

# O hiperativismo do controle externo da gestão pública pós-lei federal nº 13.655/18: panorama das adaptações comportamentais e normativas do TCU e do Conselho Nacional do Ministério Público-CNMP frente aos novos parâmetros pragmatistas e consequencialistas de Direito Público fixados pela LINDB

*Gustavo Justino de Oliveira<sup>1</sup>*

**Sumário:** 1. A problemática *Hiperativismo do Controle da Gestão Pública X Paralisia do Gestor Público* no Direito Público brasileiro hoje. 2. O círculo vicioso do *Hiperativismo do Controle da Gestão Pública X Paralisia do Gestor Público* e o impacto da Governança Pública, da renovação do controle interno e da Lei Federal nº 13.655/18: a aplicação de novos parâmetros interpretativos do Direito Público brasileiro pelos órgãos de controle externo. 2.1 Governança pública e renovação do controle interno da gestão pública. 2.2 A Lei Federal nº 13.655/18, o Decreto nº 9.830/19 e os novos parâmetros interpretativos do Direito Público brasileiro. 3. Oficializando-se o Pragmatismo e o Consequencialismo no Direito Administrativo Brasileiro: influências da Lei federal nº 13.655/18. 4. A Resolução-TCU nº 315, de 22 de abril de 2020 e a Recomendação Conjunta PRESI-CN nº 2, do Conselho Nacional do Ministério Público-CNMP, de 19 de junho de 2020: impactos do pragmatismo e do consequencialismo no controle externo da gestão pública pós-Lei federal nº 13.655/18. 5. Considerações finais. Referências.

---

<sup>1</sup> Professor Doutor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da USP e do IDP (Brasília). Árbitro, Consultor e advogado especialista em Direito Público. [goliveira@usp.br](mailto:goliveira@usp.br).

## **1 A problemática *Hiperativismo do Controle da Gestão Pública X Paralisia do Gestor Público* no Direito Público brasileiro hoje**

A Constituição de 1988 completa 32 anos, e o ambiente institucional e jurídico-normativo que temos hoje é significativamente distinto daquele no qual nossa Lei Maior emergiu. No que diz respeito à Administração pública brasileira, o esforço original do constituinte foi, a meu ver, o de intentar promover um processo civilizatório marcado por três grandes vetores: moralização, democratização e profissionalismo.

Parece óbvio que prosseguimos vivenciando um certo déficit na concretização desses vetores, mas não podemos afirmar que nada mudou.

O *impeachment* de uma Presidente da República inepta, a prisão de um ex-Presidente, o processamento de outro Presidente ainda no exercício do mandato pela prática de crimes de corrupção e a contenção judicial do atual Presidente da República por flertes autoritários e arroubos notoriamente antidemocráticos são todos fatos representativos de uma profunda mudança em curso, notadamente se considerarmos que no sistema republicano presidencialista brasileiro o Presidente é, ao mesmo tempo, Chefe de Estado, Chefe de Governo e dirigente máximo da Administração pública nacional.

Trata-se de um momento disruptivo histórico, e que nos leva a uma série de necessárias reflexões, voltadas à implementação de um ambiente institucional verdadeiramente ético, pautado por uma gestão pública eficiente e de qualidade, a qual permanentemente mantenha seu foco no cidadão.

Assim, o que existe de inovação para avançarmos nesse debate? E para além desse desiderato, parece crucial indagar-nos: como superar a tensão que se estabeleceu no Brasil entre o hiperativismo dos órgãos de controle e a paralisia administrativa que se espalhou na gestão pública brasileira, em tempos de Pós- Lava Jato? E como chegamos neste ponto de inafastável inflexão?

Este ensaio propõe-se a apresentar reflexões sobre o panorama das adaptações comportamentais e normativas perpetradas pelo Tribunal de Contas da União-TCU e do Conselho Nacional do Ministério Público-CNMP frente aos novos parâmetros pragmatistas e consequencialistas de Direito Público fixados pela Lei federal nº 13.655/18 - que alterou significativamente a Lei

de Introdução às Normas do Direito Brasileiro-LINDB – e pelo Decreto nº 9.830/19, o qual regulamentou o art. 20 da Lei federal nº 13.655/18.

## **2 O círculo vicioso do *Hiperativismo do Controle da Gestão Pública X Paralisia do Gestor Público* e o impacto da Governança Pública, da renovação do controle interno e da Lei Federal nº 13.655/18: a aplicação de novos parâmetros interpretativos do Direito Público brasileiro pelos órgãos de controle externo**

Ao mesmo tempo em que o constituinte ampliou a lista de tarefas que os órgãos e entes públicos deveriam cumprir, inúmeros deveres passaram a ser exigidos dos gestores públicos, como legalidade, eficiência, transparência, moralidade.

Para além disso, indubitável que hoje o catálogo de deveres fundamentais do gestor público é infinitamente superior àquele das prerrogativas e privilégios que por tanto tempo caracterizaram o regime jurídico público. Ainda assim desvios de finalidade e abusos são cometidos todos os dias pelas autoridades públicas, e anteendo isso a Constituição de 1988 zelou também pela institucionalização dos órgãos de controle interno e externo da Administração pública, a quem cabe essencialmente (i) verificar a juridicidade do atuar do gestor e (ii) coibir, processar e responsabilizá-lo por excessos e má-conduta comprovados.

Ocorre que, motivados por um quadro agudo de má conduta, piorado por uma atuação preventiva do controle interno não muito eficiente e em nome de uma prevalente Agenda Anticorrupção, Judiciário, Ministério Público, Tribunais de Contas, Advocacias Públicas e Controladorias acabaram por ampliar e desenvolver suas atividades focando em um controle abertamente mais repressivo, preferencialmente voltado à punição do mau gestor.

Entretanto, este *hiperativismo do controle* - ainda que defensável e compreensível - gerou um efeito extremamente perverso na gestão pública brasileira: a drástica redução da discricionariedade do gestor a níveis alarmantes, provocando uma verdadeira paralisia administrativa e, o que é pior, em situações cada vez mais correntes, a substituição do gestor pelo controlador

público. Eis um dos fatores – não é o único, obviamente – que vem gerando uma perniciosa estagnação da Administração pública, aparentemente sem espaços para promoção de inovação, comprometendo demasiadamente o desenvolvimentismo que deveria pautar toda e qualquer atuação pública em um contexto desigual e subdesenvolvido como o brasileiro.

Ainda que em face de um direito emergencial (Lei Federal nº 13.979/20), esta problemática até então predominante acabou sofrendo inflexões consideráveis diante do cenário da Pandemia COVID-19 a qual, mesmo tendo desencadeado episódios de desvios de legalidade dos gestores públicos (p. ex. compras superfaturadas de equipamentos e insumos de saúde para combate da pandemia), levou os órgãos de controle externo como TCU e Ministério Público a reverem seus comportamentos frente à atuação do gestor público, acarretando em certa medida posicionamentos revisionais mais deferentes de tais órgãos frente ao conteúdo das decisões administrativas previamente tomadas pelas autoridades e gestores públicos.

Com efeito, restou evidente que o maior risco de permanecermos inertes e não desatarmos este nó é o de deixar o cidadão cada vez mais descoberto e refém de decisões públicas que não levam em consideração seus direitos e garantias, porque mais preocupadas em operacionalizar um regime jurídico repressivo – o qual por certo deve ser levado em conta, mas não somente.

Ademais, tais decisões comumente não avaliam as consequências diretas e indiretas do comando por elas emanado, sob o ponto de vista transformativo da qualidade da gestão pública, em um processo de permanente aderência da conduta do gestor à ética e ao direito (*compliance*), o que muitas vezes têm gerado respostas supressoras da discricionariedade administrativa – e consequente *paralisia decisória do gestor público* - quando na verdade deveriam apresentar propostas de aperfeiçoamento do ambiente normativo e procedimental que valorizassem a autonomia decisória do gestor público.

Assim, um círculo vicioso instaurou-se na inter-relação controle externo/ gestão pública, o qual precisa ser imediatamente rompido, voltando-se a prestigiar a discricionariedade do gestor sem o comprometimento da trajetória institucional interventiva dos órgãos de controle, mas que também precisam se renovar à luz do Estado de Direito Democrático que ambos, gestor e controlador, precisam continuamente realizar e garantir.

## **2.1 Governança pública e renovação do controle interno da gestão pública**

Como respostas recentes do sistema jurídico a este imbróglio temos, de um lado, governança e políticas de integridade no setor público; de outro, novos parâmetros decisórios e interpretativos, mormente os veiculados pela Lei federal nº 13.655/20, a qual incluiu na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro-LINDB regras sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público.

Primeiro, vieram a Lei federal n. 13.303/16 e o Decreto n. 8.945/16 estabelecendo novos padrões de atuação e controle para as empresas estatais, notadamente a partir das noções de governança e integridade. Depois, no plano federal, veio o Decreto n. 9.203/17 que amplia estes novos *standards* para a Administração direta, autárquica e fundacional, considerando governança pública “conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesses da sociedade” (art. 2º, inc. I).

Pelo Governo Bolsonaro foram editados decretos na linha do reforço da eficiência administrativa e do fortalecimento institucional, como (i) Decreto nº 9.739/19 e suas regras visando ao melhor desempenho no exercício das competências dos órgãos e entidades públicas, e (ii) Decreto nº 10.382/20, que institui o programa TransformaGov, o qual tem por finalidade “a implementação de medidas de transformação institucional, de modernização das estruturas regimentais e de aprimoramento da gestão estratégica nos órgãos e entidades para o alcance de melhores resultados” (art. 2º).

Assim, percebe-se com clareza que o Direito Administrativo está em processo acelerado de renovação do sistema de controle interno da Administração pública, com o reforço da eficácia, transparência, gestão e avaliação do risco imanente às tarefas públicas, responsabilização do gestor, entre diversos outros aspectos. A finalidade maior da implantação de uma política de governança no setor público é imprimir a atualização dos controles internos frente ao que existe de melhor em termos de inovação no setor público, a cargo da própria gestão pública, sempre em prol da busca por maior qualidade dos resultados a serem atingidos pela Administração como um todo.

Esta inflexão não altera unicamente a forma de atuar dos gestores públicos –pois aprimorando-se a gestão pública reforça-se a necessidade de respon-

sabilização administrativa por má conduta – mas cria uma nova referência para os órgãos de controle externo, que devem pautar-se em seu dia a dia na promoção do *enforcement* deste novo aparato normativo, e jamais pretendem substituir-se ao gestor público em tarefas materiais que constitucionalmente lhes foram asseguradas.

Por óbvio que tal mudança está em curso, e o controle externo há de paulatinamente equalizar a sua atuação frente aos novos *standards* normativos da governança pública, mas um resultado esperado é o de resgate e revalorização da capacidade decisória discricionária do gestor, provocando-se (a) uma renovação concomitante da gestão e do controle em si, e (b) abertamente modificando as bases de inter-relação da gestão com o controle, e vice-versa.

## ***2.2 A Lei Federal nº 13.655/18, o Decreto nº 9.830/19 e os novos parâmetros interpretativos do Direito Público brasileiro***

Por outro lado, nesse contexto evolutivo premente era que tivéssemos todos à mão - gestores, controladores e operadores do Direito em geral – novos parâmetros e *standards* interpretativos e de aplicação do direito público, especialmente voltados a viabilizar adequadamente o que o próprio sistema jurídico está a transformar. E aqui exsurgiram como salutares as inovações propostas originalmente pelo PL n. 7.448/17 de autoria do Senador Antonio Anastasia (MG) à LINDB, instituindo regras sobre segurança jurídica e eficiência na gestão pública, que foram concretizadas com a aprovação da Lei federal nº 13.655/18, regulamentada pelo Decreto nº 9.830/19.

Os arts. 20 a 22 da atual redação da LINDB veiculam regras em que a interpretação e a aplicação do Direito deverão considerar o entorno fático e as consequências da decisão administrativa, controladora ou judicial que está sendo exarada. Além de estar alinhada ao cenário de implantação da governança pública acima exposto, tais regras acabam por reforçar o dever constitucional de motivação e fundamentação, fática e jurídica, que se encontram previstos na Lei Maior e igualmente em diplomas legislativos como a Lei federal n. 9.784/99 (processo administrativo).

Os seguintes arts. 23 e 24 reforçam uma das facetas mais garantistas da segurança jurídica – prevista no art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição de 1988 -

no sentido de proteger-se também a previsibilidade e a expectativa do direito em faces de eventuais mudanças interpretativas da autoridade administrativa do controlador ou do juiz, qual seja, a confiança legítima. Na mesma linha, caminha seu art. 30, ao estipular que “as autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.”

Quem milita junto aos órgãos públicos, Ministério Público e Tribunais de Contas sabe que mudanças interpretativas ocorrem a todo momento, e de modo bastante sinuoso e surpreendente para os destinatários das decisões. Estas novas regras não vedam – e nem poderiam – a mudança de postura interpretativa, mas sinalizam que elas devam ocorrer em um ambiente de *fair play*, dotado de previsibilidade e maior consideração dos direitos e garantias dos envolvidos, sobretudo afastando-se algo que hoje infelizmente é da práxis cotidiana: a surpresa da mudança, sem que o destinatário possa dizer ou fazer a respeito.

Por seu turno, os novéis arts. 26, 27 e 29 ampliam o emprego do consensualismo e da participação popular em procedimentos e decisões que tenham por matéria a atividade administrativa – a normativa inclusive - com recurso mais corrente a termos de compromisso de conduta, consultas públicas, jurisdição voluntária judicial, etc. Tais inovações vão ao encontro de uma gestão pública mais aberta e igualitária, em um contexto de governança e que tende também a aumentar a base de legitimidade democrática de suas decisões.

Finalmente, o art. 28 da LINDB – o qual densifica em melhores bases normativas a responsabilidade pessoal do agente público em casos de dolo ou erro grosseiro – igualmente está vinculado às expectativas de busca por maior razoabilidade e proporcionalidade da responsabilização dos agentes no cenário de governança pública e integridade que Lei federal n. 13.303/16, Decretos n. 8.945/16 e n. 9.203/17 acabaram por instituir.

Ora, estreme de dúvidas que todo este novo contexto jurídico-normativo impacta significativamente na atuação dos órgãos de controle externo como TCU e Ministério Público, quando atuam na fiscalização e revisão da atividade da Administração pública. Entretanto, antes de apresentar um panorama do impacto dessas mudanças legislativas sobre o comportamento e normatização desses órgãos, pertinente é discorrer sinteticamente sobre pragmatismo e consequencialismo jurídicos, compreendidos como influências explícitas da Lei federal nº 13.655/18 no ordenamento jurídico brasileiro.

### 3 Oficializando-se o Pragmatismo e o Consequencialismo no Direito Administrativo Brasileiro: influências da Lei federal nº 13.655/18

Para apreender o pragmatismo no âmbito do Direito Administrativo, mister é entender do que se trata o *pragmatismo jurídico* e o próprio pragmatismo enquanto teoria da Filosofia.

Pragmatismo pode ser compreendido como uma corrente filosófica datada do século XIX, que nasceu da crítica à abstração e à metafísica tradicional. Mais tarde, despontou nos EUA o movimento conhecido como realismo jurídico ou jurisprudência sociológica, capitaneado por Roscoe Pound, Benjamin Cardozo e Oliver W. Holmes; o realismo jurídico, cujo cerne está na possibilidade dada ao juiz para julgar tendo em vista as consequências da decisão, foi responsável por uma maximização do poder judicial e das decisões invalidadas pela Suprema Corte americana<sup>2</sup>.

Esse movimento renasceu nos fins do século XX sob a denominação de pragmatismo jurídico, dotado de três características fundamentais, quais sejam, (i) contextualismo, (ii) consequencialismo e (iii) anti-fundacionalismo. A primeira significa que toda proposição deve ser julgada tendo como base as necessidades humanas e sociais; a segunda, pressupõe o teste de cada proposição mediante a antecipação dos resultados; por fim, a terceira característica é a rejeição à metafísica, à abstração e à imutabilidade do direito<sup>3</sup>.

O pragmatismo, no âmbito do Direito, leva a uma compreensão do próprio direito sob uma perspectiva comportamental, tornando-se desapegado da mera teoria ou dos simples conceitos. Ser pragmático implica ser atento às consequências práticas; significa que o magistrado – e no contexto de nosso ensaio, o controlador em geral - quando a lei permitir diferentes soluções para a mesma controvérsia, deverá basear sua decisão naquilo que irá levar a um resultado prático mais interessante à sociedade.

2 GEN JURÍDICO. *Entendendo a Filosofia do Direito – As correntes da filosofia do direito (3/4): O realismo e o pragmatismo jurídico*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2018/04/04/entendendo-filosofia-do-direito-as-correntes-da-filosofia-do-direito-3-4-o-realismo-e-o-pragmatismo-juridico/>>. Acesso em: 04 set. 2020.

3 POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo: Teoria Social e Política**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005.

O juiz pragmatista adota um método comparativo-consequencialista, ao comparar as várias alternativas apresentadas como solução a uma lide e optar por aquela cujos resultados representem o melhor interesse possível às necessidades humanas e sociais. Para alcançar esse tipo de decisão, o pragmatista vai além da letra da lei: ele se guia por orientadores éticos e políticos<sup>4</sup>, bem como por outras áreas do conhecimento, como a sociologia e a economia.

Não quer dizer que o magistrado pragmatista despreze as fontes formais do direito e a própria lei em si; estes servem, na verdade, como um ponto de partida, mas a finalidade que se almeja alcançar é a satisfação das necessidades humanas e sociais, tendo em vista termos econômicos, sociais e políticos<sup>5</sup>.

Embora seja considerado característica ou braço do pragmatismo, o *consequencialismo* também pode despontar como modelo teórico autônomo, partindo da premissa segundo a qual a avaliação de uma proposição deve levar em conta os resultados práticos produzidos.

Consequencialismo é a teoria segundo a qual as consequências de determinada conduta (ou decisão) constituem a base para que se façam juízos a respeito; diferencia-se, assim, do pragmatismo, que tem o consequencialismo como uma de suas características fundamentais, mas possui compromisso com a razoabilidade<sup>6</sup>.

O consequencialismo jurídico foi introduzido formalmente no ordenamento brasileiro por meio da Lei federal nº 13.655, de 25 de abril de 2018, que promoveu alterações na LINDB com objetivo de levar segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público, mediante a edição de normas com evidente conotação consequencialista<sup>7</sup>.

---

4 *Ibidem.*

5 POSNER, Richard. **A problemática da teoria moral e jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2012

6 ARRUDA, Thais de Nunes. **Como os juízes decidem os casos difíceis?** A guinada pragmática de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin. 2011. 287 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

7 LINDB, Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) (Regulamento)

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

LINDB, Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo

A própria novidade legislativa veio fundamentada pela incapacidade da lei em regular toda a vida social por si só, sendo imprescindível sua interpretação e aplicação com a devida observância dos impactos práticos e econômicos no caso concreto<sup>8</sup>.

Alguns dogmas referentes ao campo do Direito Administrativo merecem uma releitura sob a ótica do pragmatismo jurídico, a fim de conferir mais flexibilidade, criatividade e eficiência aos atos do administrador.

A concepção mais ortodoxa e formal de legalismo ao qual a Administração Pública deve se submeter não corresponde exatamente à realidade e ao cotidiano do Poder Público, uma vez que, se assim fosse, não sobraria qualquer resquício de criatividade por parte do gestor<sup>9</sup>.

Por tudo isso, é possível sustentar que o pragmatismo jurídico é uma tendência que encontra solo fértil junto ao paradigma do constitucionalismo no qual o mundo atual se insere, possuindo reverberação na doutrina e a partir da Lei federal nº 13.655/18, influenciando obrigatoriamente a atuação do Judiciário e demais órgãos de controle externo da Administração Pública no Brasil, além de provocar a releituras de dogmas de nosso Direito Administrativo.

O consequencialismo jurídico, na forma como foi introduzido no ordenamento brasileiro por intermédio da Lei federal nº 13.655/2018 – cujo art. 20 foi regulamentado pelo Decreto nº 9.830/19 – pode ser encarado como modelo teórico autônomo, mas também é uma extensão e uma característica fundamental do pragmatismo. Embora próximos, diferenciam-se à medida que o pragmatismo parece ser mais amplo e não se reduz a uma mera análise da consequência dos resultados práticos de uma decisão, mas a uma prática abrangente e interdisciplinar que não deixa de observar a razoabilidade.

---

expresso suas consequências jurídicas e administrativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) (Regulamento) Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

8 DIAS, Felipe Wagner de Lima; NASCIMENTO, Victor Hugo Macedo. O consequencialismo jurídico e o artigo 20 da Lindb. In: **CONJUR**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jun-07/opiniao-consequencialismo-juridico-artigo-20-lindb>>. Acesso em: 05 set. 2020.

9 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A releitura do Direito Administrativo à luz do pragmatismo jurídico. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 256, p. 129-163, jan. 2011. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8496/7245>>. Acesso em: 07 Set. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v256.2011.8496>.

A seguir, vamos analisar dois atos normativos que demonstram como este novo contexto jurídico-normativo vem impactando na atuação dos órgãos de controle externo como TCU e Ministério Público, quando atuam na fiscalização e revisão da atividade da Administração pública.

#### **4 A Resolução-TCU nº 315, de 22 de abril de 2020 e a Recomendação Conjunta PRESI-CN nº 2, do Conselho Nacional do Ministério Público-CNMP, de 19 de junho de 2020: impactos do pragmatismo e do consequencialismo no controle externo da gestão pública pós-Lei federal nº 13.655/18**

Desde a edição da Lei federal nº 13.655/18, o Tribunal de Contas da União-TCU obviamente vem aplicando seus parâmetros interpretativos pragmatistas e consequencialistas em suas decisões, promovendo a atualização de sua jurisprudência. Todavia, para os fins deste trabalho colocamos em evidência o contido na Resolução-TCU nº 315, de 22 de abril de 2020, a qual “*dispõe sobre a elaboração de deliberações que contemplem medidas a serem tomadas pelas unidades jurisdicionadas no âmbito do Tribunal de Contas da União e revoga a Resolução-TCU 265, de 9 de dezembro de 2014*”.

Primeiro, nos considerandos do ato normativo, a própria Corte de Contas explicita “a necessidade de adequação da atuação do TCU às disposições contidas na Lei de Introdução à Normas do Direito Brasileiro”.

Segundo, esta Resolução trata das diferentes formas de intervenção do TCU na gestão pública no transcurso e como resultado do exercício de suas ações de fiscalização, melhor definindo e distinguindo entre si a (a) determinação, a (b) ciência e a (c) recomendação:

*I - determinação: deliberação de natureza mandamental que impõe ao destinatário a adoção, em prazo fixado, de providências concretas e imediatas com a finalidade de prevenir, corrigir irregularidade, remover seus efeitos ou abster-se de executar atos irregulares;*

*II - ciência: deliberação de natureza declaratória que cientifica o destinatário sobre a ocorrência de irregularidade, quando as circunstâncias*

*não exigirem providências concretas e imediatas, sendo suficiente, para fins do controle, induzir a prevenção de situações futuras análogas; e III - recomendação: deliberação de natureza colaborativa que apresenta ao destinatário oportunidades de melhoria, com a finalidade de contribuir para o aperfeiçoamento da gestão ou dos programas e ações de governo (Art. 2º da Resolução-TCU nº 315/20).*

No que diz respeito à determinação, a forma de intervenção do TCU mais impositiva das três modalidades de atuação, restou explícito no art. 5º da Resolução-TCU nº 315/20, que “*As determinações devem indicar a ação ou a abstenção necessárias e suficientes para alcance da finalidade do controle, sem adentrar em nível de detalhamento que restrinja a discricionariedade do gestor quanto à escolha dos meios para correção da situação irregular, salvo se o caso exigir providência específica para o exato cumprimento da lei” (g.n.). Ou seja, embora de caráter plenamente mandamental, *a priori* e como regra a determinação não poderá restringir a discricionariedade do gestor público no modo de restabelecimento da legalidade rompida com a sua atuação.*

Mais à frente, em seu art. 7º, § 3º, a Resolução-TCU nº 315/20 estatui que “Excepcionalmente, no caso de situações em que a implementação das providências imediatas necessárias para prevenir ou corrigir irregularidade, ou remover seus efeitos, não seja factível, a unidade técnica instrutiva poderá propor determinação, desde que devidamente fundamentadas as razões que justifiquem a necessidade da adoção da medida e consideradas as razões apresentadas pelo gestor, nos termos do art. 14 desta Resolução, visando: I - elaboração de plano de ação; II - elaboração ou apresentação de estudos técnicos, indicadores, métricas, desenvolvimento de ações ou programas; III - elaboração de normas visando a aspectos de aperfeiçoamento da gestão; IV - análise de viabilidade de alternativas de gestão; V – envidamento de esforços da unidade jurisdicionada com vistas ao aperfeiçoamento dos resultados de ações ou programas de governo, ainda que se almeje observância ou maior concretização dos princípios constitucionais que regem os atos da administração pública; VI - requisição de informações”.

Percebe-se claramente nesta regra a necessidade de levar em conta previamente todo o contexto fático e as consequências práticas da decisão – e igualmente possíveis alternativas de cumprimento - bem como tomar providências no sentido de considerar de modo expresse as consequências jurídicas

e administrativas da decisão que determina-se o cumprimento, tudo alinhado com os artigos 20 e 21 da LINDB.

Às “ciências” deverão ser aplicados os mesmos parâmetros destinados às “determinações”, ressaltando o caráter pragmático de ambas as formas de intervenção do TCU.

No que diz respeito às “recomendações”, o art. 12 da Resolução-TCU nº 315/20 estabelece que *“Não devem ser formuladas recomendações genéricas e distantes da realidade prática da unidade jurisdicionada, em especial quando: I - a complexidade do problema, em função de sua dimensão e da multiplicidade de suas causas, resultar em diagnóstico impreciso ou incompleto; II - a comparação entre a situação existente e o critério não evidenciar discrepância significativa; ou III - a medida pretendida estiver fundamentada em técnicas de comparação (benchmarks) ou boas práticas, sem a demonstração de que os fatores que conduzem ao resultado superior da situação paradigmática possam efetivamente ser implementados ou adaptados ao caso cujo desempenho se pretenda aprimorar”*. Seu parágrafo único, no entanto, é bem mais contundente no sentido de implantar-se o pragmatismo na ação fiscalizatória do TCU, ao reforçar que *“As recomendações não devem se basear exclusivamente em critérios que contenham elevada carga de abstração teórica ou conceitos jurídicos indeterminados, permitindo enquadrar achados de múltiplas espécies ou ordens”*.

No que diz respeito à Recomendação Conjunta PRESI-CN nº 2, do Conselho Nacional do Ministério Público-CNMP, de 19 de junho de 2020 – a qual recomenda aos ramos e às unidades do Ministério Público brasileiro critérios de atuação na fiscalização de políticas públicas - há de se afirmar primeiramente que seu conteúdo vem provocando muita polêmica e até judicialização no STF, com a impetração de Mandado de Segurança pela Associação Nacional dos Procuradores da República e pela Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho contra o ato normativo em comento.

Inicialmente, já nos “considerandos” deste ato normativo é que vamos encontrar o tom de verdadeira redefinição da atividade fiscalizatória do Ministério Público sobre as atividades desenvolvidas pelos órgãos e entidades administrativas, o que vai muito além de exclusivamente adaptar-se a atuação ministerial – em seu viés fiscalizatório – aos ditames da LINDB:

*(...) CONSIDERANDO que a efetivação das políticas públicas se dá exclusivamente por atos administrativos de gestão e não por atos judiciais ou de controle;*

*CONSIDERANDO que a função ministerial é de controle e não de execução, e a decisão administrativa é parte fundamental da cadeia de execução da política pública;*

*CONSIDERANDO que a decisão administrativa em geral, e na execução de políticas públicas em particular, é atribuição exclusiva do gestor;*

*CONSIDERANDO que o controle do conteúdo da decisão administrativa que seja cometido por outro órgão que não de gestão transborda a análise objetiva de sua legalidade e enseja violação à tripartição das funções estatais por caracterizar exercício ilegal de competência administrativa alheia;*

*CONSIDERANDO que não incumbe ao Ministério Público a eleição de políticas públicas, mas sim a atuação como agente indutor, proativo e resolutivo das garantias de efetivação dos direitos fundamentais decorrentes destas políticas; (...)*

Em seu art. 2º, a Recomendação Conjunta PRESI-CN nº 2/20 preceitua: “Recomendar aos membros do Ministério Público brasileiro que, na fiscalização de atos de execução de políticas públicas, seja respeitada a autonomia administrativa do gestor e observado o limite de análise objetiva de sua legalidade formal e material. Parágrafo único. Diante da falta de consenso científico em questão fundamental à efetivação de política pública, é atribuição legítima do gestor a escolha de uma dentre as posições díspares e/ou antagônicas, não cabendo ao Ministério Público a adoção de medida judicial ou extrajudicial destinadas a modificar o mérito dessas escolhas”.

Por seu turno, o art. 4º estabelece: “Recomendar aos membros do Ministério Público brasileiro a ampliação do diálogo interinstitucional, especialmente com os órgãos fiscalizados, como meio de fortalecer o controle proativo e resolutivo da política pública, bem como viabilizar e racionalizar o acesso às informações”.

Finalmente, em seu art. 5º, a Recomendação Conjunta PRESI-CN nº 2/20 estatui: “Recomendar aos membros do Ministério Público brasileiro critério e racionalidade no exercício do poder requisitório, de modo a permitir que os gestores mobilizem seus esforços na execução da política pública e não na confecção de respostas. § 1º Evitar a expedição de notificações e requisições de informações que já se encontrem disponibilizadas em sistemas abertos de consulta”.

Ora, salta aos olhos que o conteúdo da Recomendação Conjunta PRESI-CN nº 2/20 vem impregnado com o pragmatismo e o consequencialismo previstos e propagados pela Lei federal nº 13.655/18, o que acaba por provocar uma separação mais nítida entre atividade fiscalizatória e atividade fiscalizada, bem como os limites de intervenção de uma sobre a outra. Ademais, o ato normativo do CNMP é dotado de forte razoabilidade na atuação do ente ministerial fiscalizador, o que acaba por estabelecer um novo devido processo legal fiscalizatório do Ministério Público sobre a atividade da Administração Pública, com novos critérios e novos parâmetros.

## **5 Considerações finais**

É estreme de dúvidas que nos últimos 30 anos os órgãos de controle externo à atuação da Administração Pública, notadamente o TCU e o Ministério Público, atuaram positivamente nesse processo de internalização dos vetores de moralização, democratização e profissionalismo na Administração pública.

Contudo, o resultado almejado pelo constituinte nessa trajetória nunca foi e nem poderia ser o de final substituição da função administrativa pelos órgãos internos e externos de controle – não é esta sua vocação constitucional – aniquilando-se a discricionariedade do gestor. Precisamos sair desse impasse, pois todos perdemos com esta neutralização do gestor público em sua capacidade decisória, razão pela qual este embate que se instaurou entre hiperativismo do controle e paralisia da gestão precisa ser adequadamente mediado pelo Direito, a partir de melhores bases normativas e novos e civilizados modelos de inter-relacionamento entre controle e gestão.

Este ensaio transparece com cores fortes que ambas as linhas evolutivas acima expostas – controle interno reformatado à luz da Governança Pública e controle externo reformatado à luz do pragmatismo e consequencialismo propagados pela LINDB - são complementares entre si, e não devem ser avaliadas de modo isolado ou destacado uma da outra, pois ecoa como totalmente lógico e racional que para implantar um novo modelo de gestão – Governança e integridade no setor público – precisamos de um renovado arsenal normativo e interpretativo do direito público, calcado em elevados padrões de segurança jurídica e eficiência administrativa, não somente aplicáveis ao gestor público, mas também aos Judiciário e aos demais órgãos de controle externos em geral.

O caminho da mudança não ocorre sem enfrentamentos, e o diálogo controle-gestão que parece estar sendo travado em face das duas linhas evolutivas aqui referidas certamente produzirá resultados positivos. Todavia, ao invés de exclusivamente atuar em prol de um contínuo encaixe institucional, com a defesa isolada e exasperada de seus próprios pontos de vista, há de ser formada uma concertação interinstitucional entre todos os órgãos impactados pela renovação do Direito Administrativo que está em curso, evitando-se que trilhem percursos contrastantes de um real aperfeiçoamento evolutivo do sistema administrativo como um todo.

Por isso, passados mais de 30 anos do advento da Constituição de 1988, não podemos desconsiderar que os ambientes institucional e jurídico-normativo do Direito Administrativo renovaram-se em torno da governança pública e por via de consequência do pragmatismo e consequencialismo propagados pela LINDB. A Resolução-TCU nº 315, de 22 de abril de 2020 e a Recomendação Conjunta PRESI-CN nº 2, do Conselho Nacional do Ministério Público-CNMP, de 19 de junho de 2020, são bons exemplos dessa necessária mudança de curso da trajetória institucional dos órgãos de controle externo.

Assim sendo, o que todos devemos desejar é a funcionalidade e a estabilidade do sistema administrativo, a ser alcançada não em um ambiente de constante antagonismo e embate entre controle e gestão, mas de coprotagonismo civilizado e debates propositivos, jamais deixando-se de lado aqueles a quem controle e gestão devem permanente satisfação, como deveres estabelecidos no plano constitucional: o cidadão e a sociedade brasileira.

## Referências

ARRUDA, Thais de Nunes. **Como os juízes decidem os casos difíceis?** A guinada pragmática de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin. 2011. 287 f.. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

DIAS, Felipe Wagner de Lima; NASCIMENTO, Victor Hugo Macedo. O consequencialismo jurídico e o artigo 20 da Lindb. *In: CONJUR*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jun-07/opiniao-consequencialismo-juridico-artigo-20-lindb>>. Acesso em: 05 set. 2020.

GEN JURÍDICO. *Entendendo a Filosofia do Direito – As correntes da filosofia do direito (3/4): O realismo e o pragmatismo jurídico*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2018/04/04/entendendo-filosofia-do-direito-as-correntes-da-filosofia-do-direito-3-4-o-realismo-e-o-pragmatismo-juridico/>>. Acesso em: 04 set. 2020.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Direito Administrativo Pragmático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A releitura do Direito Administrativo à luz do pragmatismo jurídico. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 256, p. 129-163, jan. 2011. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8496/7245>>. Acesso em: 07 Set. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v256.2011.8496>.

POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo: Teoria Social e Política**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005.

POSNER, Richard. **A problemática da teoria moral e jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

