

O mito do “quanto mais controle, melhor” na Administração Pública

Rafael Carvalho Rezende Oliveira

Pós-Doutor pela *Fordham University School of Law* (New York). Doutor em Direito pela UVA/RJ. Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio. Especialista em Direito do Estado pela UERJ. Professor Titular de Direito Administrativo do IBMEC. Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito – Mestrado e Doutorado do PPGD/UVA. Professor de Direito Administrativo da EMERJ. Professor dos cursos de Pós-Graduação da FGV e Cândido Mendes. Membro do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro (IDAERJ). Presidente do Conselho editorial interno da Revista Brasileira de *Alternative Dispute Resolution* (RBADR). Membro da lista de árbitros do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA). Procurador do Município do Rio de Janeiro. Advogado, árbitro e consultor jurídico. Sócio fundador do escritório Rafael Oliveira Advogados Associados. *E-mail*: contato@roaa.adv.br

Erick Halpern

Mestre em Direito pela Universidade Veiga de Almeida. Pós-Graduado em Direito do Estado e Regulação pela Fundação Getúlio Vargas. Procurador do Município de Angra dos Reis. Advogado.

Resumo: O presente artigo tem como objetivo investigar o papel dos órgãos de controle na análise da juridicidade dos atos praticados pela Administração Pública. Com o intuito de desmistificar a ideia de que a hipertrofia do controle seria benéfica para o interesse público, o estudo apresenta os efeitos negativos de uma atuação controladora excessiva e formalista para garantia da eficiência administrativa. A partir de uma análise institucional e pragmática, especialmente com as modificações inseridas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, o artigo sugere *standards* para uma atuação equilibrada dos órgãos de controle que garanta a eficiência administrativa e a separação de funções entre órgãos controladores e a Administração Pública.

Palavras-chave: Controle. Administração pública. Parâmetros.

Sumário: 1 Introdução – 2 Panorama geral do controle da Administração Pública – 3 As externalidades negativas do atual sistema de controle – 4 Controle a partir do pragmatismo jurídico: *standards* a partir da LINDB – 5 Considerações finais – Referências

1 Introdução

A sociedade moderna caracteriza-se pela incerteza, risco e imprevisibilidade decorrentes das revoluções industrial e científica, além da própria globalização. Essa instabilidade, naturalmente, é incrementada no atual cenário global, no qual

a Organização Mundial da Saúde (OMS), no dia 11 de março de 2020, declarou a pandemia da Covid-19, doença causada pelo novo coronavírus (Sars-Cov-2).¹

Ao Poder Público incumbe aparelhar, em tempo recorde, o deficitário sistema de saúde pública brasileiro, de modo a fornecer cuidados médicos às pessoas. Em momentos de crise, a Administração tem o desafio de adotar condutas inovadoras, criativas e urgentes para solução de problemas extraordinários, o que, em determinados casos, encontra a barreira de controles formalistas.

Nesse cenário, além do enfrentamento do vírus e da doença, é necessário confrontar o fenômeno da crise de ineficiência pelo controle,² que tem imputado aos gestores públicos penalidades por adoção de interpretações não literais dos dispositivos legais ou que contrariem a interpretação do próprio controlador, causando, assim, aquilo que foi denominado como “apagão das canetas”.³

O objetivo do presente artigo é revistar os atuais paradigmas do controle da Administração Pública, com destaque para o controle exercido no contexto da pandemia do novo coronavírus.

2 Panorama geral do controle da Administração Pública

No âmbito do Estado Democrático de Direito, a Administração Pública encontra-se limitada pelo ordenamento jurídico,⁴ devendo exercer suas funções (deveres-poderes) com o intuito de promover e defender os direitos fundamentais.

De outro lado, o princípio republicano exige que os agentes públicos sejam responsáveis por suas ações nas esferas política, administrativa, civil e criminal, cabendo a sua ampla responsabilidade e responsividade⁵ pela eventual prática de ilícitos no exercício da função pública.

¹ WHO. *Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 – 11 March 2020*. Disponível em: <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19-11-march-2020>. Acesso em: 02 abr. 2020.

² GUIMARÃES, Fernando. *O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/odireito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ine-ciencia-pelo-controle>. Acesso em: 02 abr. 2020.

³ DANTAS, Bruno. *Incompetência não pode ser tratada como improbidade*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-30/incompetencia-nao-improbidadeministro-tcu>. Acesso em: 02 abr. 2020.

⁴ Jacques Chevallier afirma: “O Estado de direito significa, na prática, que a liberdade de decisão dos órgãos do Estado é disciplinada, em todos os níveis, pela existência de normas jurídicas, cujo respeito é garantido pela intervenção de um juiz: isso pressupõe que os eleitos não disponham mais de uma autoridade indivisa, mas que seu poder seja constitutivamente limitado; e implica que eles se submetam às regras que eles próprios estabeleceram” (CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 206-207).

⁵ Nesse sentido a lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto: “No Direito Público estruturado, a responsabilidade é pedra angular do sistema, porque, se todos devem responder por seus atos, com muito maiores razões, deve fazê-lo o Estado, até mesmo por ser o responsável direto pela manutenção da ordem jurídica, dever este extensivo a seus agentes, que livremente assumem o múnus de executar as várias e distintas funções que essa mesma ordem jurídica se lhes impõe. [...] a responsividade, tal como surgiu, a partir dos estudos sobre a participação política, é um princípio instrumental da democracia, uma vez que se

Nesse contexto, a Constituição da República de 1988 transformou o controle incidente sobre a Administração Pública, ampliando os limites formais e materiais de atuação dos agentes públicos, assim como alargou significativamente as atribuições e prerrogativas dos órgãos de controle externo, de modo a consolidar a atividade do Ministério Público e dos Tribunais de Contas.

Ressalte-se que o controle de legalidade foi ampliado para abranger a necessidade de compatibilidade dos atos administrativos com todo o ordenamento jurídico, e não apenas com a lei formal. A exigência de respeito à lei e ao Direito insere-se no denominado princípio da juridicidade.⁶

Atualmente, não raras as vezes, o controle encontra-se pautado pela lógica burocrática de Max Weber,⁷ com rigidez procedimental, hierárquica e formalista. Trata-se de atuação qualificada como sistema binário composto por comando e controle, ou seja, um modelo através do qual o controlador, basicamente, impõe sanções aos entes controlados pelo descumprimento de uma regra pré-estabelecida.

Esse modelo de controle funda-se em análise estática da regularidade dos atos administrativos, avaliando uma aplicação burocrática dos *standards* legais ao caso concreto pelo método da subsunção. Dessa forma, são eficientes as ações administrativas que cumprem a legalidade formal, independente dos seus resultados efetivos.⁸

A essência desse controle remete a um controlador que “age por autos e atos, trata direitos e deveres em papel, é estatista, desconfia dos privados, despreza a relação tempo, custos e resultados, não assume prioridades”.⁹

Mencione-se, por exemplo, o acórdão do TCU que determinou a numeração e rubrica das folhas do processo, com fundamento nos princípios da transparência e da moralidade.¹⁰

destina a salvaguardar o núcleo significativo da legitimidade, conciliando a expressão da vontade popular, democraticamente recolhida, com a racionalidade na ação pública” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O direito administrativo do século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 13-37, jul./set. 2011).

⁶ Sobre o princípio da juridicidade, *vide*: OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública*: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A constitucionalização do direito administrativo*: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

⁷ FARIA, J. H.; MENEGHETTI, F. K. Burocracia como organização, poder e controle. *Revista de Administração de Empresas*, v. 51, n. 5, p. 424-439, 2011.

⁸ A propósito Floriano Azevedo Marques Neto: “Os controles formais se pautam na verificação da atenção aos procedimentos e requisitos previstos em lei como condição para a prática de um ato. A presunção, que deve ser respeitada, é a de que se a lei exige uma condição formal para a prática de um ato, isso tem uma razão, um fundamento. Tanto é assim que a Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65, art. 2º, ‘b’) prevê que o vício de forma é causa da anulação de um ato administração em sede do controle judicial provocado por qualquer cidadão” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. *Fórum de Contratação e Gestão Pública FCGP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, p. 7-30, abr. 2010).

⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2017, p. 147.

¹⁰ TCU, Acórdão 1.394/2012, Processo nº 014.098/2008-3, Rel. Min. Raimundo Carreiro. Plenário. Julg. 06.06.2012. De forma assemelhada, o Tribunal de Contas da União tem aplicado sanções a gestores que

Por outro lado, a atuação do controle é regida por uma gama de leis, tais como: a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), a Lei Nacional de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/1993), a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), a Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/1965), a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985), a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011) e Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013). Além da legislação própria que institui as atribuições de cada entidade controladora.

Esse arcabouço legislativo tem primado por normas principiológicas ou por normas que elegem conceitos jurídicos indeterminados, de forma a alargar demasiadamente a atribuição e a atividade das instâncias de controle,¹¹ uma vez que viabilizam a invalidação da atuação administrativa fundada em princípios.

Ademais, as entidades de controle não têm prezado por uma uniformização de orientações jurídicas a pautarem, previamente, as condutas dos administradores públicos e garantirem a devida segurança jurídica a tomada de decisões, visto que pretendem proteger suas prerrogativas institucionais e a independência funcional de seus membros. Tanto é assim que nas palavras de Carlos Ari Sunfeld: “no Brasil, cada promotor público é uma república independente. Cada um tem sua opinião diversa”.¹²

O controle, ainda, é marcado por uma nítida sobreposição de instâncias, inclusive que atuam sobre as mesmas atividades controladas. Como exemplo, em matéria de contratações públicas no âmbito da União, podem ser citadas diversas instâncias controladoras extrajudiciais, tais como: a) Controladoria-Geral da União; b) Tribunal de Contas da União; c) Ministério Público Federal; d) Polícia Federal; e, por fim, e) agências ou entidades reguladoras.

Sendo assim, não é raro encontrar conflitos de competência entre as entidades de controle, como o célebre caso do acordo de leniência firmado entre a Construtora

intempestivamente prestam contas, apesar da sua higidez material (TCU. Acórdão nº 7322/2020. Processo nº 011.698/2016-0, Rel. Min. Aroldo Cedraz. 2ª Câmara. Julg. 14.07.2020). Ainda, os Tribunais de Contas Estaduais continuam apegados aos aspectos formais que podem ser saneados por mera diligência, a exemplo das autenticações de balanço patrimonial (TCE/PR, Acórdão nº 2510/2020, Pleno, Rel. Cons. Fabio de Souza Camargo, julg. 16.09.2020).

¹¹ Em sentido aproximado ao do texto, a lição de Mauro Gomes de Mattos: “Todavia, como a lei em comento possui comandos muito abertos, é necessário que haja uma certa prudência no manejo indiscriminado de ações de improbidade para que não seja enfraquecida e se torne impotente, pelo excesso de sua utilização, para os casos que não comportem o devido enquadramento. Isso porque, o comando legal em questão se preocupou apenas em definir tipos de improbidade, sem, contudo, definir o que venha ser ato ímprobo. Ao deixar de definir o conteúdo jurídico do que venha ser o ato de improbidade administrativa, a Lei nº 8429/92 permitiu ao interprete uma utilização ampla da ação de improbidade, gerando grande equívocos, pois possibilitou que atos administrativos ilegais, instituídos sem má-fé ou sem prejuízo ao ente público fossem confundidos com os tipos previstos na presente lei” (MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da improbidade administrativa*. Comentários à Lei nº 8429/92. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 27-28).

¹² A passagem é de autoria de Carlos Ari Sunfeld em entrevista ao sítio eletrônico do *Jota*. Disponível em: <https://www.jota.info/justica/carlos-ari-sunfeld-pl-7488-26042018>. Acesso em: 02 abr. 2020.

Odebrecht e o Ministério Público Federal no âmbito da operação “Lava Jato”, no qual a sociedade empresarial foi obrigada a firmar novo acordo de leniência com a Advocacia-Geral da União e a Controladoria-Geral da União, em face da sua recalcitrância em aceitar a competência do *Parquet*. Ressalta-se que, posteriormente, o segundo acordo de leniência foi questionado no âmbito do Tribunal de Contas da União, em razão da ausência de participação da Corte de Contas no ajuste.¹³

O controle da Administração Pública, em suma, tem sido caracterizado por uma atividade formalista e sobreposta, muitas vezes com orientações contraditórias entre instâncias diversas e entre membros do mesmo órgão controlador.

3 As externalidades negativas do atual sistema de controle

A íntima relação entre Direito e Economia demonstra a necessidade de consideração dos aspectos econômicos no processo de elaboração e de aplicação das normas jurídicas.

Nesse contexto, a eficiência da atuação dos órgãos de controle pode ser verificada à luz da Análise Econômica do Direito – AED (*Law and Economics*). De acordo com a AED, a economia, especialmente a microeconomia, deve ser utilizada para resolver problemas legais e, por outro lado, o Direito acaba por influenciar a Economia. Por essa razão, as normas jurídicas serão eficientes na medida em que forem formuladas e aplicadas levando em consideração as respectivas consequências econômicas.¹⁴

Existem interpretações distintas da AED (Escola de Chicago, Escola da *Public Choice*, institucionalistas, neo-institucionalistas, Movimento dos Estudos Críticos etc.), mas é possível apontar algumas premissas comuns a todas elas, a saber: a) o ser humano, inserido no ambiente de recursos escassos, escolhe racionalmente aquilo que considera ser o melhor para si, preferindo mais a menos satisfação, comparando os custos e os benefícios (econômicos, sociais etc.) das diferentes alternativas decisórias (análise consequencialista); b) no processo de maximização

¹³ Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/empresas-e-estado/falta-de-entendimento-entre-instituicoes-gera-inseguranca-quanto-a-leniencia-28112018>. Acesso em: 02 abr. 2020.

¹⁴ Apesar de ser antigo o diálogo entre o Direito e a economia, o movimento de *Law & Economics* desenvolve-se, principalmente nos Estados Unidos, a partir da década de 1960, por meio dos estudos de Ronald Coase (*The Problem of Social Cost*), professor da Universidade de Chicago e prêmio Nobel de Economia em 1991, e de Guido Calabresi (*Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*), da Universidade de Yale. Atualmente, um dos grandes expoentes do movimento é o professor Richard Posner (*Economic Analysis of Law*), da Escola de Chicago. Apesar de sua origem norte-americana, a AED tem sido estudada em países europeus (Alemanha, Itália etc.) e no Brasil. Existem diversas Escolas de AED, tais como: a) Escola de Chicago; b) Escola da Virgínia (*Public Choice*); c) Escola de New Haven; d) Escola Neoinstitucional; e) Economia Comportamental. Sobre as características das referidas vertentes, vide, por exemplo: ARAÚJO, Thiago Cardoso. *Análise Econômica do Direito no Brasil: uma leitura à luz da teoria dos sistemas*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 60-129.

da sua utilidade, as pessoas reagem a incentivos que recebem do ambiente em que vivem e trabalham, incluindo o sistema de preços (importância do contexto); c) as regras moldam os incentivos a que as pessoas estão submetidas e, portanto, influenciam nas suas decisões de troca, produção, consumo, investimento etc.¹⁵

Um dos benefícios oriundos da interseção entre o direito e a economia se caracteriza pela teoria das externalidades. Externalidades podem ser conceituadas como “benefícios ou custos que se transferem de umas unidades do sistema econômico para outras para a comunidade como um todo, extra mercado, isto é, este não tem condições para captá-los, para equacionar o seu processo de troca e de circulação”.¹⁶

Assim, no campo econômico, as externalidades significam que os custos e os benefícios gerados pelo desempenho de atividades econômicas não são absorvidos integralmente pelos agentes econômicos (produtores e consumidores) que se relacionam no mercado, mas também por terceiros que não fazem parte diretamente das transações econômicas. As externalidades podem ser divididas em duas categorias: a) negativas: o desempenho regular da atividade acarreta ônus que serão suportados por terceiros (custo externo ou social); e b) positivas: é a produção de benefícios para pessoas estranhas às transações econômicas (benefícios externos ou sociais).

A ideia de externalidade pode ser utilizada no tratamento do controle da Administração Pública. Nesse caso, as externalidades refletiriam os efeitos da tomada da decisão sobre os gestores públicos que, mesmo não integrantes da relação jurídica submetida ao controle, pautarão as suas condutas a partir dos comandos dos controladores, com o intuito de prevenir eventuais sanções no futuro.

A atuação dos controladores, com base nos parâmetros atuais, gera, pelo menos, três ordens de externalidades negativas, quais sejam: a) a ineficiência pelo medo; b) o custo financeiro desproporcional aos benefícios auferidos; e c) a mutação no arranjo constitucional e legal das atribuições dos poderes estatais.

¹⁵ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 36-37; PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 89. Nesse sentido: “A análise econômica deve, então, considerar o ambiente normativo no qual os agentes atuam, para não correr o risco de chegar a conclusões equivocadas ou imprecisas, por desconsiderar os constrangimentos impostos pelo Direito ao comportamento dos agentes econômicos” (SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio. *Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Campus, 2005, p. 03).

¹⁶ NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: Introdução ao direito Econômico*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 124.

3.1 A ineficiência pelo medo dos administradores públicos

O medo se espalhou pela Administração Pública. Na verdade, os agentes públicos que possuem alguma parcela de poder decisório ou aqueles que atuam em qualquer fase de alguns procedimentos estatais mais sensíveis aos olhos dos órgãos de controle (ex.: processos de contratações públicas e de licenciamentos) possuem medo da atividade de controle.

É possível indicar, pelo menos, quatro espécies de medo dos agentes públicos.¹⁷ Em primeiro lugar, o agente público possui o medo das consequências de suas ações para a própria Administração Pública. Ou seja, possui receio de que a sua conduta seja prejudicial ao interesse público ao invés de tutelá-lo. Dessa forma, a sua inclinação é agir com maior parcimônia e responsabilidade a fim de evitar falhas.¹⁸

De outro lado, o agente público teme as consequências dos atos para terceiros, isto é, os efeitos colaterais de sua conduta que não são passíveis de mensuração pelo atual estado da arte. Destarte, esse medo vincula-se ao princípio da precaução, as sociedades de risco, a aversão à perda, a indiferença à probabilidade e aos efeitos sistêmicos.¹⁹

A terceira espécie de medo relaciona-se com os efeitos eleitorais das condutas do agente público. O agente político, como qualquer homem racional e econômico, tende a maximizar os seus próprios interesses. Assim, as suas condutas são voltadas a conseguir os votos necessários a perpetuação no poder.²⁰

Já o quarto tipo de medo se conecta com as consequências pessoais dos atos praticados pelo agente público. Esses efeitos possuem duas acepções: a) a primeira remete ao risco quanto à integridade física do agente público, ameaçada por decisões administrativas que contrariam interesses legítimos ou não de grupos específicos; e b) ao risco de responsabilização pelos Órgãos de Controle por decisões ou atos administrativos fundado em divergência relevante na doutrina

¹⁷ MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. *O medo e o ato administrativo*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rodrigo-tostes-mascarenhas/o-medo-e-o-ato-administrativo>. Acesso em: 02 abr. 2020.

¹⁸ GARCIA, Flávio Amaral; MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. Contratos públicos, improbidade e o Estado amedrontado (ou “Crime de hermenêutica dos outros é refresco”). *Revista Síntese de Direito Administrativo*, v. 12, nº 141, set. 2017, p. 241-252.

¹⁹ SUNSTEIN, Cass R. Para além do princípio da Precaução. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 259, p. 11-71, jan./abr. 2012

²⁰ O representante e seu partido são recompensados pela descoberta e pela realização dos desejos políticos dos seus constituintes; a recompensa é o sucesso na eleição e as eventuais rendas de gabinete. Se votar contra uma política econômica que prejudica a sociedade, mas garante a reeleição, provavelmente o representante votaria nesse último sentido (STIGLER, George, J. A teoria da regulação econômica. *In*: MATTOS, Paulo (Coord.); PRADO, Mariana Mota; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da; COUTINHO, Diogo R.; OLIVA, Rafael (Org.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004, p. 35).

e jurisprudência dos Tribunais e Cortes de Contas, mas que no entendimento do agente público é legítimo e adequado ao ordenamento jurídico.

Aliás, Marcos Juruena Villela Souto cunhou uma expressão que resume a prática dos agentes públicos quando se defrontam com problemas que a solução não se encontra descrita textualmente em norma legal: “na dúvida, dorme tranquilo quem indefere”.²¹

Essa externalidade negativa consiste na paralisia da atividade administrativa em função exclusivamente do medo do agente público. Os gestores públicos têm se esquivado de prolatar decisões administrativas em situações que não se amoldam à literalidade do dispositivo normativo ou que apresentam dúvidas interpretativas, notadamente em hipóteses que envolvam a definição do alcance dos princípios jurídicos e dos conceitos jurídicos indeterminados, mesmo nos casos que são precedidos de posicionamentos da Advocacia Pública favoráveis à tomada da decisão.

Assim, é cerceada qualquer solução heterodoxa do agente público que apresente cunho inovador, incentivando-se comportamentos conservadores e formalistas na Administração Pública, ainda que não coincidam com o melhor atendimento do interesse público na perspectiva do gestor público.²² É preciso lutar contra isso, criando incentivos para a gestão pública se tornar mais eficiente e menos formalista.²³

Em suma, o medo não pode pautar o cotidiano da Administração e constituir um impedimento para atuação dos agentes públicos na realização de suas

²¹ A lembrança é apresentada também por: RIBEIRO, Leonardo Coelho. “*Na dúvida, dorme tranquilo quem indefere*” e o *Direito Administrativo como caixa de ferramentas*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colonistas/leonardo-coelho-ribeiro/na-duvida-dorme-tranquilo-quem-indefere-e-o-direito-administrativo-como-caixa-de-ferramentas>. Acesso em: 02 abr. 2020.

²² Na avaliação dos fiscalizados, a perpetuação de tal cultura provoca a percepção de que os auditores agem como algozes em busca de situações que possam promover punições aos funcionários públicos. Tal percepção dificulta a construção de diálogo e impede o aprendizado mútuo, que poderia ser muito rico na medida em que ambos teriam muitas experiências a compartilhar. Os entrevistados nos ministérios relatam, ainda, que muitos gestores e tomadores de despesas vêm evitando assinar projetos ou autorizar gastos temendo a ação dos órgãos de controle, o que acarreta prejuízos ao andamento das políticas públicas. Alegam que existem situações em que auditores priorizam uma visão meramente legalista e apontam erros de formalidades que não têm nenhum efeito sobre o uso eficiente dos recursos públicos. Segundo eles, tal situação gera problemas significativos para os gestores na medida em que eles precisam prestar esclarecimentos e muitas vezes são chamados a depor em inquéritos conduzidos, também, por órgãos de polícia, e que se desdobram em desgaste emocional desnecessário e que poderia ser evitado caso houvesse propensão ao diálogo (LOUREIRO, Maria Rita. (Coord.). *Coordenação do sistema de Controle da Administração Pública Federal*. Série Pensando o Direito, nº 33/2009, Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, Brasília, 2009, p. 76-77).

²³ Nesse sentido, Carlos Ari Sundfeld afirma: “O gestor tem de ser protegido contra os excessos de fiscalização. Do contrário, morrendo de medo de algum processo, ele cruza os braços e fica esperando a aposentadoria chegar. Nossa máquina pública funciona cada vez menos. O que o direito tem de fazer agora é multiplicar os incentivos para a ação pública, e não ficar criando novos riscos para quem age, incentivando a acomodação e a paralisia. Em suma: mais sim, menos não” (SUNDFELD, Carlos Ari. *Chega de axé no direito administrativo*. Disponível em: http://www.huffpostbrasil.com/carlos-ari-sundfeld/cheга-de-axe-no-direito-administrativo_a_21667314/. Acesso em: 02 abr. 2020).

atribuições.²⁴ O arranjo institucional da Administração Pública deve incentivar a busca da eficiência, inclusive com o fomento de soluções heterodoxas (“fora da caixa”)²⁵ devidamente justificadas.

A situação é agravada na atualidade, em razão do cenário de complexidades, riscos e incertezas. Afigura-se difícil formular a decisão sobre o conteúdo, a forma e o momento da intervenção regulatória diante da ausência do conhecimento sobre todos os aspectos fáticos e científicos envolvidos. A tendência dos reguladores é a paralisia ao invés da inovação.²⁶

A evolução do Direito pressupõe doses de experimentalismos jurídicos que, utilizados de forma planejada e justificada, apontem as soluções inovadoras que podem regular melhor determinado desafio concreto. Trata-se do *sandbox* (caixa de areia, na tradução literal) regulatório que representa a instituição de nova regulação em ambiente delimitado, no tempo e/ou no espaço, permitindo a análise controlada dos custos e dos benefícios do experimento público. Se os benefícios superarem os custos, abre-se o caminho para o alargamento da regulação para outros setores. Mencione-se, por exemplo, o *sandbox* regulatório instituído pela Lei nº 13.979/2020 e pela MP 961/2020 durante a pandemia do novo coronavírus, com a flexibilização das regras ordinariamente exigidas nas contratações públicas.²⁷

²⁴ Nessa toada, Fernando Vernalha Guimarães: “O administrador público vem, aos poucos, desistindo de decidir. Ele não quer mais correr riscos. [...] Decidir sobre o dia a dia da Administração passou a atrair riscos jurídicos de toda a ordem, que podem chegar ao ponto da criminalização da conduta. Sob as garras de todo esse controle, o administrador desistiu de decidir. Viu seus riscos ampliados e, por um instinto de autoproteção, demarcou suas ações à sua ‘zona de conforto’. Com isso, instalou-se o que se poderia denominar de *crise da ineficiência pelo controle*: acudados, os gestores não mais atuam apenas na busca da melhor solução ao interesse administrativo, mas também para se proteger. Tomar decisões heterodoxas ou praticar ações controvertidas nas instâncias de controle é se expor a riscos indigestos. E é compreensível a inibição do administrador frente a esse cenário de ampliação dos riscos jurídicos sobre suas ações. Afinal, tomar decisões sensíveis pode significar ao administrador o risco de ser processado criminalmente. Como consequência inevitável da retração do administrador instala-se a ineficiência administrativa, com prejuízos evidentes ao funcionamento da atividade pública” (GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *O Direito Administrativo do Medo*: a crise da ineficiência pelo controle. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>. Acesso em: 02 abr. 2020).

²⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

²⁶ Nesse sentido, Mark D. Fenwick, Wulf A. Kaal e Erik P.M. Vermeulen afirmam: “In an age of constant, complex and disruptive technological innovation, knowing what, when, and how to structure regulatory interventions has become much more difficult. Regulators can find themselves in a situation where they believe they must opt for either reckless action (regulation without sufficient facts) or paralysis (doing nothing). Inevitably in such a case, caution tends to trump risk. The precautionary principle becomes the default position. But such caution merely functions to reinforce the status quo and the result is that new technologies struggle to reach the market in a timely or efficient manner” (FENWICK, Mark D.; KAAL, Wulf A.; VERMEULEN, Erik P.M. *Regulation Tomorrow: What Happens When Technology Is Faster than the Law?* *American University Business Law Review*, v. 6, n. 3, 2017, p. 581-582).

²⁷ O *sandbox* (caixa de areia, na tradução literal) regulatório representa a instituição de nova regulação em ambiente delimitado, no tempo e/ou no espaço, permitindo a análise controlada dos custos e dos benefícios do experimento público. O *sandbox* regulatório é a maneira de o Poder Público autorizar, de modo limitado e em ambiente controlado, o experimento. Alguns fazem a analogia entre o *sandbox* e os parquinhos de diversão, onde se pode experimentar sob o olhar de terceiros (nos parquinhos, os adultos; na regulação; o

3.2 O custo financeiro e de oportunidade da atividade de controle

A ciência jurídica atualmente reconhece que todos os direitos impõem custos à Administração Pública, sendo irrelevante a sua natureza jurídica de direitos de abstenção (liberdades civis) ou prestacionais (direitos sociais).²⁸

Assim, a atividade de controle possui uma dispendiosa estrutura composta por recursos humanos, tecnológicos e materiais. Aliás, os agentes do controle público, geralmente, possuem remunerações elevadas e ascendem ao teto remuneratório em pouco tempo na carreira.²⁹

Os elevados custos não estão apenas na estrutura do controlador, mas também na esfera institucional do controlado. A Administração Pública também arca com uma vultosa despesa em razão do controle público, uma vez que deve instituir estrutura capaz de receber, avaliar e encaminhar as informações solicitadas pelas diversas instâncias controladoras. Assim, o Poder Público despenderá com a alocação de recursos materiais e humanos necessários ao processamento dos ofícios e determinações expedidos pelos órgãos de controle.³⁰

Ademais, o exacerbado controle do Poder Público, ao engessar o procedimento de tomadas de decisão, induz um elevado custo de oportunidade. Por custo de oportunidade compreende-se como “o custo econômico de uma alternativa que fora

Estado Regulador). Em matéria de contratação pública, a Lei nº 13.979/2020 apresentou regras temporárias e excepcionais para enfrentamento do estado de calamidade pública causado pelo novo coronavírus, tais como: a) regras mais flexíveis para dispensa de licitação para aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública; b) a contratação, excepcionalmente, de empresa fornecedora de bens, serviços e insumos punida com declaração de inidoneidade ou com suspensão para participar de licitação ou contratar com o Poder Público, quando se tratar, comprovadamente, de única fornecedora do bem ou serviço a ser adquirido; c) a aquisição direta de bens e a contratação direta de serviços, não se restringindo a equipamentos novos, desde que o fornecedor se responsabilize pelas plenas condições de uso e funcionamento do bem adquirido; etc. Igualmente, a MP 961/2020 fixou outras regras diferenciadas para licitações e contratações realizadas durante o estado de calamidade pública, reconhecido pelo Decreto Legislativo 6/2020. É possível perceber a existência de um regime jurídico temporário e excepcional, em constante mutação, para o enfrentamento da pandemia do Covid-19. O momento de crise abriu espaço para uma espécie de experimentalismo jurídico, com a instituição de uma legalidade extraordinária para o enfrentamento da crise na saúde pública.

²⁸ SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. Nova York: W.W. Norton & Company, 1999, p. 29.

²⁹ 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. 406

³⁰ Nesse sentido, Eduardo Jordão: “Na dimensão mais evidente, o controle, *em si*, depende do dispêndio de valores públicos relevantes, para fazer rodar a máquina institucional respectiva, seus funcionários e o seu tempo. Mas os custos do controle da administração vão muito além disso. Incluem ainda os ônus *gerados* ou *induzidos* pelo controle. Em primeiro lugar, há os valores incorridos *pela administração pública* para adequar as suas ações às determinações do controlador. Pense-se nos exemplos de liminares que ordenem o fornecimento de medicamentos específicos ou que determinem melhorias em estabelecimentos públicos” (JORDÃO, Eduardo. *Por mais realismo no controle da administração pública*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/columnistas/Eduardo-Jordao/por-mais-realismo-no-controle-da-administracao-publica>. Acesso em: 02 abr. 2020).

deixada de lado”³¹ ou seja, o custo que o agente incidiu ao preferir uma escolha alternativa num cenário de tomada de decisão.

Dessa forma, não é raro verificar que o controle formalista e descontextualizado contraria os objetivos da Administração Pública na promoção dos direitos fundamentais, existindo um *trade-off* entre celeridade/eficiência e conservadorismo/cautela.

A doutrina norte-americana, com base no ferramental da AED, demonstra a dificuldade de eliminação completa do abuso de poder pelos órgãos de controle, seja por tornar a sua operação demasiadamente onerosa, seja por paralisar a atividade da Administração e redundar na sua ineficiência.³²

É preciso buscar o equilíbrio na relação entre os extremos envolvidos na discussão sobre a intensidade (ou quantidade) do controle. De um lado, a falta ou a escassez do controle poderia ensejar uma carta branca ao agente público, tornando-o irresponsável por suas ações administrativas e incentivando o cometimento de atos de corrupção, improbidade administrativa e lesão ao patrimônio público.

De outro lado, o fetiche do excesso de controle (hipertrofia controladora) induz o incremento de custos financeiros ao Estado, com a realização de investimentos elevados na criação da infraestrutura do controlador, bem como incentiva a ineficiência administrativa em razão da adoção de condutas conservadoras e formalistas pelos controlados.

O imbróglio do aspecto quantitativo da atividade de controle pode ser exemplificado por um “U” invertido, em razão da existência de um ponto ótimo entre a quantificação da atividade do controle e a própria eficiência da Administração Pública.³³

³¹ COOTER, Robert; ULLEN. *Direito & Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 53.

³² Nesse sentido Adrian Vermeule: “O primeiro e mais óbvio problema é que é excessivamente caro minimizar estritamente o abuso de poder por funcionários do governo. A minimização estrita é excessivamente onerosa, tanto porque é oneroso instalar o mecanismo de imposição para evitar abusos, quanto porque o próprio mecanismo de imposição será composto por funcionários que, por sua vez, podem abusar de seu poder. Dados esses custos, o nível ótimo de abuso de poder será maior que zero. O segundo problema é que o objetivo de impedir abusos oficiais é contrário ao objetivo de produzir uma infinidade de bens de bem-estar que o estado administrativo fornece, como alívio da pobreza, saúde, segurança, ambientalismo e proteção ao consumidor. Na medida em que o constitucionalismo adota uma abordagem preventiva ao desenho das instituições, está exposto aos mesmos problemas - *mutatis mutandis* - que perturbam os princípios preventivos na regulamentação de primeira ordem dos riscos ambientais, de saúde e segurança. Existem riscos substitutos, bem como compensações entre os riscos, em todos os lados das questões institucionais relevantes” (VERMEULE, Adrian. *Optimal Abuse of Power*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 278, n. 3, p. 18, set./dez. 2019). Em igual sentido: JORDÃO, Eduardo. *Por mais realismo no controle da administração pública*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Eduardo-Jordao/por-mais-realismo-no-controle-da-administracao-publica>. Acesso em: 02 abr. 2020.

³³ De acordo com Mario G. Schapiro: “A relação entre controle e realização não é a de uma proporção direta, mas a de um “U” invertido. Isso significa que o incremento das ações de governo não depende da existência de mais controle, mas sim de uma calibração acertada dos mecanismos existentes” (SCHAPIRO, Mario G. *Discricionariedade desenvolvimentista e controles democráticos: uma tipologia dos desajustes*. *Revista Direito GV*, v. 12, n. 2, p. 329, maio/ago. 2016).

O ponto ótimo, portanto, encontra-se no equilíbrio da atividade de controle, de modo a concretizar o princípio republicano e conter o abuso de poder pelos agentes públicos, sem afastar a institucionalização de uma gestão administrativa eficiente e inovadora.

Nesse contexto, é salutar que as entidades controladoras introduzam em sua atividade uma análise de custo-benefício de sua atuação perante a Administração, ou seja, avaliar constantemente os benefícios auferidos por suas medidas de fiscalização.³⁴

3.3 A mutação no arranjo institucional dos poderes estatais promovida pelo controle

A clássica concepção do princípio da separação de poderes nasceu da irremediável necessidade da contenção do abuso de Poder. Esse princípio caracteriza-se pela repartição de poderes em órgãos diversos (Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário) e atrelados por mecanismos de freios e contrapesos.³⁵

Verifica-se, na atualidade, uma nova compreensão do princípio da separação dos poderes conectada à necessidade de incrementar a eficiência do arranjo institucional estatal através da especialização técnica de funções, em prol da promoção dos direitos fundamentais, transcendendo as vetustas premissas acerca da tripartição das funções e do sistema de freios e contrapesos.³⁶

³⁴ GLAESER, Edward L.; SUNSTEIN, Cass R. Moneyball for State Regulators (March 29, 2014). *Forthcoming National Affairs*. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2418306> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2418306>. Acesso em: 02 abr. 2020. Segundo Marcus Abraham: “O princípio da relação custo-benefício recomenda que a atividade de fiscalização e controle não se torne mais onerosa que seu próprio objeto de aferição. Nesse sentido, cada caso concreto indicará a forma e os meios mais adequados e compatíveis para a realização da fiscalização e controle, com ponderação, razoabilidade e eficiência” (ABRAHAM, Marcus. *Curso de direito financeiro brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013).

³⁵ Resume bem a questão Francisco C. Weffort: “Os diferentes ramos de poder precisam ser dotados de força suficiente para resistir às ameaças uns dos outros, garantindo que cada um se mantenha dentro dos limites fixados constitucionalmente. No entanto, um equilíbrio perfeito entre estas forças opostas, possível no comportamento dos corpos regidos pelas leis da mecânica, não encontra lugar em um governo. Para cada forma de governo, haverá um poder necessariamente mais forte, de onde partem as maiores ameaças à liberdade. Em uma monarquia, tais ameaças partem do executivo, enquanto para as repúblicas, o legislativo se constitui na maior ameaça à liberdade, já que é a origem de todos os poderes e, em tese, pode alterar as leis que regem o comportamento dos outros ramos de poder. Daí porque sejam necessárias medidas adicionais para frear o seu poder. A instituição do Senado é defendida com este fim, uma segunda câmara legislativa composta a partir de princípios diversos daqueles presentes na formação da Câmara dos Deputados, sendo previsível que a ação de uma leve à moderação da outra” (WEFFORT, Francisco C. (Org.). *Os clássicos da política*. V. 1. 13. ed. São Paulo: Ática: 2000, p. 251).

³⁶ Canotilho reconhece duas vertentes da separação dos poderes: “A constitucionalística mais recente salienta que o princípio da separação de poderes transporta duas dimensões complementares: (1) a separação como ‘divisão’, ‘controle’ e ‘limite’ do poder – dimensão negativa; (2) a separação como constitucionalização, ordenação e organização do poder do Estado tendente a decisões funcionalmente eficazes e materialmente justas (dimensão positiva)” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 250). Sobre a releitura do princípio, vide: ACKERMAN, Bruce. *A nova separação de poderes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

Nessa perspectiva, cada órgão público possui uma capacidade institucional, que outorga um plexo de atribuições e restrições fixadas pela sua moldura institucional (capacidade institucional jurídica), além da capacidade de compreender e atuar de acordo com as informações obtidas, com a finalidade de transformá-las em atos e políticas públicas (capacidade epistêmica).³⁷

A importância da inserção das considerações institucionais no debate da interpretação das normas jurídicas, demonstrada por Cass R. Sunstein e Adrian Vermeule, acarreta a análise de duas questões normalmente negligenciadas nesse debate, a saber: a) capacidades institucionais: em vez da discussão sobre a melhor interpretação do texto legal, a interpretação deve levar em consideração as capacidades e as limitações das diversas instituições no papel interpretativo; e b) efeitos dinâmicos: o intérprete não pode desconsiderar as consequências da sua atividade para os atos públicos e privados.³⁸

O dilema institucionalista (*institutionalist dilemma*), segundo Vermeule, é a limitação racional do juiz na obtenção e no processamento das informações necessárias ao julgamento dos casos complexos, marcados por incertezas.³⁹ De acordo com Vermeule, existem três tipos de cegueira institucional (*institutional blindness*), a saber:⁴⁰ a) abstração filosófica excessiva (*out-and-out philosophizing*): o debate centraliza-se em questões abstratas, sem qualquer preocupação com questões empíricas e institucionais; b) institucionalismo estereotipado ou estilizado (*stylized institutionalism*): os teóricos, aqui, incluem as instituições no debate, mas de maneira estereotipada ou estilizada, a partir de visões abstratas sobre as instituições em descompasso com a realidade; e c) institucionalismo assimétrico (*asymmetrical institutionalism*): é aquele que parte de uma visão cínica ou pessimista de algumas instituições em detrimento de um olhar otimista de outras instituições.

A partir da virada institucional (*institutional turn*), em vez do debate teórico-abstrato sobre a melhor forma de interpretação, a questão sobre o método mais adequado de interpretação passaria em primeiro lugar pela análise das capacidades das instituições de determinado Estado.⁴¹

³⁷ SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Michigan Law Review*, vol. 101, p. 885-951, feb. 2003.

³⁸ SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Michigan Law Review*, vol. 101, p. 886, feb. 2003.

³⁹ VERMEULE, Adrian. *Judging under Uncertainty: an Institutional Theory of Legal Interpretation*. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 3.

⁴⁰ SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Chicago John M. Olin Law & Economics Working Papers*, n. 156, p. 2, Chicago Law School, jul. 2002. Sobre a virada institucional, vide: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Novo perfil da regulação estatal: Administração Pública de resultados e análise de impacto regulatório*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 114-135.

⁴¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Novo perfil da regulação estatal: Administração Pública de resultados e análise de impacto regulatório*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 115.

Assim, a teoria da capacidade institucional relaciona-se a essa moderna acepção da separação dos poderes, uma vez que visa o compartilhamento e o exercício de funções conforme a especialidade técnica de cada instituição.⁴²

Um efeito pouco explorado na doutrina consiste em uma implícita alteração na distribuição das competências decisórias no arranjo institucional dos Poderes do Estado,⁴³ em razão da exacerbação da atividade de controle.

É inegável a restrição excessiva ou a extinção da autonomia decisória do agente público que, por exemplo, ao ser recomendado a fazer ou se abster de realizar um ato pelos órgãos de controle, também é cientificado que o seu descumprimento caracterizará dolo para fins do ajuizamento de ação de improbidade administrativa.

Dessa forma, a instância de controle se imiscui na atuação da Administração Pública, assumindo para si o exercício de uma função para a qual não detém *expertise*, tampouco a visão dos possíveis efeitos sistêmicos da solução a ser adotada.

Aliás, o controle carece de legitimidade democrática para redistribuir as atribuições de planejar, formular e realizar as políticas públicas conferidas pelo constituinte, inclusive por lhe faltar responsabilidade política pelo seu insucesso.

4 Controle a partir do pragmatismo jurídico: standards a partir da LINDB

A Administração Pública “Gerencial” ou “de Resultados”,⁴⁴ relacionada com a inserção do princípio da eficiência no art. 37 da CRFB, por meio da EC 19/1998, é marcada pela busca da concretização dos direitos fundamentais consagrados no texto constitucional.⁴⁵

⁴² Nesse sentido: “A Constituição, nessa perspectiva, pode ser comparada à planta elaborada por um ‘arquiteto institucional’, que distribui competências e poderes entre instituições criadas especificamente para promover certos objetivos, ao mesmo tempo em que, para que tais resultados possam ser alcançados, municia cada instituição com condições específicas capazes de incrementar a eficiência com que os referidos poderes serão por elas exercidos. Na fixação das capacidades de cada instituição está, então, a força da presunção de que suas decisões são adequadas para os problemas que ela é chamada a solucionar” (ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, p. 16-17, jan./jun. 2011).

⁴³ GARCIA, Flávio Amaral; MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. Contratos públicos, improbidade e o Estado amedrontado (ou “Crime de hermenêutica dos outros é refresco”). *Revista Síntese de Direito Administrativo*, v. 12, nº 141, set. 2017, p. 241-252.

⁴⁴ Sobre a Administração gerencial ou de resultados, *vide*: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. Reforma do Estado e Administração Pública gerencial*. 7. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2008; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2008; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Princípios do direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Método, 2013.

⁴⁵ Conforme indicado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto: “Nesta segunda fase, portanto, distintamente da anterior, em que a ênfase estava na *eficácia*, sobreleva agora a importância de que esse *desempenho* seja realmente *eficiente*, vale dizer: que *haja efetivamente produzido os resultados visados quando da escolha política administrativa* e, desse modo, cabalmente exaurida a *finalidade* do ato, contrato ou processo em que tal escolha foi decidida. Parte-se, portanto, da existência de um *direito cidadão*, de natureza

Dessa forma, no âmbito da Administração de Resultados, a interpretação e a aplicação do Direito não podem se afastar das consequências (jurídicas e extrajurídicas) geradas pelas escolhas efetivadas pelas autoridades estatais.

Nesse sentido existe um vínculo necessário entre a Administração Pública de resultados e o pragmatismo jurídico.⁴⁶ O pragmatismo apresenta três características comuns, a saber:⁴⁷ a) antifundacionalismo: rejeita a existência de entidades metafísicas ou conceitos abstratos, estáticos e definitivos no direito, imunes às transformações sociais; b) contextualismo: a interpretação jurídica é norteada por questões práticas e o direito é visto como prática social; e c) consequencialismo: as decisões devem ser tomadas a partir de suas consequências práticas (olhar para o futuro e não para o passado).

Malgrado a constatação do novo perfil da Administração Pública, com a alteração do ordenamento jurídico, constata-se a permanência de uma visão formalista por parte de alguns órgãos de controle que exigem, de forma preponderante, a adequação formal da atuação administrativa com a legislação, ainda que prejudicial aos objetivos legalmente imputados à Administração Pública.

É preciso levar as consequências a sério. O controle dos atos administrativos, no contexto do Estado Democrático de Direito e a partir do pragmatismo jurídico, deve levar em consideração as consequências da decisão administrativa e não apenas a sua adequação formal com a letra fria da lei. É pertinente a observação de Floriano de Azevedo Marques Neto quando afirma que “o controle pelo controle acaba por se afastar do compromisso com seus efeitos, com a responsabilidade política que as instituições de controle devem objetivar”, fazendo com que o controlador tenha enormes poderes, mas nenhuma responsabilidade pela ineficácia da atividade-fim.⁴⁸

constitucional, não apenas à rigorosa observância da *legalidade* estrita, mas à satisfação da *legitimidade* da pretensão juspolítica garantida que têm as pessoas à *eficiência*; em síntese a uma *boa administração*” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novo referencial no Direito Administrativo: do controle da vontade ao do jurisdicção dos resultados na Administração Pública. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 6, n. 67, set. 2006).

⁴⁶ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A releitura do direito administrativo à luz do pragmatismo jurídico. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 256, p. 129-63, jan./abr. 2011. É importante frisar, desde logo, que não existe um único pragmatismo homogêneo, mas, sim, diversas formas de compreensão do pragmatismo, tendo em vista as influências de formas antigas do pensamento, tais como no darwinismo, do ceticismo e do empirismo da Antiguidade clássica etc.

⁴⁷ POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo: teoria social e política*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005, p. 27-62; ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [meta] teoria normativa da decisão judicial: caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 176. Margarida Lacombe acrescenta ao rol outras duas características: instrumentalismo (o direito é encarado como instrumento de orientação da conduta social) e a interdisciplinaridade (os efeitos da ação devem ser ponderados por conhecimentos de outras áreas do conhecimento) (CAMARGO, Margarida Lacombe. O pragmatismo no Supremo Tribunal Federal brasileiro. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 368-369).

⁴⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, p. 7-30, abr. 2010.

Com o escopo de introduzir o pragmatismo jurídico nas instâncias de controle, a Lei nº 13.655/2018 introduziu os arts. 20 a 30 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

Nesse cenário, o art. 20 da LINDB proíbe a tomada de decisão apoiada exclusivamente em valores abstratos, sem considerar as consequências práticas da decisão.⁴⁹

O dispositivo transcrito tem por objetivo rechaçar as decisões, em qualquer esfera de controle, fundamentadas apenas em princípios genéricos e conceitos indeterminados, sem qualquer análise do contexto fático e das possíveis consequências práticas da decisão estatal. Na verdade, busca encerrar a utilização equivocada dos princípios jurídicos, sem qualquer rigor metodológico, pelos órgãos de controle. Ao invés da mera invocação do princípio jurídico para solução do caso, exige-se a motivação qualificada, com a demonstração da pertinência da referida aplicação ao caso concreto e dos efeitos práticos potenciais da decisão adotada.⁵⁰

Destarte, pretende-se evitar decisões subjetivas e arbitrárias das instâncias decisórias, que a pretexto de aplicar diretamente um princípio constitucional, afastem regras jurídicas válidas, reformulem o planejamento estatal e imiscua-se nas políticas públicas, inclusive sem nenhuma deferência às capacidades institucionais do órgão instituidor.⁵¹

Em consequência, o art. 20 da LINDB eleva o ônus de motivação das decisões estatais que devem levar em consideração os argumentos jurídicos, o contexto fático e as consequências da solução adotada.⁵²

⁴⁹ 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. 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”.

⁵⁰ Carlos Ari Sundfeld sustenta: “Um sistema jurídico não é mau nem bom pelo fato de, em seus processos, princípios serem usados com muita frequência. O problema não está neles, mas na comodidade que podem oferecer para os espertos e para os preguiçosos. O oportunista, cujo interesse é adiar eternamente o pagamento de suas dívidas, invoca em juízo apenas o princípio do ‘acesso à jurisdição’ e pede para não pagar, até o fim do processo principal: ‘negar a liminar’, diz ele, ‘é cassar meu direito à Justiça.’ É um esperto, com um argumento cômodo, ocultando a fragilidade de sua pretensão de mérito. O juiz que não queira o trabalho de analisar a plausibilidade do direito de fundo pode simplesmente aceitar o tal princípio e conceder a liminar, ou invocar o ‘princípio da obrigatoriedade dos contratos’ e negá-la. É um preguiçoso, usando argumentos fáceis para esconder a superficialidade de sua decisão. Espertos e preguiçosos sempre existirão: o mal é que sua esperteza fique oculta, por conseguir iludir os espectadores com truques de mágica – com a simples declaração de princípios” (SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 215).

⁵¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *Comentários à Lei nº 13.655/2018* (Lei da Segurança para a Inovação Pública). Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 21-22.

⁵² JUSTEN FILHO, Marçal. “Art. 20 da LINDB – Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas”. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 13-41, nov. 2018.

Aliás, existe uma interação entre o art. 20 da LINDB e o art. 489, §1º do CPC.⁵³ Os dois dispositivos legais evidenciam a preocupação com a motivação qualificada das decisões adotadas pelos órgãos de controle.

A preocupação com as consequências da decisão nas diversas instâncias de controle também pode ser exemplificada pelo art. 21 da LINDB que pretende implementar uma releitura pragmática na antiquada teoria das nulidades dos atos administrativos, com a superação da imposição obrigatória de efeitos *ex tunc* à decisão que reconhece a nulidade do ato administrativo.⁵⁴ A instância controladora tem o reforçado ônus decisório, uma vez que ao invalidar ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar, expressamente, as suas consequências jurídicas e administrativas.

É preciso destacar que não se trata de exigir uma atuação profética dos órgãos de controle, que deveria antever todos os efeitos de sua decisão, mas, sim, de exigir a avaliação das consequências lógicas e plausíveis no contexto decisório.⁵⁵

Outra preocupação pragmática pode ser encontrada no art. 22 da LINDB que demonstra a importância de levar em consideração o contexto (contextualismo) da atuação administrativa submetida ao órgão de controle, impondo-se ao controlador a consideração dos obstáculos e das dificuldades reais do gestor público.⁵⁶

⁵³ CPC: “Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...] §1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”. O referido dispositivo, na forma do art. 15 do CPC, é aplicável, supletivamente, aos processos administrativos. De acordo com Egon Bockmann Moreira: “Em suma, o que se dá é o fato de que as normas da legislação superveniente – o CPC/2015 – serão aplicadas, de modo supletivo e/ou subsidiário, nos processos administrativos regidos por leis pretéritas. A lei processual geral incidirá em todos os processos regidos por leis processuais-administrativas especiais” (MOREIRA, Egon Bockmann. O novo Código de Processo Civil e sua aplicação no processo administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 273, p. 316, set./dez. 2016).

⁵⁴ 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 expresso suas consequências jurídicas e administrativas. 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”.

⁵⁵ Nesse sentido, José Vicente Santos Mendonça: “A norma exige que as consequências sejam expressamente indicadas pelo julgador. Mas ele não deve – porque não teria como – indicar todas as consequências jurídicas e administrativas da invalidação, mas apenas as mais importantes, seja em termos econômicos, político-administrativos e/ou sociais” (MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB - Indicando consequências e regularizando atos e negócios. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 58, nov. 2018).

⁵⁶ LINDB: “Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos

Com efeito, são conhecidas as mazelas enfrentadas pela Administração Pública no seu cotidiano, a saber: ausência de verbas; escasso quadro de pessoal e de *expertise* em determinados temas; escassez de tempo para planejamento de ações; ausência de infraestrutura mínima de trabalho. Mencionem-se, ainda, as dificuldades jurídicas decorrentes da ausência de coerência e de integridade na jurisprudência do Poder Judiciário e dos Tribunais de Contas.⁵⁷

Além disso, almeja censurar a sanha dos controladores em responsabilizar agentes públicos, muitos anos após a prática da conduta controlada e no conforto de seus gabinetes, baseadas apenas em divergências de interpretações jurídicas, sem qualquer consideração do contexto fático e jurídico existente no momento da tomada da decisão.⁵⁸

O art. 22 deve ser interpretado em conjunto com o disposto no art. 28 da LINDB, uma vez que o controlador, além de verificar o contexto decisório, deve avaliar o grau de culpabilidade a fim de, eventualmente, responsabilizar o agente público. O art. 28 da LINDB dispõe que “o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”.

A intenção é proteger o agente público honesto das vicissitudes de um controle estatal meramente formal. Assim, eventual responsabilização do agente apenas ocorrerá se o dano derivar de uma conduta eivada de dolo ou erro grosseiro (culpa grave).⁵⁹

direitos dos administrados. §1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. §2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente. §3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato”. O art. 22 da LINDB concretiza o princípio da realidade na Administração Pública, assim definido por Diogo de Figueiredo Moreira Neto: “O princípio da realidade prescreve a coerência entre a realidade e o direito: como uma disciplina de comportamentos interpessoais, que se apresentam como fatos reais da convivência social, deve ser consequente com o que efetivamente ocorreu, ocorra ou possa ocorrer” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O direito administrativo do século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 13-37, jul./set. 2011).

⁵⁷ JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB – Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 70, nov. 2018.

⁵⁸ GARCIA, Flávio Amaral; MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. Contratos públicos, improbidade e o Estado amedrontado (ou “Crime de hermenêutica dos outros é refresco”). *Revista Síntese de Direito Administrativo*, v. 12, nº 141, set. 2017, p. 241-252.

⁵⁹ O art. 12 do Decreto 9.830/2019, que regulamenta os arts. 20 a 30 da LINDB, dispõe: “Art. 12. O agente público somente poderá ser responsabilizado por suas decisões ou opiniões técnicas se agir ou se omitir com dolo, direto ou eventual, ou cometer erro grosseiro, no desempenho de suas funções. §1º Considera-se erro grosseiro aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia. §2º Não será configurado dolo ou erro grosseiro do agente público se não restar comprovada, nos autos do processo de responsabilização, situação ou circunstância fática capaz de caracterizar o dolo ou o erro grosseiro. §3º O mero nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica responsabilização, exceto se comprovado o

No contexto do combate ao novo coronavírus, foi editada a MP 966/2020, com teor semelhante àquele fixado no art. 28 da LINDB, para estabelecer que o agente público apenas poderá ser responsabilizado civil e administrativamente pela prática de atos relacionados com as medidas de enfrentamento da pandemia ou de combate aos efeitos econômicos e sociais dela decorrentes se agir ou se omitir com *dolo* ou *erro grosseiro*, considerado, como tal, “o erro manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia” (art. 2º da MP 966/2020).

O STF, ao analisar a constitucionalidade da MP 966/2020, conferiu interpretação conforme à Constituição para definir o “erro grosseiro” nos seguintes moldes:

1. Configura erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado ou impactos adversos à economia, por inobservância: (i) de normas e critérios científicos e técnicos; ou (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção.
2. A autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos.⁶⁰

Não obstante a ausência da conversão em lei da MP 966/2020, que perdeu a validade em 10 de setembro de 2020, é possível aplicar os parâmetros apontados pelo STF, com as devidas adaptações, na interpretação do art. 28 da LINDB.

A mudança de paradigma introduzida pelo art. 28 da LINDB pretende mitigar os efeitos negativos da ineficiência do Administração Pública gerados pelo controle estatal formalista e punitivista, afastando a cultura do medo na gestão pública e incentivando a inovação e o experimentalismo.⁶¹

dolo ou o erro grosseiro do agente público. §4º A complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público serão consideradas em eventual responsabilização do agente público. §5º O montante do dano ao erário, ainda que expressivo, não poderá, por si só, ser elemento para caracterizar o erro grosseiro ou o dolo. §6º A responsabilização pela opinião técnica não se estende de forma automática ao decisor que a adotou como fundamento de decidir e somente se configurará se estiverem presentes elementos suficientes para o decisor aferir o dolo ou o erro grosseiro da opinião técnica ou se houver conluio entre os agentes. §7º No exercício do poder hierárquico, só responderá por culpa in vigilando aquele cuja omissão caracterizar erro grosseiro ou dolo. §8º O disposto neste artigo não exime o agente público de atuar de forma diligente e eficiente no cumprimento dos seus deveres constitucionais e legais”.

⁶⁰ ADI 6421 MC/DF, ADI 6422 MC/DF, ADI 6424 MC/DF, ADI 6425 MC/DF, ADI 6427 MC/DF, ADI 6428 MC/DF e ADI 6431 MC/DF. Rel. Min. Roberto Barroso, julgamento em 20 e 21.5.2020, *Informativo de Jurisprudência do STF 978*.

⁶¹ Nesse sentido, Gustavo Binenbojm e André Cyrino afirmam: “E aqui está, talvez, a maior virtude do dispositivo: criar um ambiente propício à inventividade, cuidando de gestores e técnicos que buscam inovar os meios

O experimentalismo consiste em um exercício coletivo de descobrir e aprender. Por isso, um dos seus requisitos é a instituição de um estado intelectual que encoraje inovações teóricas e técnicas, inclusive que se beneficie do potencial de aprendizagem derivado de eventuais erros e insucessos.⁶²

Por outro lado, o experimentalismo tem o objetivo de diminuir o risco oriundo da seleção adversa de maus gestores, uma vez que o estigma da desonestidade do agente público e a sanha punitivista dos órgãos de controle afastam o ingresso de gestores qualificados e probos nos quadros públicos. Ademais, em um círculo vicioso, enseja o aumento da admissão de agentes públicos desonestos e, em consequência, eleva a má percepção da Administração Pública pela sociedade e a manutenção de citado estigma.⁶³

Por derradeiro, o art. 30 da LINDB institui o dever de o órgão controlador promover a segurança jurídica, o que ratificaria a preocupação do legislador com os resultados das decisões do controle.⁶⁴

Trata-se da imposição do dever de coerência na atuação administrativa.⁶⁵ O caminho é a atuação estatal coerente com as promessas firmes, interpretações e com os próprios atos passados, com o objetivo de gerar previsibilidade para os

de gestão pública. Se suas tentativas de inovação não forem bem sucedidas, eles apenas responderão por dolo ou *erro grosseiro*" (BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB: a cláusula geral do erro administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 213, nov. 2018).

⁶² Roberto Mangabeira Unger em seus estudos sobre o experimentalismo institucional explicita a sua importância: "[...] entendemos como as coisas funcionam ao descobrir sob que condições, em que direções e dentro de que limites elas podem mudar. A inclusão de fenômenos reais em um campo maior de oportunidades não aproveitadas não é, para a ciência, uma conjectura metafísica: é um pressuposto operativo indispensável. O que vale para a ciência natural vale com grande força para toda a gama de estudos sociais e históricos. Juízos de possibilidade contrafática, em grande medida implícitos, informam nossa percepção acerca de seqüências reais de mudança histórica e de forças reais na vida em sociedade" (UNGER, Roberto Mangabeira. *O direito e o futuro da democracia*. Rio de Janeiro: Boitempo, 2004, p. 11).

⁶³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *Comentários à Lei nº 13.655/2018* (Lei da Segurança para a Inovação Pública). Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 130/131.

⁶⁴ LINDB: "Art. 30. 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. Parágrafo único. Os instrumentos previstos no caput deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão".

⁶⁵ Conforme sustentamos em outra oportunidade: "É possível, portanto, aplicar, com as devidas adaptações, as ideias subjacentes à teoria dos precedentes judiciais aos processos administrativos, cujas decisões seriam qualificadas como precedentes administrativos que devem ser observados em processos administrativos futuros e semelhantes, garantindo-se, dessa forma, tratamento isonômico entre particulares e a proteção da boa-fé e da confiança legítima" (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Precedentes no Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 96). Igualmente, Egon Bockmann e Paula Pereira afirmam: "[...] por um lado, os órgãos e entidades que decidam casos de Direito Público precisam desenvolver os melhores esforços para criar e consolidar os próprios precedentes. Tanto a Administração Pública quanto o Poder Judiciário receberam essa missão de emanar decisões que assumam essa condição. Por outro lado, as decisões que tratem de temas de Direito Público e assumam a condição de precedentes necessitam de ser aplicadas em casos futuros" (MOREIRA, Egon Bockmann; PEREIRA, Paula Pessoa. Art. 30 da LINDB. O dever público de incrementar a segurança jurídica. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 265, nov. 2018).

cidadãos e, desta forma, proteger as legítimas expectativas geradas, sem proibir, contudo, as mudanças, adaptações e evoluções que são necessárias para que o Direito se mantenha conectado com as necessidades da sociedade.

O objetivo, aqui, é estabelecer as premissas para que a Administração Pública seja coerente em suas promessas, interpretações e atos que afetam direitos e expectativas legítimas dos administrados, com a fixação de instrumentos e consequências jurídicas para os casos de atuações contraditórias.⁶⁶

Ademais, o art. 30 da LINDB, interpretado em consonância com o art. 24 da LINDB,⁶⁷ propicia a aplicação do *prospective overruling* pelas instâncias de controle. De acordo com a teoria em questão, os órgãos de controle ao mudarem suas regras jurisprudenciais podem, por motivos de segurança jurídica (boa-fé e confiança legítima), aplicar a nova orientação apenas para os casos futuros. Em outras palavras: a *prospective overruling* opera a superação do precedente anterior com efeitos para o futuro, admitindo, ainda, a modulação de efeitos no controle de legalidade dos atos administrativos.⁶⁸

Em suma, um controle pragmático de resultados, preocupado com a mitigação de externalidades negativas sobre a Administração Pública, deve observar, no que couber, as seguintes diretrizes:⁶⁹ a) supressão de controles meramente formais ou cujo custo financeiro ou de oportunidade seja evidentemente superior ao próprio risco; b) controle *a posteriori* é a regra e o controle prévio (ou concomitante) é a exceção; c) controle primordialmente ablativo e não substitutivo, com respeito à capacidade institucional da Administração Pública; d) reforço da legitimidade das decisões dos órgãos de controle, com destaque para o diálogo com a Administração Pública e fundamentação qualificada de suas decisões, levando em consideração as respectivas consequências fáticas e jurídicas; e) maior deferência em relação às escolhas administrativas pautadas em princípios jurídicos ou conceitos abertos,

⁶⁶ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Dever de coerência na Administração Pública: precedentes administrativos, praxe administrativa, costumes, teoria dos atos próprios e analogia. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (Org.). *O Direito Administrativo na Atualidade – Estudos em Homenagem a Hely Lopes Meirelles*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 955-973.

⁶⁷ LINDB: “Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas”.

⁶⁸ Como afirmado em outra oportunidade: “No controle de legalidade do ato administrativo, a Administração Pública pode modular os efeitos da invalidação do ato ilegal, de forma análoga à modulação de feitos no controle de constitucionalidade (art. 27 da Lei nº 9.868/1999). Em reforço à possibilidade de relativização dos efeitos retroativos da anulação, o art. 24 da LINDB, incluído pela Lei nº 13.655/2018, proíbe que a mudança de interpretação acarrete a invalidação das situações plenamente constituídas” (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Método, 2020, p. 340).

⁶⁹ Algumas diretrizes aqui mencionadas foram indicadas em outro trabalho: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Ativismo judicial, pragmatismo e capacidades institucionais: as novas tendências do controle judicial dos atos administrativos. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 10, n. 39, p. 9-36, out./dez. 2012.

salvo na hipótese de evidente violação ao comando normativo; f) eliminação de sobreposição de competências e de instrumentos de controle, com o diálogo interinstitucional entre as instâncias controladoras; g) dever de verificação da existência de alternativas compatíveis com as finalidades de interesse público dos atos ou procedimentos que sejam por eles impugnados; h) responsabilização pessoal do agente público apenas nos casos comprovados de dolo ou erro grosseiro; i) dever de uniformização de suas orientações e entendimentos jurídicos, pela formulação de um sistema de precedentes.

5 Considerações finais

Conforme demonstrado ao longo do artigo, o controle hipertrofiado e formalista da Administração Pública acarreta externalidades negativas, notadamente a institucionalização de uma Administração Pública amedrontada, pouco inovadora e ineficiente.

É preciso desmistificar a ideia de “quanto mais controle, melhor” não para se propor, na outra extremidade, um controle inexistente ou reduzido, mas um controle equilibrado que respeite as capacidades institucionais da Administração Pública na formulação e na concretização das políticas públicas, sem a inversão dos papéis dos controladores e controlados.

Ademais, revela-se fundamental que os órgãos de controle levem a sério as consequências práticas e jurídicas de suas decisões para evitar a generalização do estereótipo de que os gestores públicos são desonestos e o medo na tomada de decisões. O medo administrativo acarreta paralisia decisória (“apagão das canetas”) e ineficiência no enfrentamento dos desafios complexos e diários da Administração Pública.

Os *standards* propostos no presente trabalho pretendem servir de bússola para a busca do equilíbrio na atuação dos órgãos de controle que exercem papel fundamental no combate à corrupção e na correção dos ilícitos administrativos.

Abstract: This article aims to investigate the role of control bodies in the analysis of the legality of Public Administration acts. In order to demystify the idea that hypertrophy of control would be beneficial to the public interest, the study presents the negative effects of excessive and formalistic controlling action to guarantee administrative efficiency. From an institutional and pragmatic analysis, especially with the changes introduced in the Law of Introduction to the Norms of Brazilian Law, the article suggests standards for a balanced performance of the control bodies that the administrative efficiency and the separation of functions between control bodies and Public Administration.

Keywords: Control. Public administration. Parameters.

Referências

- ABRAHAM, Marcus. *Curso de direito financeiro brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.
- ACKERMAN, Bruce. *A nova separação de poderes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- ARAÚJO, Thiago Cardoso. *Análise Econômica do Direito no Brasil: uma leitura à luz da teoria dos sistemas*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, p. 6-50, jan./jun. 2011.
- ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [meta] teoria normativa da decisão judicial: caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André Rodrigues. O art. 28 da LINDB: a cláusula geral do erro administrativo. *Revista de Direito Administrativo* [recurso eletrônico]. Belo Horizonte, v. 277, n. esp., out. 2018.
- BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB: a cláusula geral do erro administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 190-208, nov. 2018.
- CAMARGO, Margarida Lacombe. O pragmatismo no Supremo Tribunal Federal brasileiro. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- DANTAS, Bruno. *Incompetência não pode ser tratada como improbidade*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-30/incompetencia-nao-improbidadeministro-tcu>. Acesso em: 02 abr. 2020.
- FARIA, J. H.; MENEGHETTI, F. K. Burocracia como organização, poder e controle. *Revista de Administração de Empresas*, v. 51, n. 5, p. 424-439, 2011.
- FENWICK, Mark D., KAAL, Wulf A.; VERMEULEN, Erik P.M. Regulation Tomorrow: What Happens When Technology Is Faster than the Law? *American University Business Law Review*, v. 6, n. 3, p. 561-594, 2017.
- GARCIA, Flávio Amaral; MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. Contratos públicos, improbidade e o Estado amedrontado (ou “Crime de hermenêutica dos outros é refresco”). *Revista Síntese de Direito Administrativo*, v. 12, nº 141, p. 241-252, set. 2017.
- GLAESER, Edward L.; SUNSTEIN, Cass R. Moneyball for State Regulators (March 29, 2014). *Forthcoming National Affairs*. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2418306> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2418306>. Acesso em: 02 abr. 2020.
- GUIMARÃES, Fernando. *O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle*. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/odireito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ine_ciencia-pelo-controle. Acesso em: 02 abr. 2020.
- JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB – Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 63-92, nov. 2018.

JORDÃO, Eduardo. *Por mais realismo no controle da administração pública*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Eduardo-Jordao/por-mais-realismo-no-controle-da-administracao-publica>. Acesso em: 02 abr. 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB – Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 13-41, nov. 2018.

LOUREIRO, Maria Rita (Coord.). *Coordenação do sistema de Controle da Administração Pública Federal*. Série Pensando o Direito, nº 33/2009, Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, Brasília, 2009.

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

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *Comentários à Lei nº 13.655/2018* (Lei da Segurança para a Inovação Pública). Belo Horizonte: Fórum, 2019.

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.

MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. *O medo e o ato administrativo*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rodrigo-tostes-mascarenhas/o-medo-e-o-ato-administrativo>. Acesso em: 02 abr. 2020.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da improbidade administrativa*: Comentários a Lei nº 8429/92. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB – Indicando consequências e regularizando atos e negócios. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 43-61, nov. 2018.

MOREIRA, Egon Bockmann. O novo Código de Processo Civil e sua aplicação no processo administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 273, p. 313-334, set./dez. 2016.

MOREIRA, Egon Bockmann; PEREIRA, Paula Pessoa. Art. 30 da LINDB. O dever público de incrementar a segurança jurídica. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 243-274, nov. 2018.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O direito administrativo do século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 13-37, jul./set. 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novo referencial no Direito Administrativo: do controle da vontade ao do resultado: a juridicização dos resultados na Administração Pública. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 6, n. 67, set. 2006.

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

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Novo perfil da regulação estatal*: Administração Pública de resultados e análise de impacto regulatório. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Método, 2020.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Precedentes no Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Princípios do direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Método, 2013.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A releitura do direito administrativo à luz do pragmatismo jurídico. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 256, p. 129-63, jan./abr. 2011.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Dever de coerência na Administração Pública: precedentes administrativos, praxe administrativa, costumes, teoria dos atos próprios e analogia. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (Org.). *O Direito Administrativo na Atualidade – Estudos em Homenagem a Hely Lopes Meirelles*. São Paulo: Malheiros, 2017.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Ativismo judicial, pragmatismo e capacidades institucionais: as novas tendências do controle judicial dos atos administrativos. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 10, n. 39, p. 9-36, out./dez. 2012.
- OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. Reforma do Estado e Administração Pública gerencial*. 7. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2008.
- PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo: teoria social e política*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005.
- RIBEIRO, Leonardo Coelho. “*Na dúvida, dorme tranquilo quem indefere*” e o Direito Administrativo como caixa de ferramentas. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/leonardo-coelho-ribeiro/na-duvida-dorme-tranquilo-quem-indefere-e-o-direito-administrativo-como-caixa-de-ferramentas>. Acesso em: 02 abr. 2020.
- SCHAPIRO, Mario G. Discricionariedade desenvolvimentista e controles democráticos: uma tipologia dos desajustes. *Revista Direito GV*, v. 12, n. 2, p. 311-344, maio/ago. 2016
- STIGLER, George, J. A teoria da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo (Coord.); PRADO, Mariana Mota; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da; COUTINHO, Diogo R.; OLIVA, Rafael (Org.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Chega de axé no direito administrativo*. Disponível em: http://www.huffpostbrasil.com/carlos-ari-sundfeld/chega-de-axe-no-direito-administrativo_a_21667314/. Acesso em: 02 abr. 2020.
- SUNSTEIN, Cass R. Para além do princípio da Precaução. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 259, p. 11-71, jan./abr. 2012.
- SUNSTEIN, Cass R.; HOLMES, Stephen. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. Nova York: W.W. Norton & Company, 1999.
- SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Michigan Law Review*, vol. 101, p. 885-951, feb. 2003.

SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio. *Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Campus, 2005.

UNGER, Roberto Mangabeira. *O direito e o futuro da democracia*. Rio de Janeiro: Boitempo, 2004.

VERMEULE, Adrian. *Judging under Uncertainty: an Institutional Theory of Legal Interpretation*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

VERMEULE, Adrian. Optimal Abuse of Power. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 278, n. 3, p. 18, set./dez. 2019.

WEFFORT, Francisco C. (Org.). *Os clássicos da política*. V. 1. 13. ed. São Paulo: Ática: 2000.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; HALPERN, Erick. O mito do “quanto mais controle, melhor” na Administração Pública. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 18, n. 71, p. 91-116, out./dez. 2020.
