excessivamente) burocrático. Essa característica, muito visível em alguns regimes como o da contratação administrativa, tem gerado ineficiências

⁵ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. PPP – Parceria Público-Privada. 2ª. Ed. Saraiva: São Paulo, 2014, p. 239. BRESSER PEREIRA. *Crise Econômica e Reforma do Estado do Brasil*. São Paulo: Editoria 34, 1996, p.274 e 275.

⁶ BRESSER PEREIRA. *Crise Econômica e Reforma do Estado do Brasil*. São Paulo: Editoria 34, 1996, p.274 e 275.

de diversas ordens.

A densidade burocrática da regulação que pesa sobre a atividade administrativa relaciona-se com a finalidade de prevenção de desvios na manipulação do interesse coletivo. Quanto mais burocrático for o processo de formação de decisões administrativas, tanto menor será o espaço para a valoração subjetiva do agente público. A ampliação da burocracia reforça o controle prévio e propicia o monitoramento automático e permanente da formação da decisão do agente público – ou da chamada “vontade normativa”. Mas ela gera custos, diretos e indiretos, que não devem ser desprezados na avaliação do perfil qualitativo e quantitativo do controle.

Por um lado, as fricções burocráticas funcionam como travas no fluxo decisório das Administrações. Quanto maior a burocracia, mais morosa será a produção das decisões administrativas. Além disso, a sofisticação burocrática demanda a manutenção de estruturas vocacionadas a proceder às análises e a conduzir os processos, o que representa custos com recursos humanos e materiais que lhe estão associados.

Por outro lado, há efeitos indiretos gerados pelo excesso de burocracia estatal. O próprio retardamento da ação estatal já é apto a gerar problemas econômicos no âmbito da sociedade e do mercado. Considerando-se, por exemplo, que o consumo estatal tem forte impacto no mercado de bens e serviços, é evidente que o retardamento do processo de contratação administrativa produz prejuízos econômicos ao seu funcionamento. Assim se passa nos casos de atraso na liberação de licenças ambientais para empreendimentos, de alvarás ao funcionamento de empresas etc. É fácil perceber as consequências econômicas negativas que se originam das travas burocráticas que podem atrasar muitas das decisões administrativas importantes para o funcionamento dos mercados e das instituições.

Para além disso, o foco preponderante sobre a cobrança de formas e procedimentos – e pouco sobre os resultados – conduz a aculturar o agente público a satisfazer-se com o atingimento de padrões formais. Os agentes públicos cada vez mais veem-se ensimesmados em suas atividades, ocupados com o objetivo de satisfazer o controle por meio da demonstração do atendimento às rotinas formais e burocráticas que lhe são impostas pela legislação e valorizadas pelo controlador. As escolhas e decisões acertadas ou eficientes que fujam aos padrões burocráticos são sempre evitadas, porquanto via de regra pouco palatáveis aos controladores.

Essa característica tem gerado efeitos deletérios a certas atividades administrativas, como a contratação pública. Neste particular, já adverti, a propósito do processo de licitação, que “o modelo de licitação que temos operado na experiência brasileira tem se revelado oneroso e ineficiente, decorrência das características de seu aparelho, riquíssimo no estabelecimento de limites de toda a ordem para que o gestor público estruture uma licitação pública. E essa disciplina adquiriu traços ainda mais exigentes e limitativos quando interpretada e aplicada pelas instâncias de controle. Toda essa cultura do excesso de controle pela burocracia e pela forma é alimentado pela premissa de que o cumprimento daqueles ritos gerará sempre o resultado mais apropriado para o interesse coletivo. Ocorre que os custos diretamente derivados da realização material dos processos de licitação (que crescem à proporção da intensidade da burocracia) e a ineficácia dos caminhos procedimentais e formais como meio de gerar as melhores escolhas para o interesse coletivo têm posto em xeque aquela premissa. Suscita-se a discussão pela renovação do modelo atual de contratação, o que passa por desburocratizar a licitação, aproximando-a da realidade dos negócios e do próprio mercado. E aqui teremos muito a fazer. A tendência, ainda que para um futuro não tão próximo, será transitarmos de um modelo burocrático e formalista para um modelo focado no alcance de resultados. O controle não se fará tanto pelo cumprimento dos ritos,

das formas e do conjunto de condições para pautar a tomada de decisão administrativa, mas pelo resultado, pelo conteúdo racional das escolhas. Para isso, será importante ampliar a transparência e reduzir a burocracia. Através da amplificação da transparência conseguiremos exercer um controle sobre a racionalidade das escolhas produzidas pela licitação, que tenderá a ser mais eficaz e legítimo - na minha visão - do que aquele operado a partir do aparelho burocrático. Aliás, esse tem funcionado em muitos casos como um instrumento de legitimação de decisões irracionais: basta que o sistema produza certo resultado para que ele esteja formalmente legitimado como o melhor resultado possível para o caso. O problema é que, na vida real, as escolhas certas muitas vezes não coincidem com os resultados apontados pelo manejo do aparelho burocrático”⁷.

A ideia de um controle forte sobre os meios baseia-se numa premissa de *desconfiança* da atuação do gestor público. Neste particular, a burocracia imposta à atividade administrativa se distancia daquela de que se vale o mundo corporativo privado para prestigiar bons padrões de governança. Sob um certo ângulo, uma grande empresa privada tem dilemas muito semelhantes ao funcionamento de uma Administração: os seus executivos precisam gerenciar contratações, tomar decisões estratégicas, aplicar bem seus recursos etc, e são prestadores de contas às estruturas com poder de controle e de deliberação. E toda essa gestão é exercida pelo executivo privado a partir de um *mandato* que lhe é conferido, tal como se passa no universo administrativo. Mas no ambiente privado, o controle é eminentemente voltado aos resultados, garantindo-se ao gestor uma boa autonomia para esse exercício. Esse mandato que lhe é outorgado está lastreado numa premissa de *confiabilidade*, cobrando-lhe fundamentalmente os resultados de sua atuação. Já, no âmbito da atividade administrativa, os controles são rigorosamente vocacionados a monitorar o cumprimento dos ritos, das formas e dos procedimentos (controle sobre os meios), o que importa na redução da autonomia do gestor. Num caso, presume-se a boa-fé do executivo privado; no outro, a má-fé do gestor público.

A eficácia do controle burocrático, por isso, atinge a formação das decisões, evitando que elas possam fugir ao roteiro desenhado ou pré-determinado pela norma. E essa preocupação com o monitoramento preventivo da formação das decisões vem em prejuízo do interesse em estimular uma gestão eficiente dos meios, o que dependeria de assegurar ao administrador uma maior liberdade de gestão.

Logo, o controle preponderantemente focado na cobrança do cumprimento dos meios e não no atingimento de resultados permite o culto ao artificialismo na construção das decisões, que nem sempre são as melhores decisões para atender aos casos concretos, mas acabam sendo *presumidas* como tais visto que resultam do funcionamento do aparelho burocrático⁸.

⁷ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. “Desburocratizando a licitação”, *In Colunistas*, número 23, 2015, In <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/desburocratizando-a-licitacao>. Acesso em 15 de abril de 2017.

⁸ Nos dizeres do PDRAE: “Na administração pública gerencial a estratégia volta-se (1) para a definição precisa dos objetivos que o administrador público deverá atingir em sua unidade, (2) para a garantia de autonomia do administrador na gestão dos recursos humanos, materiais e financeiros que lhe forem colocados à disposição para que possa atingir os objetivos contratados, e (3) para o controle ou cobrança a posteriori dos resultados. Adicionalmente, pratica-se a competição administrada no interior do próprio Estado, quando há a possibilidade de estabelecer concorrência entre unidades internas. No plano da estrutura organizacional, a descentralização e a redução dos níveis hierárquicos tornam-se essenciais. Em suma, afirma-se que a administração pública deve ser permeável à maior participação dos agentes privados e/ou das organizações da sociedade civil e deslocar a ênfase dos procedimentos (meios) para os resultados (fins)”.

3.3 A (in)eficácia do controle eminentemente burocrático para inibir desvios

Ademais disso, o aparelho eminentemente burocrático não tem sido absolutamente eficaz para inibir os desvios e a corrupção. Em muitos casos tem funcionado, inclusive, como fator para sua legitimação: cumprir o rigor formal pode produzir a sensação nos controladores de que o interesse público restou protegido. Mas a nossa experiência histórica recente, contabilizando episódios dramáticos de corrupção ocorridos no seio das contratações públicas, tem revelado que todo esse arcabouço burocrático é relativamente ineficaz ou insuficiente para inibir desvios. A dissuasão do comportamento infrator depende muito mais da efetividade e da capacidade das instituições em fiscalizar e apurar ilícitos e aplicar as penas do que dos equipamentos burocráticos de prevenção. A debilidade do aparato estatal em proceder a esta apuração, condenar os infratores e aplicar as penas correspondentes é provavelmente um dos fatores de maior repercussão prática no aumento da corrupção.

Lembre-se que, sob a teoria econômica do crime, o incentivo do infrator à prática do crime só será neutralizado pela percepção de que o seu castigo (pena), considerada a probabilidade de ser descoberto e condenado (probabilidade), será mais onerosa do que o resultado obtido com a execução do ilícito. Num cenário de pouca efetividade na apuração do ilícito e retribuição ao infrator, o fator probabilidade tende a reduzir-se a ponto de comprometer a eficácia do contra-incentivo à consumação do crime.

No que se refere ao controle vocacionado à prevenção, a imposição de padrões de boa governança e de estruturas técnicas para a formação de decisões podem funcionar muito melhor para formatar decisões eticamente desejáveis comparativamente à imposição de padrões excessivamente formalistas e burocráticos.

4. O ativismo do controlador e sua visão sua maximalista do controle

É necessário notar, ainda, que o fenômeno de densificação burocrática do aparelho de controle preventivo deve-se, em boa medida, à interpretação e aplicação do direito pelos controladores. Vale dizer: se é certo que nosso aparelho, abstratamente concebido, já veio equipado com excessivas travas burocráticas, toda essa burocracia adquiriu intensidade ainda maior quando interpretada pelo controlador⁹.

Além disso, não é difícil perceber um cacoete histórico dos controladores em prestigiar um controle amplo e interventivo sobre a atividade administrativa. É o que se poderia denominar da cultura do excesso de controle, que se inspira em uma premissa de *quanto mais controle melhor*. Mas essa concepção ignora que o funcionamento do

⁹ Já há, no entanto, manifestações do TCU em prol do aperfeiçoamento e desburocratização do controle. Confira-se trecho do voto da Ministra Ana Arraes, no Acórdão 1007/2016 – Plenário, que tratou de auditoria operacional realizada pelo tribunal com a finalidade de avaliar, dentre outras questões, a efetividade dos controles administrativos do Ministério da Educação – MEC e do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE para a aplicação de recursos do Programa Dinheiro Direto na Escola (PDDE) e do Plano de Ações Articuladas (PAR-infraestrutura): “Dessa forma, em detrimento das propostas da unidade técnica de recomendação para que o FNDE e o MEC avaliem a conveniência de incluir termos de doação e listas de bens adquiridos nas prestações de contas, considero que é mais compatível com a lógica da política pública a implementação de mecanismos de prestação de contas mais simplificados, que estimulem o controle social em detrimento do controle burocrático tradicional. Assim, sem adentrar às filigranas de eventual regulamentação para que não haja avanço à competência dos órgãos executivos, proponho recomendar ao FNDE e ao MEC que revisem os normativos e manuais que regulamentam o PDDE a fim de que sejam definidas regras de prestação de contas que, sem descuidar da necessidade de aprimoramento do controle sobre os bens adquiridos ou produzidos, tenham por essência o controle social, a transparência, a desburocratização, a tempestividade e a priorização de controles tecnológicos”.

controle gera custos diretos e indiretos¹⁰; e, ainda, que um controle exacerbado sobre a atividade administrativa interfere, em muitos casos, na legitimação das decisões públicas.

Logo, o exercício do controle externo sobre as decisões administrativas tem padecido de uma visão *formalista* e *maximalista*, o que vem acarretando a redução da discricionariedade do administrador e o seu apego às formas não tanto ao mérito ou ao resultado de sua atuação.

A visão maximalista do controle foi sendo construída a partir de entendimentos jurídicos expansivos exercitados sobre os espaços indeterminados (e também pela relativização de espaços determinados) das normas jurídicas.

4.1. A indeterminação da norma e os espaços de discricionariedade capturados pelo controlador

É evidente que muitas das normas jurídicas que condicionam as condutas do administrador possuem *textura aberta*, pois é impossível pré-determinar todos os caminhos e as escolhas possíveis a serem adotadas pela Administração. É inerente ao direito administrativo normas de caráter aberto e que se utilizam de termos indeterminados. Normas desta natureza propiciam o exercício de competências discricionárias pelo gestor público.

Essa discricionariedade vem sendo reduzida pelo efeito da atuação dos controladores, que têm concebido parâmetros jurisprudenciais com vistas a restringir sobremaneira a liberdade do gestor.

Num certo sentido, a criação de parâmetros vinculantes, mesmo que originados dos controladores e não diretamente das normas, pode produzir o efeito desejável de assegurar maior segurança jurídica às relações jurídico-administrativas. Trata-se de um efeito positivo que decorre da criação de orientações vinculantes pelos órgãos de controle.

O problema é que os standards que frequentam a jurisprudência dos controladores acabam prestigiando uma interpretação não apenas formalista e burocrática do direito, mas excessivamente restritiva da liberdade do administrador público (funcionando como um verdadeiro legislador)¹¹. A premissa subjacente a esses entendimentos é a de que, ao reduzir-se sobremaneira a liberdade do gestor, conduzindo-o à adoção de parâmetros rígidos e abstratamente concebidos, reduz-se o risco de desvios. Mas essa premissa,

¹⁰ Como bem apontou Eduardo Jordão, “de uma perspectiva econômica, o direito não pode e não deve colocar como meta a eliminação de toda hipótese de abuso de poder. Este objetivo não é apenas *faticamente* irrealizável. Ela é inconveniente mesmo a partir de uma perspectiva teórica, voltada para a maximização do bem-estar social. A partir de um certo patamar, a busca adicional de eliminação do abuso de poder é injustificável num cálculo de custos e benefícios. Dito claramente, o *nível ótimo* de abuso de poder numa sociedade será sempre maior do que zero e o desenho de diversas instituições parte implicitamente deste pressuposto (Cf. Vermeule, “Optimal abuse of power”)”. JORDÃO Eduardo. “Por mais realismo no controle da administração pública”, in *Revista Colunistas*, Número 183, 2016, <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Eduardo-Jordao/por-mais-realismo-no-controle-da-administracao-publica>. Acesso em 27 de abril de 2017

¹¹ Um exemplo extrai-se de trecho do voto condutor do Acórdão 834/2014-TCU-Plenário, que, a propósito da contratação administrativa, consignou: “a *subcontratação deve ser tratada como exceção. Só é admitida a subcontratação parcial e, ainda assim, desde que demonstrada a inviabilidade técnico-econômica da execução integral do objeto por parte da contratada, e que haja autorização formal do contratante*”. Ora, a avaliação acerca da conveniência da subcontratação deve ser reservada ao administrador, inclusive por se tratar de aspecto inerente à melhor estipulação do conteúdo do contrato. Admiti-la ou não, no mais das vezes, será uma avaliação relacionada à *eficiência* da contratação. Não há parâmetros legais ou normativos abstratos a guiar a opção do administrador, neste particular. Em razão disso, não é legítimo que o controlador, oferecendo um verdadeiro complemento à legislação, busque restringir o cabimento da subcontratação, exigindo, inclusive, que se demonstre “a inviabilidade técnico-econômica da execução integral do objeto por parte da contratada”.

levada às últimas consequências, conduziria à paralisia da atividade pública ou à eliminação da criatividade do administrador (embora eliminasse integralmente o risco de desvios). O fato é que, amparado nesta máxima, o controlador vem imprimindo muito rigor, formalismo e redução de liberdade à atuação do gestor.

Isso se explica também pelo fato de que a uniformização desses parâmetros geralmente acaba se originando de entendimentos extraídos de casos de desvios de ética e de práticas de corrupção. São casos assim sensíveis que acabam servindo de amostragem para a configuração de parâmetros jurídicos para orientar a atuação do gestor público. Mas a generalização desses entendimentos não está sendo acompanhada de um levantamento sobre a recorrência daqueles desvios na prática administrativa e da eficácia desses parâmetros como óbice à corrupção. Daí gerar-se o risco de que tais interpretações sejam excessivamente restritivas da liberdade do administrador, o que produz ineficiências diversas na atividade administrativa e gera o risco da usurpação indevida do espaço decisório do administrador pelo controlador.

Temas dotados de maior complexidade, e que admitem pluralidade de interpretações, são aqueles que têm ensejado um ativismo maior do controlador. Assim vem se passando tanto no campo da *contratação pública* (pelos tribunais de contas), como no temário da *improbidade administrativa* (pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário).

Assim, por exemplo, o artigo 25 da Lei 8.666/93 admite a contratação direta por inexigibilidade de licitação sempre que houver inviabilidade de competição. Em princípio, há inúmeros casos que podem (devem) originar contratações diretas, em função da inadequação do processo de licitação. Mas boa parte desses casos não tem sido palatável para os controladores, que preferem afastar a via da contratação direta e prestigiar o uso ampliado da licitação. Com isso, cria-se uma jurisprudência que delimita negativamente o uso dessa modalidade de contratação. Logo, a contratação direta por inexigibilidade de licitação é uma hipótese percebida pelo controlador como *excepcional*, cabível em hipóteses raras, e cuja transgressão conduz, inclusive, ao enquadramento em prática de improbidade administrativa – podendo derivar para o enquadramento como ilícito criminal. Essa visão restritiva da contratação direta decorre, por um lado, da ideia de que a isonomia deve sempre se sobrepor à escolha subjetiva do gestor, e, por outro, de que a liberdade de escolha conduz ao risco de corrupção. O problema é que nem a preservação da isonomia deve prevalecer em casos em que isso signifique uma solução menos eficiente à Administração (pois o objetivo desse processo é obter-se a contratação mais vantajosa para o interesse administrativo), nem se garantir escolhas subjetivas ao gestor propicia risco ampliado de corrupção para situações desta natureza¹². Como resultado, os controladores criam parâmetros bastante restritivos para limitar o uso da inexigibilidade e dispensa de licitação, onerando a contratação pública nos demais casos.

Bem ilustra o ativismo do controle no temário da contratação direta os entendimentos historicamente restritivos acerca da contratação direta de serviços

¹² Floriano de Azevedo Marques Neto e Juliana Bonacorsi de Palma lembram que a teoria do controle no âmbito do administrativo tem sido construída a partir de certos *truísmos doutrinários*, como: “1) quanto maior a margem de liberdade conferida aos gestores públicos para atuar (discricionariedade), maior o risco de corrupção; 2) quanto maior a incidência de controle, maior a certeza de que a Administração atue dentro dos quadrantes da legalidade; 3) Instituições de controle fortes, dotadas de irrestrita independência funcional e avantajados recursos, barram a corrupção; 4) A corrupção na máquina pública é contida por meio de punições exemplares: é o efeito simbólico de sanções pesadas que constrange novas práticas delitivas e infracionais públicas”. MARQUES NETO, Floriano. PALMA Juliana B. De. “Os sete impasses do controle da administração pública no Brasil”, *In controle da administração pública* (coord. Marcos Augusto Perez e Rodrigo Pagani de Souza). Belo Horizonte: Forum, 2017, p. 30.

jurídicos. A recorrência de orientações excessivamente restritivas a esse respeito, com enquadramento em práticas de improbidade administrativa, levou o Conselho Nacional do Ministério Público a editar a Recomendação n.º 36, de 14 de junho de 2016, veiculando o entendimento de que “a contratação direta de advogado ou escritório de advocacia por ente público, por inexigibilidade de licitação, por si só, não constitui ato ilícito ou improbo, pelo que recomenda aos membros do Ministério Público que, caso entenda irregular a contratação, descreva na eventual ação a ser proposta o descumprimento dos requisitos da Lei de Licitação”.

Diversos outros exemplos poderiam ser lembrados. O fato é que esse exercício ampliado do controle sobre temas variados do dia-a-dia das Administrações importa uma progressiva transferência de espaços decisórios do administrador para o controlador externo. Essa questão não é nova e tem suscitado esforços da doutrina com vistas a encontrar critérios que permitam demarcar a atuação do controle externo à atividade administrativa.

4.2. A desejada postura “deferente” do controlador à porção política e técnica das decisões

O problema do controle sobre a *discrecionariade* do administrador é um tema difícil e apresenta forte relação com a questão da *legitimidade democrática* e com a distribuição constitucional de funções pelos Poderes do Estado. Em muitos casos, a captura pelo controlador das escolhas técnicas ou jurídico-políticas do administrador pode significar um fenômeno de *deslegitimação* democrática pelo direito. Isso dependerá da natureza do controlador, assim como da intensidade e da abrangência desse controle.

Assim se passa porque o espaço de ação e autonomia do administrador público não está perfeitamente demarcado pelo direito. As fronteiras que o delimitam são fluidas, o que significa que sobre ele recai um controle de variada intensidade. Os princípios jurídicos conferem ao direito uma certa porosidade às impressões ideológicas do intérprete (que podem inclusive acarretar a desvalorização da força objetiva das *regras*). Os controladores, sob o pretexto de aplicar o direito (particularmente, o direito dos princípios), podem adotar entendimentos mais ou menos invasivos das escolhas típicas e próprias do administrador. A medida desse controle, tanto administrativo como judicial, consiste num dos problemas mais complexos e difíceis do direito e que tem ocupado a doutrina diuturnamente.

É útil à análise a discussão que se vem travando historicamente em torno da intensidade do controle judicial sobre a *discrecionariade* administrativa. Tem sido comum a afirmação de que a deferência do controlador à decisão administrativa depende da natureza da questão sob exame: (i) questões juridicamente sensíveis devem ser objeto de apreciação pelo controlador (juiz); mas (ii) questões de índole política e (iii) aquelas que dependam de abordagens técnicas complexas e específicas devem ser reservadas ao administrador, quando o controlador deverá adotar uma postura *deferente*¹³. A construção desses parâmetros busca não apenas preservar a legitimação democrática das decisões administrativas, evitando que a captura das escolhas políticas pelo controlador, mas está orientada pragmaticamente a alocar a competência decisória à instituição mais apta a exercê-la: faz sentido, por exemplo, que a instância melhor aparelhada para proceder a avaliações técnicas (agências reguladoras, por exemplo) tenha prevalência sobre aquela apta ao controle de sua juridicidade (juiz). Da mesma forma, o Poder Judiciário se presume melhor qualificado para o julgamento de questões juridicamente sensíveis.

¹³ Aprofundar em JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa*. São Paulo: Malheiros, 2016.

Um dos autores que mais se debruçaram sobre essa temática no direito nacional foi Eduardo Jordão, que advertiu a impropriedade de se aplicar inexoravelmente esses padrões, pois há não apenas uma dificuldade quase intransponível na identificação da *natureza da decisão administrativa*¹⁴, como as opções valorativas que lhe são subjacentes podem alterar-se em função de especificidades e mudanças institucionais.

Mas o reconhecimento de uma excessiva relatividade (ou *referibilidade* às características dos casos concretos) pode conduzir à ampliação da liberdade do controlador e à instabilidade do controle jurídico. Ou, ainda, a busca pela sofisticação dos critérios e procedimentos para a definição da competência para a apreciação das questões administrativas pode impor custos e dificuldades à operacionalidade do controle. Trata-se, como o próprio Eduardo Jordão¹⁵ assinala, de um dilema que se estabelece entre a *sofisticação* e a *operacionalidade* do controle (judicial) sobre decisões administrativas.

Seja como for, as impressões que se colhem da prática do controle (extrajudicial) sobre a atividade administrativa no Brasil tendem a caracteriza-lo como um controle *maximalista*, que não raramente invade o campo das opções discricionárias (estratégicas) e das análises técnicas e próprias do administrador. Vários exemplos poderiam ser lembrados para exemplificar o alegado.

Neste particular, sem desprezar as dificuldades e as variáveis envolvidas nesta análise (como a dificuldade em se demarcar a natureza das questões ou a variabilidade da capacidade institucional dos atores), é necessário buscar alguma demarcação jurídica para alocar os espaços decisórios e preservar a autonomia de escolhas políticas e técnicas do administrador.

Tal como o sistema brasileiro de controle está desenhado e tal como ele vem operando na vida prática, é possível diagnosticar sua incapacidade de proceder análises avançadas acerca da porção técnica das decisões administrativas, assim como sua inaptidão jurídica para gerenciar as escolhas políticas do administrador.

Relativamente às decisões que se relacionam a escolhas técnicas¹⁶, é necessário observar que o ponto de observação do controlador não lhe permite capturar e gerenciar todas as informações e os aspectos técnicos que circundam e embasam as escolhas do administrador. Inclusive porque a estrutura dos órgãos de controle não está atualmente aparelhada para isso.

Da mesma forma, a formação das decisões de cunho político, na maioria dos casos, nasce no contexto de planejamentos públicos, que pressupõem um conjunto de estudos, dados e informações que não estão plenamente acessível aos controladores¹⁷.

¹⁴ “Na maioria das vezes – ou mesmo na *totalidade* dos casos – as decisões administrativas são caracterizadas por *diferentes aspectos*, ao invés de marcadas por uma *natureza específica*. Isso significa que o reconhecimento de uma “natureza” importa, na realidade, uma operação consistente na ponderação dos *diferentes aspectos*, para identificação (ou escolha) daquele que é mais saliente”. JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 173).

¹⁵ *Controle judicial de uma administração pública complexa*. São Paulo: Malheiros, 2016. P. 42.

¹⁶ Essa questão é evidentemente complexa e a afirmação deve ser compreendida em termos. Há diversas situações que podem reconduzir-se à noção de *apreciação técnica* ou de *discricionariedade técnica* (embora essa sequer exista como instituto próprio do direito, como adverte Cesar Guimarães Pereira), sendo que em certos casos podem assumir status de legalidade, como nas hipóteses de erro nas apreciações ou juízos técnicos instrumentais a certa decisão. Aprofunde-se em PEREIRA, Cesar Guimarães. “Discricionariedade e apreciações técnicas da Administração”. In *Revista de Direito Administrativo* n. 231. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 256 e seguintes.

¹⁷ Um exemplo é o caso da distribuição de medicamentos, que vem sendo controlada por juízes sob a invocação do direito à saúde daqueles que ingressam em juízo. O problema é que a distribuição de medicamentos pressupõe escolhas que são realizadas em função do orçamento público. Há uma política alocativa orçamentária que é realizada pelo administrador (e pelo Legislador) e que interfere na política de

Isso faz do Poder Executivo, pelo menos no atual estado de coisas, a instância mais qualificada para tomar decisões administrativas de índole técnica ou política.

É evidente, no entanto, que os controladores, dentro de suas competências próprias, não só podem como devem controlar a porção ou os aspectos de legalidade das decisões administrativas. E não se deve desprezar, como já referido, as dificuldades quanto à identificação da natureza das questões objeto do controle, sendo impossível em muitos casos demarcar com razoável precisão esses temas para o fim de melhor endereçar o controle. Mas é preciso prestigiar o acolhimento de regras instrumentais para que o controle evite usurpar funções que melhor estarão desempenhadas pelo administrador público. Neste particular, é necessário reconhecer a prevalência das opiniões e orientações do administrador relativamente a temáticas de natureza técnica ou política, só se justificando a ingerência dos controladores sob um contexto de *manifesta* contrariedade a padrões interpretativos extraídos dos conceitos normativos indeterminados (e devidamente justificados pelo controlador). Havendo tese jurídica a amparar as escolhas do administrador, não será possível que o controle as substituía por outras que lhes pareça mais adequada, mais justa ou “mais lícita”.

4.3 A ineficiência derivada da retração do gestor público

Uma outra decorrência do controle maximalista é a retração do administrador público que, exposto aos riscos jurídicos de um controle avantajado e valendo-se de um instinto de autopreservação, tende a reduzir a sua esfera de atuação decisória. Isso propicia, quando não uma verdadeira paralisia na atividade administrativa, morosidades, abstenções e, especialmente, a recusa de soluções e encaminhamentos menos ortodoxos, ainda que presumidamente mais eficientes.

Com isso vem se instalando, como já referi em outro estudo, aquilo que se poderia denominar da *crise da ineficiência pelo controle*, fruto de um *direito administrativo do inimigo*: “acuados, os gestores não mais atuam apenas na busca da melhor solução ao interesse administrativo, mas também para se proteger. Tomar decisões heterodoxas ou praticar ações controvertidas nas instâncias de controle é se expor a riscos indigestos. E é compreensível a inibição do administrador frente a esse cenário de ampliação dos riscos jurídicos sobre suas ações. Afinal, tomar decisões sensíveis pode significar ao administrador o risco de ser processado criminalmente. Como consequência inevitável da retração do administrador instala-se a ineficiência administrativa, com prejuízos evidentes ao funcionamento da atividade pública”¹⁸.

distribuição de medicamentos. Trata-se, portanto, de uma questão de índole política, que não tem como ser gerenciada adequadamente pelo juiz, ainda que retoricamente se possa aduzir um direito abstrato do cidadão à percepção de medicamentos.

¹⁸ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. “O direito administrativo do medo: a crise da ineficiência pelo controle”, *In Revista Colunistas*, Número 71, 2016, <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>. Acesso em 27 de abril de 2017. No mesmo artigo, assinala-se que: “A tonificação e densificação do controle da atividade administrativa trazida com a Constituição de 88 surge como resposta à farra de desmandos e frouxidão ética do gestor público historicamente percebida como uma patologia da Administração Pública. Na esteira desse processo, o sistema de controle se renovou e se aperfeiçoou, e passou a ser cultuado como um dos pilares fundamentais da legitimação democrática. A partir disso, o culto ao controle na atividade administrativa só cresceu e se alastrou. Isso foi bom. Mas a disseminação da cultura do controle não veio acompanhada de ressalvas importantes em relação às tais externalidades negativas que dele podem derivar. Há pelo menos dois aspectos que podem ser percebidos em relação à assimilação acrítica da cultura do controle. Em primeiro lugar, disseminou-se a compreensão de que quanto mais controle, melhor, como se a dose de controle fosse indiferente ao bom funcionamento do aparelho administrativo. Em segundo lugar, prestigiou-se um equipamento essencialmente burocrático

Ou seja: a ampliação da intensidade do controle - por ampliar, consequentemente, a exposição do gestor público a riscos jurídicos - vem encarecendo a tomada de decisões administrativas. Afora os custos derivados da necessidade de atender à demanda dos controladores por informações, justificações, manifestações, há um custo oriundo da opção pela decisão menos eficiente. É que nem sempre a opção mais segura ao gestor é a mais eficiente ao interesse administrativo. Aliás, em grande parte dos casos se passa precisamente o inverso: o receio em tomar decisões criativas e que fujam ao cardápio das opções conhecidas do controlador conduz o gestor à adoção de uma decisão ineficiente.

5. Superposição de competências e descoordenação institucional no exercício do controle

Por outro lado, o exercício do controle tem sido marcado por uma excessiva *insegurança jurídica*, que deriva tanto da (i) *ausência de uniformidade de interpretações* pelas múltiplas instâncias de controle, como da (ii) *ausência de coordenação institucional* entre os controladores, num contexto em que se verifica a superposição de competências e a multiplicidade de autoridades afetadas ao exercício do controle.

A ausência de unidade de entendimentos em torno de muitos temas relevantes do direito administrativo tem sido apontada como um dos fatores que mais contribuem para corroer a segurança e a estabilidade jurídicas, tão necessárias para assegurar um ambiente adequado para desenvolvimento dos negócios no país. Tome-se como exemplo o ministério público, atualmente caracterizado por uma fragmentação institucional capaz de gerar um risco ampliado de entendimentos divergentes e conflituosos. A autonomia funcional dos agentes do ministério público lhes confere a condição de manifestar orientações e posicionamentos independentes, o que concorre para estimular um pluralismo interpretativo¹⁹ perigoso para a segurança jurídica.

Outro aspecto que colabora com esse quadro de instabilidade jurídica é multiplicidade de autoridades afetadas ao controle. A legislação não cuidou de demarcar objetivamente as competências ao exercício do controle, abrindo a porta para a superposição de atribuições e de decisões. Figure-se um exemplo de uma contratação direta fraudulenta cometida no âmbito de um estado, mas com recursos federais. Trata-se um fato sujeito ao controle concorrente: (i) pelo órgão estadual afetado à aplicação das sanções previstas na Lei Anticorrupção; (ii) pelo órgão federal afetado à aplicação das sanções previstas na Lei Anticorrupção; (iii) pelo tribunal de contas regional; (iv) pelo Tribunal de Contas da União; (v) pelo ministério público estadual; (vi) pelo ministério público federal; (vii) a depender do caso, pelo CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), podendo ainda merecer a instauração de processo administrativo para sancionamento perante as autoridades regionais voltadas ao controle dos ilícitos de licitação e contratação administrativa. Como se observa, no problema formulado, interferem autoridades diversas credenciadas para o processamento e aplicação de sanções, sendo que todas elas podem ter visões diferentes sobre o mesmo fato e sobre o seu enquadramento jurídico.

de controle, desprezando-se seus aspectos finalísticos. Isso se relacionou também ao conforto do controlador em se utilizar de um aparato que lhe oferecesse parâmetros seguros de análise e aferição”.

¹⁹ A propósito dos temas relacionados à licitação, identificando propostas para melhorar a sua eficiência, Carlos Ari Sundfeld defende que “Uma maneira adequada de operar essa mudança é pela introdução de conselhos de contratação pública dentro de cada unidade da Federação. Esses órgãos teriam a finalidade de fazer padronizações (de ditais, de equipamentos, etc), editar instruções, solucionar dúvidas, editar súmulas – enfim, trabalhar permanentemente na unificação de soluções”. SUNDFELD, Carlos Ari. “Como reformar as licitações?”, *In Contratações pública e seu controle* (coord. Carlos Ari Sundfeld). São Paulo: Malheiros, 2013, p. 276.

Mais recentemente tem-se visto também verdadeira disputa institucional em torno de certas prerrogativas de controle. É o caso da delimitação de competência para a celebração dos acordos de leniência, disputada pela Controladoria Geral da União (CGU) e pelo Ministério Público²⁰. Esses acordos têm sido ainda objeto de controle pelo Tribunal de Contas da União (Acórdão 483/2017 – Plenário).

Essa confusão institucional, oriunda da superposição de competências e de indefinições relacionadas à aptidão das entidades para o seu exercício, tem sido lamentavelmente uma característica do nosso sistema de controle. Trata-se de um dos fatores mais impactantes na segurança jurídica e na estabilidade institucional exigidas para o adequado funcionamento do aparelho de controle.

²⁰ Lembre-se que essa temática permeou as discussões em torno da extinta Medida Provisória nº 703/2015, que alterava a Lei nº 12.846/2015 (Lei Anticorrupção) e dispunha sobre os chamados acordos de leniência, quando se reivindicava a participação obrigatória do ministério público na formação dos acordos de leniência. A celebração destes acordos, no âmbito da regulamentação lei anticorrupção, está disciplinada pela Portaria Interministerial CGU/AGU nº 2.278, de 15 de dezembro de 2016.