

**INSTITUTO ENSINAR BRASIL  
FACULDADES DOCTUM DE GUARAPARI**

**BERNARDO BOURGUIGNON SANTÓRIO**

**DIREITO ADMINISTRATIVO DO MEDO FRENTE À HIPERTROFIA  
DOS ÓRGÃOS DE CONTROLE**

**Guarapari/ES**

**2019**

**BERNARDO BOURGUIGNON SANTÓRIO**

**DIREITO ADMINISTRATIVO DO MEDO FRENTE À HIPERTROFIA  
DOS ÓRGÃOS DE CONTROLE**

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado ao Curso de Direito das  
Faculdades Doctum de Guarapari, como  
requisito parcial à obtenção do título de  
Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. M.a Kélvia Faria  
Ferreira

**Guarapari/ES**  
**FACULDADES DOCTUM DE GUARAPARI**  
**2019**

## FACULDADES DOCTUM DE GUARAPARI

### FOLHA DE APROVAÇÃO

O Trabalho de Conclusão de Curso intitulado: **DIREITO ADMINISTRATIVO DO MEDO FRENTE A HIPERTROFIA DOS ÓRGÃOS DE CONTROLE**, elaborado pelo aluno BERNARDO BOURGUIGNON SANTÓRIO foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito das Faculdades Doctum de Guarapari, como requisito parcial da obtenção do título de **BACHAREL EM DIREITO.**

Guarapari, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ 2019.

---

Professora Kélvia Faria Ferreira  
Faculdades Doctum de Guarapari  
Orientador

---

Professora Mariana Mutiz de Sá  
Faculdades Doctum de Guarapari

---

Professor Antonio Ricardo Zany  
Faculdades Doctum de Guarapari

Dedico esse Artigo Científico e todos os cinco árduos anos de graduação a minha maior incentivadora, minha mãe Suely Sant'Ana Bourguignon Santório.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço ao ex-diretor desta Instituição, Professor Leanderson Cordeiro por todo apoio e incentivo no início dessa jornada acadêmica.

Não poderia deixar de agradecer a todos os Professores que, com maestria e dedicação, souberam transmitir conhecimento aliado a um alto grau de criticidade, fazendo com que cada acadêmico pesquisasse o conteúdo jurídico e pudesse questionar de maneira profunda o conhecimento adquirido, tornando, assim, cada aula, um debate jurídico de alto nível.

Agradeço também a todos os companheiros da Graduação, em especial aos amigos Vitor Nunes Henriques e Jonis Athayde Cavallini, pela amizade, debates, dicas e oportunidades.

Por fim, não menos especial, agradeço a dedicação, os ensinamentos e as conversas com a minha Orientadora, Professora Kelvia Faria Ferreira. Toda a gratidão e admiração do mundo.

# DIREITO ADMINISTRATIVO DO MEDO FRENTE À HIPERTROFIA DOS ÓRGÃOS DE CONTROLE

Bernardo Bourguignon Santório<sup>1</sup>

Prof. M.a Kélvia Faria Ferreira <sup>2</sup>

## RESUMO

Trata-se do estudo do direito administrativo do medo, tendo o fito de trazer à tona uma outra perspectiva no que tange à forte onda de controle que os órgãos fiscalizatórios exercem sobre os atos administrativos, seja preventivamente ou repressivamente. Por intermédio do método bibliográfico, é cabível a construção de teses hipotético-dedutivas, as quais destacam a relevância desse trabalho lastreado no interesse coletivo de toda a sociedade em ter um gestor público capaz de homenagear fidedignamente o princípio constitucional da eficiência, inerente à Administração Pública. Demonstrou-se o prejuízo gerado à coletividade quando da condenação, por critérios subjetivos, de um gestor público mediante a aplicação de sanções previstas no ordenamento jurídico com base em mera violação à norma principiológica por julgadores não tão imparciais, possivelmente, eivados de ideologia partidária ou ligados a grupos políticos com interesse na própria condenação e sem critérios tão objetivos contidos na lei de improbidade administrativa. Entende-se valorosa a tese defendida, em virtude dos resultados práticos alcançados que amenizam o sentimento de medo no direito administrativo.

**Palavras-chave:** Direito Administrativo do Medo. Controle. Atos administrativos. Administração Pública.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo almeja analisar o direito administrativo sob a égide do pós-positivismo, destacando alguns de seus principais institutos.

Em meio a tantos escândalos envolvendo o Poder Público, a proposta desse artigo científico em vista da obtenção do título de bacharel em Direito, pode parecer caminhar na contramão: o controle punitivo estatal deve ser autocontido e coordenado. De certo que o sentimento anticorruptivo deve prevalecer no seio da sociedade, contudo diante de tantas condenações proferidas pelos órgãos competentes, o índice de denúncias de malversação do patrimônio público e

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito. E-mail: bourguignon.bernardo@yahoo.com

<sup>2</sup> Mestra em Direito. E-mail: kelviafaria@hotmail.com

apreciações deveriam diminuir, o que na prática, pelo contrário, está aumentando vertiginosamente.

Desse modo, discutir-se-á sobre o conceito e o objetivo desse ramo jurídico conforme o olhar pós-positivista, enfatizando os princípios da legalidade, da supremacia do interesse público sobre o interesse particular e da discricionariedade administrativa, sempre de forma crítica. Além disso, algumas questões acerca dos direitos fundamentais no âmbito do direito administrativo pós-positivista serão abordadas através de julgados das Cortes de Contas no que tange aos atos de controle punitivo de maneira a atrapalhar e bloquear a evolução da boa administração.

Com o advento do pós-positivismo, os atuais Ministros e Conselheiros, ao proferirem suas decisões podem estar realizando uma mutação temerária do princípio da legalidade para o chamado, pela atual doutrina, princípio da juridicidade e é sobre esse prisma que a presente investigação científica irá se desenrolar. Decisões com o fito de controlar atos administrativos, estariam gerando um engessamento da máquina pública, resultando em uma ineficiência estatal no que tange à supremacia do interesse coletivo em detrimento à supremacia da autodefesa do administrador para que o mesmo não sofra denúncia e/ou condenação em alguma reprimenda legal.

O artigo científico tem o fito de expor que, em determinadas situações, caberia o princípio da legalidade - leia-se Juridicidade - curvar-se (sempre parcialmente) a outros princípios como os da finalidade e razoabilidade.

Com efeito, a atual digressão acadêmica irá destacar tais disfunções com um enfoque especial ao excesso do poder punitivo estatal e a extensa burocratização no atual modelo de controle da Administração Pública. Forçoso se faz delinear o papel do Tribunal de Contas e suas controladorias internas que estão ministerialmente sob suas orientações, exercendo um controle punitivo sobre atos administrativos discricionários, prevalecendo muitas vezes uma burocracia que serviria como pano de fundo maquinado possíveis atos ilícitos.

Outrossim, gestores públicos estariam sobrepondo o interesse privado e individual e não inovando em suas administrações que, por via de consequência, não observariam o princípio constitucional da eficiência, por medo de serem

enquadrados em algum dispositivo sancionatório, possivelmente colocando o interesse coletivo em segundo plano, muitas vezes, como modo de autodefesa.

Ademais, será abordado, com uma dosagem de criticidade, a Lei de Improbidade Administrativa, uma das legislações mais temidas pelo administrador público por ser uma reprimenda com um poder sancionatório bastante elevado, com o objetivo de coibir desvios éticos e proteger o princípio constitucional da moralidade administrativa.

Por fim, será demonstrado como essas mazelas têm gerado um efeito perverso à Administração Pública, a instauração de um clima de medo e, conseqüentemente, de ineficiência da atuação estatal, emergindo-se, desta forma, a necessidade de uma melhora na contenção do poder punitivo estatal, criando critérios mais delineados e objetivos quando da condenação de um ato administrativo.

## **2 DIREITO ADMINISTRATIVO**

O Direito Administrativo em nosso país advém do direito europeu, mais precisamente da escola francesa, que detém como objeto de estudo o estatuto dos órgãos públicos administrativos do Estado, bem como o arcabouço dos serviços e atividades públicas.

Na doutrina de Medauar (2014), o Direito Administrativo se baliza no aglomerado de normas e princípios que a Administração Pública deve se pautar, observando fundamentalmente as formas, a organização, meios de ação e relações jurídicas da Administração Pública.

De acordo com a doutrinadora, o Direito Administrativo é delineado por princípios próprios e possui ainda um objeto específico, que é a matéria da Administração Pública, sob o enfoque científico, mostra-se como ramo autônomo no âmbito jurídico (MEDAUAR, 2014). Vale lembrar que a Administração Pública exerce um controle, podendo, inclusive, anular, cassar ou revogar um ato administrativo sofre influência do controle Legislativo e Judiciário.

## 2.1. Princípio da Legalidade x Princípio da Juridicidade

Precipuamente, para que se entenda a dicotomia elencada supra, faz-se necessário explicar um dos princípios que norteiam a conduta da Administração Pública, dentre aqueles elencados no artigo 37 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) como Impessoalidade, Moralidade, Publicidade, Eficiência, destaca-se o princípio da Legalidade.

Na doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 37):

Princípio da legalidade é específico do Estado de Direito, é justamente aquele que qualifica e que lhe dá identidade própria, por isso considerado é basilar para o Regime Jurídico-Administrativo.

Com efeito, entende-se que o princípio da legalidade deriva da existência do Estado de Direito como uma Pessoa Jurídica responsável por produzir o direito, contudo vinculada ao ordenamento jurídico por ela mesmo criado e cabível a todos os cidadãos.

Em outro prisma, Paulo Otero (2003) destaca, basicamente, dois lapsos na origem do direito administrativo. O primeiro, consiste na criação do direito administrativo pela jurisprudência do Conselho de Estado. O autor português nos ensina que “um *activismo* normativo do *Conseil d’Etat* se mostra totalmente incompatível com uma concepção mecanicista de aplicação judicial da lei” (OTERO, 2003, p. 269). É incabível que o direito administrativo seja objeto de criação do *Conseil d’Etat* se essa mesma instituição era vinculada ao Executivo. Com isso, mostra-se cristalina a ingerência do Executivo quando da criação de suas próprias normas em detrimento do Legislativo.

O segundo apontamento realizado pelo autor, permeia-se na ilusão garantista da concepção do direito administrativo. Tal ilusão restringe-se em observar que o direito administrativo nasce quando o poder se submeteu às normas e que o arcabouço da jurisdição administrativa teria a finalidade de salvaguardar o cidadão contra a Administração. Paulo Otero (2003) aduz que a criação da jurisdição administrativa se denota em um escape do Poder Executivo ao Judiciário e ao direito comum. Ademais, nos faz enxergar que o suposto racha com o pretérito regime neste diapasão não ocorreu, dado que esse regime foi quem lapidou um sistema

que consiste no autojulgamento por parte da própria Administração Pública. Nas palavras de Otero (2003, p. 275):

A invocação do princípio da separação de poderes foi um simples pretexto para que, visando um objetivo político concreto de garantir um *efectivo* alargamento da esfera de liberdade decisória da administração Pública, tornando a sua *actividade* imune a qualquer controlo judicial, se construísse um modelo de contencioso em que a Administração se julgaria a ela própria: há aqui uma perfeita continuidade entre o modelo de controlo administrativo adoptado pela Revolução Francesa e aquele que vigorava no Ancien Régime, pois, tal como Tocqueville afirmava “nesta matéria apenas encontramos a fórmula; ao Antigo regime pertence à ideia.

Assim, surgiu o princípio da juridicidade administrativa. Para Gustavo Binenbojm (2008, p. 341), a “vinculação ao direito não plasmado na lei, marca a superação do positivismo legalista e abre caminho para um modelo jurídico baseado em princípios e regras, e não apenas nestas últimas”.

Cumprе ressaltar, no que tange ao surgimento do princípio da juridicidade, que, ao contrário do que, a priori, mostra-se cristalino, a Administração perde liberdade de ação. Na legalidade, a Administração surge submissa unicamente aos ditames legais.

Embora não exista um conceito acabado de constitucionalismo contemporâneo, importante destacar algumas mudanças fundamentais trazidas pelo fenômeno, conforme apontado por alguns autores: aplicação do juízo de ponderação ao invés de subsunção, o que, por sua vez, exige uma análise mais individual de um caso concreto do que uma análise geral; a força normativa dos princípios; a força normativa da Constituição, traduzindo-se na aplicação da Constituição acima de qualquer outra regra do ordenamento jurídico; aproximação entre Direito, ética e valores; maior ativismo do Poder Judiciário, aplicando o juízo de ponderação no caso concreto.

Dessa maneira, observa-se que esse avanço constitucional, principalmente com a característica da força normativa da Constituição, implicou modificação no papel da norma, uma vez que a solução de um problema não está mais obrigatoriamente escrita numa lei. Em inúmeras situações, a adequada solução só será encontrada se analisado de forma particular o caso concreto, é nessas particularidades que se pode encontrar o justo. Nesse cenário, o intérprete da lei terá

papel fundamental na própria criação do Direito, fazendo juízo de ponderação e proporcionalidade, valorando o sentido de regras escritas.

Por sua vez, as casas legislativas vivem, ainda, a decadência de sua vocação normativa, não só pela evolução do constitucionalismo, mas também pelo aumento massivo da participação do Poder Executivo na edição de atos com força de lei e na propositura de matérias legislativas. A Constituição Federal de 1988 elenca diversas possibilidades de matérias com iniciativas reservadas, razão pela qual a discricionariedade legislativa encontra-se tolhida.

## **2.2 Interesse Público x Interesse Privado**

Na doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 45) e tantos outros doutrinadores tradicionais, o interesse público é supremo quando colidido com o interesse privado, pois parte-se do pressuposto de que todas as condutas estatais têm como finalidade a satisfação das necessidades da coletividade. Neste sentido, os interesses da sociedade devem prevalecer diante das necessidades específicas de um indivíduo. Em atenção à busca do interesse público, a Administração se lança em um patamar diferenciado quando se relaciona com os particulares, com diversas prerrogativas, inclusive com presunção de veracidade de seus atos praticados.

Por seu turno, tal entendimento já não pode mais ser adotado como pacífico, pois existem pesquisadores de relevância do Direito Público que vêm colocando em xeque a compatibilidade do princípio da supremacia do interesse público com a Constituição da República de 1988, fomentando um importante debate entre doutrinadores da seara administrativa.

Marçal Justen Filho (2013, não paginado), por exemplo, critica a “teoria da supremacia e indisponibilidade do interesse público” e seus questionamentos dizem respeito essencialmente ao conceito do termo interesse público, visto que a utilização no direito administrativo quase sempre legitima “arbitrariedades ofensivas à democracia e aos valores fundamentais”. Extrai-se, então, da opinião do autor, mais uma fórmula inexata com o fito de macular o controle dos atos praticados pelo poder público.

O doutrinador supracitado (JUSTEN FILHO, 2013) traz no bojo de seu pensamento, a relevância de não se confundir o interesse público com interesse do

Estado, com interesse do sistema administrativo e, menos ainda, com o interesse dos agentes públicos. Destaca também a dificuldade e quase que a impossibilidade de identificação do interesse público com interesse da maioria, visto o caráter contra majoritário das democracias constitucionais, que objetiva fidedignamente a proteção dos direitos das minorias. Deixa claro ser impossível precisar um conteúdo próprio para a expressão interesse público, uma vez que em sociedades tão plurais e tão fragmentadas como as contemporâneas, não existe a retórica de um único interesse público, mas diversos e muitas vezes antagônicos e conflituosos.

Outrossim, o interesse público não deve servir de referência para o direito administrativo, como defende a doutrina tradicional. Não sendo possível definir exatamente o termo “interesse público”, não se pode afirmar a supremacia deste, em primazia sobre os interesses dos particulares. Observando a pluralidade de interesses públicos e privados igualmente protegidos pelo ordenamento constitucional brasileiro, Justen Filho (2013) assinala que a atuação administrativa não deve ser balizada pelo princípio da supremacia, deve ser orientada pela realização de todo o arcabouço de direitos fundamentais, tanto na seara individual, difusa ou coletiva.

### **3 AS CORTES DE CONTAS E ÓRGÃOS DE CONTROLE**

Os órgãos de fiscalização e controle, tais como, Controladorias, Ministérios Públicos e Tribunais de Contas, tal como o Poder Judiciário, obtiveram amplo espaço de atuação após o clima democrático sobrevindo com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 05 de outubro de 1988 (CF/88), destacadamente no que tange à procura pela legalidade e o estímulo à transparência e eficiência na atuação da Administração Pública, previsto no artigo 37 da CF/88.

Quando se fala em controle da administração pública, pode-se compreender o assunto sob dois aspectos: político e administrativo. Precipuamente estudado pelo Direito Constitucional, está intimamente atinente ao sistema de freios e contrapesos, por via lógica, o segundo, estudado pelo Direito Administrativo, diz respeito à atividade administrativa propriamente dita.

Conforme os preceitos de José dos Santos Carvalho Filho (2014, não paginado), o controle da Administração Pública mostra-se como o arcabouço de mecanismos jurídicos e administrativos por meio dos quais se pratica o poder de fiscalização e de revisão da atividade administrativa em qualquer âmbito ou esferas dos poderes.

Tal fiscalização e revisão são os elementos imprescindíveis do controle, sempre lastreados no princípio da legalidade. A fiscalização nada mais é que o poder de constatação das atividades dos órgãos e agentes administrativos; é a verificação de que as atividades públicas estão cumprindo suas finalidades, enquanto a revisão é o poder de correção de condutas administrativas, seja por conta de vícios de legalidade, seja em função de mudanças nas políticas públicas, o que é natural.

Importante destacar, no que tange à estrutura, que em âmbito federal, o Tribunal de Contas da União, é constituído por nove Ministros, sendo três indicados pelo Executivo, três pelo Senado e três pela Câmara dos Deputados. Já nos Estados, os Tribunais de Contas são integrados por sete Conselheiros. Os termos “Ministros” e “Conselheiros” são utilizados pela Constituição Federal de 1988 para designar os membros dos correspondentes tribunais, que possuem as mesmas garantias, prerrogativas e impedimentos dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça e dos Desembargadores dos Tribunais de Justiça.

De acordo com a Constituição de 1988, e entendimento do Supremo Tribunal Federal, já sumulado (Súmula 653), dos sete Conselheiros que compõem os TCE's, quatro devem ser escolhidos pela Assembleia Legislativa e três pelo Governador, cabendo-lhe necessariamente indicar, dentre os três: um Auditor de carreira e o outro dentre membro do Ministério Público de Contas, e um terceiro à sua livre escolha. Todos os nomes indicados pelo Governador deverão ser aprovados pela Assembleia Legislativa e devem ter mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade; idoneidade moral e reputação ilibada; notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros, ou de administração pública; mais de dez anos de exercício de função ou atividade profissional que exija os conhecimentos mencionados.

Pelo fato de os Tribunais de Contas estarem previstos constitucionalmente no capítulo dedicado ao Poder Legislativo, há doutrinadores que subordinam estas

Cortes ao Legislativo. Contudo, é largamente dominante o entendimento de que não existe essa relação de subordinação. Os Tribunais de Contas, definitivamente, não integram o Poder Legislativo. O que existe é uma relação de cooperação.

Cumprе ressaltar que os Tribunais de Contas não estão inseridos em qualquer dos três poderes. Sua natureza é de órgão independente que auxilia todos os poderes da federação. Auxilia o Poder Legislativo com informações, pareceres e relatórios e os Poderes Judiciário e Executivo, orientando sua atuação no controle interno e na autotutela da legalidade. Por derradeiro, auxilia a comunidade, uma vez que a Constituição de 1988 ampliou seu contato com o cidadão ao prever, em seu art. 74, §2º, que qualquer popular pode denunciar irregularidades e ilegalidades à Corte de Contas, ou seja, a Constituição potencializou a participação popular no controle da coisa pública, passando a servir à sociedade de forma direta e indireta, por meio do controle externo.

### **3.1 Controladorias Internas**

Na doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 167), o controle interno realizado pelo próprio ordenador de despesas, no âmbito de sua própria administração, visa garantir que os objetivos e metas possam ser atingidos de maneira eficaz e eficiente. A implementação de um sistema de controle interno mostra-se tão salutar que a Constituição Federal de 1988 em seu Art. 74 elenca algumas regras que impedem a concretização de tal sistema:

Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: [...] §1º Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária. (BRASIL,1988).

Além da previsão transcrita acima, constam ainda as relativas aos artigos 31 e 70 da Constituição Federal de 1988: primeiro elenca-se a vinculação da fiscalização dos atos do executivo ao sistema de controle interno municipal, após dispõe sobre a atuação do controle interno no que tange à fiscalização orçamentária, financeira, contábil, operacional e patrimonial.

O controle interno tem o condão ainda de fiscalizar as normas da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), conforme dispõe o art. 59 da Lei Complementar nº 101 de 2000:

O Poder Legislativo, diretamente ou com o auxílio dos Tribunais de Contas, e o sistema de controle interno de cada Poder e do Ministério Público, fiscalizarão o cumprimento das normas desta Lei Complementar, [...] bem como do art. 59 da Lei de Responsabilidade Fiscal. (BRASIL, Lei Complementar n.º 101)

Nestes termos, a Lei Complementar n.º 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal), evidenciou a necessidade da institucionalização de um Sistema de Controle Interno.

Insta ressaltar que ao administrador público cabe sempre observar os princípios gerais contidos no art. 37 da Constituição Federal de 1988, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, além dos princípios expressos, deve também o gestor analisar os princípios específicos ao sistema de controle interno, os quais são de suma importância na atividade de avaliação dos atos de gestão. Nesse ponto, Bandeira de Mello (2015, p. 45) elenca os seguintes princípios: Interesse Público; Economicidade; Celeridade; Razoabilidade; Proporcionalidade; Isonomia; Probidade Administrativa e Ampla Defesa.

No que tange à forma, a manifestação do controle interno pode ocorrer de diferentes maneiras, conforme alguns critérios, como, por exemplo, o momento em que se dá o controle do ato: prévio ou preventivo que ocorre antes da realização do ato; concomitante ou sucessivo que ocorre durante a realização do ato e subsequente ou corretivo que acontece após a conclusão do ato.

#### **4 CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

O artigo 37, parágrafo 4º, da Constituição Federal de 1988, criou uma nova esfera de responsabilização: a improbidade administrativa. Com efeito, o Constituinte visou instaurar um novo mecanismo de punição aos agentes públicos e terceiros que pratiquem ilícitos contra a Administração Pública, a fim de coibir desvios éticos e proteger o princípio constitucional da moralidade administrativa.

A rigor, a responsabilização por improbidade administrativa não se enquadra em nenhuma das espécies clássicas de responsabilidade: penal, civil, política ou administrativa. Consiste em uma mescla de cada uma delas. Dessa maneira, o agente público pode, em tese, ser processado politicamente (crime de responsabilidade), penalmente (Código Penal e legislação extravagante), civilmente (ressarcimento) e administrativamente (estatutos dos servidores e normas disciplinares).

A Lei 8.429, de 02 de junho de 1992, que regulamentou o artigo 37, parágrafo 4º, da Constituição Federal, não definiu ou delimitou com exatidão a concepção de improbidade administrativa. A propositura advinda do Executivo Federal previa sanções apenas aos agentes públicos que enriquecessem ilicitamente no curso do exercício do cargo ou função (artigo 9º), por razão lógica, as hipóteses de vantagem patrimonial, embora mais graves, são de mais fácil identificação.

Durante o processo legislativo, contudo, foram incorporados ao projeto inicial, por meio de emendas, alguns atos que causassem prejuízo ao erário (artigo 10) e que ferissem os princípios da Administração Pública (artigo 11). Especialmente esse último, envolvendo enorme abstração e generalidade. Completando, o legislador ainda adotou uma técnica não usual ao incluir condutas genéricas no *caput* de cada um desses dispositivos, destacando as hipóteses específicas nos incisos que, contudo, afirmou serem meramente exemplificativas.

Com tudo isso, a Lei de Improbidade Administrativa facilita que atos administrativos ilegais, praticados sem gravidade ou má-fé, sejam considerados improbos e sofram as severas sanções previstas na lei. Corroborando a tese arguida, Gilson Dipp (2019) aponta que prontamente conseguimos encontrar na jurisprudência, condenações por improbidade que abarcam desde o simples atraso na entrega de prestação de contas, mesmo quando posteriormente são aprovadas pelo órgão competente, até esquemas mais complexos de enriquecimento ilícito de agentes públicos em vultosos desvios resultando em drásticos prejuízos ao erário.

Tal situação exige ainda maior cuidado pelo fato de que a Lei 8.429 (BRASIL, 1992), em seu artigo 12, estabeleceu a possibilidade de aplicação das mesmas reprimendas para os mais diferentes tipos de atos de improbidade, dos mais graves aos menos severos, com variações apenas de intensidade.

Com efeito, as mesmas sanções podem, em tese, ser fixadas tanto em condenação por vantagem patrimonial ilícita, como por ofensa genérica a um princípio da administração pública, sem qualquer locupletamento.

Quanto aos casos de atos de improbidade administrativa que ferem os princípios da Administração Pública (artigo 11), o arcabouço legal permite a aplicação das sanções de perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios pelo prazo de três anos.

A eliminação dos bens ou valores adquiridos ilicitamente e o ressarcimento integral do dano representam mera recomposição do *status quo* e devem, necessariamente, ser aplicadas sempre que identificados os pressupostos fáticos, enriquecimento ilícito e dano ao erário. Por isso, uma boa parte da doutrina salienta que não se trata de sanções propriamente ditas.

Observando as demais sanções, como perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil e proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, não podem ser aplicadas automaticamente e variam qualitativa e quantitativamente. Caberá, necessariamente, ao magistrado aplicá-las de forma proporcional e adequada observando as circunstâncias do caso concreto, sopesando os fins a serem alcançados e as penalidades impostas.

Passados quase vinte e oito anos de sua vigência, a Lei 8.429 (BRASIL, 1992) ainda é objeto de inúmeras controvérsias. Numerosas são as críticas pela ausência de definição e clareza do conceito de improbidade administrativa, a facilitar que atos administrativos ilegais, praticados sem gravidade ou má-fé, venham a ser confundidos com improbidade e sofram as severas consequências previstas dessa lei.

Ao possibilitar a aplicação das mesmas sanções, com variações apenas de intensidade, para todos os tipos de atos de improbidade administrativa, que são bastante distintos entre si, a Lei 8.429/92 concedeu poder discricionário bastante alargado ao magistrado na fixação das reprimendas.

## 5 ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O CONTROLE EXERCIDO

Para melhor funcionalidade de suas atividades, o regime jurídico-administrativo atribui à Administração Pública alguns deveres e poderes capazes de salvaguardar sua posição ante aos particulares, e de propor os meios eficazes para alcançar seus objetivos.

Dentre os poderes elencados, se encontra o poder discricionário, que em sua natureza apresenta a faculdade que a Administração Pública tem de optar, em determinadas situações, por uma solução dentre várias disponíveis.

Desse modo, a discricionariedade administrativa perdura nas hipóteses em que o regramento não alcança o esgotamento de todas as nuances da atuação administrativa, permitindo uma margem de liberdade de decisão ante a um caso concreto, de maneira que o gestor consiga realizar uma escolha dentre várias soluções possíveis desde que não esbarre em ilegalidade, se pautando em critérios como conveniência e oportunidade, conferidas ao administrador.

Por outro lado, como forma de oposição à discricionariedade, encontra-se o poder vinculado, ilustrando situações nas quais a Administração Pública tem uma única solução prévia e objetiva de um específico caso concreto por meio de uma lei. Essa vinculação veda uma análise subjetiva pelo ordenador de despesa, privando-o da liberdade inerente à discricionariedade.

Desta feita, atos administrativos discricionários e vinculados são as duas grandes distinções realizadas entre os atos administrativos. No entanto, com o advento do administrativismo contemporâneo, não se fala mais nessa dicotomia pura e simples, mas sim em graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2016) ensina que a discricionariedade evita a automatização do exercício administrativo e supre a impossibilidade de o legislativo fazer previsão de todas as situações fáticas que podem surgir no âmbito da Administração Pública, sendo indispensável para que a Administração Pública se mostre dinâmica, de forma que acompanhe as necessidades da sociedade que está em constante evolução.

Bandeira de Mello (2015) nos ensina que o simples fato de o ato atender a finalidade da legislação não implica, necessariamente, que tal ato está revestido de legitimidade. Pelo contrário, o doutrinador explicita que existe a possibilidade de que

o ato praticado esteja formalmente atribuído a uma finalidade legal, mas que não a represente no caso concreto, isto é, que não seja o melhor resultado para a Administração Pública.

### **5.1 Excesso de controle punitivo exercido sobre os atos discricionários**

A partir da Constituição de 1988 e em consonância com o influxo democrático de sua promulgação, houve um vertiginoso crescimento do culto ao controle da atuação estatal, o que, sem dúvida, mostra-se extremamente positivo para a sociedade. A problemática dessa digressão acadêmica que exurge, no entanto, não reside na disseminação desse pensamento, reside na forma desordenada com que esse controle tem se expandido e na rigidez irreduzível com que os atos estatais têm sido fiscalizados pelos órgãos competentes.

Instituiu-se uma vasta rede de controle dos atos administrativos, sendo criada uma multiplicidade de instituições e estatutos jurídicos com este propósito. Se mostra benéfica a implementação de diversas instâncias controladoras independentes. Ocorre, porém, que a propagação dessas estruturas controladoras não foi acompanhada de uma coordenação de atuação. Desse modo, temos diferentes órgãos de fiscalização, que, em total inobservância à lógica racional, apuram de forma isolada iguais fatos ao mesmo tempo, por diversas vezes investigando as mesmas responsabilidades, o que acaba resultando em conflitos entre os próprios controladores, aumentando a competição por maior espaço de atuação, visibilidade e vantagens, contrastando, assim, da própria economicidade exigida da atuação estatal.

Citando, a título exemplificativo, a aquisição da Refinaria de Pasadena, no Texas, pela Petrobras (BRASIL, 2014). A compra foi objeto de investigação pelo Tribunal de Contas da União, pela então Controladoria-Geral da União, pelo Ministério Público Federal, Ministério Público do Rio de Janeiro e de Curitiba, pela Comissão de Valores Mobiliários e pela própria estatal. Numa análise dos relatórios disponíveis, observa-se que, em geral, as conclusões dos trabalhos foram iguais, havendo pequenas divergências no que tange a um enfoque ou outro.

No caso em tela, não há, portanto, como se apresentar efetiva uma estratégia de controle calcada na presença de múltiplos atores, agindo de forma independente

e sem qualquer divisão de tarefas. Ou seja, o atual sistema de controle é constituído por uma teia de diversos órgãos públicos descentralizados que atuam com pouca ou nenhuma harmonia, ampliando os custos do exercício da fiscalização pelos controladores, vide exemplo supracitado, bem como aumentando os custos dos próprios controlados.

Forçoso destacar que a carência de ações coordenadas compromete, indubitavelmente, a efetividade da atuação estatal, à medida em que é gerada uma redundância e incoerência nas ações, dando margem a lacunas dentro do próprio controle, já que, observando a carência de recursos e a limitação do tempo, se desperdiça esforços na fiscalização de determinado fato também investigado por outras instâncias, resultando em um gargalo, já que outros fatos podem estar deixando de ser investigados.

Ademais, como consequência da proliferação do controle, disseminou-se uma verdadeira obstinação dos controladores pela punição dos agentes públicos, sem a devida consideração da gravidade dos fatos apurados ou da real intenção do agente quando da prática do ato. Meras irregularidades formais, sanáveis, são, muitas vezes, punidas com o mesmo rigor aplicável aos atos em que efetivamente há malversação administrativa, não existindo proporcionalidade entre a conduta do agente e a penalidade imposta.

Nesse diapasão, destacam-se as considerações de Carlos Ari Sundfeld (2016, não paginado):

Outro problema é que se espalhou no Brasil uma verdadeira obsessão em punir gestores públicos: falhou, pagou; um exagero. Claro que a corrupção e o desvio de recursos públicos têm de ser combatidos com severidade. Mas grande parte dos processos punitivos contra gestores públicos é por falhas operacionais, por questões formais ou por divergências de opinião. Ora, falhas são próprias de qualquer organização; só não erra quem não age. Os controladores por acaso são punidos quando falham? De outro lado, são normais as opções do gestor não coincidirem com as preferências do controlador: o direito tem muitas incertezas, não é matemática; divergência de interpretação sobre fatos e leis não é crime. Portanto, punição é um erro para esses casos.

Tal obsessão pela punição aludida por Sundfeld (2016) manifesta-se destacadamente por intermédio da fixação de interpretações absolutamente rígidas e inflexíveis, do vasto enquadramento dos atos administrativos como improbidade e

de inúmeras decretações de medidas constritivas no que tange à indisponibilidade patrimonial, afastamento temporário e até mesmo prisões preventivas, sem a existência da adequada demonstração do preenchimento dos requisitos legais necessários. A par de uma legislação administrativa muitas vezes detalhista e minuciosa, as instituições de controle adotaram entendimentos jurídicos ainda mais rigorosos no que diz respeito a temáticas relevantes para o cotidiano estatal.

Para melhor demonstração da tese arguida, Fernando Vernalha Guimarães (2016, não paginado) destaca dois importantes exemplos: a contratação direta e o controle de preços na contratação administrativa.

A contratação direta, sem dúvida, é um dos principais *tabus* da prática administrativa rotineira, tornando-se um verdadeiro campo minado para o gestor. São inúmeros os processos nos tribunais de contas e as ações de improbidade questionando as contratações diretas realizadas pelo Poder Público. A contratação direta é vista como sinônimo de corrupção, como se a realização de um certame licitatório fosse a garantia de afastamento do risco de malversação dos recursos públicos o que, na prática, entretanto, já demonstrou que não é. Por essa razão, há casos em que, mesmo sendo aplicável a contratação direta, nos termos da lei, os gestores públicos têm preferido o ônus do procedimento licitatório, diante do receio de ver sua conduta questionada pelos órgãos de controle.

O sistema de tabelas referenciais de preços é outro tema delicado para o administrador público: as tabelas são consagradas como verdadeira bíblia e qualquer valor acima do preço ali indicado, constitui sobre preço aos olhos dos órgãos de controle. Em muitos casos, não há nenhuma ponderação em relação a eventuais circunstâncias fáticas do mercado que possam fazer com que o preço de determinado insumo para determinado tipo de contratação seja diferente em relação ao referencial. O que mais interessa, na ótica do controlador, é possuir uma ferramenta que lhe permita minimizar a assimetria de informação com o mercado e alcançar um diagnóstico objetivo e confortável em relação aos preços. Mesmo que, de fato, seja um diagnóstico meramente formal.

Extraíndo os ensinamentos do doutrinador, pode-se consignar que à luz da consolidação de um entendimento extremamente restritivo, o controle da atuação estatal tem se mostrado marcadamente rígido em relação ao enquadramento dos fatos como ato de improbidade.

Não obstante a existência de jurisprudência, reverberando a necessidade de demonstração do elemento subjetivo para a prática do ato supostamente improbo, vê-se comumente a propositura de ações de improbidade administrativa diante da constatação de qualquer tipo de irregularidade, independentemente da verificação

de má-fé ou desonestidade, como se a Lei n. 8.429 (BRASIL, 1992), que em seu bojo traz graves sanções, se referisse a meros ilícitos sanáveis de gestão.

Na realidade, observa-se muitas vezes, como forma de resposta a uma calorosa opinião pública ou para preservar a imagem da instituição controladora e mostrar serviço, essas ações ou são propostas de forma precipitada, com fundamentos genéricos, ou possuem intuito exclusivamente político-punitivo, deixando-se de lado a demonstração dos requisitos legais para a configuração da improbidade.

Cabe ressaltar outra prática amplamente adotada no controle dos atos dos agentes públicos, revelando um excesso do poder punitivo sob a ótica de uma larga adoção de medidas cautelares restritivas, especialmente a indisponibilidade patrimonial. São recorrentes, manchetes de jornais iniciando com “Justiça decreta indisponibilidade de bens”. O que se questiona nesse artigo científico, no entanto, não é a aplicação de tal instituto, que tem lastro legal e serve de um importante instrumento para o resguardo do patrimônio público. A problemática reside na decretação de tão gravosa medida sem a eficácia e necessária demonstração dos pressupostos para a sua admissão.

Desta feita, insta salientar que no âmbito do Tribunal de Contas da União, por exemplo, embora a Lei Orgânica da Corte, em seu artigo 44, caput, e §2º, expressamente determine que a indisponibilidade patrimonial somente poderá ser decretada quando “existirem indícios suficientes de que, prosseguindo no exercício de suas funções, possa dificultar a realização de auditoria, causar novos danos ao Erário ou inviabilizar o seu ressarcimento”, tem sido comum, a decretação de indisponibilidade patrimonial dos agentes públicos com base apenas na existência em julgados ou pareceres de expressões como: “elementos de convicção robustos”, “condutas altamente reprováveis” ou “prejuízos muito elevados”.

Nesse aspecto, portanto, a sensação que predomina é de que a sociedade brasileira em relação ao controle da Administração Pública é regida pelo pensamento “quanto mais controle, melhor”, o que não imperiosamente tem inibido práticas de condutas lesivas ao patrimônio estatal. A disseminação dessa cultura colaborou para uma ampliação desordenada dos instrumentos de controle que tem cada vez mais avolumado o seu próprio poder punitivo, comportando-se de forma

absolutamente rígida e inflexível no controle dos atos administrativos, o que não necessariamente resulta em êxito no combate à corrupção.

## **5.2. Prevalência de um controle burocrático**

Além do poder punitivo em demasia, existe o fenômeno da ampla ocorrência de uma contenção puramente burocrática. Nesse sistema, prioriza-se o procedimento, a hierarquia funcional rígida e o formalismo, sendo caracterizado por uma estrita vinculação da atuação dos agentes públicos à norma administrativa. Com efeito, o controle burocrático resta caracterizado pela apreciação da conformidade da atuação do gestor público, por advento da simples averiguação da compatibilidade de sua conduta ao exigido na legislação. Para esse tipo de contenção, verifica-se a eficiência na atuação administrativa que respeita, exatamente, o disposto nos atos normativos aplicáveis, sem homenagear os resultados atingidos.

Ainda nos ensinamentos de Fernando Guimarães (2016, não paginado), quando da prevalência desse tipo de modelo combativo, a essência dos órgãos de controle da atuação estatal tem o condão de “buscar equívocos, desatenções, descumprimentos de linhas e entrelinhas, culpados, e não a perseguição de uma atuação administrativa eficiente”.

Ocorre que a realidade administrativa se mostra muito mais complexa e dinâmica do que a legislação prevê, vindicando do gestor público uma intensa necessidade de inovar ferramentas e adaptar a atuação administrativa com fulcro no atendimento dos novos anseios sociais.

Necessário salientar que a imposição da observância sem restrição das normas burocráticas trava a máquina pública, obstando a atuação administrativa para a conquista de resultados eficientes.

Como bem destaca Carlos Ari Sundfeld (2016, não paginado), a abrangência da atuação da Administração Pública ultrapassa os ditames jurídicos para conglomerar demais circunstâncias em que o Direito posto não se mostra capaz de antever aresto acabado:

A Administração atual é um espaço de deliberação pública – feita na forma do Direito, mas não apenas considerando o Direito. O Direito dirige e limita a ação administrativa, mas não predetermina por inteiro todos os seus atos. Na deliberação administrativa, entram a política,

a técnica, a subjetividade etc. Sobre a deliberação, há controles jurídicos, checando sua compatibilidade com o Direito. Mas há também influências e controles não jurídicos, de dentro e de fora das instituições estatais, atuando pontualmente ou no longo prazo. Não faz sentido, na vigência do regime democrático, propor que controles jurídicos absorvam o campo natural dos controles não jurídicos. O mundo jurídico não tem – e não deve ter todas as respostas.

O Acórdão nº 1.394/2012 – TCU – Plenário, proferido pelo Tribunal de Contas da União no bojo do TC nº 014.098/2008-3 (BRASIL, 2012), instaurado para fiscalizar as obras de implantação do Terminal Portuário de Pecém/CE pela Petrobras, demonstra o controle burocrático aludido nessa produção acadêmica: na decisão determinou-se à estatal que:

para o caso de processos ainda em papel, e visando ao resguardo dos princípios da transparência e da moralidade, expeça orientação aos setores competentes da empresa, a fim de que todos passem a observar a necessidade de numeração sequencial e de rubrica das folhas dos processos.

Mostra-se imprescindível o voto do Relator, Ministro Raimundo Carreiro (BRASIL, 2012), nesse ponto:

30. Destaco que a numeração das folhas de um processo e a sua rubrica não configura medida de burocrata, mas sim medida de prudência necessária à concretização e à proteção dos princípios da transparência e da moralidade, porquanto dificultam a fraude.

31. E nesse particular ainda que a Lei no 9.784/1999, invocada pelo Tribunal como fundamento das suas decisões não trouxesse a previsão contida no art. 22, §4o, quanto à necessidade de numeração e de rubrica, não estaria a Petrobras dispensada dessa providência como forma de resguardar a lisura dos seus processos, cujos interesses são múltiplos, tanto por parte do Poder Público, seja na perspectiva do interesse público primário seja na do interesse público secundário, quanto por parte dos particulares que contratam ou pretendem contratar com a Petrobras.

32. Nesse sentido, entendo, assim como entendeu o Ministro Augusto Nardes, a impertinência de se buscar a responsabilidade dos empregados da Petrobras, quando da inobservância desse procedimento. Isso porque compete à alta administração da Companhia adotar as devidas providências para regulamentar a questão internamente, promovendo a devida divulgação da mudança de rotina.

33. Por essa razão, entendo que o TCU deve, nesta oportunidade, reiterar a determinação para que se adote as devidas providências para o resguardo dos princípios da transparência e da moralidade, consistente na expedição de orientação aos setores competentes da

empresa, a fim de que todos passem a observar a necessidade de numeração e de rubrica das folhas dos processos, para, naturalmente, os casos de processos que ainda utilizarem papel, uma vez que os processos eletrônicos fazem tal numeração de forma automática.

Insta salientar, novamente, que não se pretende, com o voto destacado do Ministro Relator, negar a relevância do controle burocrático. Não resta dúvida que, determinados aparatos burocráticos são imprescindíveis para outorgar majoração da segurança jurídica à atuação da Administração Pública, visto que servem como importantes instrumentos para coibir condutas arbitrárias. A problemática reside na dominância desse tipo de controle e na inconveniência de sua ocorrência para determinados tipos de atuação estatal.

Não há que se falar em responsabilidade quando, no bojo da fiscalização de um empreendimento para a construção de um terminal portuário, realizada pela maior empresa brasileira, a Petrobras, o órgão controlador se mostra preocupado com a inexistência de numeração e rubrica do procedimento de contratação, e não na efetiva conformidade dos fins que devem servir como direcionamento às contratações públicas.

Dessa maneira, as formalidades que não se fundam em corrupção ou intenção expectada de provocar danos à coisa pública não deveriam constituir fonte de obstáculos à continuidade das ações estatais, prejudicando, assim, as políticas públicas implantadas. Nesse caso, mesmo diante do intuito da fiscalização querer preservar a legalidade e, por via de regra, aumentar a eficiência da gestão, o efeito sobre esta última questão é praticamente zero, enquanto que os riscos alcançáveis à prestação de serviços significativos poderão aumentar e, dessa maneira, prejudicar substancialmente a população.

Não há como se enxergar coadunável com o Estado Democrático de Direito, o engessamento da Administração Pública ao fiel e estrito cumprimento da lei, sem levar em consideração a efetiva eficiência da atuação estatal, como finalidade precípua. Em uma complexa e pluralista sociedade contemporânea, em que existem multiplicidade de interesses e as mais diversas ideologias, que frequentemente se opõem, o modelo estritamente burocrático não se mostra mais suficiente e as balizas legais nem sempre correspondem às necessidades sociais.

### **5.3 Supremacia do Interesse privado sobre o Interesse público**

Conquanto aos imensos desafios que se impõem aos gestores públicos hodiernamente, tem-se o protagonismo dos órgãos de controle externo, notadamente do Ministério Público e dos Tribunais de Contas, em que a atuação demasiadamente punitiva, tem gerado uma crise da ineficiência pelo controle, caracterizada, segundo Fernando Vernalha Guimarães (2016), quando 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.

Com efeito, o risco assumido pelo gestor público ante a conduta administrativa pode abranger decisões acerca de políticas públicas a serem implementadas, seu alcance, cronograma e beneficiários, de modo que, se eximindo do poder discricionário, resultaria em uma inequívoca ineficiência de gestão.

A existência de alguma margem de liberdade ao gestor é um dos pressupostos dos atos discricionários, sempre que possa optar, segundo critérios de razoabilidade, por mais de um comportamento para atender determinadas finalidades públicas.

Ademais, insta consignar o efeito protecionista dos gestores em não homenagear o princípio da eficiência, elencado no art. 37 da Constituição (BRASIL, 1988), prevalecendo, assim, o interesse privado do gestor em não sofrer algum tipo de sanção ao interesse coletivo em proporcionar políticas públicas com viés social, podendo, a todo instante, cometer algum ato discricionário e sofrer alguma reprimenda condenatória.

## **6 A CULTURA DO MEDO E A INEFICIÊNCIA**

Como decorrência desse excesso de poder punitivo e da natureza estritamente burocrática do controle da atuação estatal, instaurou-se um clima de medo na Administração Pública. O posto modelo de controle, ao invés de inibir a corrupção, inibe a liberdade e a eficiência da atuação administrativa: optar e decidir hodiernamente na Administração Pública, passou a contrair riscos ao gestor público que, num instinto de autoproteção, restringe sua atuação à sua zona de conforto.

Confinados pelo rigoroso controle sobre sua atuação, os gestores públicos, diante de alguns desafios impostos pela realidade social a proporem soluções criativas, preferem por optar pela manutenção das mesmas práticas e decisões nada inovadoras. Optar por decisões mais ousadas no atual cenário resta demasiadamente arriscado e assustador, já que pode sujeitar o gestor a uma ação de improbidade ou algum outro processo judicial.

O advento da retração do gestor público resulta em uma grave ineficiência administrativa. Nos ensinamentos da doutrina que destaca Fernando Vernalha Guimarães (2016, não paginado): “instalou-se o que se poderia denominar de crise da ineficiência pelo controle: acuados, os gestores não mais atuam apenas na busca da melhor solução ao interesse administrativo, mas também para se proteger”.

Como igualmente destacam Onofre Alves Batista Júnior e Sarah Campos (2014, p. 38):

A cultura administrativa reinante, nesse contexto, é a do medo, a do receio da punição. Não se tenta aperfeiçoar ou buscar a solução adequada, mas o receio enraizado aponta sempre para a solução de privilégio de uma interpretação literal dos regulamentos e ordens do hierarca. A eficiência administrativa e o bem comum são postos de lado em prol de uma atuação servil e, por vezes, medrosa e covarde.

Esse clima de medo e insegurança quanto à não observância estrita aos mandamentos legais acaba fazendo com que o agente público aja sempre negativamente frente às demandas atípicas que não se encaixarem hermeticamente ao conteúdo da norma. Em vez de ir em busca da melhor solução, o gestor público, receoso com uma possível punição, esconde-se atrás da norma e atua como simples reproduzidor da descrição literal do mandamento legal.

Pode-se, inclusive, destacar que muitos dos problemas da ineficiência estatal, não decorrem somente de incompetência ou de má vontade dos gestores públicos, mas de mero temor do controle punitivo estatal.

A predominância desse atual sistema tolhe o poder criativo do corpo administrativo, que opta por adotar um padrão comportamental mediano, desinteressado, demonstrando mais prudência ao invés de buscar medidas eficientes, em nome da autopreservação. Com efeito, o administrador público não vê encorajamento para melhorar a gestão da máquina pública, para inovar no oferecimento de novas respostas aos problemas sociais, para procurar em outras sistemáticas possíveis soluções para os desafios enfrentados. O sentimento que paira sobre a cabeça de um gestor é que a boa gestão pública não é a prioridade da legislação brasileira, muito menos de seus intérpretes.

O principal prejudicado por esse intenso controle, a todo custo, da Administração Pública é o bom administrador, de conduta proba, que só quer exercer seu trabalho da melhor maneira possível, para o bem da Administração Pública e da sociedade.

## **7 CONCLUSÃO**

Em suma o atual sistema de controle é demasiadamente ativo e ainda desconexo. Como visto, a ampliação do controle dos atos administrativos, por meio do excesso do poder punitivo e da falta de coordenação entre as instâncias de controle, bem como o aumento da burocracia estatal, não impede a prática de corrupção.

Essa ampliação do poder punitivo estatal e a prevalência do controle burocrático gerou um clima de medo na Administração Pública. Num instinto de autoproteção, o gestor público tem preferido não ser proativo, não tomar decisões heterodoxas ou criativas, não assumir riscos, pelo receio de que sua conduta seja interpretada de forma rígida e irredutível pelos órgãos de controle, como comumente se observa. E esse temor cotidiano no exercício das atividades acaba gerando um quadro de ineficiência, já que o gestor público não mais atua apenas na busca da melhor solução ao interesse administrativo, mas também para se proteger, sobrepondo o interesse particular ao verdadeiro interesse público em prol de uma coletividade.

Com efeito, a reversão desse quadro de medo e de ineficiência gerado pelo poder punitivo do Estado perpassa, entre outras medidas, pela necessidade de

revisão do atual modelo de controle marcadamente rígido, inflexível, desordenado excessivamente burocrático.

Nesse cenário, a flexibilização dos paradigmas de controle mostra-se fundamental para o desenvolvimento de novas respostas aos recorrentes problemas sociais que se apresentam hodiernamente. É primordial que a fiscalização dos atos da Administração Pública não signifique um óbice à consecução das políticas públicas, o que certamente se atingirá quando a efetiva busca pela eficiência e pelos melhores resultados seja o direcionamento das ações de controle.

Toda a sistemática de controle não pode suggestionar um entrave para a eficiência na atuação da Administração Pública. É necessário, portanto, modificar determinados parâmetros da fiscalização da atuação estatal, para imprimir maior segurança ao gestor público na tomada de decisões criativas e inovadoras na busca de soluções dos problemas estatais.

Os órgãos de fiscalização, por sua vez, devem verificar e buscar a efetiva intenção nas boas práticas gerenciais do administrador público com o fito na promoção da eficiência da atuação administrativa, ainda que esse resultado não tenha sido alcançado e ainda que discordem quanto aos meios empregados para se atingir essa finalidade, somente e necessariamente não seja constatada nenhuma flagrante ilegalidade. Devem fazê-lo, de maneira responsável, colocando-se no lugar do gestor público à época da tomada da decisão, e não com base nas circunstâncias do momento do controle, quando já se tem ciência dos resultados da atuação estatal investigada.

Contudo, se os órgãos de controle não observaram o efeito negativo que as ações desconexas e sem coordenação representam para a gestão pública, tais agentes ordenadores de despesas com um poder de inovação para as diversas problemáticas sociais, seguirão morrendo de medo de algum processo, cruzarão os braços e ficarão agindo e atuando sem inovações e soluções benéficas para as mais diversas mazelas que surgem cotidianamente. Nossa máquina pública funcionará cada vez menos. Caberá, como solução equânime, ao Direito realizar a multiplicação dos incentivos para a ação e promoção de boas políticas públicas flexibilizadas de acordo com a finalidade que se pretende tal ato administrativo, e não ficar criando novos riscos para quem age com probidade.

## ADMINISTRATIVE LAW OF FEAR AGAINST CONTROL BODIES HYPERTROPHY

Bernardo Bourguignon Santório<sup>3</sup>

Prof. M.a Kélvia Faria Ferreira <sup>4</sup>

### ABSTRACT

This is the study of the administrative law of fear, aiming to bring out another perspective regarding the strong wave of control that supervisory bodies exercise over administrative acts, either preemptively or repressively. Through the bibliographic method, it is possible to construct hypothetical-deductive theses, which highlight the relevance of this work based on the collective interest of the whole society to have a public manager capable of faithfully honoring the constitutional principle of efficiency, inherent to Public Administration. . The damage to the community was demonstrated by the condemnation, by subjective criteria, of a public manager through the application of sanctions provided for in the legal system based on mere violation of the principled norm by judges not so impartial, possibly due to party ideology or linked to political groups with an interest in their own conviction and without such objective criteria contained in the law of administrative misconduct. Valuable is the thesis defended, due to the practical results achieved that alleviate the feeling of fear in the administrative law.

**Keywords:** Administrative Law of Fear. Control. Administrative acts. Public administration.

### REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 23. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2017.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; CAMPOS, Sarah. A administração pública consensual na modernidade líquida. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, v. 14, n. 155, p. 31-43, jan. 2014.

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

---

<sup>3</sup> Graduando em Direito. E-mail: bourguignon.bernardo@yahoo.com

<sup>4</sup> Mestra em Direito. E-mail: kelviafaria@hotmail.com

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 15 de abril de 2019.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/> Acesso em: 28 de outubro de 2019.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/> Acesso em: 28 de outubro de 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. Site Institucional. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/institucional/estrutura-organizacional/> . Acesso em: 22 outubro de. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.394/2012 – TC nº 014.098/2008-3. Relator Ministro Raimundo Carreiro. Disponível em [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordaocompleto/\\*/KEY%253AACORDAO-COMPLETO-1254632/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordaocompleto/*/KEY%253AACORDAO-COMPLETO-1254632/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse) Acesso em 12 de novembro de 2019.

\_\_\_\_\_. Notícia Secretaria de Comunicação do TCU. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-identifica-dano-em-compra-da-refinaria-de-pasadena-pela-petrobras.htm> Acesso em: 20 de novembro de 2019.

CAMPANA, Priscilla de Souza Pestana. A cultura do medo na administração pública e a ineficiência gerada pelo atual sistema de controle. **Revista de Direito de Viçosa**, vol. 09 n.01 2017 p.19-39. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/ojs/revistadir/article/download/252703892017090107/pdf> Acesso em 15 de outubro de 2019.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 2.ed. Salvador: JusPODIVM, 2015

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 29.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DIPP, Gilson; CARNEIRO, Rafael Araripe. Banalização do conceito de improbidade administrativa é prejudicial a todos. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mar-19/banalizacao-conceito-improbidade-prejudicial-todos>. Acesso em 20 de novembro de 2019.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

FRANÇA, Amlyn Thayanne Santos de. O atual controle jurisdicional exercido sobre os atos administrativos discricionários: Implicações e possibilidade. Trabalho de

Conclusão (Pós-Graduação). Especialização em Direito Administrativo da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 2017. Disponível em: <https://monografias.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/6123/1/TEXT0%20COMPLETO.pdf>. Acesso em 22 de setembro de 2019.

FILHO, Milton Freire Gondim. Fiscalização do TCU e as garantias constitucionais do processo. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**. v. 11. n. 02. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/16167> Acesso em 28 de setembro de 2019.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle. **Direito do Estado**. n. 71. 31 jan. 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>. Acesso em: 12 de outubro de 2019.

GODINHO, Heloísa Helena Antonacio Monteiro. **Disfuncionalidade do processo de julgamento das contas anuais de gestão pelos tribunais de contas**. Dissertação pelo Programa de Mestrado Profissional em Políticas Públicas e Gestão Governamental do IDP/DF. 2018. Disponível em <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/2458> Acesso em 19 de outubro de 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MELLO, Celso Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed Juspodivm., São Paulo, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública, o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Lisboa: Almedina, 2003.

PONTES, Valmir. **Programa de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Sugestões Literárias S/A, 1968.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Chega de axé no direito administrativo**. Disponível em: [http://www.brasilpost.com.br/carlos-ari-sundfeld/cheга-de-axe-no-direito-administrativo\\_b\\_5002254.html](http://www.brasilpost.com.br/carlos-ari-sundfeld/cheга-de-axe-no-direito-administrativo_b_5002254.html). Acesso em: 22 de outubro de 2019.