

MARCOS AUGUSTO PEREZ  
RODRIGO PAGANI DE SOUZA

*Coordenadores*

*Prefácio*

Odete Medauar

# CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Belo Horizonte  
 EDITORA  
**Fórum**

2017

© 2017 Editora Fórum Ltda.

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do Editor.

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari	Flávio Henrique Unes Pereira
Alécia Paolucci Nogueira Bicalho	Florianópolis de Azevedo Marques Neto
Alexandre Coutinho Pagliarini	Gustavo Justino de Oliveira
André Ramos Tavares	Inês Virginia Prado Soares
Carlos Ayres Brito	Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
Carlos Mário da Silva Velloso	Juarez Freitas
Cármem Lúcia Antunes Rocha	Luciano Ferraz
Cesar Augusto Guimarães Pereira	Lúcio Delfino
Clovis Beznos	Marcia Carla Pereira Ribeiro
Cristiana Fortini	Márcio Cammarosano
Dinorá Adelaide Musetti Grotti	Marcos Ehrhardt Jr.
Diogo de Figueiredo Moreira Neto	Maria Sylvania Zanella Di Pietro
Egon Bockmann Moreira	Ney José de Freitas
Emerson Gabardo	Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho
Fabício Motta	Paulo Modesto
Fernando Rossi	Romeu Felipe Bacellar Filho
	Sérgio Guerra



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira  
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Savassi – CEP 30130-012  
Belo Horizonte – Minas Gerais – Tel.: (31) 2121.4900 / 2121.4949  
www.editoraforum.com.br – editoraforum@editoraforum.com.br

C759 Perez, Marcos Augusto

Controle da administração pública / Marcos Augusto  
Perez e Rodrigo Pagani de Souza. – Belo Horizonte : Fórum,  
2017.

406 p.  
ISBN: 978-85-450-0193-5

1. Direito financeiro. 2. Direito municipal. 3. Direito  
Constitucional. I. Souza, Rodrigo Pagani de. II. Título.

CDD 342  
CDU 342.9

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2002 da  
Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Controle da  
administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. 406 p. ISBN 978-85-  
450-0193-5.

## OS SETE IMPASSES DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL

FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO

JULIANA BONACORSI DE PALMA

### 1.1 Introdução

Desde a promulgação da Constituição de 1988 o Brasil vivencia um movimento de *ampliação do controle da Administração Pública*.

Por um lado, instituições foram criadas com a única e exclusiva finalidade de verificar a lisura nos gastos orçamentários e checar a legalidade no exercício das competências públicas. Exemplo disso é a Controladoria-Geral da União. Muito embora a origem da CGU se relacione diretamente com a tentativa de elevar a credibilidade no Poder Público, pois o controle interno praticado por um órgão autônomo simbolizaria uma gestão menos permissiva com atos de corrupção, fato é que a instituição surgiu em atendimento ao *discurso de controle*: maior controle, menor discricionariedade e conseqüente maior lisura pública. Por outro lado, instituições já consolidadas no panorama político brasileiro foram reconfiguradas praticamente por completo para efetivar com maior força o ideal de controle. É o exemplo do Ministério Público, que, além de se emancipar frente ao próprio Executivo, foi paulatinamente estruturado em termos de carreira, orçamento, capacitação de quadros, prestígio e organização administrativa – no qual se destaca a artificial construção da figura do promotor-natural<sup>1</sup> – para desempenhar com maior efetividade possível o controle da Administração Pública.

<sup>1</sup> Sobre a construção da figura do *promotor natural*, a partir de uma astuta interpretação da Constituição ver MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Ente independência institucional e neopatrimonialismo: a distorção da doutrina do promotor natural. In: RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). *Ministério Público: reflexões sobre princípios e funções institucionais*. São Paulo: Atlas, 2010.

Some-se a esse panorama institucional a criação de mecanismos de controle. Nessa frente, o Legislativo desempenhou importante função de editar leis que criaram novas ações, procedimentos, sanções, competências fiscalizatórias e sancionatórias, bem como outras ferramentas de efetivação do controle da Administração Pública. De um modo geral, essa legislação de controle adveio com a redemocratização. Porém, em grande medida esse arcabouço normativo resulta de um estilo de produção normativa, o a "legislação reativa". Diante de denúncias e crises de ética na esfera administrativa, o legislador tende a reagir aprovando a primeira proposta de lei que pareça sanear os costumes da Administração Pública. Exemplo categórico é o da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), um claro posicionamento do Legislativo frente ao Caso Collor. Ou a Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/13), editada em consequência dos movimentos de junho de 2013. Em cenários mais sensíveis, que envolvem comoção da opinião pública, uma redação legislativa mais contundente e moralizante que enalteça a cultura do controle tende a prevalecer. Em prol da probidade administrativa, do interesse público, da ética pública e de outros valores tão relevantes quanto juridicamente indeterminados, são compiladas impressões em forma de instrumentos jurídicos para satisfazer em grau máximo o ideal de controle. Muitas – senão todas – as soluções jurídicas contidas na legislação de controle traduzem o voluntarismo do seu elaborador, afiliado à cultura do controle a qualquer custo, sem análise prévia da real efetividade das medidas tomadas e dos custos envolvidos, bem como dos impactos sobre a governabilidade e sobre o pouco da segurança jurídica que ainda resta.

A legislação de controle estrutura-se na tríade "principiologia – sanção – prerrogativas". A principiologia legitima a conferência de prerrogativas de controle à instituição que goza de boa reputação, inexoravelmente a instituição de controle, valendo-se da sanção caso alguma irregularidade seja apurada. Como próprio da legística brasileira, os preceitos legais são marcadamente indeterminados e, por decorrência, significativa esfera de discricionariedade é atribuída ao controlador.<sup>2</sup> Neste texto defendemos a ideia de que a reputação modela o grau de poder de uma instituição.<sup>3</sup> Uma instituição com prestígio é capaz de não apenas maximizar a sua competência, mas também assumir as competências de outros entes com baixa reputação. Ao encarnar o discurso do controle e conferir significativa margem de discricionariedade ao controlador, a legislação brasileira contribui para este quadro. Ressalte-se, porém, que a economia de confiança não é uma decorrência direta do Legislativo e nem uma característica tipicamente brasileira; todavia, não se pode negar a influência do Legislativo no contorno dessas inter-relações. O que se tem assistido é que o Legislativo, em permanente crise de legitimidade (solapada pela sucessão de escândalos que atingem seus membros e de outro lado pelo colapso da eficácia da atividade parlamentar num mundo de informação on-line), busca alento de legitimação transferindo poderes e prerrogativas para os órgãos de controle, processo que, ao fim e ao cabo, esvazia-lhe

<sup>2</sup> Já tivemos a oportunidade de trabalhar com maior riqueza de detalhe a extraordinária discricionariedade administrativa conferida ao controlador pela legislação de controle, estruturada em conceitos jurídicos indeterminados. Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Discricionariedade administrativa e controle judicial da administração. In: *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte: Fórum, v. 14, 2002.

<sup>3</sup> Perfilhamos, assim, a linha da análise reputacional das instituições. Sobre a "reputation-based perspective on regulation", cf. CARPENTER, Daniel. *Reputation and power*. New Jersey: Princeton University Press, 2010.

ainda mais a legitimidade. Em outros termos, a *modulação dos poderes* fica a cargo da própria instituição que goza de boa reputação.

O Ministério Público é a terceira instituição *mais* confiável do país, ao passo que o Governo Federal é a terceira instituição *menos* confiável.<sup>4</sup> Segundo dados da FGV Direito SP, enquanto a confiança da sociedade na instituição do Ministério Público corresponde a 49%, apenas uma parcela de 29% confia no Governo Federal.<sup>5</sup> Por si só, esta informação não permite explicar o cenário de deslocamento político da competência que deve ser considerado em qualquer pesquisa jurídica sobre o real controle da Administração Pública. Contudo, os dados reforçam o pressuposto do presente artigo de que as instituições de controle dispõem de um prestígio que falta ao Poder Público. No campo da discricionariedade administrativa, a competência tende a se deslocar no sentido das instituições com maior reputação, exatamente aquelas que têm atribuição de controlar a atuação das outras, que têm competência para criticar, censurar, sem muito compromisso com o resultado de sua atuação. Esse processo gerou uma primazia do controlador sobre a Administração Pública controlada. Não se deve desconsiderar, nessa toada, a influência do discurso do controle da Administração Pública.

Longe de ser um projeto preconcebido e de impactos mensurados, a reconfiguração da dinâmica de controle da Administração Pública após a Constituição de 1988 se deu um tanto ao sabor do acaso. A percepção do Constituinte com relação à Administração Pública e à instância controladora, em um primeiro momento, e a opinião popular legitimando a legislação de controle redigida pelos próprios controladores, em um segundo, foram os grandes fatores responsáveis pela atual modelagem do controle externo da Administração Pública. Trata-se de um processo aleatório, voluntarioso e desmensurado.

Esse crescente ensandecimento do controle acarreta, a nossos ver, *sete impasses no controle da Administração Pública brasileira*.

Não há levantamento empírico que aponte a proporção e a representatividade dos impasses aqui trabalhados. Todavia, isto não impede que apontemos situações decorrentes do exercício de um controle conformado por: (i) discurso de controle, em que as instituições de controle são enaltecidas enquanto se defende menores margens de discricionariedade para a Administração Pública; (ii) economia de confiança, que determina o deslocamento de competências administrativas para as instituições de controle; e (iii) ausência de um projeto de controle, do qual decorre um sistema de controle frágil, desequilibrado e sujeito a voluntarismos. Como todo impasse, as situações aqui detalhadas requerem soluções em benefício da governabilidade, da segurança jurídica e da satisfação mais eficiente das finalidades públicas. Acreditamos que o Direito tem um papel importante a contribuir nesse sentido. Os impasses aqui mencionados indicam os caminhos de uma agenda de pesquisa necessária sobre o controle da Administração Pública no Brasil.<sup>6</sup>

<sup>4</sup> Cf. Relatório ICJ Brasil (1º a 4º Trimestre de 2014), ano 6, p. 24.

<sup>5</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>6</sup> Mencione-se, nessa linha, o Grupo de Pesquisa de Controle da Administração Pública (GPCAP), coordenado pelo Professor Floriano de Azevedo Marques Neto na Faculdade de Direito da USP, que produz pesquisas empíricas envolvendo alunos de graduação e de pós-graduação acerca do tema do controle da Administração Pública. Cf. <[www.gpcap.com.br](http://www.gpcap.com.br)>.

## 1.2 Os sete impasses do controle da Administração Pública no Brasil

*Impasse nº 1 – Captura das competências públicas: as competências administrativas deslocam-se para órgãos e entes com maior prestígio (não raro sem capacidade institucional para lidar com a gestão pública)*

O Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo edita súmulas disciplinando os arquivamentos e recursos em inquéritos civis. É o que dispõe o art. 206, *caput*, do Regimento Interno do Conselho Superior do Ministério Público (Ato nº 005/94 – CSMP, de 18 de outubro de 1994). Na prática, porém, essas súmulas estabelecem uma regulamentação efetiva da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), que tem como uma de suas principais características a baixa normatividade.<sup>7</sup> Ademais, diversos outros assuntos de interesse da instituição têm sua hermenêutica institucional apresentada em súmulas, a exemplo da Súmula nº 13, que trabalha a questão do conflito de competências entre o MPE e o MPF no caso de uso de praia ou de terrenos de marinha pela União.

A Súmula nº 36 do *parquet* paulista dispõe exatamente sobre o controle do MPE sobre a Administração Pública estadual:

Sempre que constar a lesão, ou a ameaça a interesses difusos ou coletivos, o Órgão do Ministério Público poderá apurar se houve a devida atuação do órgão da Administração Pública competente para fiscalização e implementação das leis de polícia administrativa incidentes. Em casos de pouca repercussão ou gravidade, o arquivamento do inquérito civil poderá ter como fundamento a suficiência das medidas administrativas para cessação dos danos ou eliminação da ameaça, comprovadas nos autos do objeto de Termo de Ajustamento de Conduta. No caso de omissão injustificada por parte da Administração Pública, o Órgão do Ministério Público poderá tomar as medidas cabíveis para apurar eventuais atos de improbidade administrativa, falta funcional e/ou crime contra a administração pública, buscando a responsabilização dos agentes omissos. Da mesma forma, verificará a necessidade de ajuizar ação civil pública contra a Administração Pública para compeli-la a aplicar a lei de política pertinente.

Em resumo, a justificativa da súmula aproxima o poder de polícia – atividade típica da Administração Pública – com a defesa dos interesses difusos para, assim, ampliar o controle do MP sobre o Poder Público por meio da celebração de termo de ajustamento de conduta ou pelo ajuizamento de ação civil pública. Em se tratando de “*omissão injustificada*”, o MP também se encontraria legitimado para apurar ato de improbidade administrativa segundo o regime da Lei nº 8.429/92, falta funcional, bem como crime contra a Administração Pública. A despeito de ser expressamente registrado não caber “ao Ministério Público substituir-se ao Poder Público no exercício do poder de polícia”, situações há em que o MP será instado a “promover a tutela do interesse difuso ou coletivo no caso concreto, em face da empresa ou particular responsável”.

<sup>7</sup> Para uma análise de como a Lei da Ação Civil Pública fortalece as instituições de controle, cf. SUNDFELD, Carlos Ari. Administração e justiça: um novo equilíbrio? In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. Segundo o autor, “a lei da Ação Civil Pública é curta, relativamente trivial, com aparência de simples apanhado de regras de processo civil (quem propõe a ação, o que pode pedir, como é a decisão, seus efeitos, e pouco mais). Mas ela mudou o direito e a gestão pública de forma impressionante. A partir dela, a Justiça foi sendo intensamente acionada para discutir demandas de políticas públicas, para todo tipo de pressão contra órgãos públicos ou contra particulares, para medidas interventivas variadas, indenizações e assim por diante. O foro judicial se politizou, a Administração e o Legislativo perderam claramente o monopólio do interesse público. Mais um capítulo da instigante judicialização da vida”. *Idem*, p. 334.

Se a omissão for “injustificada” – na visão do MP – e houver “interesse social”, o MP encontra-se legitimado para “promover diretamente e desde logo a tutela do interesse difuso ou coletivo”. As escusas da Administração são pontualíssimas: ausência de lei que embase o exercício do poder de polícia ou a omissão como uma das opções expressamente determinadas pelo legislador, desde que seja “razoável” – novamente, segundo a perspectiva do MP. Para tanto, a justificativa da Súmula nº 36 do CSMP-SP vale-se da clássica visão de que não há discricionariedade no exercício do poder de polícia, mas dever-poder de agir em benefício do interesse público.

Deste pontual exemplo, que merece ser analisado mais profundamente em trabalho específico, depreende-se o deslocamento do exercício do poder de polícia da esfera administrativa para a instância controladora. A Súmula nº 36 do CSMP-SP nada mais é que a formalização de uma prática estabelecida na instituição que, paulatinamente, determina o empoderamento do MP perante a Administração Pública, considerando-se o seu desgaste histórico e contemporâneo. Observe-se que os termos fluidos “interesse social”, “interesse difuso”, “razoabilidade” permitem uma margem de discricionariedade bastante ampla para legitimar a atuação do MP. Por outro lado, saber se a intervenção foi “suficiente” ou se a omissão foi “justificada” é atribuição exclusiva do MP: é a sua visão que prevalece, ainda que exista divergência de interpretação legal entre o *Parquet* e a Administração Pública, o que é próprio da atividade jurídica. Na Súmula nº 36 do CSMP-SP não há qualquer tutela do gestor bem-intencionado que comete um erro honesto tentando o melhor, o qual recebe o mesmo tratamento conferido ao gestor corrupto ou desidioso que agiu de má-fé. Também não há escusas que considerem a realidade da burocracia pública brasileira, que padece de recursos e enfrenta dificuldades operacionais sérias, como contingente de pessoal insuficiente ou pouco qualificado. Há o dever de agir. Esta ação é vinculada. Seria este deslocamento de competência saudável à governabilidade? É o MP o ente com maior capacidade institucional para dispor sobre a regulação (afinal, é disto que se trata)?

*Impasse nº 2 – Neopatrimonialismo: o controle é orientado pelas predileções pessoais e orientação jurídica do funcionário controlador*

Há uma tendência na comunidade jurídica de se reconhecer ampla autonomia de cada pessoa que exerce a função de controle, sem qualquer subordinação orgânica à instituição de controle. Corolário dessa visão é a *doutrina do promotor natural*, que em outra oportunidade descrevemos como a doutrina “que tem por fundamento a identificação de um princípio implícito no texto constitucional, passa pelo alargamento de sua aplicação e, ao final, acaba por identificar tal princípio como um direito subjetivo de cada promotor, como fundamento para sustentar a plena autonomia e a ausência de subordinação orgânica do membro do *parquet*”.<sup>8</sup> Por trás da ideia de que a ordem constitucional assegura o princípio do promotor natural figura o neopatrimonialismo, ou seja, o interesse do membro do Ministério Público de apropriar subjetivamente as competências institucionais para assim exercê-las como ilhas de poder.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Ente independência institucional e neopatrimonialismo: a distorção da doutrina do promotor natural*. In: RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). *Ministério Público: reflexões sobre princípios e funções institucionais*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 135.

<sup>9</sup> *Idem*, p. 136.

Sem a pretensão de debater a juridicidade do princípio do promotor natural ou de qualquer outra concepção criada pela doutrina engajada para fundamentar a ampliação dos poderes de controle sobre a Administração Pública, importa enfatizar a carência de *orientação institucional sobre a dinâmica do controle*. Raros são os direcionamentos institucionais que, a um só tempo, uniformizem o modo de exercício da função de controle por seus membros e, mais importante, confirmem à Administração Pública e à sociedade em geral balizas para adequação comportamental. Trata-se de uma distorção do sistema de controle que não apenas mina a segurança jurídica na tomada de decisões pelo Poder Público, mas especialmente incentiva o florescimento de ímpetos voluntaristas que, não raro, deságuam em episódios de abuso de poder. Quer-se moldar a gestão pública – diga-se, contratos públicos de infraestrutura de alta complexidade, políticas públicas construídas em processo administrativo aberto à participação administrativa, regulação precedida de análises de custo-benefício e de impacto regulatório e decisão quanto à alocação dos recursos públicos, por exemplo – à visão particular da pessoa do controlador.

Divergências decisórias podem ser salutares na esfera de controle. Na verdade, o aprimoramento institucional está diretamente relacionado à pluralidade de ideias para posterior refinamento das decisões institucionais. Diante da novidade do tema das compras públicas sustentáveis, por exemplo, o TCE-SP teve orientações diferentes quanto à aquisição de equipamentos de informática com certificação TCO.<sup>10</sup> Para uma primeira corrente, este tipo de certificação era legítimo considerando a defesa do meio ambiente e a manutenção da competitividade.<sup>11</sup> Para outra, porém, esta certificação acarretaria ônus desnecessário aos participantes, além de inexistir órgãos responsáveis por esta normatização técnica no Brasil.<sup>12</sup> Após esse enfrentamento inicial, o TCE-SP sinalizou que o uso de certificação em certames para aquisição de equipamentos de informática era legítimo. Os argumentos compartilhados pela maioria de seus membros poderiam se traduzir como posicionamentos institucionais, especialmente nos órgãos e entes colegiados, após uma genuína deliberação cooperativa, sem espaço para ilhas.<sup>13</sup>

*Impasse nº 3 – Desvirtuamento da atividade-fim: os gestores públicos priorizam mais atender às demandas dos controladores do que cumprir com as atividades-fim da Administração Pública*

O controle pauta a gestão pública? A indagação que propomos poderia soar, até pouquíssimo tempo atrás, absurda. O protagonismo do Executivo sempre foi óbvia constatação de cientistas políticos que se debruçavam sobre o sistema político brasileiro.<sup>14</sup> Teria, na acepção técnica, o “poder de agenda” sobre o Congresso Nacional,<sup>15</sup> resultado de um presidencialismo de coalização que supervaloriza o papel do Poder

<sup>10</sup> Cf. PALMA, Juliana Bonacorsi de; NOVAES, Nelson. Compras públicas sustentáveis. Brasília: SAL, 2013. (Série Pensando o Direito. v. 49). Disponível em: <<http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2013/11/Volume-49-II-FGV-Compras-P%C3%.-Sustent%C3%A1veis.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

<sup>11</sup> Cf. TC-036246/026/11, Rel. Cons. Robson Marinho, j. 23.11.2011.

<sup>12</sup> Cf. TC 516/008/11, Rel. Cons. Antonio Roque Citadini, Tribunal Pleno, j. 15.06.2011.

<sup>13</sup> Cf. MENDES, Conrado Hübner. *Onze Ilhas*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0102201008.htm>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

<sup>14</sup> Cf. LIMONGI, Fernando; FIGUEIREDO, Argelina. Bases institucionais do presidencialismo de coalização. *Lua Nova*, v. 44, 1998.

<sup>15</sup> Cf. LIMONGI, Fernando. A democracia no Brasil. presidencialismo, coalizão e processo decisório. *Novos Estudos* – CEBRAP, São Paulo, v. 76, 2006.

Executivo. Nos debates jurídicos, a supremacia do Executivo frente às instâncias de controle também é enfatizada. Carlos Ari Sundfeld e Liandro Domingos, por exemplo, questionam a tese de Oscar Vilhena Vieira de que o Supremo Tribunal Federal estaria no centro do peculiar arranjo político brasileiro (Supremocracia).<sup>16</sup> Para os autores, é a Administração Pública a figura central na medida em que concebe novas fórmulas jurídicas, implementa políticas públicas e define limites aos direitos, ou seja, cria um direito público novo (Administrocracia).<sup>17</sup> Nessa perspectiva, a instância controladora seria mera coadjuvante de um fenômeno transformador inato ao Poder Público.

Sem discordar de que a Administração Pública exerce sempre algum protagonismo, cabe uma reflexão mais detida a respeito do debate traçado. O controle da Administração Pública engrandeceu, assim como as instâncias de controle se tornaram mais ativistas. São fartos os exemplos de paralização de obras públicas pelos Tribunais de Contas, suspensão de complexas decisões regulatórias por liminares e determinações de fazer – como a construção de presídios, escolas públicas ou hospitais – ou de pautas regulatórias providas do Ministério Público por meio de termo de ajustamento de conduta. Não é da tradição do Direito Administrativo brasileiro elaborar doutrinas mitigadoras do controle, como a reserva de administração ou a deferência administrativa.<sup>18</sup> O controle imiscui-se sobre a atividade-fim da Administração Pública, direta ou indiretamente.

Diretamente, o controlador toma a decisão administrativa no lugar do gestor. Aceita esta avocação e, aí sim, torna o administrador mero braço mecânico (não do Legislativo, mas das instâncias de controle). É o próprio controlador que modela a atividade-fim, ou seja, o específico modo de satisfação das finalidades públicas por meio de comandos concretos. Vários são os exemplos recolhidos da prática administrativa, como determinações de aumento de vagas em creches públicas, de construção de novas utilidades públicas ou de inserção ou supressão de cláusulas contratuais. A depender do quão incisiva for sua intervenção, o controlador se coloca como colaborador do gestor no exercício das competências administrativas (*relação de controle por cooperação*) ou, então, toma o lugar do gestor por completo (*relação de controle por substituição*). Note-se que, aqui, limitadíssimo é o espaço de inovação ou de protagonismo da Administração Pública: ela se resume a responder às demandas do controlador.

O controle também pode atingir indiretamente a atividade-fim da Administração Pública, pois, embora a ela não seja direcionada, termina por impactar a conformação do exercício das competências públicas. O ideal do controle de resultados ainda não chegou à Administração Pública brasileira. Diuturnamente os gestores são demandados pelas instâncias de controle a responder quesitos relativos a processos de auditoria e

<sup>16</sup> Cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. *Revista Direito GV*, v. 8, jul./dez. 2008.

<sup>17</sup> Cf. SUNDFELD, Carlos Ari; DOMINGOS, Liandro. *Supremocracia ou administrocracia no novo direito público brasileiro?* In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. (Org.), et al. *Direito público em evolução?* Estudos em homenagem à professora Odete Medauar. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 36.

<sup>18</sup> Saliente-se, porém, que está em construção uma linha de estudo sobre os limites do controle judicial da Administração Pública, considerando a capacidade institucional do Poder Público frente ao Judiciário para exercer a função pública e, assim, tomar as decisões de alto impacto social e econômico, como questões distributivas, escolhas regulatórias e desenho de políticas públicas. Dentre os trabalhos de maior projeção no Direito Administrativo brasileiro, indicamos o de VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *Controle judicial da atividade normativa das agências de regulação brasileiras*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Org.). *Poder normativo das agências de regulação*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. Trata-se de uma linha de investigação científica que tende a se desenvolver cotejando não apenas o controle judicial da Administração Pública, mas toda a sistemática de controle.

de fiscalização, especialmente com relação ao Tribunal de Contas. Muito embora este não seja um cenário espalhado em toda a máquina burocrática estatal, não são poucos os órgãos e entes públicos que se ressentem da montanha de demandas burocráticas que os controladores requerem. Entre alocar o tempo escasso – assim como os recursos públicos – em modelar contratos administrativos, conduzir procedimentos, elaborar políticas públicas, fomentar o diálogo com a sociedade por meio de audiências e de consultas públicas e responder aos controladores, a resposta é inequívoca: *os gestores priorizam as demandas dos controladores.*

Pode-se argumentar que este seria o custo da democracia. Preferimos, porém, aprofundar a reflexão ressaltando os possíveis efeitos do impacto da sobreposição de instituições de controle na gestão pública. O principal aspecto já foi mencionado e corresponde ao *fator tempo*. Demandas excessivas dos controladores – talvez ensejadas por uma possível presunção de ilegitimidade da atuação administrativa – podem tornar a gestão pública mais morosa e ineficiente. Isso porque o tempo que seria dedicado à atividade-fim desloca-se para atender aos questionamentos dos controladores. Dois efeitos comportamentais podem decorrer da passagem de uma checagem de regularidade para uma dinâmica mais cooperativa entre Administração e controlador. Primeiramente, o gestor público pode ser estimulado a decidir de modo insuficiente, esperando um posicionamento das instituições de controle para, então, apresentar a versão final da decisão. Tal se verificaria, por exemplo, com a indefinição de pontos estruturantes de uma política pública, como a margem de atendimento dos beneficiários, esperando-se uma posição mais firme do Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública ou do Tribunal de Contas sobre a questão da igualdade nesta específica política pública. Em segundo lugar, o próprio gestor tende a levar a decisão administrativa para análise do controlador. Esta estratégia não é estranha à gestão pública, bastando-se mencionar o valor das ações declaratórias de constitucionalidade em casos sensíveis.<sup>19</sup> Em ambos os casos, o processo decisório cooperativo entre Administração e controlador aproxima-se do ato administrativo complexo, consagrando o deslocamento de parcela da competência administrativa para a instituição controladora.

Trata-se de uma realidade com a qual o Direito necessita lidar na medida em que balizas como eficiência,<sup>20</sup> legitimidade<sup>21</sup> e atendimento às finalidades públicas<sup>22</sup> ganharam significado jurídico.<sup>23</sup> Na medida em que se expandem os limites do controle da Administração Pública, em que não são difíceis os exemplos de posturas ativistas das instâncias de controle, os gestores públicos passam a se ocupar substancialmente

<sup>19</sup> Cf. Caso Apagão apreciado pelo STF na ADC (MC) nº 9, em 2001.

<sup>20</sup> Expressamente previsto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

<sup>21</sup> Expressamente previsto no art. 70 da Constituição Federal.

<sup>22</sup> Expressamente previsto no art. 2º, *caput*, da Lei 9.784/99.

<sup>23</sup> De fato, é a atividade de controle uma atividade pública. Nessa perspectiva, deve o controlador exercê-la dentro dos quadrantes de qualquer outra atividade administrativa ou jurisdicional, prezando, inclusive, pela eficiência. É nesse sentido que afirmamos que o controle deve ser responsivo, com um claro viés pragmático ou consequencialista, devendo sempre mensurar os efeitos do controle da Administração Pública. “A Administração Pública somente é eficiente se além de não desperdiçar recursos públicos (evitando o desvio ou o desperdício) ela logra atender às necessidades coletivas que correspondem à finalidade do agir administrativo. Qualquer controle que, sob o pálio de coibir o desvio ou o desperdício, impede a consecução de uma ação administrativa acaba por produzir um efeito contrário àquele que justifica a existência do controle”. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da administração pública. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, Belo Horizonte, v. 100, 2010.

em atender às determinações dos controladores, senão integralmente. Formalmente, a Administração ainda pauta o sistema político brasileiro. No entanto, o quanto desta pauta é genuinamente construção originária do Poder Público? Quanto dessa pauta se distancia do diálogo com os controladores? Futuros estudos poderão apontar o quanto as instâncias de controle influenciam, direta ou indiretamente, no poder de agenda do Executivo.

*Impasse nº 4 – Reais efeitos do combate à corrupção: a cultura do controle é realmente eficaz no combate à corrupção?*

Tradicionalmente o sistema brasileiro de direito administrativo confere significativo valor hermenêutico e operacional à doutrina, apesar de estudos demonstrarem a relevância de outras fontes jurídicas na construção do direito administrativo, com especial destaque para a legislação e a jurisprudência. As doutrinas reúnem as ideias jurídicas sobre o funcionamento da máquina estatal (e seu relacionamento com a sociedade e demais organizações, estatais ou não) com a finalidade de apresentar uma sistematização coesa e harmônica dos postulados da legalidade administrativa pela invocação de princípios universalizantes. De um modo geral, *os controladores tomam as doutrinas como efetivas fontes jurídicas*. Um ponto de fundamental importância consiste, portanto, em saber como esses argumentos doutrinários são construídos.<sup>24</sup>

Apesar de o direito administrativo brasileiro ter sido originalmente desenvolvido a partir da análise do funcionamento concreto da Administração Pública, a relação entre análise jurídica e gestão pública se perdeu no caminho, dando lugar à *abstração* e ao apego aos *tipos ideais* na elucidação dos argumentos doutrinários. Esta guinada metodológica não pode ser explicada a partir de um ou outro fator isolado, senão pelo complexo pano de fundo que se apresentou no Brasil nas décadas de 1950 e 1960. Sem a pretensão de esgotar todos os elementos que corroboraram para uma teoria abstrata e tipológica do direito administrativo – o que não seria satisfatoriamente apresentado nos limites deste texto –, indico aqueles aspectos que considero serem decisivos, quais sejam: a consagração da teoria pura do direito de Hans Kelsen como a lente de leitura do fenômeno administrativo; o acolhimento do modelo racional-legal de burocracia concebido por Max Weber como paradigma de leitura da Administração Pública brasileira; o alinhamento doutrinário ao positivismo jurídico; e a busca cientificista da qual as ciências humanas como um todo partilhavam.

Por isso afirmar que a teoria do direito administrativo é em grande parte construída a partir de *truísmos doutrinários*.

Truísmos nada mais são que “*verdades declaradas*”, óbvias e banais, que possam ser facilmente verificadas e validadas. São os *lugares-comuns* que a doutrina naturalmente reverbera. Muitas das afirmações mais categóricas do direito administrativo são embasadas em truísmos, e não em uma investigação empírica que conduza à enunciação de parâmetros. A cultura do controle, que impulsiona as instituições controladoras, é estruturada a partir de truísmos construídos segundo experiências institucionais ou pessoais em conjunto com a doutrina de direito administrativo.

<sup>24</sup> O ponto é aprofundado por Carlos Ari Sundfeld no texto *Conversando sobre direito administrativo*. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

Um exemplo recorrente deste tipo de truísmo doutrinário – raras vezes enunciado, porém – corresponde à *presunção de corrupção no exercício da discricionariedade administrativa*, contrariando o princípio da presunção de legitimidade da atuação administrativa<sup>25</sup> (também outro truísmo, mas um truísmo francês).

Se perante o cidadão o ato administrativo é presumidamente considerado válido e legítimo até prova (cabal) em contrário, perante a ação do controlador este mesmo ato é presumidamente ilegítimo, prenhe de suspeitas de desvios. Isso fica claro no controle pelo Judiciário que muita vez em sede de mandado de segurança tende a prestigiar o agir administrativo, recusando-se a ver nele ilegalidade ou abusividade, mas, ao depois, passado curto período, diante do questionamento pelo Ministério Público, inverte o sinal e passa a tratá-lo ato como suspeito, pressupostamente ilegítimo.

A Constituição de 1988 confere extenso rol de competências ao Poder Público em favor dos valores públicos por ela tutelados. Segundo a doutrina clássica, o Poder Público detém o dever-poder de prestar serviços públicos e realizar tantas outras atuações administrativas que sejam necessárias à satisfação do interesse público. Porém, a maior parte da doutrina é refratária à conferência de amplas margens de discricionariedade à Administração Pública, mesmo sabendo que a discricionariedade permite uma prestação mais eficiente de serviços públicos. Eis o receio fundado em Montesquieu: todo aquele que detém poder tende a abusar dele. E, para a maior parte da doutrina, o Executivo tende a atuar ilegalmente quando age de modo discricionário. Trata-se da presunção de ilegitimidade do Poder Público. É curioso observar que essa expressiva corrente doutrinária demanda a expansão orgânica da máquina administrativa e a prestação de serviços públicos, mas, ao mesmo tempo, defende a *discricionariedade mínima*. As decisões substantivas devem ficar de fora da Administração Pública, no Legislativo para ser mais específica. Para a defesa dos direitos individuais frente ao Poder Público, a doutrina administrativista termina por recriar um *liberalismo paternalista* peculiar ao sistema brasileiro.

Hoje são quatro os grandes truísmos que embasam a cultura do controle:

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 controles, 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 constriam novas práticas delitivas e infracionais públicas.

Em uma primeira análise, ninguém ousaria a se contrapor às ideias fundamentais que embasam essas afirmações. Há uma concordância geral de que o Poder Público deve exercer as suas competências em conformidade com as regras jurídicas, e não segundo o seu alvedrio. As instituições de controle devem gozar de capacidade institucional para bem exercerem suas funções. E as sanções podem inibir atos de corrupção. Todavia, qualquer uma dessas quatro afirmações carece de comprovação empírica quanto à

<sup>25</sup> Sobre o tema, cf. SCHIRATO, Vitor Rhein. Presunção de legitimidade dos atos administrativos e processo administrativo. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, São Paulo, v. 1, 2013.

efetividade da promessa, bem como à análise de custo-benefício sobre a alocação de recursos públicos. E, lembremos, controle custa.

O sistema de controle é formado por leis preñhes de princípios, que conferem ampla margem de atuação dos controladores e limitam significativamente a gestão pública. Basta mencionar a Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), de teor analítico e cujos preceitos reduzem significativamente a discricionariedade nas contratações públicas. Ela tem funcionado? Será que, de fato, há menos casos de corrupção em razão dessa estrutura normativa? Ou o fato de uma lei detalhista, formal e burocrática facilita a corrupção? Nunca antes as instituições de controle estiveram tão capacitadas, dispuseram de tantos recursos e teses que, corroboradas pela comunidade jurídica, alicerçaram tamanha independência funcional a cada membro seu. Mas isso tem funcionado? Em que medida esse “poder” institucional tem servido mais ao combate à corrupção que ao atendimento de interesses das próprias corporações incumbidas do controle? Qual é a métrica entre os custos (estrutura de organização, serviços técnicos auxiliares, vencimentos, benefícios, custas processuais etc.) e a efetividade da função desenvolvida?

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

**Não há estudos empíricos sobre qualquer uma dessas afirmativas. São truísmos vencedores na formação do sistema de controle. Não sabemos se menor discricionariedade, mais regras, mais punição e maior independência às instituições de controle são os melhores meios para combater a corrupção no Brasil. Estamos no escuro.**

*Impasse nº 5 – Gestão de defesa: o administrador de boa-fé é refém do controle*

A gestão pública é, antes de tudo, uma atividade complexa. Mais complexa ainda se torna com a escassez de recursos públicos, nota característica sensível da burocracia brasileira. Os desafios de atender às necessidades públicas e de otimizar a ação pública dentro da reserva do possível requerem um comportamento proativo do gestor público. Soluções criativas, protagonismo no endereçamento de problemas peculiares e estabelecimento de parcerias são atitudes apreciadas na gestão pública moderna. Porém, uma gestão pública proativa como a descrita apenas se faz possível

com relativa discricionariiedade, que permita uma modelagem inovadora das decisões públicas para que se tornem as mais eficientes possíveis. Apesar de gestores públicos proativos estarem de boa-fé e visarem à efetiva satisfação do interesse público, eles têm recorrentemente esbarrado nas distorções do controle formal. Senão impedem por completo o exercício de competências de modo criativo, este tipo de controle, ainda prevalecente, desincentiva a gestão pública proativa, pois os gestores têm receio de serem pessoalmente responsabilizados por ação criativa tida como ilegal na visão do controlador.

Pela presunção de ilegalidade da Administração Pública, em regra compartilhada pelas instituições de controle, qualquer medida administrativa mais arrojada é vista com desconfiança. A burocracia dispõe de uma cultura própria, da qual decorrem rotinas usualmente praticadas pelos funcionários públicos. Espera-se que o Poder Público atue de modo uniforme, conformando-se à letra da lei. Esse seria o papel da Administração Pública como braço mecânico do Legislativo. É a máxima: *“administrar é aplicar a lei de ofício”*. O controle formal vê interesses escusos em qualquer ação administrativa que destoe das fórmulas rotineiras. Porém, nem sempre a lei irá dispor sobre o específico problema vivenciado em uma determinada comunidade carente que demanda pronta atuação do Poder Público. Nem sempre o legislador conseguirá se pronunciar sobre todos os aspectos de um determinado setor regulado. Nem sempre haverá lei.

Muito já se debateu sobre os limites da lei formal na atuação administrativa. Reafirmamos que poucas serão as ocasiões de vinculação completa da Administração à lei. Notória é a estruturação do texto legal em *standards* para posterior regulamentação pelo Poder Público, inclusive com expressa delegação normativa. Assim se faz em razão de fatores como assimetria informacional, inviabilidade fática de esgotamento de todas as hipóteses de aplicação legal e a necessidade de formação de consensos durante o processo legislativo, por exemplo. *Administrar é decidir dentro dos limites legais; a discricionariiedade é intrínseca à atividade de gestão pública.*

Hoje os gestores temem exercer a discricionariiedade. Preferem seguir os modelos e as rotinas burocráticas a inovar. Temem o risco de serem responsabilizados pessoalmente por uma decisão criativa, mas lida como ímproba pelo controlador. Via de regra, os gestores preferem realizar um certame licitatório ainda que o caso concreto admita dispensa ou inexigibilidade. Receiam que a motivação para contratação direta não seja compartilhada pelos controladores e, assim, responderem pessoalmente pelo *“ilícito”*. *Vale o risco pessoal?* Essa é a pergunta que os gestores públicos de boa-fé se fazem.

O sistema jurídico não tutela o gestor público bem-intencionado que queira atuar de modo proativo, buscando soluções criativas e parcerias para uma gestão pública mais eficiente.<sup>26</sup> Que pode até errar, pois o erro faz parte do aprendizado, mas que erre com boa-fé, sem qualquer desvio de finalidade ou abuso de poder. Desse modo, pratica-se

<sup>26</sup> Inexiste preceito normativo que expressamente assegure que o gestor público de boa-fé não será responsabilizado pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas. Uma tentativa de superar esse impasse e efetivamente tutelar o gestor público honesto encontra-se no PLS nº 349/2015, que visa a alterar a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro para conferir maior segurança jurídica nas relações com o Governo, cujo proposto art. 27, *caput*, tem a seguinte redação: *“O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”*. Nessa linha, indica no §1º do preceito: *“Não se considera erro grosseiro a decisão ou opinião baseada em orientação geral, ou ainda em interpretação razoável, em jurisprudência ou em doutrina, ainda que não pacificadas, mesmo que venha a ser posteriormente aceita, no caso, por órgãos de controle ou judiciais”*.

hoje uma *gestão pública de defesa* em detrimento da gestão pública proativa, pois a motivação é antes endereçada ao controlador que à situação concreta que enseja a atuação administrativa. Não é incomum que o gestor público hoje empenhe mais tempo em se proteger do controle do que em busca soluções para prover às necessidades coletivas.

É a Administração Pública a principal intérprete da lei, pois *aplicar a lei é interpretar a lei*. E esta hermenêutica administrativa considera as especificidades do caso concreto, a expertise, o conhecimento do mercado ou da comunidade em que a decisão administrativa será aplicada, bem como outros aspectos que saltam aos olhos dos gestores públicos, mas podem passar despercebidos pelos controladores. *O intérprete primeiro das normas administrativas é a própria Administração Pública, e não o controlador*. Desde que de boa-fé, a interpretação legal dada pela Administração Pública no sentido de criar soluções inovadoras e criativas – mais eficientes, portanto –, deve merecer deferência pelos controladores. Apenas assim os gestores públicos serão menos receosos e mais criativos.

*Impasse nº 6 – Competição institucional: os órgãos de controle competem entre si*

Uma das características do sistema de controle da Administração Pública é exatamente a *sobreposição das instituições de controle*. Diversos são os contornos da gestão pública que podem ser controlados, concomitantemente, por mais de dois controladores. O controle das contratações públicas, por exemplo, é realizado a um só tempo pela CGU, pelo MP e principalmente pelo TCU. O Judiciário também pode entrar em cena se algum interessado levar a contratação pública (licitação ou contrato) à apreciação do Poder Judiciário. Nessa linha, a corrupção também congrega a atuação de todos os referidos controladores. Há, indiscutivelmente, um excesso de controle. Os custos relacionados a esse controle – sejam aqueles relacionados ao funcionamento dos controladores, sejam aqueles oriundos da própria atividade de controle – são significativos. Apesar da convergência de instituições de controle sobre a gestão pública, dúvidas se colocam quanto à efetividade do controle, notadamente quanto ao seu efeito simbólico de reprimenda de novas práticas ilícitas.

Poucas são as iniciativas de *cooperação* entre os entes de controle. Os acordos de *cooperação técnica* existentes se *voltam*, de modo *geral*, à troca de informações e realização de trabalhos de auditoria e instrução processual conjuntas.<sup>27</sup> Em outros termos, a cooperação existente entre as instituições de controle concentram-se na *investigação*, preservando-se a autonomia de cada ente para conduzir o processo de *responsabilização em seus correspondentes* âmbitos. Os acordos de cooperação têm o potencial de *“autorregular”* os controladores celebrantes quanto ao exercício de suas competências em um específico caso, especialmente naqueles de grande repercussão pública, garantindo-se, assim, maior segurança jurídica no controle da Administração Pública.

<sup>27</sup> Cf., por exemplo, o Acordo de Cooperação Técnica e Assistência Mútua celebrado entre o Ministério Público Federal e o Tribunal de Contas da União em 9 de outubro de 2012. Disponível em: <[http://5ccr.pgr.mpf.mp.br/coordenacao/convenios/docs\\_convenios/Acordo%20Cooperacao%20MPF%20e%20TCU.pdf](http://5ccr.pgr.mpf.mp.br/coordenacao/convenios/docs_convenios/Acordo%20Cooperacao%20MPF%20e%20TCU.pdf)>. Acesso em: 20 dez. 2015. Ainda, cf. o Acordo de Cooperação Técnica celebrado entre a Controladoria-Geral da União e o Tribunal de Contas da União em 05 de abril de 2010. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A14C00ACC0014C6C294BFC33BA&inline=1>>. Acesso em: 20 dez. 2012.

Tampouco a *preferência do controle* é fixada por lei. A Assembleia Nacional Constituinte não tinha um projeto com relação ao controle da Administração Pública, mas apenas duas grandes diretrizes que se aplicam: (i) ampliação das instâncias de controle e (ii) robustecimento do controle da Administração Pública. Não se verificou um projeto de organização institucional para exercício harmônico das funções públicas, como a definição de que a Polícia investiga e o Ministério Público acusa<sup>28</sup> (ainda que esta sequência seja hoje desafiada). Desse modo, a Constituição Federal não estabelece qualquer ordem de primazia no exercício da competência de controle do Poder Público entre as diversas instituições que concorrem entre si. Esse impasse pode gerar sérias consequências, comprometendo-se a segurança jurídica, a qualidade das apurações e a capacidade de a Administração efetivamente cumprir com suas missões públicas.

Bom exemplo disso é o que se passa com os *acordos de leniência*, caso emblemático do impasse da competição institucional. Trata-se de um instrumento investigativo por cooperação que, no Brasil, foi desenvolvido no sistema antitruste.<sup>29</sup> Aproveitando-se dessa experiência no âmbito do CADE, a Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) previu o acordo de leniência em seu art. 16, de seguinte redação:

Redação original do art. 16 da Lei nº 12.846/2013:

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

Logo após a edição da Lei Anticorrupção, uma disputa institucional entre Controladoria-Geral da União e Ministério Público Federal se instaurou em torno da titularidade do instrumento do acordo de leniência. Por um lado, a CGU com base no texto da Lei afirmava ser, por determinação legal, titular da competência para celebração de acordo de leniência. Por outro lado, o MPF se insurgia contra esta interpretação, reafirmando a sua posição de liderança nas investigações de combate à corrupção. Mais do que a titularidade da competência para celebração de acordo de leniência, estava em jogo o *poder institucional*, ou seja, qual instituição dispõe de maior poder e, assim, colocar-se-ia à frente das demais nas atividades de investigação. Diante dessa disputa, o acordo de leniência da Lei Anticorrupção estava inutilizado, pois o acordo celebrado no âmbito da CGU não interdita a atuação do MP. Valendo-se da confissão da pessoa jurídica no acordo de leniência, o MP pode ajuizar ação civil pública ou ação de improbidade administrativa em face do leniente. Do mesmo modo, poderia o MP firmar um acordo (por exemplo, no bojo de uma delação premiada ou de um termo de ajustamento de conduta) e ao depois a CGU vir e declarar a empresa acimada pelo *parquet* como inidônea, por exemplo.

A atual conjuntura política explica a edição da MP nº 703 em 18 de dezembro de 2015, que, dentre outras especificações, reafirmou a titularidade do acordo de

<sup>28</sup> Cf. KERCHÉ, Fábio. O Ministério Público na Constituição de 1988: uma nova instituição. In: DINIZ, Simone; PRAÇA, Sérgio (Orgs.). *Vinte anos de Constituição*. São Paulo: Paulus, 2008.

<sup>29</sup> Cf. o art. 86, da Nova Lei do CADE (Lei nº 12.529/2011). O próprio rito do acordo de leniência na Lei Anticorrupção segue o regime da Nova Lei do CADE, nos termos do art. 29, §2º, da Lei nº 12.846/2013.

leniência previsto na Lei Anticorrupção na CGU. Esta é a nova redação do art. 16 da Lei nº 12.846/2013 dada pela MP nº 703/2015.<sup>30</sup>

Redação do art. 16 da Lei nº 12.846/2013 dada pela MP nº 703/2015:

*“A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão, no âmbito de suas competências, por meio de seus órgãos de controle interno, de forma isolada ou em conjunto com o Ministério Público ou com a Advocacia Pública, celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos e pelos fatos investigados e previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e com o processo administrativo, de forma que dessa colaboração resulte: (...)”.* (Destaquei)

Para a presente análise, importa verificar que foram previstos efeitos processuais quando da celebração de acordo de leniência com a finalidade de disciplinar as competências investigativas compartilhadas pelas instituições de controle e, assim, revitalizar este instrumento. Em resumo, a titularidade do acordo de leniência pertence aos órgãos de controle interno, que podem celebrá-lo isoladamente com a pessoa jurídica. Se a Advocacia Pública participar do acordo, impede-se que os celebrantes ajuízem ou prossigam com as ações previstas na Lei Anticorrupção, ações de improbidade administrativa ou ações civis públicas.<sup>31</sup> Caso o Ministério Público participe da celebração do acordo de leniência, os efeitos supracitados estendem-se também aos promotores e procuradores.<sup>32</sup> Uma vez assinado, o acordo de leniência é remetido ao Tribunal de Contas para, se o entender, instaurar processo administrativo contra a pessoa celebrante para apurar prejuízo ao erário,<sup>33</sup> de onde se depreende a competência de ressarcimento do erário público delimitada pela Lei Anticorrupção ao Tribunal de Contas. Quanto à responsabilização judicial, esta poderá ser afastada se expressamente prevista no acordo de leniência, e se todas as instituições controladoras já relacionadas participarem.<sup>34</sup> Ainda como medida para viabilizar o acordo de leniência, previu-se a participação de órgãos e entes administrativos com competência sancionatória no acordo de leniência,<sup>35</sup> como o CADE, a CVM e demais Agências Reguladoras.

A MP nº 703/2015 claramente busca endereçar o problema da sobreposição de instâncias de controle que enseja a competição entre elas, conferindo maior racionalidade na equalização das competências. A solução proposta pelo Governo Federal é frágil, porém. O principal problema está na espécie normativa *Medida Provisória*, unilateralmente editada pela Presidente da República em um contexto de denúncias de corrupção envolvendo membros de seu governo, seu partido político e ela mesma. Trata-se de uma medida que diminui o poder de instituições de controle tradicionais – com

<sup>30</sup> A competência meramente residual do MP para celebrar acordo de leniência é reafirmada no §13 do art. 16 da Lei nº 12.846/2013: “Na ausência de órgão de controle interno no Estado, no DF ou no Município, o acordo de leniência previsto no caput somente será celebrado pelo chefe do respectivo Poder em conjunto com o Ministério Público”.

<sup>31</sup> É o texto do art. 16, §11, da Lei nº 12.846/2013: “O acordo de leniência celebrado com a participação das respectivas Advocacias Públicas impede que os entes celebrantes ajuízem ou prossigam com as ações de que tratam o art. 19 desta Lei e o art. 17 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, ou de ações de natureza civil”.

<sup>32</sup> Cf. art. 16, §12, da Lei nº 12.846/2013.

<sup>33</sup> Cf. art. 16, §14, da Lei nº 12.846/2013.

<sup>34</sup> Cf. art. 18 da Lei nº 12.846/2013.

<sup>35</sup> Cf. art. 29, §1º, da Lei nº 12.846/2013.

especial destaque para o Ministério Público – e favorece a CGU, um controlador ainda em estágio inicial e cuja vinculação direta ao governo é empiricamente comprovada. A estabilidade da solução aventada apenas será conseguida com a edição de uma lei formal (conversão da MP em Lei Ordinária) e com um pronunciamento favorável do Judiciário, notadamente do STF. Sem isso, a competição das instituições de controle em torno do acordo de leniência permanecerá.

A superação desse impasse não virá de uma solução única. Talvez a principal mudança seja a cultural, que apenas virá com o amadurecimento institucional dos controladores para cooperar, respeitar a esfera de administração e alocar eficientemente o poder de controle.

*Impasse nº 7 – Decisões instáveis: a estrutura do sistema de controle desfavorece decisões definitivas*

A Administração detém significativa parcela de poder decisório. A governabilidade e a segurança jurídica dependem da tomada de decisão do Poder Público, especialmente em assuntos regulatórios. Não por outro motivo há no Direito norte-americano a figura da petição para início de processo regulamentar (*rulemaking petition*), em que os particulares demandam aos órgãos reguladores a elaboração de normas para que tenham diretrizes mais claras na condução de suas atividades.

A atual estrutura do sistema de controle desfavorece decisões definitivas. Isso é especialmente verdade nas grandes decisões públicas, como as normas de alto impacto regulatório, contratos de elevado valor econômico e políticas públicas controversas. Salvo excepcionais exceções, essas são todas *decisões provisionais*. Por um lado, decisões mais sofisticadas tomadas pelo Poder Público requerem um controle mais incisivo, o que é salutar ao sistema. A crítica se coloca quanto ao *modo de controle*, que torna o exercício das competências públicas apenas uma fase inicial da decisão final, a qual apenas advirá após a manifestação do controlador. Novamente nos deparamos com o deslocamento de competência do Poder Público para os controladores.

Ocorre que o sistema normativo confere *poderes de sobrestar os efeitos da decisão administrativa* até chancela definitiva do controlador. O exemplo mais evidente corresponde às *liminares judiciais*, concedidas pela autoridade judiciária se presentes os requisitos de aparência do bom direito e perigo da demora. São os parâmetros da concessão de liminares efetivos conceitos jurídicos indeterminados, ficando a decisão administrativa à mercê da orientação subjetiva do magistrado. Não raro decisões administrativas complexas, que demandam pronta implementação, são imediatamente suspensas. É o que se verificou em novembro de 2014 com a sucessão de liminares no setor elétrico que deixaram ainda mais conturbado o cenário regulatório. Mais do que a judicialização, um grande impasse no sistema de controle brasileiro está na ausência de critérios mais objetivos para concessão de liminares. O problema se estende às instituições de controle que praticamente não sofrem qualquer constrangimento para requerer liminares.<sup>36</sup> Outro exemplo que pode ser mencionado corresponde à análise

<sup>36</sup> Como já assinalamos, o Judiciário não age de ofício. Três são os principais agentes que provocam a atuação jurisdicional sobre a Administração: o próprio interessado, o autor popular e o Ministério Público. Com relação à atuação do Ministério Público na judicialização da gestão pública, reconhece-se o exercício de discricionariedade pelo controlador também na eleição das questões que serão levadas à apreciação do Judiciário. “O problema que

prévia de editais de licitação pelo Tribunal de Contas, que adotou firme posicionamento no sentido de deter competência para suspender contratos administrativos, ainda que sem o crivo do Poder Legislativo.

### 1.3 Conclusão

Garantias de governança pública, com qualidade decisória, e de segurança jurídica demandam uma profunda reforma do sistema de controle da Administração Pública no Brasil. O Direito tem um papel central na definição do realinhamento das instituições de controle. Contudo, é fundamental a mudança cultural em torno do papel da burocracia pública no sistema jurídico. Nem o Judiciário, nem o Ministério Público detêm o monopólio da hermenêutica legal. A Administração Pública é hoje a principal intérprete do arcabouço normativo e, se razoável e bem fundamentada, o seu posicionamento merece deferência pelas instâncias controladoras. A presunção de ilegalidade da atividade administrativa não apenas impede o pleno exercício das importantes funções públicas atribuídas ao Poder Público, como também minam o desenvolvimento brasileiro. Impende analisar criticamente o papel das instituições para além do debate sobre a separação de poderes e da inafastabilidade do Poder Judiciário.

Não há um caminho certo. Talvez esta reforma do sistema de controle da Administração Pública, que ao menos minimize os impasses indicados, leve gerações. Para nós, algumas frentes precisam se afirmar:

1. *As competências institucionais precisam ser claramente definidas.* Não haverá governança sustentável com superinstituições pairando sobre as demais.
2. *A corrupção precisa ser exterminada.* Hoje o principal gargalo ao desenvolvimento brasileiro é a corrupção, seja pelo desvio de recursos públicos, seja pela contaminação dos processos decisórios e a perda da legitimidade democrática.
3. *É preciso ter uma maior reflexão sobre discurso de combate à corrupção.* Nem todas as falhas de gestão pública são atos de corrupção. Erros honestos e diferentes interpretações merecem tutela jurídica. Não há nada que predique que as interpretações ou prioridades identificadas pelos órgãos de controle sejam, em si, melhores que aquelas adotadas pelo administrador público. Muito menos que divergir do controlador seja em si um gesto ímprobo.
4. *A pesquisa sobre os limites, falhas e necessários aperfeiçoamentos do controle da Administração Pública precisa ser disseminada pelas Faculdades de Direito e centros de pesquisa para, assim, os problemas concretos serem mapeados e receberem soluções jurídicas.*

se coloca é que o Promotor de Justiça também é um agente público; ele exerce uma função pública e, como tal, com as novas competências que foram atribuídas ao MP, passou a ter também uma grande discricionariedade para selecionar posições, demandas, causas, situações que vai eleger como aptas a provocar sua manifestação e provocar o Judiciário a exercer o controle da Administração no exercício desta função". MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Discricionariedade administrativa e controle judicial da administração. Fórum Administrativo, Belo Horizonte, v. 14, p. 43-44, 2002.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Os sete impasses do controle da administração pública no Brasil. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Controle da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 21-38. ISBN 978-85-450-0193-5.

---