



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

RODRIGO VALGAS DOS SANTOS

**DISFUNÇÕES DO CONTROLE EXTERNO SOBRE OS AGENTES PÚBLICOS:
RISCO, MEDO E FUGA DA RESPONSABILIZAÇÃO**

Florianópolis

2020

RODRIGO VALGAS DOS SANTOS

**DISFUNÇÕES DO CONTROLE EXTERNO SOBRE OS AGENTES PÚBLICOS:
RISCO, MEDO E FUGA DA RESPONSABILIZAÇÃO**

Tese submetida ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Professor Doutor Luiz Henrique Urquhart Cademartori.

Área de Concentração: Direito, Estado e Sociedade,

Linha de Pesquisa: Constituição, Cidadania e Direitos Humanos,

Florianópolis

2020

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Santos, Rodrigo Valgas dos

Disfunções do controle externo sobre os agentes públicos
: risco, medo e fuga da responsabilização / Rodrigo Valgas
dos Santos ; orientador, Luiz Henrique Urquhart
Cademartori, 2020.

368 p.

Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa
Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós
Graduação em Direito, Florianópolis, 2020.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Separação de poderes. 3. Disfunções
burocráticas. 4. Ativismo judicial. 5. Risco de
responsabilização. I. Cademartori, Luiz Henrique Urquhart.
II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós
Graduação em Direito. III. Título.

RODRIGO VALGAS DOS SANTOS

**DISFUNÇÕES DO CONTROLE EXTERNO SOBRE OS AGENTES PÚBLICOS:
RISCO, MEDO E FUGA DA RESPONSABILIZAÇÃO**

O presente trabalho em nível de doutorado foi avaliado e aprovado por banca examinadora composta pelos seguintes membros:

Prof. Dr. Cesar Luiz Pasold
Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam
Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC

Prof. Dr. Fabrício Motta
Universidade Federal de Goiás - UFG

Profa. Dra. Irene Patrícia Nohara
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Certificamos que esta é a **versão original e final** do trabalho de conclusão que foi julgado adequado para obtenção do título de doutor em Direito.

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha
Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito

Prof. Dr. Luiz Henrique Urquhart Cademartori
Orientador

Florianópolis, 2020.

À Giseli, mulher de minha vida.
À Isabela, fruto de nosso amor e nossa melhor
esperança do amanhã.
A Ruy Samuel Espíndola, irmão por escolha,
por tudo já vivido e ao muito mais por viver.

AGRADECIMENTOS

Muitos participaram direta ou indiretamente para que este trabalho pudesse se concretizar. Estes agradecimentos são apenas tentativa de abarcar tantas pessoas que passaram por minha existência e formação acadêmica. Meus primeiros agradecimentos são dirigidos a Deus, que sempre me oportunizou contínuo crescimento pessoal e intelectual, a tal ponto, que estou cada vez mais convencido que a graça divina não se recebe por merecimento, mas por generosidade gratuita do Criador.

À minha mulher Giseli, cujo apoio foi determinante para que eu pudesse prosseguir neste projeto que privou-nos de precioso convívio, sempre revelando-se grande incentivadora nos momentos mais difíceis. Te amo.

À minha amada filha Isabela, razão de muitas das minhas ações, que entendeu que certos projetos de vida transcendem à própria vida, compreendendo o tempo que tive de dedicar para escrever esta tese.

Aos meus pais Zeneide Sousa Santos e Wilson Valgas dos Santos e meus irmãos Vanessa Valgas dos Santos, Leonardo Valgas dos Santos (*in memoriam*) e Sabrina Santos, cujos laços familiares forjaram meu caráter.

Aos queridos irmãos de caminhada da Banca Espíndola & Valgas A/A, a quem agradeço o inestimável apoio não apenas para que eu pudesse realizar este projeto, mas pelos ricos debates acerca de muitos temas aqui tratados: Ruy Samuel Espíndola, Paulo Afonso Malheiros Cabral, Alexandre F. C. Mendonça a quem agradeço especialmente a leitura e correções e Victor Bianchini Rebelo pelo apoio nas referências bibliográficas.

Ao meu orientador na Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Prof. Dr. Luiz Henrique Urquhart Cademartori, que permitiu-me desenvolver o tema com liberdade acadêmica, ao mesmo tempo fazendo as devidas correções de rumo nas diversas reuniões que tivemos ao longo desta caminhada.

Também agradeço imensamente a todos os integrantes da banca examinadora que generosamente aceitaram doar de seu tempo para contribuir com nosso trabalho: Prof. Dr. Cesar Luiz Pasold, grande referência de pesquisador cuja presença engrandeceu nossa banca; Prof. Dr. Fabrício Motta, administrativista de escol e líder nato, cuja trajetória sempre me inspira; Profa. Dra. Irene Patrícia Nohara, uma das estrelas da nova geração de administrativistas, cujas reflexões permeiam esta tese; Prof. Dr. José Sérgio Cristóvam, a quem penhoradamente agradeço o apoio e a troca de ideias ao longo da etapa final de redação e ainda aos integrantes

da banca de defesa prévia, Prof. Dr. Pedro de Menezes Niebuhr, pelas opiniões acerca texto e pelas generosas dicas acadêmicas de Lisboa; Profa. Dra. Carolina Medeiros Ba Prof. Dr. Guilherme Henrique Lima Reinig, pelas pertinentes sugestões.

Ao Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho, a quem sempre serei devedor por me receber no Mestrado da Universidade Federal do Paraná – UFPR. Ao Prof. Dr. Emerson Gabardo, pelas sugestões de contatos com professores europeus; ao Prof. Dr. Daniel Wunder Hachen por contactar-me com notáveis professores que foram fundamentais em nossa pesquisa e ao Prof. Dr. Eurico Bitencourt Neto que construiu nossa ponte com muitos professores portugueses.

À Profa. Dra. Carla Amado Gomes, da Faculdade de Direito de Lisboa – FDUL. Mais que uma interlocutora de nossa pesquisa, pôde oferecer-me algo precioso: sua amizade. Em especial agradeço pela leitura de nossa tese e as preciosas sugestões incorporadas ao texto final.

Ao Prof. Dr. José Manuel Sérvulo Correia, que generosamente recebeu-me para troca de impressões sobre nosso tema de investigação em seu inesquecível escritório na Rua Garrett.

Aos diversos Professores da Faculdade de Direito de Lisboa - FDUL, dentre os quais destaco: Prof. Dr. Miguel Raimundo, Profa. Dra. Ana Neves e Prof. Dr. Vasco Pereira da Silva, que cederam de seu tempo visando o aprimoramento de nosso projeto.

Ao querido Prof. Dr. Mário Aroso de Almeida, que gentilmente acolheu-me como investigador na Universidade Católica Portuguesa em Lisboa, pelo apoio bibliográfico e valiosa troca de ideias sobre o tema.

À Profa. Dra. Ana Raquel Gonçalves Moniz, por recepcionar-me na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra na condição de investigador, atuando como co-orientadora no período que lá estive. Grato pelas producentes conversas.

Ao Prof. Dr. Pedro Gonçalves pela receptividade e valoroso diálogo sobre o assunto, bem como pelas sugestões bibliográficas feitas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Ao Prof. Dr. José Carlos Vieira de Andrade, pela gentileza em receber-me em seu gabinete para tratar do objeto da tese

Ao Prof. Dr. Luciano Parejo Alfonso, que de pronto compreendeu a importância de nosso problema de pesquisa e deu grandes sugestões, recebendo-me na Universidade Carlos III em Madri, acompanhado outros notáveis administrativistas em instigantes diálogos.

À Profa. Dra. Jacqueline Morand-Deviller, pela receptividade na Universidade Paris I e por possibilitar nosso acesso a biblioteca da Sorbonne, com a lhanza e elegância que lhe são próprias.

Às bibliotecárias da Procuradoria Geral da República – PGR de Portugal e da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, que não mediram esforços para permitir acesso a teses fundamentais para a confecção desta tese doutoral.

Aos queridos administrativistas da atual Diretoria do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo - IBDA, donde tenho a honra de fazer parte deste time ocupando a Segunda Vice-Presidência: Prof. Dr. Maurício Zockun (Presidente), Profa. Dra. Cristiana Fortini (Primeira Vice-Presidente); Prof. Dr. Rodrigo Pironti Aguirre de Castro (Diretor Executivo) e Profa. Dra. Lígia Melo de Casemiro (Diretora Adjunta). Também agradeço a profícua convivência com tantos companheiros dos eventos organizados pelo IBDA e do Instituto de Direito Administrativo de Santa Catarina – IDASC ao longo destes anos, os Professores Doutores: Celso Antônio Bandeira de Mello, Weida Zancaner, Romeu Felipe Bacellar Filho, Márcio Cammarosano, Clovis Beznos, Juarez Freitas, Pedro Paulo de Almeida, Valmir Pontes Filho, Fabrício Motta, Sérgio de Andrea Ferreira, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, José dos Santos Carvalho Filho, Marçal Justen Filho, Adilson Abreu Dallari, Clèmerson Merlin Clève, Angela Cassia Costaldello, Luís Roberto Barroso, Odete Medauar, Paulo Bonavides, Carlos Ayres Britto, André Luiz Freire, Sílvio Luiz Ferreira da Rocha, Carolina Zancaner Zockun, Caroline Müller Bitencourt, César Pereira, Edgar Guimarães, Eurico Bitencourt Neto, Irene Patrícia Nohara, Augusto Dal Pozzo, Daniela Libório, Toshio Mukai, Júlio César dos Santos Esteves, Christianne Stroppa, Luísa Cristina Pinto, Gilmar Mendes, Rogério Gesta Leal, Raquel Melo Urbano de Carvalho, Eneida Desiree Salgado, Emerson Gabardo, Daniel Wunder Hachen, Benjamin Zymler, Eros Roberto Grau, Felipe Klein Gussoli, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Daniel Ferreira, Flávia Cammarosano, Alexandre Godoy Dotta, Fernanda Guiuro Valentini Fritoli, Ricardo Marcondes Martins, Irene Patrícia Nohara, Lenio Luiz Streck, Paola Nery Ferrari, Maria Cristina Cesar, Luiz Alberto Blanchet, Joel de Menezes Niebuhr, Paulo Shier, Pedro de Menezes Niebuhr, José Sérgio Cristóvam, Salomão Ribas Jr., Gustavo Justino de Oliveira, José Anacleto Abduch Santos, José Osório do Nascimento Neto, Cynara Monteiro, Adriana da Costa Ricardo Shier, Ana Cláudia Finger, Luciano Ferraz, Fernando Dias Menezes de Almeida, Paulo Motta, Sabrina Nunes Iocken, Raquel Dias da Silveira, Adircélio Moraes, Flávio Henrique Unes Pereira, Bernardo Stroebel, Fernando Mânica, Gerson Sicca, Marcelo Harger, Marcos Fey Probst, Felipe Boselli, Manolo Del Olmo, Georges Humbert, Renato Cardoso de Almeida Andrade, Marcos Nóbrega, Floriano de Azevedo Marques Neto, José Tioffi Júnior, Regina Ferrari, Paulo Modesto, Thiago Marrara, Vanice Lírio do Valle, André Saddy, Manoel Peixinho, Yara Stroppa, Carlos Ari Sundfeld, João Paulo Lacerda, Jean Phierre da Silva Vargas, Rogério Duarte, Vladmir França, Vera Monteiro, Francisco Taveira Neto,

Juscimar Pinto Ribeiro, Bruno Belém, Rafael Arruda de Oliveira, João Batista Moreira, Jader Ferreira Guimarães, Dinorá Adelaide Musseti Grotti, Bruno Barbirato, José Roberto Pimenta Oliveira, Maria Fernanda Pires Pereira, Florivaldo Dutra de Araújo, Luís Manuel Fonseca Pires, Sérgio Ferraz, Rafael Wallbach Schwind, Francisco Zardo, Vívian Lima López Valle, M Bittencourt, Mariana Mêncio, Noel Antônio Baratieri, Rafael Valim, Tarso Cabral Violin e Afonso da Silva.

Ao longo desta jornada de entusiasmo pelo Direito Administrativo, também convivi pessoalmente com grandes publicistas brasileiros que já partiram e que muito me influenciaram, destacadamente os Professores Doutores: Diogenes Gasparini, Ada Pellegrini Grinover, Marcos Juruena Villela Souto, Caio Tácito, Geraldo Ataliba, Almiro do Couto e Silva, Paulo Neves Carvalho, Alice Gonzalez Borges, Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Paulo Blasi.

Agradeço ainda o convívio nestes anos com diversos juristas latinoamericanos e europeus, muitos apresentados pelo Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho, os Professores Doutores: Agustín Gordillo, Irmgard Lepenies, Alfonso Buteler, Julio Comadira, Guillermo Munhoz, Jaime Rodriguez Arana-Muñoz, Pablo Colantuono, Enrique Chase Plate, Jorge Salomoni, Pascual Caiella, Sabino Cassesse, Domingo Juan Sesin, Justo José Reyna, Augusto Duran Martínez, Carlos E. Delpiazzo, Domingo García Belaúnde, Ricardo Velásquez Ramírez, Jaime Orlando Santofímio, José Palomino Manchego.

Também tenho a agradecer o convívio em solo catarinense com diletos amigos que acompanharam de perto este projeto: Paulo Armínio Buechele, Néviton Guedes, Luís Felipe Espíndola Gouvêa, Marcelo Mesquita, Ana Blasi, Luiz Magno Pinto Bastos e Deodoro Gomes Mendonça.

Minha gratidão a todos os Professores Doutores da UFSC, especialmente àqueles com os quais cursei excepcionais disciplinas no doutorado, destacando Luiz Henrique Urquhart Cadematori, Arno Dal Ri Jr., Rafael Peteffi da Silva, Horácio Wanderlei Rodrigues e Everton das Neves Gonçalves. Registro ainda meus agradecimentos aos Professores Doutores: Cesar Luiz Pasold, Antônio Carlos Wolkmer e José Isaac Pilati.

Agradeço aos Professores da Faculdade de Direito do CESUSC e aos meus alunos pela rica troca de ideias e mútuo aprendizado em nossa disciplina de Direito Administrativo.

Por fim, minha gratidão ao povo brasileiro. Minha formação em grande parte foi realizada na universidade pública, gratuita e de excelência. Tive o privilégio de fazer minha graduação na Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC; fazer meu mestrado na Universidade Federal do Paraná – UFPR e volver ao lar para meu doutoramento pela

Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Espero que esta pesquisa possa retribuir o investimento feito em minha pessoa e que mais brasileiros possam ter as mesmas oportunidades.

*“Um pensamento só empolga deveras quando
exprime uma impressão já experimentada”.*

(Joaquim Nabuco de Araújo)

*“Few discoveries are more irritating than
those which expose the pedigree of ideas”.*

(Lord Acton, *Essays on Freedom and Power*)

RESUMO

O fenômeno do risco e do medo decorrentes do controle disfuncional sobre a atividade administrativa exige atenção, tanto na investigação de suas causas, como seus efeitos, especialmente no uso de estratégias de fuga da responsabilização pelos agentes públicos e na identificação dos processos judiciais e administrativos que sobrelevam o *risco de responsabilização*. Nos termos propostos na tese, risco e medo geram nova espécie de disfunção burocrática na Administração Pública e no Direito Administrativo: *o exercício medroso da função administrativa* como consequência da incapacidade/impossibilidade do agente público gerir riscos. Dentre suas consequências deletérias os agentes públicos norteiam o processo de tomada de decisão não mais visando ao interesse público, a busca da eficiência ou a boa gestão pública. A prioridade passa a ser a autoblindagem e a autoproteção decisória. O controle externo disfuncional atua de maneira paradoxal, pois estimula a prática de condutas ilícitas e de má gestão pública pois os agentes públicos tendem a proteger-se a qualquer custo para evitar os riscos do processo de tomada de decisão. Dentre as causas dos excessos de controle, estão a crise da tradicional divisão de poderes, pois as constituições contemporâneas ainda estão pensadas em modelo do século XX, onde procurou-se estabelecer pesos e contrapesos aos poderes da tríade tradicional. Todavia, quando as atuais constituições preveem a figura de novos órgãos constitucionais (a exemplo do Ministério Público e dos tribunais de contas), não houve preocupação em estabelecerem controle destes “novos poderes” não eleitos, cuja ascensão fomenta o controle desproporcional, pois passam a interferir de modo pouco deferencial no exercício da função administrativa. Doutro vértice, a má aplicação da teoria dos princípios e o ativismo judicial propiciam a ampla responsabilização dos agentes públicos, o que requer redobrada atenção dos órgãos de controle. Destacam-se três âmbitos do controle externo propícios a disfuncionalidades: as ações de improbidade, os processos nos tribunais de contas e os processos na Justiça Eleitoral que podem implicar em restrição de direitos políticos fundamentais de voto e candidatura. O risco de responsabilização no âmbito da Administração Pública demanda aplicação da nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, como norma de blindagem decisória – limitada responsabilização nos casos de *dolo* ou *erro grosseiro* (art. 28 da Lei 13.655/18) – tal qual seu corolário no direito privado: a *Business Judgment Rule* – BJR. A adoção da gestão de riscos (COSO e ISO 31000) também pode ser utilizada como modo de prevenção do gestor público pelos riscos decisórios. Além disso, a utilização de estratégias de *fuga da responsabilização* importa na adoção de diversas técnicas visando isentar, transferir ou partilhar responsabilidades com terceiros que podem ter tanto aspectos positivo como negativos.

Palavras-chave: 1. Separação de Poderes 2. Disfunções burocráticas 3. Ativismo Judicial 4. Risco de responsabilização 5. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB 6. *Business Judgment Rule* – BJR. 7. Gestão de risco. 8. Fuga da responsabilização. 9. Ação de Improbidade Administrativa 10. Tribunais de contas.

ABSTRACT

The phenomenon of risk and fear arising from dysfunctional control over administrative activity requires attention, both in searching for its causes and its effects, especially in the use of strategies to evade blame by officeholders and in identifying the judicial and administrative processes that increase the blame risk. In the terms proposed in this dissertation, risk and fear generate a new kind of bureaucratic dysfunction in Public Administration and Administrative Law: the fearful exercise of the administrative function as a consequence of the inability/impossibility of the street-level bureaucrats or politicians to manage risks. Among its deleterious consequences public agents guide the decision-making process no longer aiming at the public interest, the search for efficiency or good public management. The priority becomes self-preservation and blame-avoidance. Dysfunctional external control acts paradoxically because it encourages the practice of illegal conduct and maladministration because public agents tend to protect themselves at all costs to avoid the risks of the decision-making process. Among the causes of excess control are the crisis of traditional division of powers, because contemporary constitutions are still thought of in the twentieth century model, where we tried to establish checks and balances to the traditional triad. However, when the current constitutions provide for the rise of new constitutional bodies (such as the prosecution and the courts of auditors), there was no concern in establishing control of these unelected “new powers,” whose rise fosters disproportionate control as they become interfere in a little deferential manner in the exercise of the administrative function. From another point of view, the misapplication of the theory of principles and judicial activism lead to the broad accountability of public agents, which requires greater attention from the control bodies. Among the judicial or administrative proceedings most conducive to the risk and fear of government employees, the following stand out: the actions against misconduct in public office, the proceedings in the audit courts and the processes in the Electoral Justice. The problem of liability risk within the Public Administration requires the application of the new Act of Introduction to the Rules of Brazilian Law – “LINDB”, as a decision shielding rule - limited liability in cases of intent or gross negligence (article 28 of Act number 13.655 of 2018 - like its corollary in private law: the Business Judgment Rule - BJR. The adoption of risk management (COSO and ISO 31000) can also be used as a way to prevent decision-making risks. In addition, the use of strategies for blame avoidance implies the adoption of various techniques aimed at exempting, transferring or sharing responsibilities with third parties. The strategies of blame avoidance can have positive and negative aspects.

Keywords: 1. Separation of Powers 2. Bureaucratic Dysfunctions 3. Blame Risk 4. Act of Introduction to the Rules of Brazilian Law - LINDB 5. Business Judgment Rule - BJR. 6. Risk management. 7. Blame avoidance. 8. Action against misconduct in public office 9. Audit Offices 10. Electoral Justice.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - Cubo COSO-GRC	274
--------------------------------	-----

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Matriz de riscos	277
Tabela 2 - Escala de probabilidade.....	278
Tabela 3 - Escala de impacto	278
Tabela 4 - Escala de nível de risco	279

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABNT	– Associação Brasileira de Normas Técnicas
ADC	– Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	– Ação Direta de Inconstitucionalidade
AED	– Análise Econômica do Direito
AIJE	– Ação Investigatória Judicial Eleitoral
ALI	– American Law Institute
AMB	– Associação dos Magistrados Brasileiros
APA	– Administrative Procedure Act
BJR	– Business Judgement Rule
BRICS	– Brazil, Russia, India, China, South America
CADH	– Convenção Americana de Direitos Humanos
CGU	– Controladoria Geral da União
CNJ	– Conselho Nacional de Justiça
COSO	– Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission
CPC	– Código de Processo Civil
CR	– Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CRP	– Constituição da República Portuguesa
CPL	– Comissão Permanente de Licitação
DJe	– Diário de Justiça eletrônico
DJU	– Diário de Justiça da União
DL	– Decreto-lei
EUA	– Estados Unidos da América
FEESC	– Fundação de Ensino de Engenharia de Santa Catarina
GEAC	– Grupo Especial Anticorrupção
G8	– Grupo dos Oito
CIDH/Corte IDH	– Corte Interamericana de Direitos Humanos
IN	– Instrução Normativa
LC	– Lei Complementar
LIA	– Lei de Improbidade Administrativa
LINDB	– Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
LRF	– Lei de Responsabilidade Fiscal
MC	– Medida Cautelar

MP	– Ministério Público
MS	– Mandado de Segurança
OAB	– Ordem dos Advogados do Brasil
OCDE	– Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OMC	– Organização Mundial do Comércio
ONG	– Organização não-governamental
ONU	– Organização das Nações Unidas
UNICEF	– Fundo das Nações Unidas para a Infância
PAD	– Processo Administrativo Disciplinar
PEC	– Proposta de Emenda à Constituição
PET	– Petição
PGR	– Procuradoria Geral da República
PPP	– Parceria público-privada
RDC	– Resolução de Diretoria Colegiada
RE/REx	– Recurso Extraordinário
REsp	– Recurso Especial
REspE/REspe	– Recurso Especial Eleitoral
RO	– Recurso Ordinário
RRCEE	– Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado
STF	– Supremo Tribunal Federal
STJ	– Superior Tribunal de Justiça
TAC	– Termo de Ajustamento de Conduta
TCE/SC	– Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina
TCU	– Tribunal de Contas da União
TJ/RJ	– Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
TJ/SC	– Tribunal de Justiça de Santa Catarina
TRF	– Tribunal Regional Federal
TSE	– Tribunal Superior Eleitoral
VAR	– Videoárbitro

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	23
2	SEPARAÇÃO DE PODERES: ORIGEM, CRISE E NOVOS ARRANJOS INSTITUCIONAIS.....	45
2.1	A IDEIA DE CONSTITUIÇÃO MISTA COMO BASE DA TEORIA DE DIVISÃO DE PODERES NA GRÉCIA E ROMA ANTIGAS.....	46
2.2	O CONTRIBUTO DA TRADIÇÃO INGLESA DO <i>RULE OF LAW</i> NA DIVISÃO DOS PODERES.....	48
2.3	A TEORIZAÇÃO DE LOCKE NA DIVISÃO DOS PODERES.....	49
2.4	A PERSPECTIVA MONSTEQUIANA DA DIVISÃO DE PODERES.....	50
2.5	O LEGADO DA DOCTRINA CLÁSSICA.....	51
2.6	SEPARAÇÃO DE PODERES E FORMAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO.....	52
2.7	O PROBLEMA DO ATIVISMO JUDICIAL E O DESEQUILÍBRIO DA BALANÇA DOS PODERES.....	60
2.8	O CONFLITO ENTRE POLÍTICA E BUROCRACIA NA SEPARAÇÃO DE PODERES.....	74
2.9	DINÂMICA DAS PATOLOGIAS E DISFUNÇÕES NA SEPARAÇÃO DE PODERES.....	83
2.9.1	<i>Obstrução.....</i>	84
2.9.2	<i>Inibição.....</i>	85
2.9.3	<i>Condução.....</i>	85
2.9.4	<i>Congraçamento.....</i>	86
2.10	NOVOS ARRANJOS INSTITUCIONAIS NA TEORIA DA DIVISÃO DOS PODERES: ÓRGÃOS CONSTITUCIONAIS E ASCENSÃO DOS NÃO ELEITOS.....	87
2.11	CONCLUSÕES ACERCA DOS NOVOS ARRANJOS INSTITUCIONAIS.....	105
3	DISFUNÇÕES DO CONTROLE EXTERNO DECORRENTES DA INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO NO BRASIL.....	111
3.1	CONCEITO OPERACIONAL DE DISFUNÇÃO.....	111
3.2	FUNDAMENTOS IDEOLÓGICOS DO CONTROLE EXTERNO CAPAZES DE PRODUZIR DISFUNCIONALIDADES.....	117

3.3	INFLUXOS DO DECISIONISMO E PROTAGONISMO JUDICIAL NA INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO NO BRASIL.....	126
3.4	OS PROBLEMAS NA APLICAÇÃO DA TEORIA DOS PRINCÍPIOS NO BRASIL E SUAS CONEXÕES COM O CONTROLE EXTERNO.....	135
3.5	CONCLUSÕES ACERCA DAS PREMISSAS IDEOLÓGICAS DO CONTROLE EXTERNO.....	143
4	A CASUÍSTICA DISFUNCIONAL NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE, TRIBUNAIS DE CONTAS E JUSTIÇA ELEITORAL.....	144
4.1	CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	144
4.2	AS DISFUNÇÕES NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE.....	146
4.2.1	Conceito de Improbidade Administrativa na Lei 8.429/1992 a partir da Constituição da República.....	151
4.2.2	Os principais problemas na aplicação da Lei de Improbidade Administrativa - LIA.....	156
4.2.2.1	<i>Os tipos abertos da Lei de Improbidade Administrativa.....</i>	156
4.2.2.2	<i>Dolo e culpa nas ações de improbidade administrativa.....</i>	159
4.2.2.3	<i>Falta de critérios adequados para dosimetria das suas sanções.....</i>	162
4.2.3	Números impressionantes: a incrível quantidade de ações de improbidade aforadas no Brasil.....	166
4.2.4	Casos que demonstram como é fácil ser ímprobo no Brasil.....	169
4.2.4.1	<i>O caso do prefeito dançarino da cidade de Capela do Alto Alegre.....</i>	170
4.2.4.2	<i>O caso das fotos oficiais de prefeito em órgãos do município.....</i>	171
4.2.4.3	<i>Casos de aplicação do dano in re ipsa pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ....</i>	172
4.2.4.4	<i>O caso de condenação por cegueira deliberada.....</i>	174
4.2.4.5	<i>O Caso do Prefeito condenado por adotar o lema: “SP cidade linda”.....</i>	175
4.2.4.6	<i>O Caso de improbidade por uso de 14 folhas de papel timbrado.....</i>	176
4.3	AS DISFUNÇÕES NOS TRIBUNAIS DE CONTAS.....	178
4.3.1	Considerações acerca da composição dos tribunais de contas no Brasil e seus reflexos no controle externo.....	178
4.3.2	As presunções de responsabilidade civil dos ordenadores primários, autoridades ou responsáveis nos tribunais de contas.....	182
4.3.3	A falta da defesa técnica.....	185
4.3.4	O problema da rejeição de contas por ato doloso de improbidade administrativa pelos tribunais de contas.....	188

4.3.4.1	<i>Contas anuais</i>	189
4.3.4.2	<i>Contas dos administradores</i>	191
4.3.5	Da incompetência dos tribunais de contas para aferir irregularidade insanável por ato doloso de improbidade administrativa	192
4.3.6	A problemática do julgamento político das contas anuais	194
4.3.7	<i>Due process of law</i> nas cortes de contas: o problema da prova testemunhal e pericial	196
4.3.8	A expansão do poder cautelar dos tribunais de contas	199
4.4	DISFUNÇÕES NA JUSTIÇA ELEITORAL: A SOMA DE TODOS OS MEDOS	202
4.4.1	Considerações Iniciais	202
4.4.2	Controle de convencionalidade da Lei Complementar nº 64/1990 em face da Convenção Americana de Direitos Humanos	207
4.4.3	Algumas reflexões sobre as pródigas hipóteses de inelegibilidade da LC nº 64/1990	215
4.4.3.1	<i>A inelegibilidade decorrente de exclusão do exercício da profissão (art. 1º, I, “m” da LC 64/1990)</i>	215
4.4.3.2	<i>Inelegibilidade por demissão do serviço público (art. 1º, I, “o” da LC 64/1990)</i> ...216	
4.4.3.3	<i>Inelegibilidade por renúncia ao mandato desde o oferecimento de representação ou petição, capaz de autorizar a abertura de processo por infringência à Constituição Federal, Constituição Estadual, Lei Orgânica Distrital ou Lei Orgânica Municipal (art. 1º, I, “k” da LC 64/1990)</i>	218
4.4.3.4	<i>Inelegibilidade por rejeição de contas por ato doloso de improbidade administrativa (art. 1º, I, “g” da LC 64/1990)</i>	219
4.4.3.5	<i>Inelegibilidade por condenação em ação de improbidade administrativa (art. 1º, I, “l” da LC 64/1990)</i>	226
4.4.4	A insegurança jurídica da jurisprudência eleitoral	227
4.4.5	Considerações finais acerca das hipóteses de inelegibilidades da LC 64/1990 e da insegurança da jurisprudência eleitoral no Brasil	231
5	LIMITAÇÃO LEGAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS AGENTES PÚBLICOS E GESTÃO DE RISCOS COMO PREVENÇÃO	234
5.1	CONSIDERAÇÕES INICIAIS	234

5.2	A LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE E PROTEÇÃO LEGAL DO AGENTE PÚBLICO PELOS RISCOS DA TOMADA DE DECISÃO: INTERCONEXÕES ENTRE A <i>BUSINESS JUDGMENT RULE</i> – BJR E A LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO – LINDB..	235
5.2.1	Origem e conteúdo da <i>Business Judgment Rule</i> - BJR	238
5.2.2	A <i>Business Judgment Rule</i> - BJR e a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB: correlações possíveis	242
5.2.3	A limitação da responsabilidade pessoal dos agentes públicos por normas infraconstitucionais no ordenamento jurídico brasileiro	245
5.2.4	A limitação da responsabilização pessoal de certos agentes públicos por dolo ou culpa grave no direito comparado	250
5.2.4.1	<i>Portugal</i>	251
5.2.4.2	<i>Uruguai</i>	253
5.2.4.3	<i>Colômbia</i>	253
5.2.4.4	<i>Costa Rica</i>	254
5.2.4.5	<i>Espanha</i>	254
5.2.4.6	<i>Alemanha</i>	255
5.2.4.7	<i>Itália</i>	256
5.2.4.8	<i>França</i>	256
5.2.5	Breves considerações acerca da necessidade de limitação legal da responsabilização dos agentes públicos, em face dos riscos a que estão submetidos: parâmetros para tolerabilidade ao erro do administrador	257
5.2.6	A conceituação de erro grosseiro e suas correlações com a culpa grave nos termos do art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB	260
5.3	GESTÃO DE RISCOS NA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA: PARÂMETROS NORMATIVOS E TÉCNICAS PARA TRATAMENTO DOS RISCOS A QUE ESTÃO SUBMETIDOS OS AGENTES PÚBLICOS.....	264
5.3.1	Regramento normativo da gestão de riscos	268
5.3.2	Metodologias de gestão de riscos	273
5.3.2.1	Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission – <i>COSO</i> ...	273
5.3.2.2	<i>ABNT NBR ISO 31000</i>	276
5.3.3	Matriz de Riscos	277
5.3.4	Escala de Probabilidade	278

5.3.5	Escala de Impacto.....	278
5.3.6	Escala de nível de risco.....	279
5.4	CONSIDERAÇÕES FINAIS ACERCA DA GESTÃO DE RISCOS COMO MODO DE EVITAR-SE A RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS.....	280
6	RISCO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E ESTRATÉGIAS DE FUGA DA RESPONSABILIZAÇÃO.....	283
6.1	CONCEITO OPERACIONAL DE RISCO E CONCEITOS AFINS: PERIGO, RISCO RESIDUAL, PROBABILIDADE E POSSIBILIDADE.....	283
6.2	O RISCO DE RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS.....	287
6.3	INTERAÇÕES ENTRE RISCO E MEDO: AS CONSEQUÊNCIAS DO MEDO NO PROCESSO DE TOMADA DE DECISÃO.....	295
6.4	OS AGENTES PÚBLICOS NOS MUNDOS DA FUGA DA RESPONSABILIZAÇÃO.....	301
6.5	ESTRATÉGIAS DE FUGA DA RESPONSABILIZAÇÃO: CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.....	303
6.6	TIPOS DE ESTRATÉGIAS DE FUGA DA RESPONSABILIZAÇÃO.....	306
6.6.1	Estratégias de manipulação.....	308
6.6.2	Estratégias de atuação.....	310
6.6.2.1	<i>Delegação.....</i>	311
6.6.2.2	<i>Reorganização defensiva.....</i>	313
6.6.2.3	<i>Coletivização das decisões.....</i>	313
6.6.2.4	<i>Governo pelo mercado.....</i>	315
6.6.3	Estratégias de política pública ou estratégias operacionais.....	316
6.6.3.1	<i>Protocolização.....</i>	316
6.6.3.2	<i>Gregarismo.....</i>	316
6.6.3.3	<i>Individualização da responsabilização ou eleição de bode expiatório.....</i>	317
6.6.3.4	<i>Inação ou imobilismo decisório: a paralisia administrativa.....</i>	317
6.6.4	Estratégias de judicialização ou substituição decisória externa.....	322
6.6.5	Estratégia de relacionamento informal interadministrativo.....	324
6.6.6	Estratégia de Blindagem Patrimonial.....	328
6.7	CONSIDERAÇÕES FINAIS: AS ESTRATÉGIAS DE FUGA DA RESPONSABILIZAÇÃO SÃO ALGO POSITIVO OU NEGATIVO?.....	330
6.7.1	Efeitos positivos.....	330

6.7.2	Efeitos negativos.....	331
7	CONCLUSÃO.....	333
	REFERÊNCIAS.....	341

1 INTRODUÇÃO

Imaginemos um servidor público honesto que ingressou pela via do concurso público e que busque dar seu melhor para a Administração Pública. Após longo tempo de carreira, é merecidamente alçado à condição de ordenador de despesas. No exercício desta função, decisões devem ser tomadas e a aplicação do emaranhado normativo brasileiro é desafio constante, por vezes sem adequada estrutura administrativa e pessoal com formação aquém do desejável, especialmente nos pequenos municípios.

No desempenho desta atividade nosso gestor depara-se com mais um contrato de prestação de serviços, dentre dezenas que lhe chegam mensalmente. Como o contrato foi precedido de licitação cuja legalidade fora assegurada pela assessoria jurídica, imagina não existir qualquer problema, assina e determina seja realizado o pagamento dos serviços que são regularmente prestados. Após algum tempo de execução do contrato, chega a ele requisição do Ministério Público para que preste esclarecimentos sobre referido contrato e sobre a licitação que lhe precedeu, posto que foi objeto de denúncia anônima dizendo que uma das condições de habilitação técnica prevista no edital foi excessiva e, portanto, teria havido restrição ao caráter competitivo do certame e, com isto, alegado direcionamento da contratação, além de dano ao erário.

Num primeiro momento, este servidor não demonstra qualquer preocupação, pois confia em sua honestidade e na certeza que decidiu acertadamente e com base em parecer jurídico antecedente. Algum tempo após seus esclarecimentos ao Ministério Público, se vê surpreendido com notificação para que realize defesa preliminar em ação de improbidade administrativa, fundada em alegado dano ao erário, sendo que o juiz de primeiro grau já deferiu a indisponibilidade de todos seus bens. Desesperado, nosso gestor recorre ao respectivo tribunal imaginando seja imediatamente deferida a tutela em seu agravo de instrumento com o fito de suspender referida indisponibilidade de bens. Todavia, a corte denega o recurso alegando que naquela fase perfunctória de exame das provas não se afigura prudente reverter a medida, que apenas poderá ser revista quando do julgamento do mérito da demanda.

Simultaneamente, nosso gestor se vê alçado à condição de “celebridade”, pois a imprensa já anuncia que houve grandes prejuízos e fraude à licitação por ele praticados. Seu nome fica exposto ao público, mal falado em todo seu círculo de amigos e seus filhos são insultados pelos colegas de escola por terem pai “ladrão”. Para pagar seus advogados, agora deve recorrer a familiares, posto que as economias de anos de trabalho agora estão indisponíveis e nem mesmo é possível vender algum patrimônio. Após alguns anos, finalmente seu processo

chega a termo e, para sua incredulidade, o gestor é condenado em primeiro grau por dano ao erário (art. 10 da Lei 8.429/92), além de lhe ser aplicada multa civil, suspensão dos direitos políticos e ainda a perda da função pública na qual ingressou há décadas pela via do concurso. Como ato final deste enredo, nosso gestor apela ao tribunal que reforma a decisão anterior e o isenta de qualquer responsabilidade por improbidade administrativa, verificando que não restou provado o dano ao erário e que sua atuação no referido contrato se deu sem qualquer dolo e em absoluta boa-fé.

Após o ocorrido, o servidor passa a declinar de qualquer função de ordenador de despesas — da qual inclusive já tinha sido afastado no início do processo — e passa agir de modo a não assumir qualquer risco no exercício de suas funções, mesmo que saiba que isto poderá implicar em graves prejuízos ao interesse público, porque em seu íntimo sua principal missão passa a ser a autopreservação, a blindagem decisória e o direcionamento de responsabilidade para outras pessoas, pois, está determinado a nunca mais passar novamente por experiência tão traumática.

Histórias similares repetem-se aos milhares no Brasil. Claro que o enredo tem algumas variações, pois, ora o ordenador de despesa é agente político e os temas de fundo são os mais diversos e, por vezes, o final não é tão feliz como para o nosso gestor imaginário.

Mas não é apenas no âmbito das ações de improbidade que temos sérios problemas. São também graves as condenações nos tribunais de contas sem que tenhamos adequada individualização do nexos causal da reponsabilidade dos envolvidos na apuração do dano ao erário. Igualmente a Justiça Eleitoral ao analisar atos típicos da função administrativa, mas com repercussão eleitoral (especialmente ao analisar as causas de inelegibilidade), tem realizado sérias limitações aos direitos fundamentais de voto e candidatura, não apenas fruto de uma legislação eleitoral por vezes inconstitucional e inconvenicional, mas pela ampliação destas restrições pela própria jurisprudência ou edição de resoluções pelo Tribunal Superior Eleitoral – TSE.

Este trabalho pretende enfrentar este problema sob um ângulo ainda não estudado, investigando as causas do controle disfuncional da Administração Pública e os riscos inerentes à atividade decisória no âmbito administrativo. Igualmente trataremos do fenômeno do medo do gestor público como consequência da incapacidade de gerir riscos e abordaremos a adoção pelos agentes públicos de estratégias de fuga da responsabilização.

Diversos artigos têm denunciado o problema, apontando algumas das suas consequências deletérias, mas os naturais limites destes textos não permitem aprofundar a temática em toda sua extensão. A produção bibliográfica acerca do tema é tão nova que há

poucos artigos em revistas especializadas que tratem em maior profundidade do assunto, em geral tratado em conferências e textos mais sintéticos publicados na internet.

Tal constatação já é suficiente para justificar seja escrita uma tese de doutoramento sobre o tema. Não verificamos durante esta pesquisa nenhuma obra monográfica que tenha tratado exclusivamente do assunto, razão pela qual, necessário trabalho de maior fôlego para enfrentá-lo e com isso contribuir para uma maior compreensão do fenômeno.

As interações entre Direito e medo não são novas. Inúmeras são as abordagens filosóficas, psicológicas, sociológicas e jurídicas que o tema comporta. Para exemplificar, citamos Thomas Hobbes: *The Leviathan* (HOBBS, 1994); Michel Foucault: *Microfísica do poder* (FOUCAULT, 2012), Cass Sunstein: *Laws of fear: beyond the precautionary principle* (SUNSTEIN, 2005); ou mesmo o *Medo líquido* de Zygmunt Bauman (BAUMAN, 2008) entre tantos autores que nas mais diversas áreas do saber têm estudado o medo e o temor na cultura ocidental.

O Direito por certo não está ao largo deste fenômeno, sendo evidente o papel do medo no Direito Penal, bem como no Direito Sancionador e, por consequência, no âmbito do Direito Administrativo, mormente nos controles exercidos sobre a Administração Pública.

Esta pesquisa tem por objeto investigar o risco, o medo e a fuga da responsabilização dentro da realidade jurídico-administrativa brasileira. Nos cabe perquirir as causas destas disfunções e suas relevantes implicações para o Direito Administrativo.

No contexto deste trabalho, disfunções do controle externo ocorrem quando *os sistemas de controle externo acabam por estimular condutas ou resultados indesejáveis na Administração Pública*. Nossa visão aproxima-se daquela esboçada por Christopher Hood, em seu texto: *Administrative diseases: some types of dysfunctionality in administration*, onde destaca disfuncionalidades relevantes como os conceitos de *red tape* e *big stick syndrome*¹ que

¹ O conceito de *red tape* é utilizado para designar o excesso de regulação ou rigidez burocrática no processo de tomada de decisão, exigindo-se o cumprimento de formalidades rigorosas de controle e, de consequência, impondo-se grande gasto de tempo e preocupações do gestor público. O conceito de *big stick syndrome* está relacionado a utilização de medidas desproporcionais e excessivas que geram efeitos opostos ao pretendidos pelos entes controladores (HOOD, 1974).

denotam os excessos de controle² como altamente prejudiciais ao funcionamento da boa Administração Pública.³

Nos termos aqui propostos o risco e o medo do controle externo causam nova espécie de disfunção na Administração Pública⁴. Não é de hoje que sociólogos e economistas enfrentam as disfunções burocráticas. As disfunções da burocracia consistem no funcionamento defeituoso ou indesejável das organizações, com perda de eficiência.

As disfunções burocráticas já mereceram análise de Robert King Merton (em contraponto a Max Weber⁵) ao enfatizar que a burocracia não é totalmente racional e eficiente, elencando uma série de disfunções, donde destaca: i) o apego a regulamentos como fim em si mesmos; ii) excesso de formalismo e adesão a procedimentos; iii) resistência às mudanças; iv) rigidez hierárquica e incapacidade de ajuste e v) identificação dos burocratas com seu “estilo de vida”. Tal abordagem criticou a visão mecanicista da proposta weberiana, especialmente se confrontada com os indivíduos que integram as organizações (MERTON, 1968, p. 254-256).

O controle externo disfuncional nos moldes aqui estudado, está a produzir um tipo inédito de disfunção burocrática com graves consequências para aplicação das normas do Direito Administrativo: *o exercício medroso da função administrativa*.

² Paulo Modesto alerta para os excessos do controle e a necessidade de se repensar o controle externo centrado num viés repressivo para uma perspectiva de *governança ou governança* de modo a deixar que o controle seja algum tipo de *expição e repressão* para assumir aspecto de *autoprogramação e autocontrole*: “Em uma *segunda frente* o paradigma do controle fundado na culpa e sua repressão externa enfrenta dificuldades. Trata-se do debate sobre a *governance*, governação ou governança das entidades ou organizações. Parte-se aqui da análise dos custos do controle externo, de sua ineficácia para evitar danos, concretos ou reputacionais, e da necessidade de incorporar, interna e estruturalmente, nas diversas organizações controladas, diretrizes de transparência, processualidade, eficiência, informação, moralidade e impessoalidade suficientes para evitar conflitos de interesse e corrigir falhas de funcionamento e direção. O controle deixa de ser *expição e repressão*, para ser *autoprogramação e autocontrole*, com exigências cada vez maiores de adequação organizacional. A *governança democrática*, que incorpora os agentes da base das organizações em processos decisórios das entidades, parece evitar mais amplamente condutas danosas e seus efeitos do que o controle posterior, sucessivo e repressivo, de organizações externas. Essa exigência, inicialmente imposta a entidades privadas de capital aberto, atualmente tem sido aplicada para o domínio das organizações da sociedade civil sem fins lucrativos e o domínio de diversas organizações públicas, cada vez mais sujeitas ao controle social e à institucionalização consistente de processos decisórios.” (MODESTO, 2016).

³ Acerca da boa administração pública, fazemos referência a Juez Freitas (FREITAS, 2014, p. 21). Ainda sobre boa administração Nicolae Pavel (PAVEL, 2012).

⁴ Desde logo já esclarecemos nosso conceito operacional de disfunção administrativa decorrente do controle externo como: *toda atuação insuficiente, ineficiente ou ilegal da Administração decorrente da atuação direta ou indireta dos órgãos de controle externo, que podem produzir condutas ou resultados prejudiciais ao desempenho de função administrativa*.

⁵ Por certo que a proposta weberiana é fundamental para a adequada compreensão da burocracia (valorizando a hierarquia de racionalidade das organizações burocráticas), em especial o combate ao personalismo dos administradores. Aliás, Weber sabia muito bem dos perigos da burocracia, razão pela qual deveria ser controlada pelo parlamento (MOTTA, 1979, p. 22). Como alude o próprio Max Weber: “El poderío alcanzado por una burocracia bien desarrollada es siempre muy grande, y en circunstancias normales considerable.” (WEBER, 1964, p.744). A crítica aqui trazida – como sói ocorrer com a boa crítica – busca enfatizar que o sistema de racionalização das organizações também implica em disfunções, devendo o processo de racionalização organizacional ser dialético e constantemente repensado.

Esta constatação é bastante surpreendente se tomarmos por referência as reflexões da doutrina administrativista brasileira a partir da década de 1980 e especialmente de 1990. Todo o esforço empreendido foi em instrumentalizar o mais amplamente possível o exercício do controle externo da Administração Pública, num progressivo *crescendo* com o fito de impor limites e combater o patrimonialismo e o fisiologismo tão arraigados em nossas práticas. Foi período de descoberta do conteúdo jurídico dos princípios constitucionais — especialmente princípios da Administração Pública — e sua vinculatividade como espécie do gênero norma jurídica. Perdeu-se a conta de quantos livros foram escritos acerca de princípios constitucionais e administrativos, a ponto de que certos orientadores de dissertações e teses doutorais passaram a sofrer de “principiatite”⁶ negando-se orientar trabalhos que versassem sobre princípios no Direito Administrativo.⁷

De todo modo, o esforço foi e é válido porque mesmo hoje a Administração Pública brasileira está permeada de elementos autoritários que demandam plena sindicabilidade judicial. Para tanto, os publicistas contavam — em ainda contam — com a efetiva participação do Ministério Público, dos tribunais de contas e do Poder Judiciário. A ideia era que estes órgãos seriam nossa salvaguarda, nossa proteção contra os arbítrios cometidos por aqueles que se adonam do poder no exercício de função política ou administrativa.

A ideia em si não está equivocada. Uma das características do Direito Administrativo a partir de meados do século XX foi a “luta contra as imunidades do poder” (ENTERRÍA, 1962), e o desenvolvimento do controle externo é fundamental neste intento. O problema foi o modo que o exercício do controle externo passou a ser concretizado no cotidiano da Administração Pública. Se antes estes órgãos tinham algum “respeito reverencial” à figura dos políticos como representantes eleitos e como autoridades legítimas, lentamente foram perdendo a reverência — o que é algo bom — e, aos poucos, foram perdendo o próprio respeito, o que inequivocamente é algo mau⁸.

Demais disso, as instâncias controladoras passaram a contar com amplo apoio popular e midiático, o que gradativamente passou a impressão que agora poderiam contar com certo

⁶ A expressão jocosa faz alusão a uma pretensa “inflamação causada por princípios” e tomou por referência expressão “mozartite” atribuída aos maestros que não suportam mais executar as obras de Mozart, que, sem demérito da sua genialidade, é exigido com tanta frequência nos repertórios de música erudita que incomoda a certos maestros.

⁷ Acerca dos princípios constitucionais no Brasil, fazemos referência à obra pioneira de Ruy Samuel Espíndola que tratou monograficamente do conceito de princípios constitucionais (ESPÍNDOLA, 1999).

⁸ A crítica é parafraseada das reflexões de Conrado Hübner Mendes acerca do Supremo Tribunal Federal: “Que tenhamos perdido a reverência pelo STF é um ganho de maturidade política. Que estejamos perdendo o respeito é um perigo que o tribunal criou para si mesmo.” (MENDES, 2018).

nível de representatividade popular, acima daquela conferida aos políticos tradicionais pelo sufrágio universal.

A perda do respeito pela classe política veio acompanhada da percepção pelos órgãos de controle que agora podiam muito. Todo e qualquer ato administrativo emanado por autoridade competente estava não apenas sujeito ao controle externo — o que é desejável — mas suscetível a espécie de “aval decisório” destes órgãos, o que claramente implica em usurpação de função administrativa. A partir da ideia que os princípios da administração pública poderiam ser diretamente cotejados com atos administrativos concretos, conferiu-se permissão para que órgãos de controle pudessem verdadeiramente administrar sem serem administradores, isentos de qualquer reponsabilidade pelos acertos ou desacertos de suas decisões.

O poder dos órgãos de controle na imposição de pesadas sanções aos agentes públicos, desde a total perda de qualquer patrimônio, seja anterior ou posterior ao fato pretensamente ilícito, além de pesadas sanções aos direitos políticos fundamentais, ações de improbidade e condenações criminais deram um recado muito claro: entre a opinião dos administradores e a dos órgãos de controle vale a última, e quem discordar estará sujeito a sanções.

Tal estado de coisas hoje cobra seu preço. O administrador passou a exercer de modo timorato suas funções. Começa a perceber que de um momento para o outro poderá ter seus bens indisponíveis com facilidade assustadora. Sua consciência desperta para a possibilidade real de ser decretada sua prisão em operação conjunta entre polícia e Ministério Público, pouco importando seu grau de culpabilidade ou mesmo se há culpabilidade, com consequentes danos reputacionais jamais remediados. As condenações milionárias nos tribunais de contas são absolutamente frequentes e ninguém parece muito preocupado com isto, agravado ainda pela flagrante ausência nas cortes de contas de um devido processo legal que importe em ampla prova testemunhal e pericial, realizando-se espécie de responsabilização objetiva vedada pela constituição. O resultado? Temor, medo, pânico e desespero.

Para reverter tal situação é necessário revermos nossos sistemas de controle externo. Deixar seu aspecto formalista, burocrático e punitivista para um sistema que trabalhe melhor sua função pedagógica; consensual⁹ e concertada¹⁰; na busca de mais eficiência e resultados;

⁹ Sobre o novo tipo de controle da administração centrado não mais num viés autoritário mas numa perspectiva pragmática e consensual referimos a Luciano Ferraz (FERRAZ, 2019).

¹⁰ A respeito da Administração concertada, calham as considerações de Eurico Bitencourt Neto: “No âmbito da função administrativa fala-se em Administração concertada para designar um modo de atuação por meio do consenso e da produção de acordos. (...) a Administração concertada alcança três campos de incidência: *a*) a concertação com particulares, que, em geral, conduzem a uma Administração contratual; *b*) a concertação entre entidades públicas, seja no âmbito de relações federativas, seja no campo da coordenação das entidades instrumentais; *c*) a concertação interorgânica, envolvendo ajustes entre órgãos despersonalizados.” (BITENCOURT NETO, 2017, p. 29-30).

partilhando com o gestor público as responsabilidades inerentes ao complexo exercício de funções públicas na atualidade.

O controle externo em termos constitucionalmente adequados deve compreender as dificuldades reais do gestor (art. 22 da LINDB e art. 8º do Decreto 9.830/2019); perceber que não é simples administrar; que administrar implica em riscos; que estes riscos ou falhas não devem, necessariamente, redundar em sanções¹¹; pois quem atua na defesa de interesses de outrem pode cometer (e de regra comete) erros e estes devem ser absorvidos¹² pela Administração quando praticados sem dolo ou culpa grave.

Pensamos estar diante de um verdadeiro problema de pesquisa ao apontarmos as causas, os riscos e o medo decorrente do controle disfuncional e como veremos tanto a constatação por outros pesquisadores deste problema, como expressivo número de ações de improbidade, condenações no âmbito dos tribunais de contas e na Justiça Eleitoral, nos autorizam a afirmar a existência de um problema real.

Todavia, na *visão de mundo* dos órgãos de controle — ainda que detectemos tíbios sinais de mudança¹³ — os riscos, medos e disfunções decorrente do controle externo disfuncional não parecem ser um problema real. Ao revés, para os controladores que o problema está na falta de controles (OLIVEIRA, 2018) e que o medo, para usar a abordagem de Freud, não seria *real* mas *neurótico*. Na perspectiva dos controladores, o medo reside na ausência de capacidade em decidir; pelos administradores públicos serem relutantes a vigilância do controle, conforme pensa Fuad Houry no texto: *Miedo irracional en la administración pública* (KHOURY, 2014).

¹¹ Exemplo destes novos instrumentos que visam aplicar, *prima facie*, sanções é o termo de ajustamento de gestão nos moldes previstos no art. 11 do Decreto 9.830/2019 que prevê: “Art. 11. Poderá ser celebrado termo de ajustamento de gestão entre os agentes públicos e os órgãos de controle interno da administração pública com a finalidade de corrigir falhas apontadas em ações de controle, aprimorar procedimentos, assegurar a continuidade da execução do objeto, sempre que possível, e garantir o atendimento do interesse geral.”

¹² Curiosamente, o Brasil desenvolveu muito pouco a ideia de erro no Direito Administrativo. Esta pobre teorização tem graves consequências para adequada compreensão do erro praticado pelo administrador público decorrente da equívoca percepção da realidade sobre a qual é instado a decidir. Diferentemente, em Portugal a temática do erro no Direito Administrativo já mereceu considerações em 1962, no livro de André Gonçalves Pereira: *Erro e ilegalidade no acto administrativo* (PEREIRA, 1962).

¹³ Fabrício Motta bem alerta que o controle externo não pode fomentar o “apagão das canetas”: “O alerta é válido e, ao meu ver, destaca situação ainda mais grave: o risco de afastar os bons gestores da administração públicas, os probos e bem intencionados que não querem arriscar seu patrimônio e sua reputação em razão de interpretações onipotentes dos órgãos de controle. O histórico descalabro na gestão pública brasileira deve ser objeto de prevenção e correção nos limites do ordenamento jurídico, sem soluções mágicas, decisionistas ou legitimadas unicamente em discurso moralizador ou de preservação da autoridade pública.” (MOTTA, 2018). Outra perspectiva lúcida que emana dos órgãos de controle é a proposta por Pedro de Hollanda Dionísio: “Não é incomum que o administrador, ao ponderar sobre as opções decisórias, depare-se com entendimentos contrapostos dos órgãos que supervisionam suas ações. O contexto cria incentivos à inércia na gestão pública, impede que administradores pensem em soluções inovadoras para os problemas e demandas de seu setor e, no limite, ossifica a Administração Pública” (DIONÍSIO, 2019, p. 31).

Não que a perspectiva dos órgãos de controle esteja de todo errada, mas não corresponde plenamente à realidade cotidiana, nem muito menos à *verdade*. A *verdade* numa perspectiva epistêmica não é algo plenamente alcançável, mas não impede que cada ângulo de análise de um problema de pesquisa possa nos aproximar de sua compreensão¹⁴. Por isso mesmo, pensamos que nossa perspectiva corresponda apenas a parcela da verdade. Nosso esforço é em tornar metodologicamente compreensível nosso problema de pesquisa como um *problema verdadeiro* e que merece atenção da comunidade jurídica.

Por *Direito Administrativo do Medo*, queremos significar: *a interpretação e aplicação das normas de Direito Administrativo e o próprio exercício da função administrativa pautadas pelo medo em decidir dos agentes públicos, em face do alto risco de responsabilização decorrente do controle externo disfuncional, priorizando a autoproteção decisória e a fuga da responsabilização em prejuízo do interesse público.*

Há mais de dez anos já vínhamos meditando sobre o tema do *direito administrativo do medo* ou da *Administração Pública do medo*.¹⁵ A primeira vez que utilizamos publicamente a expressão *Direito Administrativo do Medo* foi em 08 de maio de 2015, em conferência intitulada: “Direito Administrativo do Medo”¹⁶. Naquela ocasião, digitamos no google a expressão entre aspas e não encontramos nenhum resultado. Ao que parece foi a primeira vez que foi utilizada no Direito Administrativo brasileiro. Joel Niebuhr e Pedro Niebuhr bem destacaram nossas primeiras preocupações com a temática da *Administração Pública do medo* em relevante artigo.¹⁷

¹⁴ No plano epistemológico, a despeito de outras perspectivas sobre o conceito de verdade, nos filiamos a visão de Karl Popper: “O cerne de verdade é justamente o que não existe qualquer critério geral de verdade. Mas isto não abona a conclusão de que a escolha entre teorias concorrentes seja arbitrária. Significa meramente, muito simplesmente, que podemos sempre errar em nossa escolha – que podemos sempre não dar com a verdade, ou não atingir a verdade; que para nós não há certeza (nem mesmo conhecimento que seja altamente provável, como mostrei em vários lugares, por exemplo, no capítulo 10 de *Conjectures and Refutations*) que somos falíveis” (POPPER, 1987, p. 394).

¹⁵ A expressão administração pública do medo foi assim definida por Fabrício Motta e Irene Patrícia Nohara: “**Administração Pública ‘do medo’**: para a situação em que, diante da proliferação de oportunidades de responsabilização do administrador, este começa a ficar com receio de manejar com segurança as oportunidades de agir, em virtude da possibilidade de lhe imputar uma responsabilidade e de ser condenado, mesmo quando agiu da melhor forma ante os obstáculos e do contexto de realidade enfrentado.” (MOTTA; NOHARA, 2019).

¹⁶ Esta conferência foi realizada no II Congresso da Advocacia Sul Catarinense e III Congresso Catarinense de Direito Eleitoral, realizado na cidade de Criciúma, Santa Catarina, entre 07 e 08 de maio de 2015. A programação do evento pode ser conferida no site da OAB de Criciúma. Disponível em: <http://www.oabcriciuma.org.br/paginas/congresso/programacao>. Acesso em: 15 set. 2019.

¹⁷ Como bem destacam Joel Niebuhr e Pedro Niebuhr: “Esse estado de coisas não passa despercebido pela comunidade acadêmica. Há uns dez anos, o Professor Rodrigo Valgas já denunciava, em diversas conferências, a formação de uma “Administração Pública do medo” – expressão que nos apropriamos para o título deste ensaio. Como percebeu Fernando Vernalha Guimarães, “o administrador público vem, aos poucos, desistindo de decidir. Ele não quer mais correr riscos.” (O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle. Direito do Estado. Ano 2016, NUM 71. Disponível em direitodoestado.com.br). Para Carlos Ari Sundfeld, diante dos

Como toda ideia que advém do seu próprio tempo (*zeitgeist*), não tardou para os juristas perceberem a mesma realidade e passassem a escrever sobre ela. Aliás, a frequência com que os mais diversos juristas e agentes públicos têm relatado o fenômeno do medo decorrente das disfunções do controle externo é uma das evidências que nosso problema de pesquisa é um *problema verdadeiro*.

Esta premissa é fundamental. A prova que o risco e o medo são reais e têm consequências impactantes na aplicação do Direito Administrativo e na Administração Pública brasileira e, portanto, que estamos diante de um *problema de pesquisa verdadeiro*, está assentada em duas premissas. A primeira, da constatação por inúmeros administrativistas dos excessos do controle externo, do medo do gestor público e consequente paralisia da Administração. Fosse um *problema falso*, não seria detectado por ninguém. A segunda premissa a indicar a veracidade de nosso problema decorre do assombroso número de condenações em ações de improbidade, nos tribunais de contas e na Justiça Eleitoral.

Em relação à constatação do problema pelos administrativistas brasileiros, já em 2014, Carlos Ari Sunfeld alertava para o problema dos excessos da atividade controladora, destacando certa obsessão dos órgãos de controle em punir os gestores públicos, normalmente por falhas operacionais, questões formais ou divergência de opinião. Asseverava, ainda, para necessidade do gestor ser protegido contra os excessos de fiscalização, pois, do contrário se está incentivando a *acomodação* e a *paralisia*¹⁸ (SUNDFELD, 2014).

O texto de Fernando Vernalha Guimarães (GUIMARÃES, 2016), o primeiro intitulado: *Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle*, externou pioneiras e importantes preocupações com o fato do administrador não desejar correr riscos pela tomada de decisão, chamando o fenômeno de: *crise de ineficiência pelo controle*.¹⁹

excessos de fiscalização, do medo de responderem a processos, o gestor cruza os braços e espera a aposentadoria chegar (Chega de axé no direito administrativo).” (NIEBUHR; NIEBUHR, 2017).

¹⁸ Com bem retrata Carlos Ari Sunfeld: “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, é normal 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. (...) Daí a quarta diretriz: não podem cair nas costas do gestor as consequências do risco de falhar e as consequências da incerteza do direito. 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, 2014).

¹⁹ O introito deste artigo é deveras elucidativo da problemática a ser desenvolvida neste texto: “O administrador público vem, aos poucos, desistindo de decidir. Ele não quer mais correr riscos. Desde a edição da Constituição de 88, que inspirou um modelo de controle fortemente inibidor da liberdade e da autonomia do gestor público,

Outro artigo igualmente relevante foi o de Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas (MASCARENHAS, 2016), que tematizou o medo tendo por objeto a edição de atos administrativos.²⁰ A este texto devemos o contato com a obra de Pierre Conesa: *Surtout ne rien décider: manuel de survie em milieu politique avec exercices pratiques corrigés* (CONESA, 2014) e, posteriormente, nossa pesquisa nos levou à obra anterior de Pierre Affuzzi: *Pour une théorie politique de la non-décision* (AFFUZZI, 2001), ambos a tratar do fenômeno do imobilismo decisório.

Também o texto de Joel Niebuhr e Pedro Niebuhr (NIEBUHR; NIEBUHR, 2017), toca com precisão no tema. Em artigo intitulado: *Administração pública do medo*, os autores evidenciam este estado de perplexidade e temeridade decorrente do exercício de função pública na atualidade.²¹

Igualmente Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas, denunciam as graves distorções de nosso sistema demasiadamente punitivo, fruto por vezes de um processo legislativo acelerado e provocado pela “opinião pública”, o que vem a punir o administrador

assistimos a uma crescente ampliação e sofisticação do controle sobre as suas ações. 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, 2016).

²⁰ Em identidade com alguns dos aspectos tratados em nosso trabalho, destaca Rodrigo Mascarenhas: “Mas o que merece mais atenção é uma situação bem diversa. Trata-se do medo de ser punido pela prática, não meramente de uma conduta, mas sim de um ato, um ato administrativo que, na visão do agente, é necessário e oportuno; que analisado pela advocacia pública é considerado como juridicamente legítimo, mas que não é assim considerado pelos órgãos de controle. Trata-se, portanto, de atos cuja legalidade pode ser objeto de uma discordância com argumentos consistentes para ambos os lados ou de atos que, por vezes, só podem ser considerados inválidos se adotada interpretação extremamente restritiva e minoritária do instituto em questão.” (MASCARENHAS, 2016).

²¹ Os autores pontuam aspectos importantes da discussão: “Em resumo, o quadro é o seguinte: (i) agentes administrativos são penalizados sem que sejam sequer acusados de terem atuado com má-fé, basta que tenham se equivocado ou que os órgãos de controle considerem que tenham se equivocado; (ii) as penas são duríssimas e de diversas matizes, administrativas, cíveis e criminais; (iii) com frequência os órgãos de controle presumem dano ao erário em razão de condutas que consideram equivocadas e os agentes administrativos são condenados a dívidas impagáveis; (iv) os agentes administrativos estão sujeitos a penas antecipadas, vexatórias e aplicadas de surpresa, sem que tenham o direito de oferecerem defesa ou prestar qualquer esclarecimento preliminar, com amplíssima exposição social; (v) o agente administrativo pode dar o azar de encontrar para si um Juiz (controlador) parcial, que queira, de antemão, puni-lo, mais um paladino da repressão. Por tudo e em tudo, não sem razão, os agentes administrativos, especialmente os honestos, estão com medo, com muito medo, cumprem suas funções pisando em ovos, sob o fio da navalha de um aparato de controle sedento por punições. É difícil, hoje em dia, encontrar alguém que assine ato de dispensa ou inexigibilidade de licitação, que ponha o seu dedo em aditivo contratual, que conceda licença ambiental ou que se disponha a participar de qualquer decisão que possa ser considerada controvertida.” (NIEBUHR; NIEBUHR, 2017).

sério e probo, levando a estes agentes à inação administrativa²² (MARQUES NETO; FREITAS, 2018).

Na mesma toada Rafael Véras de Freitas alerta para os perigos dos órgão de controle imporem suas “certezas” aos órgãos e agentes controlados, gerando um cenário de grande incerteza com a consequente paralisia da Administração Pública²³, afetando inclusive os particulares que precificam os riscos em contratar com o poder público (FREITAS, 2018)

Igualmente Gustavo Binembojm e André Cyrino alertam para os riscos da gestão pública associada ao medo do gestor, não permitindo qualquer incentivo à criatividade e guiado pela premissa de não assumir o risco do erro, lembrando a figura de Marcos Juruena que costumava sentenciar: “dorme tranquilo quem indefere”²⁴ (BINENBOJM; CYRINO, 2018).

Não obstante esta dimensão do problema realizada por quem “olha de fora” dos órgãos de controle, há quem o detecte ao “olhar de dentro”, a exemplo do Min. Bruno Dantas do Tribunal de Contas da União – TCU, para quem deve existir equilíbrio entre gestão e seu controle sob pena de criarmos um “apagão decisório”²⁵ e despertar no gestor o “temor semelhante ao de crianças inseguras educadas por pais opressores.” (DANTAS, 2018).

²² Como bem destacam os autores: “Uma das principais falhas desse sistema normativo é que ele não considera o administrador probo, honesto e responsável. O desamparo normativo desse agente público produz externalidades negativas para além dos atos praticados pelos agentes corruptos. Causa a paralisia da administração pública. Ninguém decide mais nada. A lógica de autodefesa é a seguinte: se a inércia, quando muito, pode lhe importar uma sanção funcional, enquanto a ação pode lhe importar na sua responsabilização patrimonial, o melhor é não fazer nada. O problema é que a legítima defesa do gestor público leva, no final do processo, à inação do Estado, com violação reflexa aos demais fundamentos. Bem-vindo, pois, o artigo 28 da Lei 13.655/2018, de acordo com o qual ‘o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro’. Um antídoto ao ‘apagão das canetas’” (MARQUES NETO; FREITAS, 2018).

²³ Assim elucida Rafael Véras de Freitas: “Os órgãos de controle passaram a entender que os agentes públicos deveriam tomar suas decisões com base nas suas ‘certezas’. Acontece que a substituição da ‘certeza’ do agente público pela ‘certeza’ do controlador importou, ao fim e ao cabo, em um cenário de ‘incerteza’, seja para próprio agente público, seja para o particular que com ele se relaciona. O resultado: a paralisia da administração pública brasileira. Ninguém decide mais nada. O período de ‘caça às bruxas’ faz com que o particular tenha de ‘precificar’ os custos da inércia do poder público, ou da revisão de seu posicionamento pelos órgãos de controle” (FREITAS, 2018).

²⁴ A lembrança de Marcos Juruena, também foi realizada por Rodrigo Tostes Mascarenhas (MASCARENHAS, 2016). Segundo Binembojm e Cyrino: “O art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) surge nesse cenário. Era preciso cuidar do gestor que quer fazer uma boa administração a partir de abordagens inovadoras, mas tem medo de agir. O legislador precisava lidar com o receio de qualquer espécie de criatividade administrativa, de não se querer assumir o risco do erro. Com efeito, o rigoroso sistema de controles administrativos, que nem sempre é suficiente para inibir casos graves de má gestão e corrupção, acaba por dissuadir a ação daqueles que poderiam sugerir mudanças. Dorme tranquilo quem indefere, dizia Marcos Juruena.” (BINENBOJM; CYRINO, 2018, p. 206).

²⁵ Esta percepção de “apagão decisório” ou “apagão das canetas”, já mereceu verbete específico por parte de Fabrício Motta e Irene Patrícia Nohara: “Apagão das canetas: para designar a paralisação de decisões, por causa do temor de responsabilização, perante a Administração Pública “do medo”, pois, em determinados casos, tendo em vista as decisões imprevisíveis e oriundas dos mais variados órgãos de controle, os bons gestores acabavam ficando com receio de decidir e futuramente ser responsabilizados por uma decisão justa, mas que iria de encontro às orientações cambiantes de diversos dos órgãos de controle.” (MOTTA; NOHARA, 2019, p. 24).

Se de um lado a paralisia ou inação administrativa é um dos graves problemas do controle externo disfuncional, talvez não seja o pior. É ainda mais grave o problema do sancionamento desproporcional e prolífico dos agentes públicos no Brasil. Estes dois aspectos: *paralisia e pesadas sanções* se retroalimentam. Como veremos mais à frente, apresentando dados estatísticos, a probabilidade de agentes políticos que ordenem despesa pública sofrerem ação de improbidade administrativa é altíssima. Isto para não falar nas condenações no âmbito dos tribunais de contas, que, além da classe política, afetam fortemente aos servidores públicos de carreira.

A segunda premissa para afirmarmos que estamos diante de um problema verdadeiro de pesquisa, se assenta no assombroso número de ações de improbidade movidas contra gestores públicos, numerosas condenações nas cortes de contas e ainda demasiada restrição a direitos políticos fundamentais na Justiça Eleitoral; dois cenários se descortinam: ou os administradores públicos brasileiros cometem improbidade e ilegalidades de modo compulsivo, ou estamos diante de um controle externo disfuncional que em tudo vê improbidade ou ilicitudes. Este trabalho sustenta estarmos diante da última hipótese.

O exercício medroso da função administrativa tem sérias consequências na tomada de decisão administrativa. Dentre elas, o agente público não se preocupa em decidir conforme o interesse público²⁶, de modo eficiente ou na busca da boa gestão pública. Antes de qualquer outro valor constitucional a ser perseguido, o agente público procura a blindagem decisória e a autoproteção, a perguntar-se:

- i) o que irá acontecer comigo se tomar tal decisão?
- ii) estarei sujeito a uma ação de improbidade?
- iii) posso sofrer uma ação penal?
- iv) meu patrimônio pessoal corre algum risco?
- v) ficarei inelegível?
- vi) estou sujeito a algum processo disciplinar se decidir de tal maneira?
- vii) posso perder meu cargo em consequência de minha decisão?
- viii) que dirá a mídia e a opinião pública acerca de minha decisão?²⁷

²⁶ O tema interesse público tem suscitado amplo debate com posturas teóricas bastante diversas. Para adequada compreensão do assunto, bem como da controvérsia a ele inerente, fazemos menção aos textos de: (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 59-90); (ESCOLA, 1989); (ÁVILA, 1998, p. 159-180), (JUSTEN FILHO, 1999, p. 115-136), (OSÓRIO, 2000, p. 69-107); (SHIER, 2004, p. 517-538); (SARMENTO, 2005), (GABARDO, 2009); (DI PIETRO; RIBEIRO, 2010); (HACHEM, 2011); (CRISTÓVAM, 2015) e (GABARDO, 2017).

²⁷ É certo que toda decisão administrativa deve pautar-se não apenas na otimização de resultados, mas observar outros parâmetros quanto a juridicidade da decisão para prevenir-se de eventuais questionamentos inerentes ao nosso sistema de controles. Nesse sentido, é correto dizer que decidir é sempre assumir riscos. Todavia, o fenômeno a que nos referimos extrapola as expectativas racionalmente previsíveis, ou seja, ao decidir o agente,

Para evitar tais riscos e consequências jurídicas deletérias, referido controle disfuncional indutor do medo leva os agentes públicos à leniência, à inação administrativa, ao comodismo decisório, a busca da autoblindagem e de estratégias de fuga da responsabilização, em detrimento da boa administração pública.

Outra funesta consequência é que os agentes públicos — mormente os agentes políticos — alijados do espaço da *polis* por decisões em matéria de improbidade, dos tribunais de contas ou da justiça eleitoral que repercutem nos seus direitos políticos, está a produzir nova espécie de político: o que nunca foi político nem nunca administrou ou ordenou despesa pública, razão pela qual ainda está elegível (limpo) e pode administrar, pelo menos até deparar-se com a primeira ação de improbidade ou outra decisão administrativa ou judicial que lhe traga a suspensão de direitos políticos ou a inelegibilidade, quando então o povo deverá procurar outros políticos “castos e puros” em quem confiar.

Duas outras disfunções decorrentes do medo produzido por um controle externo imprevisível e irracional no âmbito do Direito Administrativo merecem atenção. No plano político o total afastamento daqueles que poderiam dar efetiva contribuição ocupando cargos eletivos no parlamento ou no executivo, pois os riscos decorrentes das responsabilidades próprias aos cargos públicos não valem à pena, abrindo espaço para os que não-têm-nada-a-perder, ou para os que não-têm-a-mínima-noção dos perigos inerentes ao exercício de funções públicas.

Finalmente, o excesso²⁸ e insegurança na atividade controladora leva à antítese de suas finalidades²⁹. Afinal, se o agente público está sujeito a inúmeras multas, indisponibilidade de

por mais convencido que esteja quanto a legalidade e probidade do seu agir administrativo, estará sujeito a controles que nos moldes e premissas hoje exercidos inevitavelmente redundarão em sua responsabilização. É certo que tal responsabilização não incidirá sobre todos os atos praticados, todavia, dada a miríade e expressiva quantidade de decisões tomadas pelo administrador é certo que bastarão poucos problemas para lhe trazerem grandes preocupações.

²⁸ Aqui cabe fazer alusão à advertência de Agustín Gordillo: “Cabe aclarar, desde luego, que esto no es una condena total del orden jurídico formal; no se trata en absoluto de suprimir todas las normas administrativas existentes, sino sólo de verificar cuáles y cuántas de ellas son irreales o excesivas para en su caso derogarlas o readecuarlas; la misma observación es aplicable para el tema de las normas regulatorias o prohibitivas de las diversas manifestaciones de lo sexual. Tales normas no habrán de cambiar por decisión unilateral de nadie, sino sólo por la evolución futura del pensamiento colectivo, a través de la discusión y la participación crítica: Pero no debe admitirse la introducción en el sistema formal de normas que se sabe no habrán de ser cumplidas por la mayoría de la sociedad, pues ello no constituye una mera ilusión ingenua, es la creación misma del parasistema. Dice Freud: “El desarrollo humano hasta el presente... puede comprenderse sin dificultad como consecuencia de la represión de los instintos, proceso al que se debe lo más valioso de la civilización humana” pero sobre esa base cabe preguntarse si no “hay más represión de la necesaria para sostener la civilización y el desarrollo;” o dicho en otras palabras, tampoco hay civilización con un máximo de represión, y el máximo de represión lleva a la no aplicación del sistema excesivo.” (GORDILLO, 2012).

²⁹ A ideia que excessos regulatórios (ou excessos de controle) podem incrementar riscos é bem abordada por Cass Sunstein: “By its very nature, fear is selective. Some people are afraid to fly but not to drive. Others are afraid of medication but not of the risks associated with avoiding medication. We might fear the risks of insufficient exercise but neglect the danger of excessive exposure to the sun. We might fear the risks of terrorism but neglect the risks

bens, ressarcimento ao erário, ações de improbidade, processos penais, etc., a condução de sua atividade não visará mais a boa gestão pública, mas sua autoproteção e, por paradoxal que seja, à própria corrupção, posto que para fazer frentes aos “custos”³⁰ da atividade decisória, o gestor poderá envolver-se em situações nada republicanas para custear eventuais condenações futuras.

Feitas estas considerações iniciais, nosso problema de pesquisa pretende responder as seguintes questões centrais:

- i) É possível relacionar a atual insuficiência da divisão poderes como uma das causas do controle disfuncional?
- ii) Quais os processos judiciais ou administrativos que geram maior disfuncionalidade e conseqüente temor ao administrador público?
- iii) Quais os riscos a que estão sujeitos os agentes públicos no exercício da atividade decisória na aplicação de normas de Direito Administrativo?
- iv) Estes riscos podem gerar medo no exercício da função administrativa?
- v) Qual o âmbito de proteção decisória dos agentes públicos após a Lei 13.655/2018 que implementou significativas mudanças na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro?
- vi) A *gestão de riscos* pode minimizar os riscos decisórios?
- vii) Quais as estratégias utilizadas pelos gestores públicos visando a fuga da responsabilização e suas conseqüências na gestão pública?

A elaboração da pesquisa compreende objetivos específicos relativos a identificação dos riscos a que estão sujeitos os agentes públicos em decidirem e quais os reflexos do medo no processo de tomada da decisão administrativa, sendo possível apontar:

- i) saber se as insuficiências do sistema de divisão de poderes pode ser uma das causas do controle disfuncional;

of smoking. Unfortunately, it is not possible to take strong precautions against all risks. Those who seem most fearful, and most determined to avoid danger, often increase risks through their very efforts to eliminate danger. On these counts, nations are the same as ordinary people. When governments claim to be taking precautions, they might well be increasing risks rather than reducing them. Any preemptive war – and the 2003 war against Iraq in particular – can turn out to be an example. So, too, with environmental restrictions that control genetically modified food, or lead companies to use less safe substitutes, or dramatically increase the price of energy. For these reasons I have criticized the Precautionary Principle, at least if the idea is taken as a plea for aggressive regulation of risks that are unlikely to come to fruition. That idea is literally incoherent, simply because regulation itself can create risks.” (SUNSTEIN, 2005, p. 224).

³⁰ Não comungamos da perspectiva exclusivamente econômica na análise entre Direito e custos, nem tampouco pretendemos compreender ou equivaler a corrupção a mero “custo”. O Direito no seu núcleo normativo e axiológico é muito mais que a visão inerente ao direito econômico, cuja base filosófica encontra-se em Jeremy Benthan e cuja análise jurídico-econômica pode ser exemplificada nos trabalhos de Gary Becker, Ronald Coase e Richard Posner (*Chicago School of Economics*). Todavia, a perspectiva econômica ajuda a explicar - ainda que não exclusivamente - o comportamento dos indivíduos e instituições frente às normas jurídicas.

- ii) aquilatar a existência de viés ideológico dos órgãos de controle externo em sua atividade controladora;
- iii) perquirir se o decisionismo judicial e os problemas da aplicação da teoria dos princípios no Brasil podem ter reflexos no controle externo disfuncional;
- iv) assinalar os principais processos onde pode ocorrer o risco de responsabilização, notadamente as ações de improbidade, as condenações nos tribunais de contas e na Justiça Eleitoral;
- v) identificar riscos na Administração Pública e se tais riscos podem implicar em risco de responsabilização dos agentes públicos;
- vi) apontar o grau de proteção legal dado por nosso sistema jurídico aos agentes públicos e sua (in) suficiência;
- vii) investigar se a gestão de riscos é adequada e suficiente para o agente público proteger-se em sua atuação;
- viii) descrever quais as principais estratégias de fuga da responsabilização, suas disfuncionalidades e se podem funcionar para autoproteção do agente público.

Partimos da hipótese que ordenar despesa pública ou exercer atividade decisória em um sistema hiperlegalista³¹ como o brasileiro tem elevada carga de risco. Os órgãos de controle por vezes exercem sua atividade controladora de modo disfuncional, gerando medo nos agentes públicos por não conseguirem gerir plenamente os riscos decorrentes do processo de tomada de decisão. Para tentar proteger-se, os agentes públicos adotam técnicas de fuga da responsabilização visando sua autoblindagem, com sérias consequências na Administração Pública, em sua maior parte negativas, ainda que se possa apontar um ou outro aspecto positivo, a exemplo de um maior cuidado dos agentes no exercício da atividade decisória.

A adoção das estratégias de evasão ou fuga da responsabilização visam assegurar que os agentes públicos não sejam afetados em seus bens jurídicos, a exemplo de indisponibilidade ou perda patrimonial, ações de improbidade, processos disciplinares, inelegibilidades e condenações penais, mesmo que isso implique em prejuízos à boa gestão pública, como aumento da ineficiência e descompromisso com a obtenção de resultados e maximização dos recursos públicos.

³¹ O conceito de hiperlegalismo é aqui utilizado no sentido trazido por Agustín Gordillo, onde a edição de normas desnecessárias e detalhadas desafia o gestor público, como se cumprir formal e rigorosamente as normas legais fosse garantia suficiente de correção e acerto decisório, esquecendo-se que o gestor pode agir em termos estritamente formais e mesmo assim ser ineficiente. Além disso, um sistema hiperlegalista pode levar ao máximo a repressão do controle, o que paradoxalmente impossibilita a aplicação de um sistema de controle excessivo (GORDILLO, 2012).

As causas destes excessos decorrentes do controle realizado especialmente pelo Poder Judiciário, pelo Ministério Público e tribunais de contas, decorre de certas insuficiências da divisão tradicional dos poderes em executivo, judiciário e legislativo, com a ascensão de órgãos constitucionais com pesos mas sem contrapesos (a exemplo do Ministério Público e dos tribunais de contas), além do surgimento de diversos entes não eleitos (a exemplo de bancos centrais independentes, agências reguladoras e organizações da sociedade civil), que têm significativa importância na realidade institucional das democracias contemporâneas.

Também partimos da premissa que os órgãos de controle externo — por vezes — têm viés ideológico cujos fundamentos residem na crença que os agentes públicos (mormente políticos) exercem suas funções com desvios éticos e burla à legalidade, assumindo postura pouco deferente com aqueles que desempenham função administrativa.

Além disso, a má aplicação da teoria dos princípios e o ativismo judicial tem potencializado os riscos em administrar, pois, princípios ou regras constitucionais de baixa densidade normativa são utilizados como parâmetro para responsabilização dos agentes públicos.

Tal modo de pensar pode levar ao esboroamento das instituições democráticas pela falta de agentes públicos que se disponham a ordenar despesa pública por não arcarem com os elevados riscos financeiros, patrimoniais e políticos, abrindo espaço para os que não-têm-nada-a-perder, ou para os que não-têm-a-mínima-noção dos perigos inerentes ao exercício de funções públicas.

Nesse contexto, a proteção legal ao agente público a partir da Lei 13.655/2018, apesar de ser um grande avanço, ainda é insuficiente para adequada blindagem por suas decisões ou opiniões técnicas na atividade decisória especialmente por um problema de *mentalidade* dos órgãos de controle, que enquanto não modificada, dificilmente ocorrerá de modo equilibrado e consentâneo ao Direito.

Igualmente a gestão de riscos pode minorar drasticamente dos riscos de responsabilização a que estão sujeitos os agentes públicos, embora possam potencializá-los caso os motivos externados pelo gestor para tomar esta ou aquela decisão possam encontrar discordância nos órgãos de controle e se utilizem destes mesmos motivos para punir o administrador.

Esta pesquisa não buscou saber, especificamente, quais as soluções para minorar o risco e o medo na atividade administrativa como decorrência do controle externo disfuncional. Todavia, ao criticarmos e apontarmos seus problemas pensamos indicar caminhos para solução. Senão vejamos:

Se uma das causas do controle disfuncional é a má distribuição de um sistema de pesos e contrapesos entre poderes e órgão constitucionais, a solução passa pelo melhor equacionamento deste equilíbrio, devendo se exercer controle sobre os controladores de modo a minorar as causas do controle disfuncional.

A adequada utilização da teoria dos princípios visando coibir o decisionismo e solipsismo do intérprete na aplicação da norma pelo hiperprincípio ou panprincípio, com o resgate de uma abordagem normativista-formalista ou de uma visão normativista permeada pelos avanços do constitucionalismo e da necessidade do resgate das regras jurídicas em face de certos princípios, se poderá evitar a punição exacerbada dos agentes públicos, trazendo maior segurança na aplicação das normas de Direito Administrativo.

De outro vértice, a observância do princípio da deferência (*judicial deference*) que implica em respeito pelo órgão de controle das opções jurídicas e políticas adotadas pelo administrador desde que adequadamente fundamentadas, ajudará a minimizar os efeitos do medo sobre o agir dos agentes públicos.

Também a aplicação da nova Lei 13.655/2018 que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, limita a responsabilidade pessoal dos agentes públicos no exercício de atividade decisória, visto que apenas nas hipóteses de dolo ou erro grosseiro (art.28) é que poderia incidir a responsabilização, funcionando referido dispositivo como verdadeira “*regra de blindagem decisória*”.

Igualmente uma boa *gestão de riscos* pode minorar os riscos e o medo do gestor no processo decisório, o que importa em indicar senão uma solução, ao menos um caminho para redução destes mesmos riscos.

As técnicas de evasão ou fuga da responsabilização foram apontadas como forma de reação ao risco e ao medo do controle disfuncional. Nosso trabalho foi descrevê-las. Mas não quer dizer que as estratégias de fuga da responsabilização sejam a solução. Algumas podem ser positivas, a exemplo das estratégias de delegação que pode implicar numa maior distribuição das responsabilidades no organograma da Administração Pública. Ao revés, muitas destas estratégias de fuga da responsabilização podem ser fonte de graves problemas e mesmo de potencialização de problemas, a exemplo da estratégia de blindagem patrimonial antes da assunção de função pública que implique ordenar despesas, ou mesmo a estratégia do imobilismo ou lentidão decisória.

O método desta pesquisa — no sentido de caminho a ser percorrido — foi ganhando novos contornos na medida que nosso trabalho evoluiu e utilizamos o método indutivo e o dedutivo (PASOLD, 2018, p. 104). Primeiramente, cogitamos realizar pesquisa empírica junto

aos administradores públicos através de questionários, visando aquilatar se estávamos diante de um problema real de pesquisa e qual a percepção do medo do controle pelos agentes públicos e no que isto interferiria no processo de tomada de decisão. Em verdade, referida pesquisa ainda se faz necessária na academia. Nossa mudança de rumo não ocorreu por conta da “desimportância” desta abordagem, mormente quando finalmente a pesquisa jurídica brasileira começa a interessar-se por dados empíricos, a despeito da longa tradição meramente opinativa.

Desistimos desta abordagem por algumas razões. Primeiro, porque se fôssemos nos dedicar exclusivamente a esta pesquisa empírica, nossa tese iniciaria e terminaria nesta missão. Ademais, haveria certas dificuldades operacionais. Se tomássemos o Estado de Santa Catarina — onde residimos — como referência para a pesquisa e enviássemos questionários com perguntas aos agentes públicos dos mais diversos municípios, ainda assim não teríamos amostragem nacionalizada da pesquisa e suas repostas poderiam refletir apenas a realidade deste Estado, sendo incompleta para plena compreensão do fenômeno. Além disso, a pesquisa deveria ser dividida entre dois grupos fundamentais, os que não sofreram qualquer tipo de processo sancionador decorrente da tomada de decisão e entre aqueles que já sofreram e por isso mesmo já têm a real dimensão dos riscos de ordenar despesas pública.

A segunda razão, decorreu da publicação de inúmeros artigos detectando as disfunções do controle externo no Brasil e associando isto ao medo e ao imobilismo decisório, de modo que nosso receio de falar sobre algo irreal dissipou-se, sendo, por isso mesmo, pouco interessante — numa perspectiva estritamente pessoal — gastar anos de pesquisa para demonstrar (com limitada base de dados) aquilo que já é constatado por advogados, agentes públicos e parcela dos controladores.

A terceira razão que nos demonstra estarmos diante de um problema real de pesquisa, decorre dos dados empíricos decorrentes da quantidade de ações de improbidade, condenações nos tribunais de contas e na Justiça Eleitoral, sobre os agentes públicos no Brasil, cujos números não encontram similares noutros países, o que indica estarmos diante de um cenário de controle disfuncional e que pode levar à elevada percepção de risco e medo decisório.

O evoluir de nossa pesquisa igualmente nos fez destacar o papel do risco no Direito Administrativo. Claro que já associávamos o risco ao medo, mas sem dar muita atenção ao primeiro. Os estudos de Carla Amado Gomes nos chamaram a atenção para a relevância do risco no Direito Administrativo (GOMES, 2007). Esta pesquisa demonstra a centralidade do risco na atividade administrativa — especialmente o risco de responsabilização — que mereceu ser abordado em nosso trabalho.

Igualmente a questão das técnicas de fuga da responsabilização foi outro aspecto incorporado ao trabalho e não imaginado inicialmente. Em nossa pesquisa tomamos contato com os estudos de Christopher Hood, cujo papel foi determinante para tratarmos dos efeitos do controle disfuncional, a partir de seus estudos sobre estratégias de fuga da responsabilização ou *blame avoidance* (HOOD, 2014). Aproveitamos algumas das estratégias apresentadas por Hood e acrescentamos outras tantas utilizadas no Brasil, mas ainda não sistematizadas como tal. Este é um dos pontos originais desta pesquisa. Se os doutrinadores nacionais centram sua preocupação na paralisia ou imobilismo decisório — sem dúvida uma das estratégias de fuga da responsabilização — descobrimos que há muitas outras e este estudo pretende abordá-las.

Pensamos que nossa pesquisa teria maior utilidade em detectar as causas do problema do risco e do medo dos agentes públicos, bem como suas consequências na atividade administrativa e no próprio Direito Administrativo, pois não descobrimos qualquer pesquisa monográfica que tenha buscado possível resposta às causas e efeitos do problema pesquisado, nem no Brasil, nem no exterior.

A originalidade deste trabalho consiste em agrupar temas que costumam ser estudados isoladamente, mas que devem ser tratados sistematicamente e conjuntamente para bem explicar o fenômeno da fuga da responsabilização. Portanto, numa crítica mais apressada, poder-se-ia imaginar que estamos diante de muitos temas a serem adequadamente tratados em uma só tese.

Porém, apenas se ligarmos — em um mesmo fio condutor — os temas aqui tratados é que poderemos ter adequada compreensão de nosso problema de pesquisa, pois tal abordagem nos permitirá compreender: 1) as causas dos riscos decorrentes do controle externo disfuncional; 2) apontar por quais razões certos processos judiciais e administrativos sobrelevam o risco de responsabilização; 3) verificar qual o grau de proteção legal para as decisões dos agentes públicos e o papel da gestão de riscos no processo decisório e 4) descrever as técnicas de fuga da responsabilização e suas consequências para a Administração Pública.

O trabalho foi estruturado em cinco capítulos. Utilizamos a técnica de pesquisa bibliográfica, com consulta a fontes primárias e secundárias, com a utilização de livros, teses, tratados, monografias, manuais, repertórios de jurisprudência, periódicos, revistas, sites, etc., com o fito de realizar adequada revisão bibliográfica, sua sistematização e propor uma tese.

Não adotamos marco teórico facilmente delimitável. Diversos autores e teorias específicas nos auxiliaram a apresentar nosso problema de pesquisa e a adequada compreensão do fenômeno.

Nossa abordagem da problemática pretende ser a mais jurídica possível, embora seja impossível não dialogarmos com a ciência política, a sociologia, a filosofia, a psicologia e,

especialmente, com a ciência da administração. Sem dúvida o Direito Administrativo atravessa fase de aproximação com a ciência da administração, reconciliando-se com as práticas administrativas e suas técnicas, de modo a tornar-se caixa de ferramentas capaz de auxiliar a boa gestão pública, mas sem descurar do seu quadrante epistêmico.

No primeiro capítulo, nos ocupamos da divisão clássica dos poderes e sua insuficiência para atender as necessidades institucionais dos estados contemporâneos, especialmente abordando os novos arranjos institucionais da teoria da separação dos poderes com a ascensão de órgãos constitucionais autônomos e o surgimento de entes não eleitos de expressiva importância. Abordamos também neste capítulo os problemas do ativismo judicial e da tensão entre burocracia e política. A finalidade deste capítulo é compreender até que ponto estes novos arranjos institucionais podem influir na atual disfuncionalização do controle externo da Administração Pública.

No segundo capítulo, enfrentamos mais diretamente as causas e os problemas das disfunções do controle externo na aplicação do Direito Administrativo no Brasil, apresentando conceito operacional de disfunção, indicando os fundamentos ideológicos do controle externo que induzem ao risco e ao medo do gestor público em sua atividade decisória. Tratamos igualmente dos influxos do decisionismo e protagonismo judicial na interpretação e aplicação do Direito e, finalmente, apontamos problemas na aplicação da teoria dos princípios no Brasil que potencializam o controle externo disfuncional.

O terceiro capítulo pretende identificar quais os processos judiciais ou administrativos mais propícios para produção de disfuncionalidades no controle externo, donde destacamos: i) *ações de improbidade*, ii) *processos nos tribunais de contas* e, finalmente, iii) *processos na Justiça Eleitoral*. Resolvemos priorizar os processos que decorrem diretamente do exercício do controle externo na atividade administrativa. Com isto não abordaremos demais processos que podem implicar em elevado risco e medo para o gestor, a exemplo dos processos disciplinares (que importam em controle interno), bem como não enfrentaremos os riscos decorrentes do processo penal, mormente na persecução criminal nos crimes contra a Administração Pública, por entendermos que esta abordagem extrapolaria o foco de nossa pesquisa mais centrada no Direito Administrativo e na gestão pública.

O quarto capítulo ocupa-se da limitação pessoal da responsabilização dos agentes públicos e sua proteção legal, utilizando-nos da doutrina da *Business Judgment Rule* – BJR, realizando a conexão doutrinária entre a BJR e a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, além de investigarmos a limitação de responsabilização dos agentes públicos em outros países apenas nas hipóteses de *dolo* ou *culpa grave*. Tratamos ainda da conceituação de

erro grosseiro (art. 28 da LINDB) e, finalmente, da gestão de riscos, suas referências normativas e metodologias de modo a proteger o gestor público contra riscos decisórios.

O quinto e último capítulo tratou de minudenciar o risco na Administração Pública, especialmente o *risco de responsabilização* e do conseqüente fenômeno da fuga da responsabilização através de inúmeras estratégias, a saber: i) *estratégias de manipulação*, mais aplicáveis ao mundo da política; ii) *estratégias de atuação*, como delegação, reorganização defensiva, coletivização das decisões, governo pelo mercado e ainda das iii) *estratégias e política pública ou operacionais*, como a protocolização, o gregarismo, a individualização da responsabilização ou eleição de bodes expiatórios e estratégias de inação ou imobilismo decisório; iv) *estratégias de judicialização ou substituição decisória externa*; v) *estratégia de relacionamento informal interadministrativo* e, finalmente, vi) *estratégia de blindagem patrimonial*, avaliando, por fim, se tais estratégias são algo positivo ou negativo.

Como se pode antever nosso discurso navega em águas muito revoltas. Parece invocar a impunidade dos agentes públicos; contraria a ideia que é bom que o agente administre com medo; afronta o senso comum que devemos moralizar a todo custo o espaço da política nacional. Todavia, tal qual o papel das distopias no Direito (CUNHA, 1996), pretendemos alertar para os perigos do controle externo disfuncional da Administração Pública e da necessidade de repensarmos nossa mentalidade em relação à responsabilização dos agentes públicos, cuja racionalidade urge ser recobrada.

Não se ignora que vivemos num País de dimensões continentais. Existem muitos Brasis. Há rincões onde o controle administrativo mais rudimentar sequer chegou, possibilitando e dando azo à corrupção endêmica³². Doutro lado, há lugares onde, além do controle externo já ter chegado em sua plenitude, se verificam graves excessos — razão maior das críticas aqui formuladas — sendo este o *locus* a partir do qual formulamos nosso discurso.

Convém esclarecer que não se está a defender a flexibilização ou arrefecimento dos controles administrativos, ou ainda propor retrocesso no avanço contra as imunidades do Poder³³ obtido em nosso País especialmente com o advento da Constituição da República de 1988.

³²A “corrupção endêmica” foi tratada por Salomão Ribas Júnior (RIBAS JÚNIOR, 2000).

³³Sobre as imunidades do Poder relevante as considerações de Eduardo García de ENTERRÍA: “La historia de la reducción de estas inmunidades, de esta constante resistencia que la Administración ha opuesto a la exigencia de un control judicial plenario de sus actos mediante la constitución de reductos exentos y no fiscalizables de su propia actuación, podemos decir que es, en general, la historia misma del Derecho Administrativo.” (ENTERRÍA, 1962, p. 166).

Como bem assentou Geraldo Ataliba, a forma republicana de governo está lastreada na eletividade, periodicidade e responsabilidade. (ATALIBA, 1998, p. 13). A última ilumina todo exercício do Poder. Todo aquele que exerce função pública deve arcar com a consequente responsabilização por seus atos³⁴.

Sequer chegamos perto das possibilidades e potencialidades de se implementar plenamente os controles administrativos sobre os agentes públicos³⁵, afinal, o controle de resultados; o uso de ferramentas de gestão pública; o controle dos planos de governo; o cumprimento da Agenda 2030 da ONU para o desenvolvimento sustentável; a necessidade de se implementar um *sistema de custos* na administração pública; a utilização da inteligência artificial e do *machine learning* nos controles da Administração Pública e o conceito de *management*³⁶ possibilitam o controle administrativo sob novos e renovados parâmetros, demonstrando o quanto ainda se está por fazer na ampliação e implementação dos mecanismos de controle.

Mas não podemos cerrar os olhos ao complexo fenômeno do risco e do medo decorrentes do controle externo disfuncional. A significativa repercussão na atividade administrativa, nos direitos políticos e consequências patrimoniais sobre os agentes públicos e, em última análise, no próprio sistema democrático, demanda urgente reflexão.

A centralidade do debate é tamanha, que pensamos estar diante de um dos mais relevantes temas do direito público brasileiro na atualidade. Pouco adianta implementarmos

³⁴ Conforme bem esclarece Celso Antônio Bandeira de Mello: “Tendo em vista este caráter de assujeitamento do poder a uma finalidade instituída no interesse de todos – e não da pessoa exercente do poder -, as prerrogativas da Administração não devem ser vistas ou denominadas como poderes ou como poderes-deveres. Antes se qualificam e melhor se designam como ‘deveres poderes’, pois nisto ressalta sua índole própria e se atrai atenção para o aspecto subordinado do poder em relação ao dever, sobressaindo, então, o aspecto finalístico que as informa, do que decorrerão suas inerentes limitações.” (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 73).

³⁵ O tema da responsabilidade dos agentes públicos decorrentes dos atos legislativos é tratado por Maurício Zockun (ZOCKUN, 2010, p. 162-188).

³⁶ Como destaca Henri Guillaume: “(...)Le terme de Public Management lui-même n’est pas dépourvu d’ambiguïté. Désigne-t-il simplement le champ d’activité des responsables politiques et administratifs, la gouvernance d’ensemble du système administratif ou, dans une optique plus technique, la transposition des outils classiques du management à la sphère administrative? L’analyse des réformes étrangères montre qu’elles empruntent à chacune de ces conceptions. Mais, nulle part, la gestion publique n’est assimilée à un simple processus technique. Elle s’ancre dans la politique, le droit, en relation étroite avec la société civile. Les principes qui fondent l’action administrative (démocratie, responsabilité, équité, probité) me sont pas solubles dans une conception purement instrumentales du management.” (GUILLAUME, 2002, p. 24).

Na senda de aproximar-se a Administração ao *management*, importantes as considerações de Joan Prats Catalá: “(...) Por eso, la oposición corriente entre Derecho Administrativo y management constituye en sí otra fuente de confusión que convendría aclarar. Desde el Derecho Administrativo se sigue no queriendo entender el management, considerándosele a lo sumo como un repertorio de técnicas de mera ejecución de decisiones, con origen en la empresa privada y de sospechoso tufo norteamericano. Se quiere seguir ignorando que el management representa hoy el saber teórico y práctico sobre las organizaciones más reconocido internacionalmente; que lejos de ser un repertorio de recetas supuestamente universales es un proyecto intelectual y una práctica profesional fundamentales en un mundo de organizaciones. (PRATS CATALA, 1996, p. 186).

importantes e necessárias mudanças legislativas em temas como nova lei de licitações e contratos, inovações do controle externo, PPP's, consórcios públicos, organizações sociais, etc., enquanto o risco e o medo ditarem os caminhos e decisões dos gestores públicos.

Se este trabalho demonstrar que estamos diante de um verdadeiro problema de pesquisa, cujos impactos no Direito Administrativo e na Administração Pública são consideráveis e que nossa abordagem — apesar de não ser a única — merece alguma reflexão por parte dos administrativistas e dos gestores públicos, já nos daremos por satisfeitos.

2 SEPARAÇÃO DE PODERES: ORIGEM, CRISE E NOVOS ARRANJOS INSTITUCIONAIS

O tema da divisão de poderes é clássico entre os publicistas. O Direito Constitucional e o Direito Administrativo — enfoque maior de nosso estudo — sempre a ele fazem referência. A despeito disso, a separação de poderes engloba perspectivas absolutamente distintas, desde sua inutilidade até a perspectiva apologética e mítica das suas origens.

A teoria da separação dos poderes está em permanente mutação e, por isso mesmo, possibilita novas reflexões sobre seus fundamentos e a realidade onde aplicada. A razão destas transformações é que os pressupostos da teoria e seus diversos matizes são confrontados com a organização política, jurídica e social de certo tempo, e, quaisquer mudanças de compreensão destas categorias traz novos matizes para delimitação do conteúdo da separação dos poderes na atual quadra histórica.

Tencionamos nestas notas introdutórias fazer breve panorama da evolução da teoria da separação dos poderes. O tema é de grande importância na organização política, social e jurídica das sociedades ocidentais; razão pela qual estamos a observar significativas mudanças na balança da divisão de poderes, especialmente com a criação de novos atores institucionais que assumem real significância de poderes, sem que ainda estejamos preparados para absorvê-los e mesmo como inseri-los nos conceitos tradicionais.

A temática da separação dos poderes nos interessa naquilo que esteja relacionada com o núcleo de nosso trabalho. Portanto, pretendemos verificar se separação de poderes como originalmente imaginada pode atender a atual organização institucional de diversos órgãos autônomos e entes não eleitos e como tentar compor estes novos arranjos institucionais.

Como veremos mais à frente os problemas contemporâneos da separação de poderes estão imbricados com as causas do controle externo disfuncional, o que por sua vez leva a

graves problemas cotidianos no exercício de função administrativa especialmente seu exercício timorato, eis que sujeita aos mais diversos controles administrativos sem balizas adequadas.

Nas linhas que seguem não nos propusemos a fazer minudente abordagem histórica e jurídica do tema da divisão de poderes. Trata-se apenas de rememorar alguns matizes visando compreender as origens da separação de poderes e, especialmente, chegar onde desejamos: *saber se o atual estágio da divisão de poderes, seja pelo surgimento de novos entes não eleitos que atuam como verdadeiros poderes instituídos, ou mesmo em decorrência de desequilíbrios na tríade tradicional, podem levar a disfuncionalidades no controle da Administração Pública.*

2.1 A IDEIA DE CONSTITUIÇÃO MISTA COMO BASE DA TEORIA DE DIVISÃO DE PODERES NA GRÉCIA E ROMA ANTIGAS

Como bem destaca Nuno Piçarra, a doutrina de separação dos poderes remonta à Grécia e Roma antiga, tendo sido estabelecidas as bases ou axiomas que a concretizam. A saber: i) exercício do poder político por uma estrutura institucional objetiva em detrimento da vontade dos homens individualmente considerados; ii) pluralidade desta estrutura institucional tanto orgânica como funcionalmente; iii) a estrutura institucional deve estar conforme ao Direito; iv) as instituições devem ser estáveis e assegurar a convivência de várias classes sociais e de interesses distintos. Esta última perspectiva é onde está inserida a teoria da constituição mista ou do governo misto (PIÇARRA, 1989, p. 32).

A concepção e “constituição mista” remonta a Aristóteles (ainda que tributária também a Platão) e significa equilíbrio de forças que na idade moderna traduziu-se na “balança entre os poderes”. A perspectiva aristotélica, o modo de exercício do poder engloba o conceito de constituição mista enumerando as clássicas seis formas de governo: monarquia, aristocracia, república, tirania, oligarquia e democracia).

Para Aristóteles a constituição mista é a melhor constituição porquanto apenas ela pode congrega simultaneamente ricos e pobres³⁷. A junção as instituições da oligarquia (governo dos ricos) com a democracia (governo dos pobres) seria a melhor constituição

³⁷ Aristóteles bem elucida sua ideia de justa moderação: “É, portanto, uma grande felicidade para o Estado que nele se encontrem apenas fortunas medíocres e suficientes. Em toda parte onde uns têm demais e outros nada, segue-se necessariamente que haja ou democracia exacerbada, ou violenta oligarquia, ou então tirania, pelo excesso de uma ou de outra. Pois a tirania surge de igual modo da insolente e desenfreada democracia e da oligarquia, desastre que, como explicaremos ao tratar das revoluções, acontece muito menos entre tais pessoas de nível médio. A mediania é, pois, o melhor estado; é o único que não sofre sedições. (...) Pelo contrário, a justa moderação é reunir às instituições da oligarquia as da democracia, propondo um salário a uns e impondo uma pena aos outros. Mediante isso, o governo, ao invés de estar nas mãos de apenas uma parte, será comum a todos.” (ARISTÓTELES, 2006, p. 189 e 193).

(ARISTÓTELES, 2006). Na base desta perspectiva está o conceito de “caminho do meio” como fundamento ético da filosofia aristotélica. Como sabido Aristóteles tem no “meio-termo” a melhor posição entre dois extremos. Portanto, a finalidade da constituição mista ou média é assegurar o equilíbrio entre classes, visando sua mútua aproximação.

Claro que a realidade política ao tempo do estagirita era bastante diferente daquela encontrada na idade moderna, pois sequer havia um conceito de Estado nos moldes hoje compreendidos. A premissa de sua teoria é estabelecer formas de convivência e participação da tradicional pólis grega. Portanto, não concebeu sua teoria como forma de limitação e controle do poder estatal.

Já na Roma antiga, destacam-se as ideias de Políbio³⁸ e Cícero, que conceberam o conceito de constituição mista a partir das experiências romanas, sendo fundamental para sua estabilidade a participação de diversas classes sociais. Desse modo na óptica polibiana estrutura de dois cônsules (princípio monárquico), senado (princípio aristocrático) e comícios tribunicios (princípio democrático), propiciava a separação de classes e sua autonomia possibilitava o equilíbrio desde que nenhum dos poderes se excedesse (PIÇARRA, 1989, p. 38).

A principal diferença entre Aristóteles e Políbio é que o primeiro pugnava pelo acesso de todas as classes aos órgãos constitucionais, enquanto o último propunha a separação das classes com o respectivo *locus* constitucional que lhe era cabível. Diferentemente da visão aristotélica, a realidade romana não tencionou criar a junção das classes existentes naquele período histórico, mas justamente criar rígida separação entre os setores sociais de modo a impedir fossem acumulados em um único setor da sociedade (PIÇARRA, 1989, p. 40).

Os limites deste texto não permitem que examinemos outros pensadores que igualmente contribuíram para uma divisão de poderes ou funções, a exemplo de Marsílio de Pádua, em sua obra: *Defensor Pacis*³⁹ cujo principal mérito foi questionar o primado do poder papal, traçando os caminhos para o estabelecimento do estado laico (MARSILIUS, 2005).

³⁸ Políbio era crítico dos modos de organização como sendo a monarquia, a aristocracia ou a república. Para ele a melhor constituição era a união de todas estas formas particulares. Vejamos a análise de John Thornton: “Quindi, passava direttamente alla critica di quegli autori che si erano limitati ad indicare tre generi di politeia, vale a dire basileia, aristokratia e demokratia. Questa tripartizione dell’universo costituzionale appariva a Polibio inaccettabile, sia che le ter forme di regalità, aristocrazia e democrazia venissero presentate come le uniche, sia che le si indicasse invece come le migliori. «È chiaro, infatti, che si deve considerare come la migliore costituzione quella che consiste dell’unione di tutte le forme particolari prima ricordate» (VI 3, 7): una verità questa che a Polibio appariva provata oltre ogni ragionevole dubbio non solo per via teorica, di ragionamento, ma nei fatti, dall’esempio di Licurgo, che aveva istituito in questo modo la costituzione spartana.” (THORNTON, 2011, p. 79).

³⁹ Por certo não se está a dizer que Marsílio de Pádua tenha elaborado propriamente uma “teoria” visando a divisão funcional dos poderes. Entretanto, sua obra é importante referência para erodir o primado do poder papal (com a crítica ao *plenitudo potestatis*) e estabelecer o caminho para constituição do estado laico. Como destaca o próprio Marsílio de Pádua: “Taking these distinctions within plenitude of power as our premise, I say that plenitude of power in the first two modes put forward above does not belong to the Roman bishop or to any other priest, except

2.2 O CONTRIBUTO DA TRADIÇÃO INGLESA DO *RULE OF LAW* NA DIVISÃO DOS PODERES

Outra importante origem na separação entre os poderes está na tradição inglesa. Apenas quando a constituição mista passou a limitar o exercício do poder monárquico mediante intervenção das mais diversas classes nas leis e nas decisões políticas, através do rei, lordes e comuns que dividiam o poder político, obviamente não sem algumas sérias intercorrências com arroubos absolutistas das monarquias do séc. XVII.

Foi igualmente no século XVII que a experiência inglesa associou o *rule of law* à separação dos poderes, justamente como contraponto ao estado absolutista. Apenas com o advento da monarquia constitucional foi concretizada a garantia do estado de direito. A experiência demonstrou que se quem legisla pudesse aplicar a lei restaria malferida legalidade. Da mesma forma, quem executa a lei não deve elaborá-la, sob pena desnaturar o exercício de ambas as funções. O grande mote da realidade inglesa na construção da separação de poderes foi a defesa das liberdades individuais frente ao Estado (PIÇARRA, 1989, p. 53).

Se de um lado a importância do primado da lei e do *rule of law* foram fundamentais para a doutrina da separação de poderes, agregou-se a esta a exigência do legislador democraticamente eleito. A restauração da monarquia inglesa — em moldes constitucionais — consagrou a separação entre executivo e legislativo adveio a teoria constitucional inglesa do século XVIII (PIÇARRA, 1989, p. 60).

A preocupação central dos teóricos ao elaborar uma distinção funcional do poder teve por finalidade estabelecer um sistema de mútua fiscalização, e de pesos e contrapesos⁴⁰ (como construído na tradição anglo-saxã), cujo cerne está na premissa básica que o exercício do poder leva inexoravelmente ao seu abuso. Como adverte Montesquieu: “Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares.” (MONTESQUIEU, 1996, p. 168).

Christ or God, in any way. But I pass over them because the matter is evident, and because we can be certain of it from divine and human wisdom and from all moral science; and also for the sake of brevity. (...) Plenitude of power does not, therefore, belong to the Roman bishop or to any other priest as such, unless perhaps they want to call ‘plenitude of power’ the priority or principality that we demonstrated (in chapter 22 of this discourse) belongs to the above-mentioned bishop and his church over all the others by the authority of the faithful human legislator.” (MARSILIUS, 2005, p. 411-412).

⁴⁰ Como assinala criticamente Eric A. POSNER: “The balance of powers metaphor has had a good run but it is time to put it to rest. It provides no practical guidance to courts when they adjudicate disputes between branches; nor does it reflect any reasonable constitutional goal. We might agree with Madison that all government powers should not be located in a single individual or group of magistrates, but once we rule out this extreme outcome, the concept of ‘balance’ is too vague and slippery to serve as a workable rule.”(POSNER, 2016, p. 1.714).

2.3 A TEORIZAÇÃO DE LOCKE NA DIVISÃO DOS PODERES

Coube a John Locke elaborar no seu Segundo Tratado do Governo Civil a separação de poderes basicamente em Executivo e Legislativo, onde o Judiciário não configurava poder autônomo, integrando o Poder Executivo (LOCKE, 1998).⁴¹

Estabelece formalmente: i) *poder legislativo*, ii) *poder executivo*, iii) *poder federativo* (direito de fazer a paz, a guerra e alianças com outros países) e o iv) *poder de prerrogativa*, que fora definido como o poder de promover o bem público, mesmo que sem uma regra definida — dada a demora do legislativo em exercer a atividade legiferante — devendo ser exercido apenas em caráter excepcional (LOCKE, 1998, p. 530-534).

Na acepção lockeana, embora distintos, os *poderes executivo e poder federativo* dificilmente podem ser separados ou depositados em pessoas distintas (LOCKE, 1998, p. 517). Quanto ao *poder de prerrogativa* igualmente sugere seja deixado nas mãos daquele que detenha o *poder executivo* (LOCKE, 1998, p. 529), razão pela qual os poderes executivo e legislativo são os mais destacados em sua teoria de divisão de poderes.

O Estado como decorrência do *contrato social* visava garantir aquilo que era possível no *estado de natureza*: a propriedade e a segurança. Este o pano de fundo teórico no qual Locke construiu sua teoria. Por esta razão, necessário que o Estado — diferentemente do estado de natureza onde há uma lei natural — possa elaborar suas leis definindo o justo do injusto, bem como possa o Estado assegurar juízes imparciais, cabendo ao poder executivo (onde inserido o Judiciário) assegurar a execução das sentenças judiciais (PIÇARRA, 1989, p. 68)

De todo modo, é no Poder Legislativo e na supremacia do legislador que Locke enfatiza sua teoria, e tal supremacia decorre do fato da função legislativa ser o modo de participação popular exprimida publicamente por meio dos representantes eleitos. Mas esta ênfase na importância do legislador encontra limites internos ao poder (PIÇARRA, 1989, p. 78).

A teoria lockeana foi fundamental para o desenvolvimento da divisão dos poderes e aos modelos que a sucederam, a exemplo de autonomia do poder judiciário. Foi posteriormente remodelada por Montesquieu e diante do diálogo dos teóricos ingleses e norte-americanos com

⁴¹ A despeito de Locke ter classificado os poderes em legislativo, executivo, federativo e de prerrogativa, muitos compreendem que os poderes seriam essencialmente apenas o legislativo e o executivo. Acerca do tema, esclarece Armando Albuquerque: “Locke compreende o poder político como uma derivação dos dois poderes pertencentes ao homem no seu estado natural e não como poder originário. Assim, não obstante se reporte a três poderes, o legislativo, o executivo e o federativo, de fato, Locke classifica os mesmos essencialmente em dois: o legislativo e o executivo, não obstante, atribua preferencialmente ao monarca o poder federativo. Quanto ao judiciário, este não se configura como um poder autônomo, não se distingue claramente e parece incluído no poder executivo, o qual se ocupa da administração total das leis (GOUGH, 1992).” *Teoria lockeana da separação dos poderes*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4129304d04cff4cb>. Acesso em: 26 jun. 2015.

a obra do Barão de La Brède (nos EUA especialmente no *The federalist papers*), a ideia de tripartição acabou sendo a mais aceita e propagada.⁴²

2.4 A PERSPECTIVA MONTEQUIANA DA DIVISÃO DE PODERES

Montesquieu demonstrou sua preferência pelas formas de governo mistas (especialmente a monarquia de seu tempo) onde ressaltava a importância das prerrogativas do clero, da nobreza e das cidades, para evitar-se um Estado despótico (MONTESQUIEU, 1996, p. 27).

O pensamento de Montesquieu em sua leitura romantizada redundou em dois mitos: o primeiro, que teria concebido rígida separação de poderes, como se fossem altamente independentes. O segundo mito, imaginado uma separação ideal no plano da organização administrativa e funcional, quando em verdade sua grande preocupação era evitar o despotismo (RANGEL, 2002, p. 352).

Ao Poder Legislativo competia a elaboração das leis (inclusive em duas Câmaras de modo a que uma pudesse contrapor-se a outra), controlar sua execução e julgar os crimes dos integrantes do Executivo, além da tradicional função de acompanhamento orçamentário e criação de impostos (MONTESQUIEU, 1996, p. 176-178).

Já ao Poder Executivo era cometida a direção política do Estado, inclusive nas suas relações diplomáticas e de defesa, além da função precípua de aplicar as leis. Dispunha de poder de veto sobre as leis aprovadas pelo Legislativo⁴³, além de convocar os parlamentos, de modo que presente a interação entre os poderes que deviam controlar-se de modo recíproco (MONTESQUIEU, 1996, p. 175).

Como já visto anteriormente não coube a Montesquieu o ineditismo do tema, mas o certo é que sua obra tornou-se o maior referencial na teoria da divisão dos poderes, ainda que muito de sua perspectiva tenha se espelhado no pensamento político inglês, e mesmo sua concepção de liberdade é tributária a ideia de *rule of law*, pois ao negar a liberdade natural apenas a imagina ligada conceitualmente ao de lei.

⁴² Como elucida Alexander Hamilton: “The efficacy of various principles is now well understood, which were either not known at all, or imperfectly known to the ancients. The regular distribution of power into distinct departments; the introduction of legislative balances and checks; the institution of courts composed of judges holding their offices during good behavior; the representation of the people in the legislature by deputies of their own election: these are wholly new discoveries, or have made their principal progress towards perfection in modern times.” (HAMILTON et al., 2008, p. 45).

⁴³ Neste aspecto elucida Montesquieu: “O poder executivo, como já dissemos, deve participar da legislação com sua faculdade de impedir, sem o que ele seria logo despojado de suas prerrogativas. Mas se o poder legislativo participar da execução o poder executivo estará igualmente perdido” (MONTESQUIEU, 1996, p. 175).

O grande objetivo do Barão de La Brède era pensar uma maneira dos mais diversos corpos sociais viverem em equilíbrio. Em última análise, o rei, a aristocracia e o povo são todos titulares da soberania, de modo que a separação de poderes consistia em repartir nas mais diferentes camadas sociais a sua titularidade, recuperando a ideia de constituição mista no arranjo entre monarquia, aristocracia e república.

A concertação entre estes poderes aplicar-se-ia inclusive na elaboração das leis, pois além do contraponto entre a câmara alta e baixa do parlamento, haveria interferência do Executivo que poderia veta-la e ainda do Judiciário. Desse modo, a concepção montesquiana não se limitou a uma separação organizatória, mas com mútua interação e funcionamento entre os poderes.

2.5 O LEGADO DA DOUTRINA CLÁSSICA

A partir dos aspectos acima destacados na concepção clássica dos poderes tanto em Locke como em Montesquieu foi a colaboração mútua entre os poderes de modo que o exercício de um pudesse fortalecer o do outro, pelo sistema de pesos e contrapesos. Claro que este processo de mútua interação tem muitos — e desejáveis — conflitos mas a distribuição de funções estatais distintas a poderes distintos possibilita um exercício de poderes mais legítimo, responsivo e partilhado, de modo a evitar-se a concentração de funções vitais a uma democracia em apenas um único poder, o que necessariamente levaria a abusos.

Se quando inicialmente formulada a ideia de pesos e contrapesos visava proteger o monarca de toda sorte de responsabilidade nos termos formulados por Bodin no seu *Les six livres de la république* (BODIN, 1993), o fato é que este sistema possibilitou que os parlamentos eleitos também tivessem de exercer suas funções dentro das regras, pois estariam sujeitos a controles dos demais poderes.

O modelo clássico de divisão de poderes continua forte nas constituições contemporâneas. Se de um lado é insuficiente para plena percepção contemporânea do tema, ao mesmo tempo é aspecto essencial do discurso constitucional. As discussões acerca do modelo tripartite, por vezes estão mais centradas em sua operacionalização concreta que na sua valia teórica. Com efeito, também concordamos que o modelo tradicional de tripartição dos poderes ainda é necessário e pode servir de premissa para recalibragem e compreensão de novas categorias que possam juntar-se a ele⁴⁴ (CAROLANS, 2009, p. 21).

⁴⁴ Vale trazer as reflexões de Eoin Carolans no ponto: “The model of a legislative–executive–judicial division of functions continues to appear as an essential element of most constitutional discourse. Disputes arise, not over its

Necessário dizer que tanto a abordagem formalista ou o viés funcionalista da separação dos poderes restam prejudicados pela inerente indeterminação de alguns aspectos do modelo tripartite. A busca de uma teoria operacional no funcionamento concreto da divisão de poderes ou mesmo sua alocação em determinado modelo constitucionais sempre terão algum nível de incerteza (CAROLANS, 2009, p. 26-27).

2.6 SEPARAÇÃO DE PODERES E FORMAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Acerca dos influxos da teoria da separação de poderes no âmbito do Direito Administrativo⁴⁵, especialmente em seus primórdios, vale tratarmos de como foi pensada a divisão de poderes na França revolucionária e qual sua influência na formação do Direito Administrativo, especialmente saber se estes influxos tiveram viés autoritário.

Em sua obra: *Em busca do acto administrativo perdido*, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva traz no seu instigante Capítulo I a evolução do contencioso administrativo francês, situando-o como berço do ato administrativo e contextualizando e analisando criticamente a criação de um contencioso privativo da administração como “pecado original” (SILVA, 1995, p. 28-43).

Paulo Otero ressalta que a concepção do princípio da legalidade administrativa subordinar o Executivo ao Parlamento, não passa de um mito repetido por inúmeras gerações. Em verdade, seria uma “intervenção autovinculativa do Executivo sob proposta do Conseil d’État” (OTERO, 2003, p. 271).

Os revolucionários franceses que se ocuparam da organização da Administração Pública, em nome da separação de poderes, proibiram aos tribunais comuns (que atuavam na solução de conflitos entre particulares) de julgarem a própria Administração, que passou a ser julgada pelo contencioso administrativo, não mais sujeita ao controle jurisdicional da justiça comum. Esta curiosa separação das funções estatais implicou no surgimento de justiça especializada cuja missão era julgar os litígios administrativos.

inherent validity, but over the mechanics of its actual operation. Contemporary theorists tend to implicitly accept the veracity of this threefold division of power, striving not to replace but to recalibrate it for the modern world. It is through its reliance upon the tripartite model of institutional power that a conception of the state becomes recognizable as a model based on the separation of powers theory. Thus, the tripartite model seems also a suitable starting point for any analysis of the separation of powers’ efficacy as an institutional theory.” (CAROLANS, 2009, p. 21).

⁴⁵ Acerca do tema da separação de poderes e do exercício da função administrativa no contexto das funções estatais referimos ao texto de Ana Raquel Gonçalves Moniz (MONIZ, 2015, p. 27-58).

Referida solução aparentemente encontrava seu fundamento teórico na clássica divisão e separação de poderes proposta por Montesquieu, separando as autoridades administrativas e judiciais.

Na base deste entendimento, estavam em jogo distintas compreensões da ideia de poderes e de estado. Na visão anglo-saxã, cabia ao poder judicial julgar os conflitos entre particulares e também dos órgãos administrativos. Na concepção francesa o poder judiciário estava limitado aos conflitos entre particulares. Vasco Pereira da Silva destaca: “por detrás da ‘concepção francesa da separação de poderes’, se encontrar a ideia de Estado.” (SILVA, 1995, p. 20).

Para os ingleses a concepção de Estado era radicalmente diferente, eis que os tribunais não são vistos como órgãos da Coroa, mas expressão do *right of the land* ou na sua concepção original: *per legem terrae*. Já no direito continental europeu a separação de poderes serve para unificar a própria ideia de *Estado*, figura desconhecida na Inglaterra dada a maior autonomia entre os poderes (ainda que não possamos falar numa divisão clássica de poderes formulada muito posteriormente), incompatível com um vértice unificador na figura do Estado.

Mas a verdade é que tais características não isentavam o sistema inglês dos seus próprios espectros autoritários. No período de Henrique VIII houve incremento do aparelho estatal e da atividade repressiva em seu reinado, inclusive nove diferentes leis sobre traição. O reinado de Carlos I governou sem parlamento na conhecida tirania dos onze anos. Isto para não falar nas revoluções inglesas desde a queda da monarquia e ascensão de Oliver Cromwell na Revolução Puritana, que mantinha o mesmo modelo autoritário, ou ainda com a Revolução Gloriosa e o retorno da dinastia dos Stuart com a coroação de Carlos II, que fazia a monarquia inglesa continuar sua tendência absolutista. A situação apenas encontrou maior equilíbrio com a ascensão ao trono de Guilherme III e a fundação da monarquia parlamentarista. (ANDERSON, 2004, p. 120-121).

Outro aspecto que denota como sempre ser possível fazer leituras autoritárias de qualquer tradição jurídica, é a consagrada fórmula da irresponsabilidade do Estado: *the king can do no wrong*. Apenas em meados do século XX, foi que efetivamente passou-se a adotar a ideia de responsabilização plena do estado (tanto no *Crown Proceedings Act* de 1947 no Reino Unido, como no *Administrative Procedure Act* de 1946 nos Estados Unidos). Nem por isso é lícito deduzir que a tradição anglo-saxã seja “autoritária” por ter consagrado este tipo de responsabilização tão tardiamente.⁴⁶

⁴⁶ Acerca da evolução do Direito Administrativo inglês, fazemos referência a Odete Medauar que elucida suas transformações desde o século XIX até o XXI. Alerta que a perspectiva de Dicey desconfiava do contencioso

A própria existência de um “Direito Administrativo” no regime da *common law* era de difícil caracterização. Igualmente a ideia de direitos fundamentais como hoje compreendida não era compatível com a conservação do *status quo* no período, cujo objetivo era proteger facções, tutelar certos interesses em detrimento de outros. O *Bill of Rights* de 1689 estava muito mais para uma lista de exigências perante o rei e dos direitos do parlamento, que para uma Carta que consagrasse Direitos do cidadão (GABARDO, 2009).

A adequada contextualização epocal de i) *reino da lei* desenvolvido na revolução francesa e de ii) *rule of law* de matriz anglo-saxã é bem realizada por García de Enterría. Afinal, apenas recentemente estes termos passaram a significar algo semelhante, pois em suas origens eram bem diversos. Estavam excluídos do julgamento dos juízes da *common law* as ordens diretas do rei ou seus ministros, ou as avocações régias de processos específicos (ENTERRÍA, 1994, p. 165). Portanto, não era um direito do primado da Lei, mas seu oposto, um “Direito autônomo”, sem que o Estado avocasse para si sua produção. Apenas com a famosa obra de William Blackstone: *Commentaries on the laws of England*⁴⁷, foi que proclamou-se pela vez primeira na Inglaterra a soberania do parlamento nos moldes hoje conhecidos.⁴⁸

administrativo o que explica até hoje alguns reflexos deste preconceito, embora gradativamente o sistema inglês tenha sofrido influência do modelo ítalo-francogermânico (MEDAUAR, 2017, p. 40-51).

⁴⁷ Segundo William Blackstone: “The principal duty of the king is, to govern his people according to law. Nec regibus infinita aut libera potestas [the power of kings should be neither free nor unlimited], was the constitution of our German ancestors on the continent. And this is not only consonant to the principles of nature, of liberty, of reason, and of society, but has always been esteemed an express part of the common law of England, even when prerogative was at the highest (BLACKSTONE, 2016, p. 227).

⁴⁸ Sobre este aspecto elucida García de Enterría: “Históricamente, en efecto, incluso en la fórmula constitucional de Massachusetts que hemos citado, lo que substancialmente la expresión pretende significar es la vinculación de los jueces al common law y la exclusión en su función de órdenes directas del rey o de sus delegados, o, incluso, de avocaciones regias para decidir los procesos. Esta doctrina viene de Bracton y tras él de toda la Edad Media. (...)Este viejo concepto de rule of law, como ha recordado certeramente Sartori culminará en el famoso Bonham case de 1610 (caso que será modelo en la Revolución americana para la institución del control judicial de la constitucionalidad de las Leyes), según el cual, en los términos de Coke, «una Ley del Parlamento que fuera contra la Equidad natural es nula por sí misma», puesto que «iura natura sunt inmutabilia », iniciando así una técnica de control por los jueces de las mismas Leyes que no fructificaría en Inglaterra, pero que subraya enérgicamente el papel central y la autonomía absoluta con que Coke concebía el papel del juez El Derecho cuyo imperio se postula no es, pues, la legalidad, la Ley del Rey, es casi lo contrario, un derecho extraestatal autónomo, autónomo también en sus Tribunales, sin Estado, o más exactamente, sin que el Estado avoque a sí la producción del Derecho. Cuando Blackstone escribe ya al final del siglo xviii sus fundamentales *Commentaries on the laws of England* y proclama por vez primera como quicio del sistema político inglés el de la soberanía del Parlamento, que altera la tradicional concepción presente aún en los juristas hasta poco antes, recuerda, sin embargo, que «el principal deber del Rey es «to govern his people according the lato» citando a Bracton y a Forstecue así como la fórmula del juramento de coronación. Y al tratar de la justicia es especialmente enérgico al observar que aunque el Rey «es considerado» *the fountain of justice*, eso «no significa que sea el autor o el origen de la justicia», añadiendo: «El poder original de la judicatura, por los principios fundamentales de la sociedad, está situado en la sociedad en general », de modo que aunque el Rey pueda erigir tribunales no le es posible, además de que sería impropio, dictar él las sentencias; «por una costumbre antigua y uniforme de mucho tiempo, los reyes han delegado su antiguo poder judicial plenario en los jueces de los diferentes tribunales, que son los grandes depositarios de las Leyes fundamentales del reino... declarando la independencia y la supremacía [*uprightness*] de los jueces como esencial a la administración de la justicia y una de las mejores seguridades de los derechos de sus súbditos». Un compendio contemporáneo de toda

Este aspecto é trazido por García de Enterría para destacar a importância do reino da lei proclamado na revolução francesa, fruto da estatização do Direito, caminho que não foi seguido nem pela Inglaterra nem pelos Estados Unidos centrados na *common law* essencialmente judicial e que apenas após a primeira guerra mundial passaram a ser influenciados pelo *statute law*.⁴⁹

Com o surgimento da ideia de submissão dos cidadãos à lei instituindo uma forma de governo em que a lei estivesse acima do homem (segundo a dicção de Rousseau), e ainda de acordo com os artigos 5^o⁵⁰ e 7^o⁵¹ da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, a Administração deixa de ser simples instrumento do monarca e torna-se beneficiária dos seus atributos.⁵² A Administração Pública passa a ser regrada pela lei, devendo fielmente executá-la, não estando mais sujeita à vontade pessoal de superiores hierárquicos (ENTERRÍA, 2010, p. 5-9).

A Lei de 16-24 de agosto de 1790 estabeleceu em seu artigo 13 que as funções jurisdicionais são distintas das administrativas e de maneira alguma os juízes poderiam, sob pena de prevaricação, interferir nas atividades dos órgãos administrativos, nem convocar seus integrantes em razão de suas funções.⁵³ Referida separação será chave na separação entre a

esta doutrina de Blackstone puede llevar por ello legítimamente el título de «The sovereignty of the law» (ENTERRÍA, 1994, p. 165-168).

⁴⁹ Acerca da inovação do primado da lei explica García de Enterría: “Esto explica por sí solo que del reino de la Ley proclamado por la Revolución Francesa surgiese el Derecho Público, luego extendido a toda Europa, basado en el principio de legalidad, en el sentido formal y escrito de la expresión, fruto de la legalización o estatalización casi completa del Derecho que la Revolución determina. Esta consecuencia no se produjo, sin embargo, en América (como tampoco en Inglaterra) tras su revolución anticipada, donde sigue imperando hasta este siglo un common law esencialmente judicial. Sólo en este siglo, en Inglaterra tras la primera postguerra, en Estados Unidos tras el New Deal de Roosevelt y con la segunda postguerra, ha aparecido la marea inundatoria del statute Law, del Derecho producido por Leyes, en términos ya no muy diferentes de lo ocurrido en el continente europeo más de un siglo antes. Por ello, justamente, el Derecho Público europeo y el anglosajón han seguido vías diferentes” (ENTERRÍA, 1994).

⁵⁰ Art. 5º. A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene.

⁵¹ Art. 7º. Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser punidos; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado de resistência.

⁵² Segundo Sérvulo Correia: “O ‘governo das leis e não dos homens’, assente na feitura de normas sem destinação individualizada, foi pois concebido como o meio por excelência de afastar o arbítrio e salvaguardar a liberdade ínsita na condição humana originária. Não foi diferente o inicial fio condutor da segunda das raízes históricas da legalidade administrativa: o princípio da separação de poderes. Esta ideia não foi estudada e promovida simplesmente a título ou com o propósito de alcançar a mais perfeita organização estrutural para o exercício da soberania, mas antes com o fito de criar condições institucionais de respeito da esfera individual.” (CORREIA, 1987, p. 25).

⁵³ No original “Article 13 - Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions.” Disponível em: < <http://mafr.fr/en/article/lois-des-16-et-24-aout-1790-sur-lorganisation-judi/> > Acesso em 15 de setembro de 2019.

justiça comum e a administrativa, inaugurando um sistema atípico. Tal entendimento veio a consagrar um controle da Administração Pública realizado por órgãos especializados e não por juízes alheios à Administração (ENTERRÍA, 2010, p. 23-25).

A solução francesa de partição dos poderes e instituição do seu contencioso administrativo residia na desconfiança dos revolucionários contra os tribunais (*parlements*), especialmente tendo em conta que os tribunais franceses tiveram na fase final do período monárquico elevada interferência no controle, veto e censura das decisões do rei, de modo a limitar sua atuação, falando-se, já naquela época, em um “governo de juízes” (SILVA, 1995, p.22).

A ideia de autoridade judicial que se corporificava nos *parlements* era um referencial bastante problemático para os revolucionários⁵⁴. Referidas autoridades atuavam em prol dos interesses da nobreza, que se esquivava da imposição de impostos, sem querer abrir mão dos seus privilégios. Ao tempo do velho regime francês, as autoridades judiciais ao defenderem os interesses da nobreza, passaram a incorporar o discurso da burguesia acerca da liberdade e representação política.⁵⁵

A experiência anterior de um destacado papel (jurídico e político) dos juízes preocupava aos revolucionários, que recebiam ser objeto do mesmo tipo de controle⁵⁶, colocando assim em

⁵⁴ Sobre o medo dos revolucionários dos *parlements*, destaca Jacqueline Morand-Deville: “Déterminée à faire table rase du passé et soucieuse de tirer les conséquences de la défiance envers les Parlements, l’Assemblée constituante proclame la séparation des fonctions administratives et des fonctions judiciaires et interdit aux juges de ‘troubler’ l’activité administrative ou de citer devant eux les administrateurs à raison de leurs fonctions (loi des 16 e 24 août 1790, cf. *supra*)” (MORAND-DEVILLER, 2015, p. 24).

⁵⁵ Como bem contextualiza Perry Anderson: “Experiências sucessivas de lançar novos impostos, rompendo a imunidade fiscal da aristocracia, foram alvo de resistência ou sabotagem nos *Parlements* e nos Estados das províncias, mediante a recusa do registro dos éditos ou a apresentação de protestos indignados. As contradições objetivas do absolutismo manifestavam-se aí em sua forma mais direta. A monarquia procurava taxar a riqueza da nobreza, enquanto esta reivindicava o controle sobre as políticas da monarquia: a aristocracia, na verdade, recusava-se a alienar os seus privilégios econômicos sem conquistar direitos políticos sobre a condução do Estado monárquico. Na sua luta contra os governos absolutistas nesse campo, a oligarquia judicial dos *Parlements* passou, cada vez mais, a utilizar-se da linguagem radical aos *philosophes*: as errantes noções burguesas de liberdade e representação passaram a freqüentar a retórica de um dos ramos da aristocracia francesa mais marcados pelo conservadorismo inveterado e pelo espírito de casta. Nas décadas de 1770 e 1780, tornava-se nítida na França uma curiosa contaminação cultural de seções da nobreza pelo estado situado abaixo dela.” (ANDERSON, 2004, p.108).

⁵⁶ Este aspecto é bem destacado por Mauro Cappelletti: “En la Francia del *ancien régime*, los *Parlements*, es decir, los tribunales superiores, afirmaron su poder de controlar la conformidad de la legislación a las *lois fondamentales* no escritas del Reino. Los jueces de dichos tribunales, sin embargo, estaban tan profundamente imbuidos de valores antiigualitarios y tan firmemente enraizados en las estructuras feudales de la Francia prerrevolucionaria, que su poder de control se ejercía de modo extremadamente abusivo e impopular. Dicho poder estaba considerado como una de las características más afrentosamente conservadoras del país. En nombre de vagos ‘principios’ no escritos, aquellos jueces estorbaban y paralizaban reformas tan moderadas incluso como las que el rey y su corte estaban dispuestos a conceder y que habrían podido evitar la violenta explosión de la revolución ‘burguesa’. Por esta razón, la Francia posrevolucionaria ha mostrado con insistencia una actitud rígidamente contraria al control judicial. Esta actitud había encontrado ya su conceptualización en la descripción que Montesquieu hacía de los jueces como meras ‘bocas de la ley’, ‘seres inanimados’ cuya única tarea debería ser la de aplicar de manera ciega, automática, carente de creatividad, la voluntad suprema de la legislación popular.” (CAPPELLETTI, 1980, p. 65-66).

risco as conquistas da revolução.⁵⁷ Para evitar tal perigo, preferiu-se um tribunal fortemente atrelado à Administração, o que levou na fase inicial do *Conseil d'État* a uma indistinção entre a atividade de administrar e julgar (*juger l'Administration c'est ecore administrer*). Com efeito, a criação do contencioso administrativo deu-se sob um viés (justificadamente) ideológico. Para tanto fez-se peculiar leitura da divisão dos poderes, mas não havia naquele momento — nem poderia haver — a busca de justiça tecnicamente mais especializada e apta a lidar com os conflitos próprios da Administração, como veio a consagrar-se mais tardiamente o Conselho de Estado.

A primeira fase conhecida como *administrador-juiz*, caberia às próprias autoridades controlar os atos administrativos dela emanados. A segunda fase, no sistema da *justiça reservada*, implicou na criação do Conselho de Estado, sendo que as decisões dos litígios administrativos caberiam a órgão da Administração. Ao Conselho de Estado incumbia solver litígios a nível central e aos Conselhos das Prefeituras solver conflitos nos respectivos departamentos. A terceira fase da chamada justiça delegada, implica na criação de maior autonomia do Conselho de Estado aproximando-o de uma justiça verdadeiramente independente, ainda que não consistisse um tribunal, tentando conciliar as prerrogativas da Administração com as garantias dos particulares. (SILVA, 1995, p. 30-34). Ao cabo deste período é que o contencioso administrativo passou a ser verdadeiramente um tribunal, cujos famosos *arrêts* influenciaram o Direito Administrativo como conhecemos na atualidade.

A despeito da desconfiança dos revolucionários, nos parece incorreto afirmar que havia uma intenção nítida de burlar-se o controle da administração suprimindo o controle a ser realizado pelos tribunais. As questões eram de ordem muito mais pragmática tendo em conta a experiência anterior. Doutra banda, ainda que não tivesse sido criado o *Conseil d'État*, e pudesse a justiça comum julgar a Administração, difícil imaginar que teríamos no período revolucionário um independente, autônomo e amadurecido controle jurisdicional da Administração Pública.

⁵⁷ Curiosamente num primeiro momento entendeu-se que os juízes deveriam ser eleitos, próprio do entusiasmo revolucionário, mas logo esvaziou-se tal ideia com escolhas indiretas. Posteriormente, quando Napoleão eliminou o procedimento eleitoral para escolha dos juízes, ninguém protestou. Sobre o ponto destaca Pierre Rosanvallon: “For all these reasons, everyone therefore embraced the principle that judges ought to be elected. In practice, however, the system drew serious criticism. As early as 1792, the Convention sought to assert greater control over the judiciary. Instead of challenging judicial elections directly, it chose to attack the system indirectly. For instance, the Committee of Public Safety invoked emergency conditions as grounds for filling judicial vacancies by direct appointment. Although the elective principle was reaffirmed after Thermidor, it soon became common for the Directory to manipulate the outcome of judicial elections. Practice no longer coincided with law. Hence when Bonaparte decided in 1802 to eliminate an electoral procedure that no longer reflected actual practice, no one protested.” (ROSANVALLON, 2011, p. 156).

Para tanto seria necessário a adequada maturação, independência e sofisticação dos sistemas de controle, algo que passamos a contar de modo mais efetivo a partir de meados do século XX e que nada tem a ver com a origem do Direito Administrativo.

A premissa que a origem “autoritária” do Direito Administrativo tem reflexos na contemporaneidade merece considerações e críticas. Igualmente, parece relevante trazeremos algumas reflexões se a separação entre a justiça comum e a justiça administrativa pode até mesmo apontar-nos alguma “virtude original”⁵⁸, especialmente em tempos de crescimento do ativismo judicial e de uma maior relevância e interferência do poder judiciário no constitucionalismo contemporâneo.

Como vimos anteriormente, o tema da “ilusão garantística da gênese” ou do “pecado original” do Direito Administrativo no berço do contencioso francês já mereceram considerações de Paulo Otero (OTERO, 2003) e Vasco Pereira da Silva (SILVA, 1995). Na doutrina nacional, Gustavo Binjenbojm concorda com referidos autores portugueses e aduz que esta origem autoritária reforçaria a ideia de insubmissão do Direito Administrativo a qualquer propósito garantístico, mas sim em diminuir as garantias dos cidadãos⁵⁹ (BINENBOJM, 2006).

É bastante problemático tomarmos a origem “autoritária” de qualquer instituição jurídica para projetar no tempo a permanência deste mesmo viés autoritário⁶⁰. O contencioso administrativo teve a origem adequada ao seu contexto político e jurídico do período revolucionário, não deve ser mitificado é bem verdade, mas tampouco condenado, pois como vimos anteriormente não havia à época Judiciário com independência e amplo controle jurisdicional nos moldes hoje compreendidos, quer na tradição do *common law* ou da *civil law*.

Guardadas as devidas proporções, é como se pudesse afirmar que atualmente temos sérios problemas em nossa democracia, porque em sua origem a democracia era “pouco democrática”, visto a maioria dos integrantes da sociedade grega (e.g.: mulheres, escravos e metecos) estarem alijados de participar da vida política da *polis*. Qual a relevância disso para compreendermos o conceito de democracia na atualidade? Nenhuma. Claro que isto não impede

⁵⁸ As relações entre pecado e redenção são bem mais próximas do que imaginamos. Na literatura, a obra de Dostoiévski perpassa justamente esta conexão. Para o célebre autor russo para atingir-se a redenção há que passar pela danação. Seu livro: Crime e Castigo deixa clara a proximidade destes extremos (DOSTOIÉVSKI, 2009).

⁵⁹ Acerca do ponto elucida Gustavo Binjenbojm: “A institucionalização de tal modelo, e sua surpreendente identidade com a estrutura de poder das monarquias absolutistas, revela o quanto o direito administrativo, em seu nascedouro, era alheio a qualquer propósito garantístico. Ao contrário, seu intuito primeiro foi o de diminuir as garantias de que os cidadãos dispunham caso pudessem submeter o controle da atividade administrativa a um poder equidistante, independente e imparcial – o Poder Judiciário.” (BINENBOJM, 2006, p. 13).

⁶⁰ Acerca deste ponto trazemos a crítica de Emerson Gabardo: “O procedimento de busca de uma “gênese autoritária” identificada nos fatos ocorridos na passagem do século XVIII para o XIX, além de ser uma visão bastante restritiva dos acontecimentos do período, conduz a uma análise teórica pouco consistente, principalmente quando se proclama por uma falta de libertação do caráter autoritário, que estaria presente até os dias de hoje, como se houvesse um vínculo histórico linear entre aquele passado e este presente.” (GABARDO, 2009, p. 259).

que façamos diversas conexões entre a democracia grega e seu legado com as democracias contemporâneas, mas este elemento “autoritário” (que sequer pode ser assim designado pois o contexto social da época era radicalmente diferente, o que leva ao anacronismo da pretensa correlação) não pode ser levado a sério numa relação de causa e efeito.

O próprio Vasco Pereira da Silva alerta para o “milagre continuado” que levou à plena jurisdicionalização do contencioso administrativo, visto que tal processo não ocorre de modo instantâneo, mas ao longo do tempo.⁶¹ Com efeito, o “pecado original” apenas irá desaparecer com o surgimento do Estado social (SILVA, 1995, p. 37).

Paolo Grossi enfatiza o papel do historiador do direito para adequada compreensão do fenômeno jurídico para além das normas, contextualizando-o diante da análise reducionista feita partir do tempo presente, que não pode apreender — nem teria como fazê-lo — o Direito não apenas no texto, mas no contexto⁶², sendo relevante ao historiador demonstrar aos privatistas e publicistas que o texto legislativo “em si é sempre uma representação de uma realidade de fundo, uma representação parcial e artificiosa por somatória.” (GROSSI, 2005a)⁶³

⁶¹ Sobre a permanente evolução que levou a plena independência do contencioso administrativo, assim sintetiza Vasco Pereira da Silva: “Também aqui, da mesma forma que ao nível do Direito Administrativo, o milagre não é instantâneo mas continuado. A jurisdicionalização plena do contencioso administrativo não se produz num único momento, antes resulta de um processo duradouro de transformação que não se consumou no liberalismo político. O ‘baptismo’ do contencioso administrativo, com o conseqüente desaparecimento do ‘pecado original’ de ligação ao poder administrativo, só vai surgir num momento posterior, com os alvares do Estado social.” (SILVA, 1995, p. 37).

⁶² Exemplo de que o contexto é extremamente relevante para adequada compreensão do funcionamento das instituições, pode ser encontrado no caso que é tido como a pedra angular do constitucionalismo norte-americano na doutrina do *judicial review*, o caso *Marbury v. Madison*. A adequada compreensão da decisão da Suprema Corte deve considerar as circunstâncias políticas em que se deu o julgamento, tendo em conta a disputa entre Jefferson e Adams envolvendo a nomeação de juizes de paz no apagar das luzes do mandato de Adams. Essa a razão pela qual Sanford Levinson faz severas críticas no seu: *Why I Do Not Teach Marbury (Except to Eastern Europeans) and Why You Shouldn't Either* ao referido precedente, i) quer porque não se compreende o contexto político e histórico daquela decisão; ii) quer porque entenda que há casos muito mais relevantes (a exemplo de *Cooper v. Aaron*), ou porque referido precedente iii) reforça a ideia do Realismo norte-americano - na linha do que a constituição é aquilo que os juizes dizem ser - fragiliza a noção de supremacia constitucional. (LEVINSON, 2003). Mas ainda que *Marbury vs. Madison* tenha sido romantizado, não negamos seu valor como precedente clássico no estudo da *judicial review* e nem por isso entendemos que a origem do constitucionalismo estadunidense seria “autoritária” por encetar uma solução política e jurídica proposta pelo *Chief Justice* Marshall.

⁶³ Nesse aspecto destaca Paolo Grossi: “É nesse ponto preciso que se faz viva a função ulterior da presença crítica do historiador. Sua tarefa, relacionada com seu estatuto epistemológico, é a da relativização, a de inserir o dado no seio da história, e assim relativizá-lo. É desta relatividade histórica que temos hoje necessidade. O historiador pode e deve alertar o privatista e o publicista, estes apaixonados pelos valores transmitidos pelo ontem imediato, de que os mesmos constituem somente o fruto de dito passado próximo, e que, há apenas duzentos anos, a Europa continental vive de tais valores: que o mundo histórico tem vivido também de valores, e de alguns valores alternativos, senão contrários. Estou me referindo às grandes experiências jurídicas do direito romano, e do direito comum medieval e pós-medieval, a uma tarefa histórica de relativização, cuja eficácia poderá ser potencializada se o historiador contar com a companhia do comparatista – conhecedor solvente do planeta jurídico que convive conosco, limítrofe e, todavia, distante. O *common law*, um planeta que não padece da quebra sofrida no século XVIII pelo direito continental europeu, e que, assim, se situa com maior relação de continuidade aos valores representados pelo *ius commune* medieval.” (GROSSI, 2005, p. 38).

As razões para que o Direito Administrativo brasileiro tenha seus rompantes autoritários está muito mais centrada nos períodos de exceção pelos quais já passamos em nossa democracia, que propriamente nas origens do contencioso francês. A falta de uma cultura de Administração como *res publica*; o fisiologismo; o patrimonialismo; fizeram com que por muito tempo (e lamentavelmente até hoje de maneira episódica) se confunda o interesse e a vontade privada do administrador com o interesse público da Administração.

O incremento da participação popular nas decisões administrativas é fenômeno recente, e a falta de uma sociedade civil mais engajada no processo de tomada de decisão e fiscalização explica bem melhor nossos ranços e vieses autoritários dos quais, continuamente, o Direito Administrativo tenta libertar-se.

A despeito da constatação da independência histórica e institucional do momento do surgimento do contencioso administrativo com os atuais problemas da teoria da separação dos poderes, nos parece aceitável concluir que apesar de serem fenômenos muito diferentes, nos parece existir atualmente algumas preocupações em comum, especialmente no que tange a uma maior separação funcional entre os poderes e o receio que um poder possa imiscuir-se no núcleo duro de competências do outro. Curiosamente, vivemos um momento histórico de crescente importância política do Poder Judiciário em detrimento dos demais poderes, justamente o receio dos revolucionários franceses sobre um governo de juízes que volta a assombrar — de maneira diversa mas igualmente assustadora — as relações entre Judiciário e Administração.

Nessa linha, analisemos outro aspecto da tríade tradicional da separação de poderes que vem estremecendo suas bases originais. Trata-se das funções exercidas pelo Poder Judiciário nas sociedades contemporâneas, cujo incremento tem levado a excessos para além da mera judicialização próprias dos estados constitucionais. Trata-se do fenômeno do ativismo judicial.

2.7 O PROBLEMA DO ATIVISMO JUDICIAL E O DESEQUILÍBRIO DA BALANÇA DOS PODERES

O Poder Judiciário tradicionalmente sempre foi o mais frágil dos poderes. O próprio Montesquieu assim o definiu: “Desta forma, o poder de julgar, tão terrível entre os homens, como não está ligado nem a certo estado, nem a certa profissão, torna-se, por assim dizer, invisível e nulo. Não se têm continuamente juízes sob os olhos; e teme-se a magistratura, e não os magistrados” (MONTESSQUIEU, 1996, p. 169).

Mas como tudo muda sob o céu, atualmente o Poder Judiciário goza de prestígio e poder nunca dantes visto⁶⁴. De patinho feio, transmutou-se em exuberante cisne, cujo canto fascina, assusta e prenuncia profundos questionamentos sobre sua legitimidade em imiscuir-se nos demais poderes de modo excessivo e mesmo disfuncional.

O papel do Judiciário como guardião da Constituição e sua influência nas democracias contemporâneas ganha notável expansão ainda que formalmente destituído de qualquer representatividade eleitoral e mesmo carecedor de verdadeira legitimidade política.

Parte deste fenômeno explica-se pelo fato que a proeminência dos juízes na ordem política decorre também da expectativa dos cidadãos de serem atendidos de modo mais direto, obtendo aquilo que por vezes não conseguem nas urnas. Nesse sentido, diz-se que o ato de julgar tem sido gradativamente visto como *metapolítico*, sendo preferível por muitas pessoas por oferecer resultados mais tangíveis (ROSANVALLON, 2008, p. 16).

Não se deve confundir o ativismo judicial com a judicialização da política. A relação entre Direito e política não é necessariamente ativista. A judicialização mostra-se como uma questão social própria das transformações havidas no Direito, especialmente a partir das constituições contemporâneas. Já o ativismo é gerado no próprio sistema jurídico através de postura deliberadamente central do Poder Judiciário ao assumir papel preponderante no contexto social e político, exercendo competências que não lhe são dadas pela Constituição (STRECK; TASSINARI; LEPPER, 2015, p. 55-56).

David Landau salienta que os problemas inerentes às instituições democraticamente eleitas têm gerado desconfiança no eleitorado e de consequência, disfunções democráticas. Na Colômbia juízes têm demonstrado preocupação com a performance das instituições e expressam conscientemente as preocupações com a política legislativa de modo a justificar ativismo judicial. Desde 1991 a Corte Constitucional Colombiana iniciou programa para enfraquecer a presidência e melhorar o funcionamento da legislatura regrado amplamente o

⁶⁴ A ascensão dos não eleitos, aqui entendidos como a ampla gama de entes nacionais e internacionais que exercem funções administrativas ou órgãos técnicos que gerem e reúnem informações aos cidadãos e que não têm sua legitimidade oriunda diretamente dos poderes formalmente instituídos. Para exemplificar como os entes não eleitos poderiam conviver com os demais poderes instituídos Frank Vibert propõe: “When the Founding Fathers of the American Constitution looked at the separation of powers, Hamilton declared that the judicial branch should be seen as ‘the least dangerous’ to the democratic aims of the Constitution. It had neither the force of the executive branch nor the law-making powers of the legislative. It relied on the quality of its judgements for its authority. In practice, the authority of the judiciary is more powerful than Hamilton allowed and the judiciary can act as a threat to other and lesser jurisdictions. It can also act in collusion with the other branches. From one perspective the new branch of government might be viewed as the new claimant for the title of the ‘least dangerous’ branch. The bodies that belong to it have limited executive powers, they rely for the statutory definition of their roles on the legislative branch, and they lack the long tradition that imparts an embedded authority to the law. The underlying ability of the new bodies to command respect and authority hinges on how well they muster and deploy reliable analysis and information.” (VIBERT, 2007, p. 181-182).

processo legislativo. Países como a Índia ao enfrentar a corrupção têm tomado posturas ativistas; igualmente na África do Sul onde houve maior deferência⁶⁵ aos atores políticos, muitos estudos estão concentrados em saber como a Corte pode amenizar os problemas associados a uma democracia de partido dominante (LANDAU, 2018, p. 36).

Decisões de natureza política devem ser tomadas a quem cabe precipuamente à instituição melhor legitimada para tanto, devendo evitar-se que os tribunais submetam estas instituições a um controle de maior intensidade, sob pena de usurpar a competências típicas da Administração Pública (JORDÃO, 2016, p. 85).

A tendência dos tribunais é tomarem decisões *não deferentes* quando estejam em jogo questões *juridicamente sensíveis*, no sentido de resolverem direitos e bens jurídicos altamente valorados por uma sociedade de modo a demandar intensa proteção do Judiciário, de modo que as características institucionais dos tribunais são melhor desenhadas para tomarem certas decisões e exercerem controle sobre a Administração Pública. Assim, temas como restrições a direitos fundamentais, controle sobre as sanções administrativas, a proteção de valores constitucionais, favorecem ao exercício de um controle judicial pouco deferente (JORDÃO, 2016, p. 58-80).

Doutra banda, o controle judicial tende a ser mais deferente quando estejam sob sua análise em questões de natureza política ou quase-políticas, compreendida a política como escolha *de prioridades e de balanceamento de finalidades públicas conflitantes*. Há uma *decisão política quando uma entidade realiza opções num espaço de prévia determinação*. Portanto, uma decisão de natureza política deve ser tomada por aqueles que detêm maior legitimidade democrática (JORDÃO, 2016, p. 80-85).

⁶⁵ O tema da deferência judicial é profundamente ligado à teoria da separação e quais os limites a serem observados pelo Poder Judiciário ao intervir noutros poderes, o que nos leva à reflexão sobre a necessidade de autocontenção judicial, no sentido de saber que certos temas submetidos ao crivo judicial demandam parâmetros, cautelas e análise concreta do caso de modo a conter o grau de intervenção noutros poderes, evitando-se o ativismo judicial. O direito estadunidense consagrou sobre o tema na célebre doutrina Chevron, bem sintetizada por Cass Sunstein: “Chevron famously creates a two-step inquiry for courts to follow in reviewing agency interpretations of law. The first step asks whether Congress has “directly spoken to the precise question at issue,” an inquiry that requires an assessment of whether Congress’s intent “is clear” and “unambiguously expressed.” The second step asks whether the agency’s interpretation is “permissible,” which is to say reasonable in light of the underlying law. It is an understatement to say that a great deal of judicial and academic attention has been paid to the foundations and meaning of Chevron’s two-step inquiry. But in the last period, the most important and confusing questions have involved neither step. Instead they involve Chevron Step Zero—the initial inquiry into whether the Chevron framework applies at all. The Supreme Court has issued several important Step Zero decisions, which clarify a number of questions but also offer complex and conflicting guidance. As we shall see, the area is pervaded by legal fictions about congressional understandings, and the proliferation of fictions has vindicated the fears of those who have insisted on the importance of a simple answer to the Step Zero question.” (SUNSTEIN, 2006, p. 190-191).

Justamente pelo fato dos juízes terem baixa aderência à legitimidade popular (a despeito de muitos pensarem o contrário) por não serem eleitos, nem tampouco terem por mister atenderem às demandas e vontades políticas dos eleitores, sua atividade implica em baixa responsividade popular. Desse modo, estão menos habilitados a intervirem em decisões de natureza política. Já as características das autoridades administrativas, mormente as nomeadas pelos agentes políticos que chegaram aos respectivos cargos por mandato popular, mostram-se institucionalmente mais aptas a darem respostas em questões de natureza política (JORDÃO, 2016, p. 86).

Posturas ativistas não são exclusivas das cortes constitucionais mas em toda interpretação e aplicação do Direito nas instâncias judiciais, mormente quando no Brasil adotamos o sistema de controle concentrado e difuso de constitucionalidade.

Não obstante estes problemas, também se verifica que, de todos os poderes instituídos, o Judiciário é o menos sujeito a controles recíprocos, fazendo que muitos juristas afirmem tratar-se de um *peso sem contrapeso* (SANTOS, 2014, p. 12).

Podemos encontrar ecos da postura ativista tanto na Escola do Direito Livre, na Jurisprudência dos Interesses e na jurisprudência da Suprema Corte estadunidense, especialmente na *Era Lochner* e também na *Corte Warren* e mesmo no Brasil na doutrina do *Habeas Corpus* pela atuação do Supremo Tribunal Federal até 1926, e, ainda, dos influxos do institucionalismo e ordinalismo⁶⁶ com destaque a Santi Romano e Carl Schmitt. (SANTOS, 2014, p. 49).

Se há muito a lei deixou de ser suficiente para compreensão do fenômeno jurídico, isto não significa seu abandono. O papel da jurisprudência é criar o Direito nos limites semânticos

⁶⁶ Segundo Manuel de Lucena o ordinalismo pode assim ser contextualizado: “E acrescente-se agora que, na linha de lições da escola histórica (mas não só), C. Schmitt desenvolveu uma concepção jurídico-política, dita «ordinalismo concreto», que frontalmente recusa a supremacia do Estado legislador, com as suas normas gerais e abstractas, sua formal igualdade. Essas leis decerto convêm às esferas não institucionais da vida social onde as relações sejam de essência contratual ou meramente técnicas: são boas para regular o tráfego e disciplinar os contratos em economia de mercado. Mas o absoluto predomínio da lei deve considerar-se passageiro. Aconteceu na sociedade individualista e burguesa do século XIX, tendo por efeito separar o Direito do justo e degradar as mais preciosas comunidades humanas: familiares, municipais, profissionais, religiosas, militares... Todas estas instituições, tomadas na sua realidade e enraizamento profundo, têm substância jurídica própria, indissociável da respectiva existência e processo histórico. E nessa substância também se dão regras gerais, mas regras que emanam (as adequadas e fecundas) da concreta intimidade dos referidos organismos. Constituem o ordenamento interno deles — e autónomo. Não se devem confundir com as leis gerais e abstractas de um liberalismo que os ignora, quando os não oprime. O ordenamento concreto de um povo, que integra os múltiplos ordenamentos parciais, constitui assim a realidade juridicamente decisiva, de onde emergem os valores típicos, concretamente apurados através do «soldado corajoso, do funcionário consciente, do colega leal». Acrescentemos nós a «mãe extremosa», a «esposa fiel» e por aí fora... Então, as regras gerais aparecem como simples meios de se realizar o Direito intrinsecamente justo, porque adequado à vida popular. Não criam o ordenamento. Cabe-lhes tão-só «uma função reguladora [...] com relativa autonomia». Função essa, de resto, no desempenho da qual se acalenta o pluralismo das fontes: nem sequer aí haverá monopólio da lei, com a qual concorrem a jurisprudência e os costumes.” (LUCENA, 1976, p. 660).

e sintáticos da norma jurídica, sem com isso confundir norma jurídica com enunciado linguístico.⁶⁷ Nesse sentido, o Estado Constitucional passou a ter natureza legislativa e jurisdicional, mas sem abdicar da objetividade de modo a vincular o juiz e evitar decisionismos.

No Brasil, o ativismo judicial tem despertado atenção de estudiosos de outros países⁶⁸. Quando isto acontece é porque realmente estamos levando o ativismo judicial a patamares que causam grande perplexidade. Este fenômeno leva inevitavelmente a uma nova configuração da relação entre os poderes. O fenômeno ganha especial destaque porque tivemos diversas condições favoráveis para que o ativismo ganhasse tal expressividade, a saber: o surgimento do neoconstitucionalismo, do qual nos ocuparemos no segundo Capítulo; o incremento da jurisdição constitucional; a crise da democracia representativa e a judicialização dos fatos da vida de modo mais intenso ao que estávamos habituados⁶⁹. (PEREIRA, 2011, 323-333).

Importante ainda não confundirmos gênero criativismo judicial com uma de suas espécies: o ativismo judicial. Sobre o tema calha a distinção feita por Maria Benedita Urbano, que distingue três espécies de *criativismo*: 1) *o criativismo tradicional ou ortodoxo*: 1.1) a abranger situações onde os juízes apenas interpretam trazendo à tona o real significado da norma; 1.2) situações onde juízes desenvolvem o sentido da lei ou do Direito, a exemplo do preenchimento de lacunas; 2) *criativismo limítrofe*, caracterizado por recomendações de políticas legislativas ou o adiamento da remoção da norma inconstitucional; 3) *criativismo*

⁶⁷ Nesse sentido Maria Benedita Urbano esclarece: “A identificação entre enunciado linguístico da norma e norma colocava os juízes constitucionais perante um dilema: ou mantinham a plena validade do enunciado, sendo certo que uma ou várias das interpretações possíveis do mesmo desrespeitavam a constituição, ou pura e simplesmente anulavam-no, ainda que o mesmo fosse susceptível de uma interpretação ainda compatível com o texto constitucional, com isso correndo o risco de gerar ‘uma situação mais gravemente inconstitucional do que a que implica o risco daquelas interpretações’” (URBANO, 2010, p. 416).

⁶⁸ Veja-se a opinião de Maria Benedita Urbano acerca deste aspecto: “A opção por este tema prende-se com o interesse que o fenômeno do activismo judicial me tem suscitado, em especial aquele que se verifica no Brasil no domínio eleitoral. A fluidez criativa dos ministros do STE [leia-se TSE] deixa-me perplexa, e as justificações avançadas para legitimar esta sua actividade de verdadeira e autêntica produção jurídica não totalmente convencida acerca da sua bondade” (URBANO, 2010, p.411).

⁶⁹ Sobre as condições favoráveis às manifestações de ativismo elucidada Marcelo Caon Pereira: “5. Embora a origem do ativismo judicial seja primariamente comportamental ou interna, secundariamente o fenômeno sofre influência de fatores externos, de natureza jurídica, política e social. Esses elementos secundários, que denominamos de condições favoráveis a manifestações de ativismo, não são, contudo, condições necessárias à sua ocorrência: eles são apenas catalisadores do movimento. 6. O primeiro deles é o neoconstitucionalismo, um movimento ainda difuso que prega a revisão completa da teoria da interpretação, da teoria da norma e da teoria das fontes, resultando basicamente no resgate de premissas moralistas. O segundo é a existência de amplos instrumentos de controle de constitucionalidade no sistema jurídico brasileiro, tais como o controle incidental difuso de inconstitucionalidade por ação, o mandado de injunção e a ação civil pública. Já o terceiro diz respeito à crise na democracia representativa, que resulta na busca dos cidadãos por outras instâncias de poder dentro da sociedade, que melhor resolvam os seus problemas. Dentre estas, encontra-se o poder judiciário, única com poder de fazer valer as suas deliberações, independentemente de outros fatores. Essa última idéia conduz à quarta condição catalisadora do ativismo, que é a judicialização da política e dos fatos da vida. Tal significa dizer que questões de larga repercussão passam a ter a sua última palavra dada não mais pelas instâncias políticas tradicionais, vale dizer, pelos poderes legislativo e executivo, mas sim pelo poder judiciário, em um certo deslocamento do eixo de poder nas democracias.” (PEREIRA, 2011, p. 348-349).

patológico ou heterodoxo (ativismo judicial): 3.1) situações onde juízes reconfiguram a lei existente em vez de suprimi-las com a declaração da sua inconstitucionalidade; 3.2) situações onde os juízes criam a lei enquanto fonte primária do Direito, como reflexo de suas visões de justiça, invocando princípios gerais de direito ou princípios constitucionais.⁷⁰ (URBANO, 2010a).

Aqui encontra-se o epicentro do debate jurídico brasileiro e mundial neste começo do século XXI. Cada vez mais assistimos a um progressivo protagonismo e ativismo do Poder Judiciário (e dos demais órgãos de controle) de modo nunca dantes visto. No plano da separação e harmonia entre os poderes, é perceptível a implementação de controles cada vez mais rígidos e da voluntariedade dos juízes e órgãos de controle ao aplicarem a norma jurídica.⁷¹

Antoine Garapon evidencia o crescente papel dos juízes na França, que aplica-se ao Brasil com assustadora similitude:

O papel de guardiões da virtude pública destina-se, hoje, em França, aos juristas e, particularmente, aos juízes que se tornam, de forma bastante evidente, a consciência moral da vida social, política e económica. Estes últimos veem, assim, o seu afastamento da política e do dinheiro, do qual se queixavam a bem pouco tempo, transformar-se, subitamente, em vantagem. Pretendem-se apresentar-se como último refúgio da virtude e do desinteresse numa República abandonada pelos seus representantes. Tal facto desperta o velho demónio inquisitorial ainda presente no

⁷⁰ Conforme o texto original: “1) Traditional or orthodox lawmaking: 1. 1.) Situations in which judges merely interpret (bring out the true meaning) and apply the existing law in relation to particular facts; 1.2.) Situations in which judges develop the law/the legal system (e.g., when they fill in the gaps¹⁸). 2) Borderline lawmaking: situations in which judges issue guidelines or recommendations on legislative policy or in which they declare a legal norm unconstitutional but defer its removal, allowing the legislator to make a new provision in accordance with the judicial decision (e.g., exhortative decisions). 3) Pathological or unorthodox lawmaking judicial activism): 3.1.) Situations in which judges reshape and amend the existing law, rather than striking it down (e.g., when they adopt manipulative sentences); 3.2.) Situations in which judges create or establish law - in that sense that the court's decisions serve as primary source of law (introduce innovations to the legal system) and reflect their own views of justice -, usually invoking that they are simply developing existing general principles, in particular, constitutional ones” (URBANO, 2010b, p. 630).

⁷¹ Para aferição de uma maior ativismo e protagonismo do Judiciário brasileiro, pertinentes as considerações realizadas na pesquisa da Associação do Magistrados Brasileiros intitulada *Quem Somos: a magistratura que queremos*: “A pesquisa O PERFIL DO MAGISTRADO BRASILEIRO, iniciativa da AMB em meados dos anos de 1990, foi dedicada a conhecer o personagem que, premido pelas mudanças institucionais, sentia a sobrecarga que lhe era infligida como membro de um Poder Judiciário atuante, num contexto de defesa de novos direitos e daqueles já conquistados. Vivemos, desde então, a experiência de um Judiciário forte, presente de modo inédito na vida política e social brasileira – o Terceiro Gigante, de que falou Cappelletti. Essa presença assumiu tal monta que a expressão judicialização da política e das relações sociais se, por um lado, enriqueceu o vocabulário corrente da ciência política, favoreceu, por outro lado, a que certos círculos considerassem a hipótese de que o Poder Judiciário brasileiro estaria conhecendo uma abertura indiscriminada de sua agenda a temas da política e da sociedade, podendo “comprometer a integridade do direito”, para lembrar do alerta de Philippe Nonet e Philip Selznick (DIREITO E SOCIEDADE: A TRANSIÇÃO AO SISTEMA JURÍDICO RESPONSIVO, Rio de Janeiro, Revan, 2010). De acordo com esses autores, o direito autônomo, que rege o governo de leis, pode ser levado a uma abertura da sua lógica a temas novos, de difícil e complexa resolução como *hard cases*. No entanto, tal abertura não pode ser indiscriminada, casuística e arbitrária, sob pena de comprometimento da sua identidade e eventual retrocesso a um direito repressivo.” Disponível em <http://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Pesquisa_QUEM_SOMOS__AMB_completa_para_site.pdf> Acesso em 19 de fevereiro de 2019.

imaginário latino. Estas novas expectativas surpreendem uma magistratura pouco preparada para esse papel. Daí decorrem excessos, na verdade pouco numerosos, mas que merecem ser analisados, nem que seja apenas para os conjurar.

Governo de juízes, activismo jurisdicional, protagonismo judicial, tentação da justiça redentora... São muitas as palavras que permitem designar os novos perigos que a justiça pode criar à democracia.

[...]

O juiz torna-se o novo anjo da democracia, que reclama um estatuto privilegiado do qual já expulsou os homens políticos. Sente-se investido de uma missão redentora em relação à democracia, coloca-se numa posição de destaque, inacessível à crítica popular. Alimenta-se do descrédito do Estado, da decepção em relação ao político. A justiça concluiria, assim, o processo de despolitização da democracia...

Eis a promessa ambígua da justiça moderna: os pequenos juízes livrar-nos-ão dos políticos corruptos e os grandes juízes, da própria política. A justiça participa deste recalçamento do político, tanto através do desvio aristocrático, como através da tentação populista. (GARAPON, 1998, p. 53-54; 74-75).

Ao analisar o uso alternativo do direito no início dos anos 1970 na Itália e seus reflexos nas décadas de 1980 e 1990, António Manuel Hespanha atribuí o crescimento do protagonismo judicial no plano metodológico: i) ora pela crença que juristas e a jurisprudência possam ser mais progressistas que os avanços do poder político estatal e ii) na crença que juristas e juízes seriam “um meio menos contaminado e menos contaminável pela corrupção das instituições...” (HESPANHA, 2009, p. 456).

O caso brasileiro embora diferente do caso italiano guarda algumas semelhanças, pois nossa sociedade civil deposita expectativas no Poder Judiciário para promover reformas políticas, institucionais e cívicas onde os juízes “Protegidos do governo pela sua independência estatutária, libertos — em virtude do sistema da sua designação — das influências partidárias e dos compromissos eleitoralistas dominados por um ideal de justiça como igualdade e equilíbrio e formados num ambiente intelectual e universitário progressista, os juízes deveriam estar em condições de realizar um direito igual, mesmo numa sociedade de classe.” (HESPANHA, 2009, p. 457).

Doutro vértice, há defensores da legitimidade democrática conferida pela opinião pública ao Poder Judiciário. A aproximação mais direta do Judiciário no atendimento das demandas propostas pelos cidadãos parece indicar maior concretude e proximidade que a representação dos parlamentos eleitos.

No Brasil destaca-se a posição de Luís Roberto Barroso, ao defender que o Supremo Tribunal Federal para além da *função contramajoritária*, estaria a desempenhar *função representativa*, além de uma função que denominou de *vanguarda iluminista*. Aduz que a democracia é muito mais que expressão numérica de votos, pois sua dimensão substantiva implica na preservação de valores e direitos fundamentais, consistindo assim em votos, direitos e razões. (BARROSO, 2017, p. 26-27).

Em relação à *função representativa*, Barroso parte da premissa que as democracias contemporâneas transferiram ao Judiciário um certo grau de criação do Direito. Em face da superação do modelo tripartite de separação de poderes o Judiciário — dentro de certos contextos — pode ser o melhor intérprete do sentimento majoritário. As razões de tal legitimidade estariam assentadas tanto no i) ingresso dos magistrados pelo acesso democrático da via do concurso público; ii) o alto custo das campanhas eleitorais e o comprometimento dos políticos com seus financiadores e bases eleitorais; iii) a garantia de vitaliciedade dos juízes que os deixaria menos suscetíveis as circunstâncias políticas de curto prazo, nem a tentações populistas; iv) no fato dos órgãos judiciais atuarem apenas quando provocados e nos limites da lide; v) da necessidade das decisões judiciais serem motivadas, impondo ao magistrado o dever de expor publicamente suas razões de decidir, implicando ainda numa “legitimação discursiva”. Ao final, elenca uma série de casos onde o STF teria decidido “em claro alinhamento” com as demandas da sociedade, citando o caso da vedação ao nepotismo, fidelidade partidária e vedação da participação de empresas privadas no financiamento eleitoral (BARROSO, 2017, p. 54-59).

Quanto a função de “vanguarda iluminista”, Barroso assevera o papel o do STF em “empurrar a história quando ela emperra”. Reconhece tratar-se de competência perigosa pelo risco democrático das cortes constitucionais transformarem-se em instâncias hegemônicas. Para tanto, exemplifica o papel do STF quando do julgamento da equiparação da união homoafetiva às uniões estáveis, o que abriu a via do casamento entre pessoas do mesmo sexo; o reconhecimento a mudança de sexo e alteração do nome civil; utilização de banheiros públicos compatíveis com a percepção de cada qual. Assevera que dificilmente o legislador ordinário poderia enfrentar e superar estes temas. Encerra seus argumentos listando uma série de decisões em diversos ramos do Direito que consistiram em nítido avanço social no Brasil (BARROSO, 2017, p. 59-65).

As propostas de Luís Roberto Barroso foram franca e elegantemente enfrentadas na obra: *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luis Roberto Barroso* (VIEIRA; GLEZER, 2017). De nossa parte, pensamos não serem sustentáveis as novas funções das cortes constitucionais propostas por Luís Roberto Barroso. No tocante à *função representativa* destacamos que o Judiciário, a despeito de estar inserido no contexto social e naturalmente vocalizar os valores e razões existentes em determinado tempo e lugar, jamais deve assumir o papel de representação popular. E não deve porque o exercício da *função contramajoritária* é absolutamente incompatível com a alegada *função representativa* e, principalmente, porque há

necessidade de grande cautela em saber a qual “voz das ruas” se está a auscultar. Sabidamente há grupos que se fazem ouvir muito mais que outros, e nem sempre são maioria.

Quando o Judiciário deveria escutar a voz das ruas como decorrência do voto popular, o avassalador número de cassações de mandato no Brasil nos permite inferir que esta voz não é ouvida, trata-se de “infantilizar o eleitor”⁷² como se tivesse feito má escolha.⁷³

Demais disso, este alinhamento popular é extremamente problemático, perigoso e seletivo. Isto porque ouvir a “voz das ruas” não é para qualquer tema, mas apenas àqueles que sejam de interesse dos integrantes da Corte Constitucional. Eis o dilema das cortes constitucionais ao auscultar a voz das ruas: oscilam entre ouvidos moucos e ouvidos de lince.

Não obstante, há temas reais onde se pensa existir pleno alinhamento popular quando em verdade não há alinhamento algum, até porque o grau de informação disponível pela população — e mesmo pelos ministros do STF — é insuficiente para que tenha adequada percepção de certos assuntos. O exemplo contundente é a contribuição financeira de empresas para campanhas eleitorais. Eliminou-se fonte legítima, legal e sobretudo: *rastreável* de contribuição eleitoral, para passar-se à absoluta ilegalidade com contribuições escusas, e, pior, agora tendo de impor-se o ônus das contribuições públicas pagas com dinheiro do contribuinte através do fundo eleitoral e do fundo partidário.

Por fim, no tocante à alegada função de *vanguarda iluminista* do Supremo Tribunal Federal, diga-se que as cortes constitucionais devem agir com maior autocontenção. Cumprir a lei já é algo bastante iluminista. Por certo que papel institucional dos tribunais constitucionais é dar conta dos desafios e problemas contemporâneos, que dada a velocidade de transformação e inovação sociais, a atividade legislativa tarda a dar respostas. Mas isto não pode implicar em *captura* da função legislativa pelo Judiciário.

De toda sorte, o problema está em indicar se estamos verdadeiramente diante de uma atuação da Corte Constitucional na linha de uma “vanguarda iluminista”, posto que em muitos casos estaremos diante de um “retrocesso iluminista”.

⁷² Sobre a *infantilização do eleitor*, calham as reflexões de Ruy Samuel Espíndola: “Hoje, em face do crescente processo de infantilização do eleitor, marginalização dos candidatos, e protagonização do processo eleitoral não mais pelo eleitor popular, mas pelo juiz eleitoral, é necessário investir mais em advogados do que em “marqueteiros”, pois é muito provável que o resultado obtido nas urnas poderá ser “subvertido” ou “golpeado” na justiça eleitoral, em desfavor do eleito pela soberania popular e, principalmente, em desfavor da própria soberania popular ao argumento fictício de protegê-la dela própria!” (ESPÍNDOLA, 2018, p. 72).

⁷³ O necessário respeito pela liberdade de escolha do eleitor é bem acentuado por Eneida Desiree Salgado: “Uma concepção perfeccionista, que admite a autenticidade do voto a partir da consciência política e de um espírito coletivo, abre espaço para discursos elitistas, que normalmente vinculam a ‘consistência ideológica do voto’ à posição social do eleitor. A liberdade na escolha de representantes deve ser preservada, pois é ‘a concretização mais vigorosa da liberdade de manifestação de pensamento.’” (SALGADO, 2010, p. 43).

Apenas para ficar no primeiro exemplo trazido por Luís Roberto Barroso do papel vanguardista da Corte Constitucional no âmbito do Direito Civil, tratou da proibição de prisão por dívida no caso de depositário infiel, no sentido de reconhecer-se a internalização do Pacto de San José da Costa Rica (BARROSO, 2017, p. 63). Ora, a mesma Convenção Americana de Direitos Humanos – CADH também previu estritas limitações à elegibilidade dos candidatos (art. 23, 2), de modo que se o STF fizesse aplicação da CADH às hipóteses de inelegibilidade previstas na LC 64/1990 e LC 135/2010 (Lei da Ficha Limpa⁷⁴) teria de reconhecer a inconvenção da maioria dos dispositivos destas normas, eis que a única condenação que limitaria o exercício de direitos políticos seria exclusivamente a decorrente de *processo penal*. Apenas para tomar um exemplo do tipo de inconvenção que aqui se está a aduzir, é absolutamente inconvenção o art. 1º, I, “g” da LC 64/1990, eis que condenação em processo administrativo não poderia restringir o exercício dos direitos políticos fundamentais.

Por certo que temas de proteção de grupos minoritários ou vulneráveis é mais fácil encetar o raciocínio que se está a atuar na vanguarda.⁷⁵ Mas basta adentrar em outros tópicos sensíveis, especialmente os que envolvem Direito Eleitoral, Direito Penal ou direitos dos agentes políticos, que a vanguarda das cortes constitucionais se transforme em “guarda”, atuando como Poder censor de moralismos politicamente apetecíveis aos integrantes das cortes.⁷⁶

⁷⁴ A temática foi tratada por Marcelo Ramos Peregrino Ferreira (FERREIRA, 2015b).

⁷⁵ Mark Tushnet bem alerta que todos nós podemos nos ver como potenciais beneficiários da atuação das cortes constitucionais, mas isto nos cega para os riscos de legislarem contra nós: “At the moment, progressives and liberals are losing more from judicial review than they are getting. The Supreme Court has restricted affirmative action and the people’s ability to regulate campaign finance. Women have obtained enough political power that most of their gains have come from legislation rather than constitutional interpretation. If Bickel’s argument applies to the case of gays and lesbians, we can expect more political victories for those groups in the near future. But nothing is certain. Political gains may erode or, in the case of gays and lesbians, may never come to fruition. A political leader interested in populist constitutional law might not emerge, or the ones who do might not be talented enough. This makes a final conclusion difficult. Each of us can see ourselves as the potential beneficiary of some constitutional ruling, and our hope for rulings in our favor may blind us to the risk that rulings will go against us—not in the limited sense that the Court will not take our side, but in the broader and more troubling sense that the Court will actively join our adversaries.” (TUSHNET, 1999, p. 172).

⁷⁶ Sobre os riscos da moralização do Direito e das posturas ativistas vejamos a opinião de Lenio Streck, Clarissa Tassinari e Adriano Lepper: “O aplauso de hoje do ativismo jurídico pode ter sua antítese amanhã, quando os que hoje festejam se sentem prejudicados. Não se pode admitir, pelo menos em um regime democrático, baseado no respeito às regras do jogo, que o Judiciário lance mão de ‘argumentos metajurídicos’ em suas decisões. Eles precisam decorrer de uma atribuição de sentidos oriunda de textos normativos. Assim como não existe salvo-conduto para atribuição arbitrária de sentidos, com tal razão, não se pode admitir que um julgador deixe de lado o texto constitucional em benefício de qualquer outro fundamento. Senão, está ferindo as regras do jogo democrático, do qual ele, por determinação constitucional, é exatamente o guardião. O que há nos ‘argumentos metajurídicos’ é, na verdade, uma tentativa de “moralização do Direito”. Aposta-se no protagonismo judicial, considerado como inevitável. Mas o fato de o intérprete atribuir o sentido não quer dizer que ele possa, sempre dar o sentido que lhe bem convier (como se houvesse uma separação integral entre texto e norma e como se estes tivessem existências autônomas) e deixar de lado o texto constitucional (STRECK; TASSINARI; LEPPER, 2015, p. 59).

Quando o STF pretende usar de sua função representativa ou mesmo de vanguarda iluminista, é deveras preocupante sua ilegítima interferência nas questões relativas a *megapolítica* ou da *política pura* (HIRSCHL, 2013)⁷⁷, como os clássicos casos da verticalização das candidaturas (ADI nº 2.628-3 e ADI 2.626-7) que implicou em graves modificações das regras eleitorais ao arrepio do parlamento em nítida atuação ativista. O mesmo ocorreu na *alteração do número de vereadores* de modo proporcional à população (REx 197.971/2002) onde o Município de Mira Estrela foi alçado à condição de celebridade entre os eleitoralistas. Ao apreciar o caso em sede de Recurso Extraordinário o STF criou regra no tocante ao parâmetro aritmético a ser utilizado por números de habitantes em relação ao de habitantes. Tal entendimento resultou na edição pelo Superior Tribunal Eleitoral da Resolução TSE nº 21.702/2004. O caso denota postura ativista do STF, que atuou como se fosse legislador positivo, além de aplicar efeito transcendente e vinculante em sede de controle difuso de constitucionalidade. Igualmente, no caso da fidelidade partidária (MS 26.602, 26-603 e 26.604) o STF mudou seu entendimento que a perda de mandato estava fixada expressamente na CF/1988, posicionando-se que a mudança de partido, sem justa causa, redundaria em perda de mandato. A atuação do STF no caso é altamente preocupante por usurpar a competência do Legislativo, com baixa densidade decisória por não encontrar efetivo respaldo na Constituição. (FARIA; DIAS, 2017, p. 294-305).

Doutra banda, nem sempre a atuação do STF dá-se de modo ativista. Por vezes a Corte posiciona-se de modo deferencial⁷⁸. Apenas chamamos a atenção nos casos acima para

⁷⁷ A denominação *megapolítica* quer referir-se a controvérsias fundamentais que afetam as comunidades políticas, impondo mudanças importantes especialmente as tocantes a processo eleitoral, planejamento econômico, aborto, eutanásia, entre outros temas de relevância nos quais interferem diretamente as cortes constitucionais. O tema de megapolítica que mais nos interessa diz respeito a judicialização da política pura como relevante fenômeno jurídico da atualidade, como destaca Ran Hirschl: “Uma terceira classe emergente de judicialização da política é o emprego de tribunais e juízes para lidar com o que podemos chamar de “megapolítica”: controvérsias políticas centrais que definem (e muitas vezes dividem) comunidades inteiras. A judicialização da megapolítica inclui algumas subcategorias: judicialização de processos eleitorais; supervisão judicial de prerrogativas do Poder Executivo em áreas de planejamento macroeconômico ou segurança nacional (o fim daquilo que é conhecido na teoria constitucional como a doutrina da “questão política”; dilemas fundamentais de justiça restaurativa; corroboração judicial de transformações de regime político; e, acima de tudo, a judicialização da formação de identidades coletivas, processos de construção de nações e disputas a respeito da própria definição — ou *raison d'être* — da comunidade, talvez o tipo mais problemático de judicialização do ponto de vista da teoria constitucional. Essas áreas emergentes de política judicializada expandem as fronteiras do envolvimento de tribunais superiores nacionais na esfera política para além do âmbito dos direitos constitucionais ou do federalismo, levando a judicialização da política a um ponto que excede de longe qualquer limite previamente estabelecido. Na maioria das vezes, essa tendência é apoiada, tácita ou explicitamente, por poderosos agentes políticos. O resultado tem sido a transformação de cortes supremas no mundo inteiro em parte central dos aparatos nacionais para a elaboração de políticas públicas. Em outra oportunidade, descrevi esse processo como uma transição para a juristocracia.” (HIRSCHL, 2013).

⁷⁸ Como exemplos de postura deferencial do STF, Clèmerson Merlin Clève e Bruno Meneses Lorenzetto elencam três casos emblemáticos: A demarcação de terras indígenas Raposa Serra do Sol (PET 3.388/RR, Rel. Carlos Britto) prestando deferência ao Executivo que tem melhor expertise técnica na matéria inclusive realização de

demonstrar que os perigos do ativismo, ainda que pontuais, merecem toda atenção para que possam ser refreados a tempo na jurisdição constitucional.

Claro que judicialização da megapolítica não é apenas por gosto, projeto de poder ou postura ativista do Judiciário. Como todo problema complexo, é evidente que certos setores da política e dos demais poderes se utilizam do Judiciário como ferramenta para alcançar seus próprios interesses⁷⁹, seja o Legislativo omitindo-se no seu dever de legislar e atribuindo ao Judiciário a impopularidade por certas decisões, seja através de candidatos ou partidos políticos para interferir no processo eleitoral cujo resultado não foi favorável a certo grupo político.⁸⁰

Outra questão interessante diz respeito à rapidez do Judiciário no trato das expectativas da sociedade, o problema é que o *timing* do STF não é rápido o suficiente sequer para dar conta do grande número de ações constitucionais submetido à sua jurisdição, e, portanto, de atender adequadamente as expectativas sociais. Se o legislativo é moroso, ao menos atua como legítimo representante da soberania popular, os dados empíricos trazidos por Ivar Hartmann e Daniel Chada revelam que o tempo que o STF leva para julgar o mérito das ADIs é em torno de 5,32 anos e certos processos chegam a 20 anos. Sem dúvida todos sabemos da inacreditável carga de processos submetidos à jurisdição constitucional, que em média recebe 70.000 processos ano, o que explica a impossibilidade de oferecer — a tempo e modo — respostas as demandas que lhe chegam. Noutra vértice, este mesmo *timing* pode ser demasiadamente rápido quando se trata de decisões monocráticas em ADI em temas de profunda complexidade e que em

estudos antropológicos. Também no caso da Lei de Biossegurança n. 11.105/2005 que foi apreciada na ADI 3510, Rel. Carlos Britto, onde o STF que prestou deferência ao Legislativo ao decidir pela constitucionalidade da norma. Finalmente elencam o caso da união estável entre pessoas do mesmo sexo, onde mesmo reconhecendo postura ativista ao utilizar-se da interpretação conforme, a decisão deu-se no âmbito da proteção de grupos minoritários a justificar a jurisdição constitucional no tema. (CLÈVE; LORENZETTO, 2017, p. 496).

⁷⁹ Neste aspecto destaca Margarete de Castro Coelho: “De todo modo, se se considerar que o Legislativo se vale ou pode se valer da judicialização para assegurar determinados interesses que lhes são próprios, é preciso ter-se em conta que isso só lhes beneficia no curto prazo. É o que diz Dieter Grimm, ao observar que as questões levadas ao processo judicial costumam ter fim com a tomada de decisão, de modo que a deliberação dos conflitos na fase política ‘pode ser interrompida prematuramente.’” (COELHO, 2015, p. 119-120).

⁸⁰ Como precisão atenta para este fenômeno Ran Hirschl: “Do ponto de vista dos políticos, a delegação de questões políticas controversas para os tribunais pode ser um meio eficaz de transferir responsabilidade, reduzindo os riscos para eles mesmos e para o aparato institucional no qual operam. O cálculo dessa estratégia de “redirecionamento de culpa” é bastante intuitivo. Se a delegação de poderes é capaz de aumentar a legitimidade e/ou diminuir a culpa atribuída aos atores políticos pelo resultado da decisão da instituição delegada, então tal delegação pode beneficiar os atores políticos. No mínimo, a transferência de “abacaxis” políticos para os tribunais oferece uma saída conveniente para políticos incapazes ou desinteressados em resolver essas disputas na esfera política. Essa transferência também pode representar um refúgio para políticos que buscam evitar dilemas difíceis, nos quais não há vitória possível, e/ou evitar o colapso de coalizões de governo em estado de fragilidade ou de impasse. Da mesma forma, a oposição pode buscar judicializar a política (por exemplo, peticionando contra políticas públicas do governo) para dificultar a vida do governo da vez. Políticos da oposição podem recorrer ao Judiciário na tentativa de aumentar sua exposição na mídia, independentemente de o resultado final da disputa ser ou não favorável.”(HIRSCHL, 2013, p. 165).

questão de horas podem suspender diplomas normativos de grande repercussão (HARTMANN; CHADA, 2017, p. 180-183).

Mas o papel das cortes constitucionais como instâncias com legitimidade popular, é defendido por outros doutrinadores, a exemplo de Louis Favoreu, que assenta a legitimidade do Judiciário na opinião pública⁸¹. Alega que após a experiência fascista e nazista não é mais possível alegar que o legislador não possa fazer mal. Para o autor a verdadeira legitimidade é constituída pela opinião pública. Compete à opinião pública consagrar ou rejeitar o Judiciário tendo em conta sua jurisprudência, destacando que na França assim está consagrada esta legitimidade. (FAVOREU, 1994, p. 557 e 581).

O tema do legislador *fazer mal* ou ainda do argumento anti-positivista do *reductio ad hitlerum*⁸² tem graves problemas históricos e hermenêuticos. A alegada legitimidade do Poder Judiciário pela opinião pública é contrária ao papel do Judiciário como poder contramajoritário e a representatividade desta opinião pública hoje expressada em redes sociais ou por parcela da sociedade que consegue expressar-se por certos canais é insuficiente para aferir efetiva representação democrática.

As expectativas sociais do Judiciário são demais cambiantes e pouco confiáveis quanto à sua aferibilidade da legitimidade popular. Além disso, todo debate jurídico a nível constitucional requer profunda formação intelectual e expertise, justamente aquilo que a opinião pública menos pode oferecer tendo em conta seu natural desconhecimento do Direito como ciência.

O risco de atender-se aos anseios populares duvidosamente representados por certos canais que não representam toda a sociedade (mormente pelas redes sociais), faz com que o Judiciário esteja sujeito a pressões e descontentamentos absolutamente impróprios para condução de sua atividade. Não que deva estar a margem de certas expectativas sociais, mas não fazer delas seu objetivo de ação. No caso do STF estas pressões ficam evidentes na

⁸¹ Sobre este ponto assevera Louis Favoreu: “Deux remarques pour conclure. La question de la légitimité du juge constitutionnel prend une dimension particulière en Europe dans la mesure où, désormais, il existe un ou même deux juges susceptibles de désavouer les législateurs nationaux au niveau supranational. Comment en effet contester la possibilité pour le juge constitutionnel de contrôler les lois du Parlement dès lors que les Cours de Luxembourg et de Strasbourg — dont la légitimité démocratique est moins grande — peuvent le faire ? La véritable sanction de la légitimité de la justice constitutionnelle est donnée ou apportée par l'opinion publique. C'est elle qui en définitive consacre ou rejette l'institution au regard de sa jurisprudence et de son action au sein de l'État. En France, depuis une dizaine d'années, la légitimité du juge constitutionnel est ainsi consacrée.” (FAVOREU, 1994, p. 581).

⁸² Por todos, Dimitri Dimoulis demonstra a improcedência do argumento *reductio ad hitlerum* que pretende imputar alguma responsabilidade ao positivismo jurídico na legitimação do nacional-socialismo na Alemanha (DIMOULIS, 2006, p. 262).

transmissão pela TV Justiça das sessões do Pleno, com pelo menos dois sérios reflexos: votos e debates longos.⁸³

Igualmente não nos parece solução adequada para elevar a legitimidade da magistratura a instituição de voto popular para escolha de juízes. Os riscos de se ter uma magistratura eleita esbarram em sérios problemas, desde a tendência em decidir de modo a permanecer no cargo e continuar a ser eleito pela comunidade, além de fragilizar o sistema jurídico e o papel contramajoritário do Judiciário. Exemplo desse tipo de grave disfunção quando os juízes são eleitos pelo povo, pode ser exemplificado na chamada *magic jurisdiction*⁸⁴ nos Estados Unidos, onde certos estados elegem os juízes e estes são propensos a decidir de modo político para agradar sua comunidade de eleitores visando permanecer no cargo.

Este incremento do protagonismo do Poder Judiciário, se de um lado observa-se aumento do decisionismo judicial, inversamente, há progressiva redução na discricionariedade do administrador nas escolhas relativas ao chamado núcleo duro de conveniência e oportunidade. (CADEMARTORI, 2001). Não que tal exame esteja vedado aos órgãos de controle e mormente ao Poder Judiciário, todavia, a figura do “juiz-administrador” ou do “promotor-administrador” se torna cada vez mais (oni) presente, agindo em substituição aos agentes públicos que detém a competência para efetiva e legitimamente decidir.

Se de um lado temos graves omissões sobre as possibilidades do exercício controle administrativo pelo Judiciário, paradoxalmente, há graves excessos e abusos em substituição a decisões e atos administrativas legítimos e legais, tudo isso agravado pelo fato que o Judiciário — no exercício uno da jurisdição — ao desempenhar o controle externo não assume as consequências econômicas ou impactos dos acertos ou desacertos das suas decisões sobre a gestão pública.

⁸³ O aumento do tempo dos debates e votos mais longos foram mensurados por Felipe de Mendonça Lopes, que conclui: “To summarize, the results presented here indicate that the introduction of television in the STF had effects on the behavior of judges on two measurable dimensions: longer votes and longer discussions. Also, that those effects were not instantaneous. The effect on dissents, while significant in the regressions that include the full sample, does not survive the robustness checks. Thus, to answer the question posed on the introduction to this paper, results from the empirical analysis indicate that STF justices behave as politicians. The increase on vote length and discussions points to judges attempting to maximize their personal exposure on television, just as politicians do.” (LOPES, 2018, p. 67).

⁸⁴ Segundo o advogado Richard Scrugges o conceito de *magic jurisdiction* decorre das vultosas condenações que repercutem na comunidade responsável pela eleição do magistrado: “What I call the ‘magic jurisdiction,’ . . . [is] where the judiciary is elected with verdict money. The trial lawyers have established relationships with the judges that are elected; they’re State Court judges; they’re populists. They’ve got large populations of voters who are in on the deal, they’re getting their [piece] in many cases. And so, it’s a political force in their jurisdiction, and it’s almost impossible to get a fair trial if you’re a defendant in some of these places. The plaintiff lawyer walks in there and writes the number on the blackboard, and the first juror meets the last one coming out the door with that amount of money. . . . These cases are not won in the courtroom. They’re won on the back roads long before the case goes to trial. Any lawyer fresh out of law school can walk in there and win the case, so it doesn’t matter what the evidence or law is.” (DESROSIERS, 2019).

A Administração Pública contemporânea teve sua atuação naturalmente expandida não apenas executora de leis editadas pelos parlamentos, mas na definição de prioridades tornando complexa sua relação com os órgãos de controle. Nesse novo cenário, a lei atua num papel referencial e ordenador para que a Administração possa melhor decidir⁸⁵, dentro de uma reserva de administração que subverteu a relação tradicional entre os poderes, e o Judiciário nem sempre está disposto a perceber a realidade deste modo eis que detentor de uma “desconfiança atávica contra a Administração” (SOARES, 1993, p.67).

Como vimos, o surgimento do fenômeno do ativismo judicial está a abalar a tradicional separação de poderes. Portanto, o fenômeno da crise da teoria da separação dos poderes padece de conflitos na própria tríade. Novos fenômenos e atores institucionais agora se veem numa renovada atuação capaz de interferir como nunca na relação entre poderes. É o que veremos agora aos tratarmos do conflito entre burocracia e política.

2.8 O CONFLITO ENTRE POLÍTICA E BUROCRACIA NA SEPARAÇÃO DE PODERES

O tema da separação de poderes adquire especial relevância na atualidade brasileira e no estudo das disfuncionalidades do controle externo, se tomarmos em consideração as tensões entre *política* e *burocracia*. Nessa perspectiva, de um lado teríamos o exercício da *função política* (aqui entendida como aquela exercida pelos chefes do poder executivo e integrantes do parlamento nas mais diversas esferas federativas) legitimamente eleitos pelo povo para implementação de planos de governo, propostas e definição de políticas públicas, e, de outro lado, a *burocracia*⁸⁶ (agentes públicos exercentes de função administrativa, normalmente

⁸⁵ Acerca desta nova posição da Administração Pública na balança dos poderes calham as lições de Rogério Guilherme Ehrhardt Soares: “Ora estas radicais mudanças naturalmente têm de assegurar à Administração uma postura diferente no esquema da separação de poderes. Ela irrompe agora como um poder independente, com a sua tarefa própria a cumprir na nova sociedade que está criando. Porque é assim, não pode este estado de coisas deixar de influir na tônica das relações entre o administrador e o juiz. Relações que se complicam extraordinariamente. É que o legislador vai ter agora de ocupar-se com a regulamentação de áreas que até hoje considerava insignificantes ou fora do seu campo de acção. Isto verifica-se particularmente na Administração de prestação, sem dúvida a área mais importante nos nossos dias. Só que as novas leis não seguem o modelo tradicional, pensado para uma Administração executiva. Não podem ser a figuração abstracta, até ao milímetro, do que irá ser cada um dos actos administrativos, que apenas lhe acrescentem tempo, lugar e destinatário concretos; não podem ser leis acto administrativo feito nas nuvens, à espera de que o administrador as puxe à Terra. Nestes novos domínios o papel da lei é o de ser um instrumento director e ordenador duma decisão que cabe ao segundo poder. Numa compreensão moderna da fórmula da separação dos poderes, o sentido da Administração é o da instância privilegiada para encontrar no caso concreto o equilíbrio indispensável entre a multidão de interesses conflitantes.” (SOARES, 1993, p. 66).

⁸⁶ O conceito de burocracia sempre está ligado a outros conceitos das ciências sociais, sendo difícil apresentar uma perspectiva unívoca do tema, como assevera Martin Albrow: “If we consider the concepts we have reviewed in terms of their general use and acceptability, one factor stands out. The more dearly a concept has been articulated with a general conceptual framework, the greater likelihood it has of penetrating into the thinking of social scientists. Max Weber's, Harold Lasswell's or even John Stuart Mill's ideas of bureaucracy are not whims of the

integrantes das carreiras de estado), que carecem de *legitimidade política*, posto que não foram eleitos, mas gozariam de *legitimidade técnica*, na medida que prestam concurso público para o ingresso nas respectivas funções.

O conceito de burocracia trazido em nossa abordagem também inclui especialmente os órgãos constitucionais autônomos como o Ministério Público e os tribunais de contas, e, num certo sentido, mesmo o Poder Judiciário, a despeito de fazer parte da tríade clássica, não deixa de ter certos aspectos da burocracia, na medida que o ingresso na carreira de regra não depende da política (exceção feita ao ingresso pelos quintos constitucionais ou para o STF), mas pela via do concurso público. A mentalidade burocrática permeia a todos eles.

Esta contraposição entre *política* e *burocracia* talvez seja o acontecimento mais intrigante em nossa realidade para compreensão do controle disfuncional e que está a carecer de teorização não apenas pelos juristas, mas pelos sociólogos, antropólogos e cientistas políticos. Evidente que nosso enfoque procurará ser o mais jurídico possível, mas a verdade é que o Direito não é suficiente para explicar a extensão deste fenômeno, por isso nossa constatação que o problema merece abordagem de outros ramos do saber.

Primeiramente, é certo que a tensão entre política e burocracia não é algo novo. Tradicionalmente sempre houve certo grau de *captura* da burocracia pela política. Isto deu-se especialmente pela ausência de certas garantias funcionais dos burocratas — a exemplo da estabilidade no serviço público — e mesmo da sua plena independência e autonomia terem sido conquistada relativamente recente no Brasil.

Apenas a Constituição de 1988 é que a burocracia brasileira pôde exercer de modo mais desassombrado suas funções, sem receio de retaliações e interferências de todo o gênero, desde a ameaça de exoneração, transferência ou remoção dos servidores públicos por determinação abusiva dos ocupantes de cargos políticos, ou mesmo na instauração de processos disciplinares visando achacar os servidores. Não que formalmente tais garantias não estivessem presentes noutras constituições, mas foi a partir da novel Constituição que tivemos cultura republicana com densidade suficiente para efetivação destas garantias da burocracia.

Num primeiro momento absolutamente necessária a salvaguarda das garantias das estruturas burocráticas, no sentido de implementarmos um núcleo duro de excelência e alta

moment but are supported by a range of other concepts which, to a large extent, stand or fall together. A counsel of perfection to the would-be producer of the ultimate definition of bureaucracy might well be to ensure that his concept was part of a total and comprehensive conceptual framework for social science. But to take on such a task can only be viewed as quixotic. The number of such frameworks in existence seems to suggest that each new scheme will only be an addition to, rather than a replacement of, what exists already. Moreover, as we have seen, social change involves a constant revision of concepts and it is difficult to envisage any final and authoritative conceptual scheme” (ALBROW, 1970, p. 123-124).

capacitação profissional dos servidores no pleno exercício de suas funções, de modo a evitar rupturas e descontinuidades entre os mandatos eletivos da classe política, por natureza passageira nas democracias contemporâneas.

Defendemos que é salutar certo grau de tensão entre política e burocracia⁸⁷. Graças a ela podemos ter um melhor controle dos interesses por vezes contrapostos entre ambas. Mas ao mesmo tempo que este tensionamento é desejável, seu excesso leva a rupturas que podem ter efeitos altamente indesejáveis para o sistema de divisão de poderes e mesmo na legitimidade democrática sufragada pelo voto popular.

A estruturação mais formal da administração pública brasileira e o próprio Direito Administrativo iniciaram-se ao final do século XIX e sua sistematização no século XX. Naquela realidade institucional e jurídica as estruturas políticas sempre tiveram o domínio das estruturas burocráticas. Mas a partir do século XXI parece ocorrer fenômeno inverso em nosso País: *a captura da política pela burocracia*. Mas como processou-se a tomada da política pela burocracia e o que levou esta mudança radical?

A burocracia nos termos desenvolvidos por Max Weber indica exercício da atividade administrativa por agentes públicos dotados de liberdade e deveres com as finalidades de seus cargos; rigorosa hierarquia administrativa, competências rigorosamente fixadas, qualificação profissional que o legitima para exercício do cargo, retribuição em dinheiro e regime jurídico diferenciado; exercentes do seu cargo como profissão; perspectiva de carreira e ascensão funcional; exercem seus cargos sem apropriar-se deles e separados dos meios administrativos; além de estarem submetidos a rigorosa disciplina e vigilância administrativa (WEBER, 1964, p. 176).

Por isso mesmo a burocracia é a forma mais racional de exercer a dominação⁸⁸, na precisão, continuidade, disciplina, rigor e confiança e previsibilidade tanto ao soberano como

⁸⁷ Certo grau de tensão entre burocracia e política permite a satisfação de necessidades coletivas e implementação de políticas públicas, como elucida José Neves Cruz: “Uma outra fonte de poder da burocracia emana da possibilidade de, em certas circunstâncias, possuir a competência para estabelecer o padrão de gastos das diversas categorias de serviços, fazendo-o de forma a reflectir as suas preferências e não a dos políticos. Desta análise não se deve inferir que a burocracia seja composta por malféitores que se aproveitam do erário público para satisfazer os seus interesses. Como é indicado por Cullis e Jones (1987), são, como todos os outros grupos, motivados pelo interesse próprio e actuam segundo a racionalidade humana. Sem eles, seria impossível tornar efectivas as políticas públicas e levar a cabo a satisfação das necessidades colectivas. O problema da melhoria da sua eficiência passa, como postula a teoria da agência, pela implementação de mecanismos e incentivos que alinhem os seus interesses com os da legislatura, minimizando os custos de agência. O interesse próprio é comum a todos os membros da sociedade, o perigo reside na circunstância de alguns grupos, designadamente a burocracia, deterem poder de monopólio para o impor a toda a sociedade.” (CRUZ, 2009, p. 21).

⁸⁸ Como destaca Max Weber: “Debe entenderse por "dominación", de acuerdo con la definición ya dada (cap. I, § 16), la probabilidad de encontrar obediencia dentro de un grupo determinado para mandatos específicos (o para toda clase de mandatos). No es, por tanto, toda especie de probabilidad de ejercer "poder" o "influjo" sobre otros hombres. (...) § 2. Existen tres tipos puros de dominación legítima. El fundamento primario de su legitimidad

aos interessados, com habilidade técnica para alcançar resultados ótimos. Tais características fazem superior às demais formas de dominação, como a *carismática*, em torno de um senhor e seus atributos pessoais sobre-humanos ou mesmo a dominação *tradicional*, centrada na “santidade” das tradições de tempos imemoriais (WEBER, 1964, p. 178-181).

As virtudes das burocracias podem implicar em disfunções burocráticas⁸⁹, pois o apego a regulamentos e normas podem ser extremados, não mais como meio para atingir-se fins, de modo a distorcer a intenção dos que criam e sistematizam estas regras. De modo paradoxal, a busca pela eficiência pode conduzir a ineficiências. Regras tornam-se simbólicas em vez terem sentido mais pragmático (MERTON, 1968, p. 254).

Segundo Robert K. Merton a busca por uma carreira, promoções e benefícios acabam por nortear muito das atividades dos burocratas, com disciplina e observância a regulamentos e normas oficiais. Tal apego conduz a timidez, tecnicismo e conservadorismo. Tende-se a produzir mais do mesmo. O espírito de corpo tende a desenvolver a defesa de interesses pessoais nas burocracias em detrimento de ajudar sua “clientela”. Acreditam que suas qualidades não são adequadamente reconhecidas pelos políticos eleitos, por vezes lhes sendo suprimida informações, mesmo que induza a erro o administrador (especialmente o eleito), que frequentemente não consegue ler todos os documentos que lhe chegam, numa espécie de organização informal defensiva (MERTON, 1968, p. 255).

Os burocratas tendem a identificar-se afetivamente com seu estilo de vida (*way of life*), não são adeptos a mudanças nas rotinas, especialmente as impostas por outros. O exercício impessoal de suas atividades pode levar a impessoalidade no sentido de não atenderem adequadamente aos cidadãos, dando, por vezes, a percepção de arrogância e aspereza no tratamento do público (MERTON, 1968, p. 256).

puede ser: 1. De carácter racional: que descansa en la creencia en la legalidad de ordenaciones estatuidas y de los derechos de mando de los llamados por esas ordenaciones a ejercer la autoridad (autoridad legal). 2. De carácter tradicional: que descansa en la creencia cotidiana en la santidad de las tradiciones que rigieron desde lejanos tiempos y en la legitimidad de los señalados por esa tradición para ejercer la autoridad (autoridad tradicional). 3. De carácter carismático: que descansa en la entrega extracotidiana a la santidad, heroísmo o ejemplaridad de una persona y a las ordenaciones por ella creadas o reveladas (llamada) (autoridad carismática).” (WEBER, 1964, 170-172).

⁸⁹ O fenômeno das disfunções burocráticas merece atenção de longa data, como assevera Gerald E. Caiden: “That bureaucracy has inherent dysfunctions has long been known. Its unanticipated dysfunctional consequences have been subject to much sociological analysis. Karl Marx identified the maintenance of the status quo, promotion of incompetence, alienation, lack of imagination, fear of responsibility, and rigid control over the masses. Robert Michels recognized that democratic participation was technically impossible in complex organizations. Max Weber perceived that bureaucracy threatened democracy by demanding the sacrifice of freedom. But it was Robert Merton (1936) in the 1930s who first emphasized dysfunctions that impeded effectiveness when conflicting or displacing organizational goals, i.e., means became ends in themselves. He later identified rigidity, while Selznick (1949) added bifurcation of interests and Gouldner (1954) punitive supervision. These and other dysfunctions (mediocrity, officiousness, stratification, gamesmanship) sabotaged bureaucracy.” (CAIDEN, 1991, p. 490).

Além disso, a burocracia especialmente em sua elite intelectual das carreiras de estado, comumente vivencia frustrações decorrentes do fato que deve cumprir determinações de agentes políticos que “não podem viver com a burocracia, tampouco sem a burocracia”. A “lua de mel” entre a classe política e a burocracia é frequentemente “desagradável, bruta e curta”.⁹⁰ Os conflitos resultantes desta convivência, com limitação a sua autonomia intelectual e independência de como resolver certos problemas, por vezes leva a uma fuga da burocracia para uma autonomia assumida (MERTON, 1968, p. 276).

Quando elaborou suas ideias, Robert Merton talvez não tenha vislumbrado as mutações havidas nas burocracias contemporâneas, cuja posição institucional por vezes não está hierarquicamente subordinada à estrutura política. Hoje assistimos a uma burocracia “empoderada” em pé de igualdade com a classe política, não mais precisando com ela dialogar.

Este novo ingrediente foi adicionado na medida que o asseguramento das garantias funcionais, prerrogativas e independência das burocracias foi grandemente incrementado nas constituições e normas infraconstitucionais a partir de meados do século XX, de modo a não mais estarem sujeitas a pressões e mesmo as investidas da classe política, redesenhando completamente seu papel institucional e por consequência sua relação com a classe política.

Sob o ângulo do Direito o primeiro problema jurídico a ensejar a ascensão da burocracia em detrimento da política no Brasil, está assentada em nosso sistema constitucional e infraconstitucional. A Constituição de 1988 deu plenas condições para o controle da administração pública pela burocracia (aqui entendida não apenas suas estruturas internas de controle, mas especialmente os órgãos de controle externo), passando a gozar de *status* e importância nunca vistas em nossa história institucional, de modo que estas prerrogativas foram fundamentais para adequado exercício de suas funções. Simultaneamente, a posição

⁹⁰ Sobre os conflitos entre a elite intelectual da burocracia e a classe política vale trazer as reflexões do próprio Robert MERTON: “With such patterns of conflict as a background, it is not at all surprising that the intellectual commonly experiences a series of frustrations, once he becomes an integral part of a bureaucracy which is in some measure controlled by those who can neither live with him nor without him. The honeymoon of intellectuals and policy-makers is often nasty, brutish, and short. This has an understandable sociological basis. The intellectual, before he enters upon his bureaucratic post, is wont to consider his intellectual problems in abstraction from the demands of specific other persons. He may feel that a problem is solved on its own merits. Once he finds himself in a bureaucracy, he discovers that the intellectual task itself is closely connected with social relations within the bureaucracy. His selection of problems for study must be guided by what he knows or thinks he knows of his clients or prospective clients; his formulation of the problem, his analyses and reports must be geared to the same relationship to a client. In short, where he had previously experienced a sense of intellectual autonomy—whether real or spurious is for the moment unimportant—he now becomes aware of visible controls over the nature and direction of his inquiries. This sense of constraint, particularly when he is by no means clear about the exact wants of the client or if clear, when he disagrees with the nature of these wants, is registered in frustration. The resultant conflicts between the criteria of choosing and analyzing problems as an unattached intellectual and as a bureaucratic intellectual often leads to the flight from bureaucracy and the escape to assumed autonomy.”(MERTON, 1968, p. 276).

institucional privilegiada de certos estamentos burocráticos passou a ensejar rivalização e tensões dantes inimigáveis com os demais poderes formalmente instituídos.

Estas tensões fizeram que a Administração Pública brasileira em vez de tomar suas decisões com base no seu privativo juízo de conveniência e oportunidade, tivesse de curvar-se a opinião e determinações dos órgãos de controle externo. O principal trunfo para que a *burocracia do controle* pudesse ter a palavra final sobre qualquer tema é a possibilidade de imposição de pesadas sanções sobre os administradores que não sigam suas determinações.

É ínsito ao bom controle da Administração Pública que os órgãos dele encarregados possam orientar e mesmo determinar em caso de evidente ilegalidade, que certos atos administrativos sejam ou deixem de ser praticados, sob pena de sanções. A princípio isto nada tem de errado. O problema é que no caso brasileiro estas garantias institucionais trouxeram postura pouco deferencial destes órgãos para com os administradores, pois mesmo decidindo legitimamente, têm de ceder às decisões dos órgãos de controle em face do risco da imposição de sanções.

O segundo problema jurídico a ensejar estas disfunções da burocracia é que nosso ordenamento jurídico infraconstitucional deu azo para o controle externo brasileiro ser realizado em face de conceitos jurídicos indeterminados e flexíveis. Quase qualquer conduta do administrador público pode ser questionada quanto a sua juridicidade, possibilitando a interpretação e aplicação das normas jurídicas nos moldes fixados pelos órgãos de controle. Talvez o exemplo mais eloquente seja a Lei 8.429/92, a conhecida Lei de Improbidade Administrativa, que veio a municiar o Ministério Público com poderoso arsenal apto a realizar controle principiológico da Administração questionando qualquer decisão ou ato administrativo.

O terceiro problema jurídico é que a sobreposição de diversas instâncias de controle sobre um mesmo ato administrativo (controlável pelo TCU, CGU, Ministério Público, etc.), fez com que a Administração passasse a dedicar considerável tempo para responder aos questionamentos e processos instaurados por estes órgãos, e, mesmo atendendo a determinação de alguns órgãos de controle, não ter qualquer segurança jurídica em relações aos demais, podendo ocorrer entendimentos contraditórios entre eles.

Mas os problemas jurídicos não são suficientes para explicar a ascensão da burocracia. Muitos países contam com expressivas garantias institucionais para exercício do controle externo e nem por isso chegam aos extremos do caso brasileiro.

É bem verdade que sublevação das burocracias não é fenômeno exclusivamente nacional. Mas aqui certamente a temos em grande expressão se considerarmos a posição

institucional de certos órgãos de controle externo e sua capacidade de interferência nos poderes formalmente instituídos.

Dentre os motivos (aliados às razões jurídicas acima elencadas) para a ascensão da burocracia no Brasil, está o elevado desgaste da classe política, impulsionado pela operação lava-jato e pela ampla cobertura midiática do tema. A percepção que a nossa classe política desenvolve sua atividade com alto grau de corrupção, leva à constante busca por figura ímpolutas e qualificadas para o exercício de funções públicas. Isto explica porque os agentes públicos que integram o quadro permanentemente a Administração Pública, bem como os órgãos de controle constitucionais, teriam por virtude: i) ausência de “*viés político*”; ii) apurado *tecnicismo*; iii) *neutralidade*; iv) ingresso pela via do *concurso público* e v) compromisso com o *combate à corrupção*. Mas tal perspectiva merece uma análise mais crítica, senão vejamos:

A suposta ausência de i) “*viés político*” de certos estamentos burocráticos, sabidamente não prospera. Dentre os motivos facilmente constáveis estão a constante implementação de políticas corporativas que implicam em aumento de competência, poder e vantagens remuneratórias, indicando boas e más razões que levam a burocracia a ter sua própria dimensão política. Dentre as boas razões, o papel das burocracias em dar continuidade às adequadas ações administrativas independentemente dos políticos de momento. Dentre as ruins, a grande dificuldade da burocracia em absorver novas diretrizes políticas — mesmo que salutares — fazendo perpetuar seu *way of life*, e as próprias conveniências. Tal perspectiva não deixa de encontrar reflexo numa postura política, ainda que não propriamente partidária, mas com agenda própria e disputas internas dos grupos que desejam ocupar posição de poder na estrutura administrativa, derruindo a suposta ausência de *viés político* das burocracias.

O alegado ii) *tecnicismo* das burocracias demanda reflexões bem mais profundas que os limites deste texto. Não que de regra as burocracias não sejam mais “*técnicas*” que a classe política. De regra o são. Mas esta visão edílica esbarra em graves problemas. Um primeiro problema na perspectiva *tecnocrata*, é que a despeito de ser vista como a mais apta a dar soluções economicamente eficientes, pode implicar em escolhas políticas desprovidas de legitimidade popular. O segundo problema é que o *eficientismo* da tecnocracia implica em resolução de problemas econômicos mais imediatos, deixando de priorizar problemas politicamente mais graves, que em última análise poderão ter exacerbada repercussão econômica a longo prazo.

A alegada iii) *neutralidade* da burocracia — especialmente dos estamentos burocráticos — é um mito. As burocracias frequentemente têm sua agenda de prioridades (normalmente de cariz corporativo) que se sobrepõem a qualquer política pública. Na dúvida entre alocar verbas

públicas para pagamento dos seus vencimentos ou subsídios, ou destinar verbas para atendimento de políticas públicas de assistência social, fica-se com a primeira. Não que isto seja errado. É natural que as corporações pensem em primeiro plano nos seus interesses. Mas isto denota que não há atuação neutra da burocracia quando confrontada com certos temas.

Esta neutralidade resta ainda mais frágil quando vemos que certos órgão constitucionais que expressam a ideologia burocrática (talvez o mais eloquente seja o Ministério Público), impõem sua própria agenda de prioridades à classe política, buscando angariar da mídia e da população amplo apoio, a exemplo do recrudescimento da legislação penal e na caça aos corruptos, em confronto direto com a tradicional separação de poderes, ao mesmo tempo não descurando de manter seu espírito de corpo nos moldes descritos por Robert Merton (MERTON, 1968).

O ingresso pela via do iv) *concurso público* é atualmente visto pela população e pela mídia como fator de legitimação da burocracia em detrimento da política. Como sabido, o ingresso nas carreiras de estado através dos concursos públicos têm muitos encantos.

O primeiro deles é que são carreiras altamente atrativas sob o aspecto financeiro, sendo reiteradas as pesquisas que demonstram que magistrados, promotores, ministros de órgão de controle recebem por contraprestação pecuniária de suas funções (mesmo convertendo seus ganhos para o dólar americano) mais que seus pares noutros países⁹¹. Isto para não falar nas disfunções remuneratórias que por vezes extrapolam o teto constitucional. Evidente que tais carreiras devem ser muito bem remuneradas, mas o fato de serem as melhores remuneradas no planeta sem dúvida são grande chamariz para nelas se ingressar.

Outro aspecto importante é que a carreira no serviço público tem seus atrativos sob o aspecto de importância social e de influência política, afinal, muitos dos integrantes da alta burocracia têm mais poder que muitos agentes políticos, o que também faz com que a carreira seja atrativa sob este aspecto.

No Brasil, estas vantagens são tão expressivas que muitos que poderiam dedicar-se à atividade privada, preferem investir anos de estudo para serem aprovados em concursos públicos de altas carreiras de estado, pois ganham mais que muitos dos mais bem remunerados executivos privados do País.

⁹¹ Apenas para exemplificar, conforme pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas, a remuneração dos magistrados no Brasil é superior ao Reino Unido, Estados Unidos, Bélgica e Portugal. (“Juizes no Brasil ganham mais que nos EUA | EESP”, [s.d.]).

Trazemos estes aspectos não para conjurar as carreiras de estado — eis que absolutamente necessárias — mas para elucidar o porquê de tais carreiras atraírem a fina flor da elite brasileira, bem como aqueles que desejam mudar ou incrementar sua condição social.

Justamente por estas carreiras terem concorrido acesso, tanto seus integrantes como a população em geral, têm admiração — em certa medida justa — por aqueles que ingressam pela via do concurso, afinal, ocupam posição invejada pela maioria dos brasileiros. Mas a questão é ainda mais complexa. Por estarem nesta elevada posição social e financeira, a percepção é que nossa burocracia conta com os mais qualificados profissionais do País (o que não deixa de ser parcialmente verdadeiro) e por isso mesmo mais qualificados que os integrantes da classe política (o que pode ser parcialmente falso), passando a contar com legitimidade popular para definir os rumos do país.

Todavia, o concurso público para as altas carreiras de estado no Brasil não são exatamente um retrato democrático de todas as classes sociais. Tanto é assim, que foi necessária a instituição de política de cotas para ingresso de negros, indígenas e portadores de necessidades especiais. Ainda hoje as carreiras de estado no Brasil são, em sua maioria, compostas por classe média alta integrada por candidatos que podem ficar alguns anos exclusivamente estudando, de regra com apoio econômico de familiares. Portanto, a ideia que o ingresso nas carreiras de estado em nosso País é altamente democrático deve ser lida com a devida cautela em face dos aspectos econômicos e sociais envolvidos.

Finalmente, o v) *combate à corrupção* fundamentalmente conduzido pelos órgãos de controle brasileiros, veio a dar ainda maior legitimidade popular à burocracia. Por certo que a corrupção deve ser combatida e nossa burocracia tem grande mérito nesta empreitada. Mas a centralidade do tema adquiriu contornos tão expressivos e amplamente divulgados pela mídia, que muitos passaram a ver nos órgãos de controle o último reduto moral apto a salvar nosso País.

Para piorar o conflito entre *classe política e burocracia*, o combate à corrupção realizado pelos órgãos de controle também visa identificar e processar os integrantes da classe política, o que naturalmente acirra as tensões entre ambas. O caso da operação lava-jato é o exemplo mais eloquente. Mas existem muitos outros. Convivemos com inúmeras instâncias e órgãos de controle externo que interferem diretamente na vida dos agentes políticos e dos ordenadores de despesa pública, de modo intenso e, por vezes, desproporcional.

Os aspectos jurídicos e sociológicos que envolvem o problema, acentuaram de modo nunca visto a crise entre classe política e burocracia. A posição que a burocracia ocupa na doutrina da separação dos poderes neste início de século é bem mais complexa.

Como vimos anteriormente a função da teoria da divisão dos poderes visa não apenas estabelecer um equilíbrio de forças *político-sociais* que levaram posteriormente a uma divisão *orgânico-funcional*, mas também de implementar conceito de *eficiência* que permita o adequado funcionamento do aparato estatal e dos poderes instituídos.

As burocracias passaram a ter papel de destaque na atual configuração da separação de poderes. Ora apresentam-se plenamente autônomas e independentes em relação aos demais poderes, ora estão estruturalmente subordinadas a eles. A ausência de subordinação aos demais poderes dos órgãos constitucionais autônomos, como o Ministério Público e tribunais de contas, leva a novos desenhos institucionais que desafiam o modelo até então vigente.

Os órgãos constitucionais autônomos em nossa Constituição atuam com absoluta independência, não estando sujeitos aos mesmo nível de intensidade de controle aplicáveis aos demais poderes. Tal constatação aponta para a urgente necessidade de se pensar — *de lege ferenda* — mecanismos de controle sobre os órgãos de controle como única maneira de ter-se um funcionamento minimamente operacional da atual divisão da balança entre poderes. Isto requer mudanças tanto no âmbito constitucional como infraconstitucional.

Uma vez vistas as relações entre política e burocracias e a necessidade de repensarmos o papel institucional das burocracias, passemos a examinar outras patologias e disfunções que afetam a teoria da separação de poderes.

2.9 DINÂMICA DAS PATOLOGIAS E DISFUNÇÕES NA SEPARAÇÃO DE PODERES

Muitas das patologias e disfunções na teoria da divisão dos poderes já foram enfrentadas anteriormente, quando tratamos da i) extrapolação pelo Poder Judiciário em relação ao Executivo e Legislativo, mormente através do *ativismo judicial*; ii) do surgimento de *novos poderes autônomos* a exemplo do Ministério Público e dos tribunais de contas (que ainda que não seja “novo”⁹², foi reformulado e dotados de amplo plexo de poderes com a CR de 1988); ou mesmo quando abordamos o iii) *conflito entre classe política e burocracia*. Por certo que estes fenômenos geram disfunções e patologias.

⁹² Como já tivemos oportunidade de nos manifestar: “O sistema de tribunais de contas teve sua origem no século XIII e foram potencializados no regime de Napoleão, com o Tribunal de Contas francês. (...) Nosso sistema imperial de controle de contas teve origem na Casa dos Contos em Portugal, que foi autonomizada no Reinado de D. João I, perdurando até 1761 com a criação do Erário Régio, cujo primeiro Inspector-Geral foi Sebastião José de Carvalho e Melo, posteriormente conhecido como Marquês de Pombal. (...) Contudo, o Erário Régio teve vida curta (1761-1832), sendo extinto para a criação do Tribunal do Tesouro Público, que manteve funções de controle até 1844, data em que foi criado o Conselho Fiscal de Contas, também perdurando brevemente, até 1849, quando então foi criado o Tribunal de Contas em Portugal (SANTOS, 2006a, p. 42-46).

Neste tópico nos cabe enfatizar o *modus operandi* destas patologias, seu aspecto dinâmico, procurando examinar quais as intervenções de um poder nos demais, invadindo seu núcleo de competências privativas. Por certo que determinado nível de interferência legítima de determinado poder em outro — tendo por limite formal e substancial a Constituição — visa *assegurar* e não *corromper* da divisão de poderes. Mas nos interessa investigar como se procede esta interferência disfuncional.

Adotamos a classificação de Jorge F. Malen Seña e Hugo O. Seleme que apontam como principais formas de invasão e ingerência patológica de um poder estatal em outro são: i) *obstrução*; ii) *inibição*; iii) *condução* e iv) *congraçamento*⁹³ (MALEM SEÑA; SELEME, 2013, p. 286-291).

2.9.1 Obstrução

A i) *obstrução* consiste em impedir que um poder atue nos limites da sua competência. Não se confunde com a legítima atuação visando imposição de limites a outro, como ocorre no poder de veto do chefe do executivo nas leis editadas pelo parlamento. Exemplo de obstrução pode ser verificada quando o parlamento pela via do processo legislativo interfere visando manietar a atividade e as funções do Judiciário, obstruindo seu regular funcionamento (MALEM SEÑA; SELEME, 2013, p. 286).

Ainda na *obstrução* faz-se referência ao clássico precedente *Lochner vs. New York*, onde se analisou a constitucionalidade da lei do Estado de Nova Iorque que limitava a jornada de trabalho dos padeiros para 10 horas diárias. *Lochner* que era dono de uma pequena padaria, descumpriu a norma e recebeu multa de \$50, submetendo a questão à Suprema Corte. O voto condutor do *Justice* Rufus Peckham invocou a décima quarta emenda da Constituição para declarar a inconstitucionalidade da norma limitadora da jornada de trabalho por alegada limitação à liberdade de contratação. Em precedentes posteriores a Suprema Corte mudou de orientação, mas o caso é apontado como exemplo de *obstrução* indevida de um poder sobre outro, mormente quando o tema estava dentro da liberdade de conformação do legislador.

Nos pequenos municípios brasileiros por vezes há sérios problemas na aprovação da Lei Orçamentária pelas câmaras municipais, cuja ausência de aprovação ou mesmo alteração

⁹³ Nosso foco é apenas apontar as interferências de um poder em outro. Todavia, há outras patologias quando nos deparamos com a interferência de agentes privados nos poderes estatais, conforme igualmente apontado por Jorge F. Malen Seña e Hugo O. Seleme, a saber: i) *congraçamento*; ii) *entorpecimento*; iii) *abstenção* iv) *colonização*; v) *adaptação* (MALEM SEÑA; SELEME, 2013, p. 291-294).

demasiada e desfiguradora da proposta originária, visa impedir o Poder Executivo de exercer suas atribuições, o que configura a hipótese de obstrução.

2.9.2 Inibição

Já a ii) *inibição* sucede quando a intervenção de um poder em outro ocorre não de modo ilegítimo, mas no poder de interferir sutilmente nas decisões reservadas a outro poder, não permitindo que este tome decisões afetas à sua competência. Evidente que certo nível de inibição é desejável na medida que estimule a autorrestrição dos poderes, tal qual ocorre quando o poder legislativo deixa de editar uma norma porquanto seu conteúdo é similar ao de outra norma já declarada inconstitucional pelo poder judiciário (MALEM SEÑA; SELEME, 2013, p. 287-288).

A inibição indesejada interfere de modo disfuncional na relação entre os poderes. Exemplo clássico e mais adiante tratado sob o aspecto das estratégias e fuga da responsabilização, está o *imobilismo decisório* do executivo por receio dos controles exercidos pelo Ministério Público ou tribunais de contas. Em vez de exercer legitimamente suas competências decisórias privativas, o executivo tem sua atividade inibida por medo das consequências da sua decisão, qualquer que ela seja.

Outra hipótese que também trataremos, está na adoção de *estratégias de judicialização ou substituição decisória externa*, onde o administrador, com o objetivo de proteger-se das consequências da sua decisão, ainda que reconheça que seja possível decidir privativamente sobre certa matéria, prefere indeferir para que o administrado procure o poder judiciário para obter provimento judicial em matéria que poderia ser deferida administrativamente.

2.9.3 Condução

A iii) *condução* é caracterizada pela interferência de um poder em outro visando que aquele que sofre a intervenção adote decisão com conteúdo determinado pelo poder interveniente, conduzindo a decisão de outro poder a atender às suas expectativas. Como visto, este tipo de patologia difere das demais porque não visa que um poder seja obstruído ou inibido na tomada de decisão, mas que decida de acordo com o determinado por outro poder (MALEM SEÑA; SELEME, 2013, p. 288-289).

Exemplo de condução de um poder a outro — e que também será objeto de análise mais detida nas estratégias de evasão de responsabilização utilizadas pelo gestor — está o que

denominamos de *estratégias de relacionamento informal interadministrativo*, que consiste na atuação informal do agente público no diálogo com os órgão de controle que poderão interferir no processo de tomada da decisão administrativa, buscando orientação e aprovação de outros poderes ou órgão visando proteger-se de eventuais demandas que questionem sua decisão.

Nas estratégias de *relacionamento informal interadministrativo* o inverso também pode ser verdadeiro. Por vezes o controlador procura o controlado. Assim, se o Ministério Público vai ao encontro do poder executivo dizendo que deverá adotar certa linha de decisão sob pena de serem movidas ações de improbidade, está caracterizada a condução em matéria que seria de competência exclusiva do prefeito municipal

Todavia, nem sempre a utilização das estratégias de *relacionamento informal interadministrativo* será, necessariamente, disfuncional. As relações interadministrativas densificam relações jurídicas cooperativas. O que critica-se é o viés patológico e indesejável da condução de um poder sobre o outro, sob pena de desequilíbrio da balança entre os poderes.

2.9.4 Congraçamento

O *iv) congraçamento* é um tipo de patologia no funcionamento da teoria da separação dos poderes onde um poder tende a agradar ao outro para evitar interferência no seu regular funcionamento. Não precisa que haja sinal deliberado que o poder ao qual se busca agradar irá efetivamente interferir, basta que tenha potencial para fazê-lo (MALEM SEÑA; SELEME, 2013, p. 290).

O congraçamento *pleno* ocorre em ambiente pouco institucional, normalmente em situações de exceção onde os poderes apenas mantem aparência de oposição mútua, quando em verdade estão submetidos a um único centro decisório, de modo que neste cenário sequer se pode falar em poderes instituídos.

Contudo, certo nível de cooperação é salutar para o equilíbrio entre os poderes. É desejável que os poderes funcionem de modo harmônico e eficiente e isto exige certa deferência e manutenção de boas relações institucionais. Enquanto patologia o congraçamento importa em renúncia de competência privativa de um poder em detrimento do outro.

Já o congraçamento *moderado* pode existir mesmo em países com boa estruturação institucional, onde pontualmente um poder pode deixar de exercer suas competências para agradar ao outro. Isto pode ser verificado quando o poder judiciário deixa de declarar a inconstitucionalidade de normas manifestamente inconstitucionais para agradar ao executivo, visando evitar que este possa interferir de algum modo na esfera judicial. Normalmente isto se

sucedem quando se está diante de um executivo “forte” que normalmente assumiu com alta legitimidade o mandato eletivo, dificultando que o judiciário exerça com plena independência suas prerrogativas.

O aspecto “invisível” do conagraçamento é seu elemento mais pernicioso, justamente porque não permite que a sociedade tenha condições de controlar este tipo de atuação que de regra não deixa evidências externas.

No Brasil, na esteira das disfunções do controle externo que estamos a estudar, podemos detectar traços do conagraçamento, especialmente no âmbito do poder executivo municipal, quando busca agradar ao Ministério Público da comarca na tentativa de evitar sejam deflagradas ações judiciais (especialmente ações de improbidade) no curso da gestão. Por certo que a relação cooperativa entre o Ministério Público e os prefeitos pode ser salutar, especialmente as que visem implementar maior transparência e controle sobre a administração. Todavia, preocupa a intenção deliberada de um poder agradar ao outro visando sua blindagem, fazendo com que o conagraçamento seja disfuncional.

2.10 NOVOS ARRANJOS INSTITUCIONAIS NA TEORIA DA DIVISÃO DOS PODERES: ÓRGÃOS CONSTITUCIONAIS E ASCENSÃO DOS NÃO ELEITOS

A despeito de diferentes percepções do princípio da separação de poderes e do longo tempo que inúmeros cientistas políticos, filósofos e juristas dele se ocupam, atualmente há uma clara renovação e atualidade da temática. Ao menos duas razões justificam esta atualidade especialmente na realidade brasileira.

A primeira razão, já vista *en passant* quando tratamos do conflito entre política e burocracia, pode ser atribuída ao surgimento de outros órgãos constitucionais autônomos (e. g. tribunais de contas e Ministério Público) na estrutura estatal, que gozam de efetivos poderes, mas sem estarem sujeitos a um sistema recíproco de controles por parte dos “velhos” integrantes da tríade originária.

A segunda razão, é que mesmo no âmbito da separação dos poderes há consideráveis mudanças, donde destacamos o crescimento do ativismo judicial e da interferência do Judiciário no núcleo decisório dos demais poderes, o que inexoravelmente leva à reflexão sobre os limites do controle a partir da ideia de separação orgânica e funcional dos poderes.

O problema da divisão funcional do exercício do poder há muito tem sido debatido, ainda que em contextos e conceitos históricos bastante diferentes (a exemplo das propostas de

Aristóteles e Locke), tendo encontrado em Montesquieu⁹⁴ a aceção mais aceita nos estados modernos e contemporâneos.

Hodiernamente, parte-se da premissa que o poder soberano é uno⁹⁵ e indivisível, o modo do seu exercício ou sua divisão funcional é que comporta a respectiva atribuição, precipuamente, da função administrativa⁹⁶ ao Poder Executivo, a função jurisdicional ao Judiciário e a função legislativa ao Legislativo.

Como já visto, o modelo tripartite proposto por Montesquieu influenciou determinantemente a divisão de poderes utilizadas nos estados contemporâneos. Todavia, tanto pelo longo lapso temporal em que foi proposta, quanto em decorrência do surgimento de novas instituições, a exemplo dos bancos centrais independentes, comissões eleitorais independentes e, no caso brasileiro, os tribunais de contas e o Ministério Público, põe-se em xeque a efetiva aplicação da teoria montesquiana, exigindo dos teóricos novos modos de pensar a divisão funcional dos poderes.

A pluralidade de funções exigidas dos estados nacionais na atualidade, evidenciam as deficiências da clássica divisão dos poderes em executivo, legislativo e judiciário, a exemplo da função de controle e fiscalização atualmente necessária e fundamental para a transparência das democracias contemporâneas⁹⁷, além disso, precisamos repensar novos limites aos exercício

⁹⁴ Conforme Montesquieu, “Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil.” (MONTESQUIEU, 1996, p. 167).

⁹⁵ A esse propósito Clèmerson Merlin Clève assim situa o problema: “O poder político é indivisível, teoricamente, porque o seu titular é o povo que não o divide, senão, que, em face da ação do Poder Constituinte, atribui o exercício a diferentes órgãos encarregados de exercer distintas tarefas ou atividades, ou ainda, diferentes funções. Ademais, o poder é indivisível por natureza, já que não corresponde a uma coisa que a ela se possa aceder, algo com fim e começo, um objeto que possa ser tomado, destruído ou multiplicado. O poder político, aquele soberano, constitui uma relação de forças entre classes e grupos antagônicos; uma relação sem forma definida, mas que, de qualquer modo se condensa e, por vezes, materializa-se, dando origem a instituições, práticas sociais, convenções, aparatos funcionais, como, inclusive, o Estado e o Direito. Por isso não pode ser dividido.” (CLÈVE, 1993, p. 27). Griffith e Street, igualmente destacam que a doutrina de Montesquieu não é bem compreendida, pois apenas o exercício do poder é distribuído e exercido (GRIFFITH; STREET, 1959, p. 15-16).

⁹⁶ Para Ricardo Marcondes Martins, função administrativa, sob ponto de vista formal, consiste na edição de atos administrativos. Sob a perspectiva material “consiste na apuração da medida constitucional da medida constitucional da exigência de cumprimento de determinados fins, tendo em vista as circunstâncias do caso concreto, a atividade legislativa até então exercidas e as diferenças de peso efetuadas pelo constituinte; bem como a fixação para o caso concreto, de acordo com a medida apurada, dos meios para realização destes fins.” (MARTINS, 2008, p. 95).

⁹⁷ Acerca dos principais pilares que sustentam as democracias contemporâneas valem as reflexões de Pierre Rosanvallon: “Electoral-representative government, counter-democracy, and political reflection and deliberation are the three pillars of democratic experience. Each contributes to the organization of the political system. Electoral-representative government provides the system’s institutional underpinnings; counterdemocracy challenges the rules and injects vitality; political reflection and deliberation offer historical and social density. Yet each of these elements can also suffer from certain pathologies and generate certain perverse consequences. Left to its own devices, electoral-representative government tends to transform itself into elective aristocracy, into a governing machine. The specter of populism and of antipolitics hovers over counter-democracy. Political theory tends to be drawn toward the simplifications of decisionism on the one hand and the formalism of deliberative democracy on the other. If the three elements can be brought together in a system, however, they can work together

da função de fiscalização, visto que é necessário melhor densificar o sistema de pesos e contrapesos no seu exercício, mormente sua influência nos poderes formalmente instituídos.⁹⁸

No Brasil, estes novos arranjos institucionais podem ser identificados na atual conformação constitucional do Ministério Público e dos tribunais de contas, que contrastam frontalmente com a tradicional teoria tripartite de divisão de poderes, ocupando novo *locus* jurídico que desafiam sua compreensão em nossa ordem constitucional e mais ainda no cotidiano do exercício do controle externo da Administração Pública.⁹⁹

Num certo sentido o conceito de tripartição sempre esteve em crise quer pela tensão inerente à mútua fiscalização e interdependência entre os poderes, quer porque sempre há o exercício preponderante de uma função em detrimento de exercício anômalo de todas as funções por todos os poderes.

Mais recentemente a crítica de Bruce Ackerman aponta os problemas do sistema norteamericano de divisão de poderes¹⁰⁰, assinalando a insuficiência do modelo tripartite, visto que certas formas institucionais não podem ser institucionalizadas em legislativas, judiciárias ou executivas:

Quase três séculos depois, já passa da hora de repensar a santíssima trindade de Montesquieu. Apesar de seu status canônico, ela nos mantém cegos para o surgimento, em nível mundial, de novas formas institucionais que não podem ser categorizadas

to create a positive dynamic and lay their various demons to rest. The idea of a mixed constitution arose in the Middle Ages in the course of the search for a regime that would combine the best features of aristocracy, democracy, and monarchy to create a polity as generous as it was rational. The idea of a mixed constitution is worth revisiting today, but with a somewhat different twist: democracy itself needs to be understood as a mixed regime, not as the result of a compromise between rival principles, such as liberty and equality, but rather as a composite of the three elements described above. These three elements need to be combined so that they complement and reinforce one another if there is to be progress in self-government. In other words, democratic progress must be seen as a pluralistic process. There is no “one best way,” no single best set of institutions, that is guaranteed to yield the most satisfactory level of participation and the most representative regime. This book has focused on counter-democracy. Future work will need to go back to the roots of democratic political theory in order to develop a systematic account of its main variants and issues.” (ROSANVALLON, 2008, p. 313-314).

⁹⁸ Como assevera Fabrício Motta: “A evolução da concepção clássica, contudo, exige que se considere que o princípio não está a serviço do primado da lei e do legislador, mas limitação dos poderes.” (MOTTA, 2007, p. 56).

⁹⁹ No sentido da insuficiência da divisão de poderes clássica, partindo de uma perspectiva pluralista, enfatiza Alexandre Aragão: “A separação de poderes deve ser atualmente encarada pelo prisma do pluralismo existente na sociedade, que tem o significado de colocar perante várias instâncias da máquina estadual as reclamações ou o apoio de vozes diferentes. E assim resulta numa potenciação da divisão de poderes na organização interna do Estado, que ganha outra vez o valor duma divisão política. Só que, em vez da fórmula do século XIX de uma separação taxativa entre pretendentes ao poder, cada um com o seu veículo de expressão numa “função” do Estado, vamos encontrar um sistema bem mais complexo e subtil (...). O pluralismo social vem assim a integrar-se num quadro alargado de separação de poderes, e representa uma função positiva na organização dum estado moderno.” (ARAGÃO, 2000, p. 181-182).

¹⁰⁰ Conforme Bruce Ackerman: “Most notably, the choice between the parliamentary and presidential systems of government. While American legal scholars content themselves with pietistic references to Montesquieu and Madison, modern political scientists deign to consider the way alternative systems have actually worked in the world. Their research is a precious resource for anyone who wishes to reflect upon the future of the separation of powers.” (ACKERMAN, 2000, p. 638).

como legislativas, judiciárias ou executivas. Embora a tradicional fórmula tripartite falhe ao capturar os modos característicos de operação de tais formas, essas unidades novas e funcionalmente independentes estão desempenhando um papel cada vez mais relevante em governos modernos. Uma “nova separação de poderes” está emergindo no século XXI. A compreensão de suas características distintivas requer o desenvolvimento de um modelo conceitual que contenha cinco ou seis categorias — ou talvez mais. E, assim, nós devemos dar um carinhoso adeus a Montesquieu, para então criar novas bases para o direito administrativo comparado, que deem conta dos desafios dos governos modernos. (ACKERMAN, 2014, p. 15).

Bruce Ackerman inclui dentre estas novas unidades funcionais as comissões eleitorais independentes e os bancos centrais independentes, que não estariam submetidas a nenhuma das formas de poderes no sentido clássico.

Destaca que, sem orientação normativa clara, falar em separação de poderes pode degenerar-se em engenharia constitucional fácil. Para tanto, a ideia institucional de eficiência é completamente vazia se não for ligada a fins substantivos. A separação de poderes deve ser estruturada em três aspectos fundamentais: i) O primeiro ideal é o democrático, pois a separação de poderes pode servir ou esconder-se em um projeto de governo popular; ii) o segundo ideal é a competência profissional pois o Direito será apenas simbólico se não contar com tribunais e burocracias que o implementem de modo imparcial. iii) o terceiro ideal é a proteção e o fortalecimento dos direitos fundamentais (ACKERMAN, 2000, p. 639-640).

Bruce Ackerman é crítico do sistema presidencialista e busca alternativas mais sustentáveis de governo. Critica especialmente o modelo norte-americano de presidencialismo exportado para mais de 30 países na América Latina e que constantemente veem suas constituições explodirem por presidentes frustrados que dissolvem o congresso e passam a governar como caudilhos, com apoio de plebiscitos ou dos militares (ACKERMAN, 2000, p. 645).

Mas para além dos problemas inerentes aos sistemas de governo, a exemplo da autoridade dos governos presidencialistas e sua relação com as respectivas casas legislativas; dos problemas inerentes ao modelo do parlamentarismo do modelo de Westminster; ou mesmo do culto à personalidade de alguns sistemas ou mesmo de como melhor inserir o cidadão na participação política sem incidir em demagogia ou por excessiva rotina¹⁰¹; o ponto das reflexões de Ackerman que têm maior relação com este texto, diz respeito a suas propostas de junção de

¹⁰¹ Sobre a necessidade de trazer o cidadão para dentro do poder político enfatiza Ackerman: “My crucial building block is the popular referendum. I hope to use this device in a relatively novel way, which seeks to learn from our often unhappy experience with the technique. All too frequently, the referendum has been discredited by two very different abuses. On the one hand, demagogues have used a plebiscite to legitimize their authority at a moment of crisis, giving their opponents a very brief time to organize against their “appeal to the People.” On the other hand, the device has been discredited by over-use and routinization — for example, in California, where voters are overwhelmed by a host of complex ballot initiatives every election day.” (ACKERMAN, 2000, p. 664-665).

outros poderes ao tradicional modelo tripartite, e nos interessa especialmente porque diretamente responsáveis pelo controle externo da Administração Pública.

Para tanto, Ackerman reserva importante papel em sua proposta para o Judiciário e para a burocracia, e questiona os aspectos positivos e negativos em criar-se um espaço “isolado” de intervenção política direta de modo a salvaguardar direitos fundamentais. Quando foi elaborado o modelo tripartite não havia como debruçar-se sobre um tema desconhecido e que poderia ser denominado de um quarto poder: a burocracia. Curiosamente, os administrativistas estão mais antenados com os problemas relativos à organização estatal, mas são os constitucionalistas que estão em posição hierarquicamente superior para debater estes temas, de modo que o isolamento de estruturas burocráticas acaba sendo o caminho para se lidar com as burocracias sem considera-las formalmente um Poder e daí a necessidade de uma nova teoria da separação de poderes que contemple o estado burocrático (ACKERMAN, 2000, p. 686-689).

Ackerman sugere um sistema de separação de poderes que compreenda um “Poder de Integridade” que no Brasil poderiam ser facilmente subsumível a atuação dos tribunais de contas, Ministério Público e Controladoria Geral da União - CGU. Utiliza a expressão “Integridade” justamente para afastar a ideia que as decisões burocráticas poderiam “estar à venda pelo maior lance”, legitimando a existência de uma instituição separada que fiscalize as tendências corrosivas da teoria da separação dos poderes. Este poder deve estar “armado” com poderes e incentivos para uma supervisão contínua. Devem receber altos salários protegidos de redução por iniciativas legislativas; carreira estruturada contra investidas legislativas; que não estejam sujeitos à intervenção hierárquica daqueles que investigam; contem com orçamento tendo em conta percentual da receita governamental (ACKERMAN, 2000, p. 691-692).

A despeito de tantas garantias, Ackerman não nega o perigo de criar estes “cães de guarda constitucionais” (*constitutional watchdogs*), nem mesmo do risco — do qual ele duvida — que este Poder de Integridade seja direcionado contra os níveis mais elevados de agentes públicos eleitos. Defende que o *Poder de Integridade* não seja vinculado a nenhum dos demais da “santíssima trindade”, sugerindo possa investigar os poderes instituídos em aspectos mais refinados, a exemplo do uso de impostos como guerra político-partidária (ACKERMAN, 2000, p. 692).

Mas os perigos não lhes passam despercebidos. Ackerman sugere que uma atuação altamente independente do Poder de Integridade pode interferir na atuação de agentes públicos com reponsabilidade política e tentação para vinganças políticas:

But there are obvious dangers involved in authorizing the branch to roam too widely. The broader its jurisdiction, the more it can disrupt the operations of the politically responsible authorities, and the more it will itself be a tempting target for politicized vendettas (ACKERMAN, 2000, p. 693).

Apesar de saber dos perigos Ackerman não parece acreditar demasiadamente neles. Coloca excessiva fé na isenção e imparcialidade das burocracias — aparentemente assegurável com altos salários e outras garantias — para afastar as tentações do empoderamento político; desconsidera que as burocracias e mesmo um “Poder de Integridade” ainda integrado à tríade dos poderes, deve ficar sujeito a rigorosos contrapesos exercidos pelos demais poderes. E, sobretudo, não explora as disfuncionalidades das burocracias, seu intenso compromisso corporativo e sua tormentosa relação com as instituições e demais poderes.

Doutra banda, Ackerman propõe seja criado um Poder Regulatório que transcenda a legitimidade das burocracias como mera correia de transmissão (*transmission belt theory*), ampliando o papel das burocracias como mera executora das normas jurídicas para exercer um verdadeiro poder de legislar, pois as complexidades da sociedade contemporânea demandam tempo e conhecimento especializado, estabelecendo-se assim desenho constitucional que aceite necessidades suplementares de elaboração legislativa pelas burocracias (ACKERMAN, 2000, p. 693-694).

Para tanto, assenta que a legitimidade burocrática decorrente da sua expertise não é apenas um mito, mas alcançada arduamente. Traz como exemplo a lei de processo administrativo alemã que foca nos perigos dos abusos burocráticos em relação aos direitos individuais, mas não no problema da legitimidade burocrática para produção normativa, enquanto que a fraqueza da lei de processo administrativo estadunidense (APA) está em reconhecer que certo grau de legitimidade e participação popular é necessária para produção de normas pelas burocracias (ACKERMAN, 2000, p. 694).

A separação de poderes com base na especialização funcional pode ter aspectos positivos se permitir o desenvolvimento de um bom tipo de separação. Para Ackerman os burocratas têm diferente horizonte temporal. Não pensam a curto prazo, mas a longo. Servem a muitos políticos diferentes de modo que sofrerão impactos se tornarem-se claramente partidários e se apegaram aos políticos de momento, pois em algum momento haverá mudança de poder e haverá troco pelos novos políticos que assumirem cargos públicos, o que justificaria que as burocracias implementassem uma reputação neutra (ACKERMAN, 2000, p. 695).

Discordamos desta visão idílica de Ackerman. Por certo não negamos que as burocracias sejam absolutamente necessárias nas sociedades contemporâneas. A complexidade e

tecnicismo hoje exigíveis para a consecução de políticas públicas demandam corpo funcional fixo, altamente especializado, bem treinado e muito bem remunerado. Mas não nos iludimos na alegada “neutralidade” com apelo a ética weberiana como espécie de “seguro de vida” (ACKERMAN, 2000, p. 696). As burocracias têm vida própria e internamente (e por vezes externamente) fazem seu jogo de poder. Nesse sentido, são absolutamente indiferentes aos políticos de momento, porque o que lhes interessa é seu próprio estilo de vida e sua pretensão de poder nas estruturas internas ou mesmo na ocupação de espaço na política através da candidatura a cargos políticos. Por isso mesmo não é raro que se associem aos políticos quando se trata de ocupar cargos em determinada administração, fazendo com que o jogo de cadeiras entre os cargos internos e suas posições de poder sejam revezadas.

Esta crítica adquire maior sentido quando nos deparamos com estruturas da alta burocracia, cercadas de garantias e de *status* constitucional, e com elevado poder de interferência nos demais poderes instituídos, que no Brasil podem ser exemplificadas em órgão constitucionais autônomos como o Ministério Público e os tribunais de contas, que se aproximam, deveras, de poderes instituídos.

Além disso, a perspectiva de Ackerman elabora um tipo mental e cultural de burocracia, formado por uma elite experiente, conscienciosa dos seus deveres, conservadora e “cheia de pessoas dos velhos tempos que investem pesadamente em sabedoria convencional” baseada num modelo europeu. Esta não é a realidade de muitos países, inclusive no Brasil, onde o concurso público permite o ingresso de jovens burocratas, inexperientes, por vezes ambiciosos e que não investem pesadamente na velha e conservadora sabedoria (ACKERMAN, 2000, p. 698).

Estas diferenças são bem percebidas por Ackerman quando reconhece que o modelo norte-americano de burocracia é bastante diverso do europeu, a ponto de afirmar que os burocratas norte-americanos não compreenderam que seu papel envolve função distintas daquelas exercidas pelos políticos: “*American bureaucrats did not understand their role as involving a function distinct from those discharged by politicians*” (ACKERMAN, 2000, p. 700).

Esta diferença entre burocracia europeia e estadunidense é ressaltada por Joel Aberbach, Robert Putnam e Bert Rockman que enfatizam que a burocracia norte-americana é uma “aberração”, onde são confundidos os papéis dos políticos com os burocratas que busca aliados

onde puderem. Portanto, enquanto na Europa os “burocratas políticos”¹⁰² são episódicos, nos estados unidos são frequentes (ABERBACH; PUTNAM; ROCKMAN, 1981, p. 86).

A crise e insuficiência da tripartição dos poderes não é nova e muitos os teóricos propõem sua reformulação em termos mais adequados com as realidades institucionais dos estados contemporâneos. A abordagem de Eoin Carolans reconhece os problemas da teoria tradicional da divisão de poderes e propõe sua “teoria institucional” de modo a superar as insuficiências teóricas da divisão de poderes, baseada na ideia que a permanência da teoria da separação dos poderes e sua constância nas constituições não decorre da sua veracidade inata, mas da identificação com valores institucionais distintos que a sustentam diretamente.¹⁰³ (CAROLANS, 2009).

Portanto, os elementos institucionais de uma constituição estão alicerçados na crença popular de sua integridade e legitimidade. Não basta constar no texto constitucional a proteção de bens e direitos, os cidadãos terão confiança não em uma declaração abstrata de princípios, mas que estes estejam refletidos em sua realidade cotidiana. (CAROLANS, 2009, p. 7).

As instituições estatais apenas poderão oferecer garantias das declarações de direitos plasmados em uma constituição se os valores sociais funcionarem de modo imparcial e impositivo. Daí a ideia de constituição como ferramenta política de modo a neutralizar os

¹⁰² Joel Aberbach, Robert Putnam e Bert Rockman destacam as diferenças entre burocracia europeia e estadunidense nos seguintes termos: “Although we have stressed the generic differences between the roles of bureaucrats and parliamentary politicians in the contemporary industrial democracies, American exceptionalism dogs our quest for uniformity and uninhibited generalization. The distinctiveness in role focus between civil servants and legislators throughout Europe is conspicuously absent in America. For instance, Figure 4-2 summarizes the rank-order similarity between the role foci of bureaucrats and the role foci of politicians within each country. This evidence makes clear that whereas bureaucrats and politicians in Europe conceive their roles quite differently, bureaucrats and politicians in America conceive their roles quite similarly (...) In a political system that rewards entrepreneurs, neither protected by anonymity nor clearly serving a single master, American bureaucrats must find allies where they can. This, in turn, generates an entrepreneurial style of behavior that encourages bureaucratic commitments to clientele. To be sure, bureaucratic politics, properly understood, exists everywhere. But outside the United States the game typically is played with a narrower range of actors and a far more determinate, if not wholly definitive, set of rules. Bureaucratic politics in Europe typically is episodic; in the United States it is ceaseless. (...) By institutional necessity, and also because of the historic absence of socialization as an administrative elite, American bureaucrats are more oriented toward traditionally political roles than bureaucrats in Europe. Yet the overlap in role focus between bureaucrats and politicians in America is not attributable exclusively to differences between American bureaucrats and their European peers. American politicians are also different from European politicians.” (ABERBACH; PUTNAM; ROCKMAN, 1981, p. 94-96).

¹⁰³ Sintetiza Eoin CAROLANS: “This book will attempt to argue, however, that the theory’s constitutional constancy is the result not of its innate ideological veracity but rather of its continued identification with a series of distinct institutional values which, in themselves, deserve support. It is these values, it is submitted, which underpin the continuing influence of the doctrine. This work will therefore aim to develop a revised institutional theory of separation which draws on these values whilst also managing to avoid the problems which the persistent invocation of the traditional theory involves.” (CAROLANS, 2009, p. 2).

efeitos deletérios dos conflitos internos, reforçando esta percepção na perspectiva da sociedade.¹⁰⁴

Nessa dimensão, uma teoria constitucional não deve apenas proteger bens e valores fundamentais, mas produzir resultados pragmáticos adequados à densificação destas normas constitucionais. Claro que uma perspectiva exclusivamente instrumental de uma constituição é insuficiente para uma adequada teoria constitucional, devendo produzir efeitos maximizadores das normas constitucionais.¹⁰⁵

O incremento do estado administrativo e o aumento exponencial da Administração Pública, somados ao conseqüente crescimento das estruturas burocráticas, causaram graves abalos no modelo tripartite. Notadamente, o crescimento das agências reguladoras e o surgimento de novos entes que atuam entre o modelo privado e público evidenciando ainda mais a insuficiência da separação tradicional de poderes (CAROLANS, 2009, p. 42).

A perspectiva liberal acerca do exercício do poder¹⁰⁶ tende a recusar legitimidade ao exercício de poderes discricionários por burocratas ou agentes públicos não eleitos. As razões para tanto são bastante óbvias, pois na perspectiva contratualista de governo legitimado pela democracia representativa, como apenas poderiam exercer legitimamente o poder aqueles que tivessem o consentimento dos cidadãos, as decisões tomadas pelos não eleitos seriam arbitrárias, insindicáveis e ilegítimas (CAROLANS, 2009, p. 49).

¹⁰⁴ Nesse passo, esclarece Carolans: "The institutions of the state, meanwhile, offer a guarantee that this statement of societal values will operate in a suitably authoritative and even-handed way, enforcing the central tenets of the text with the unbiased consistency which befits their constitutional status. The constitution's utility as a political tool thus arises from the way in which it helps to counteract the socially destructive effects of domestic conflict by reinforcing a common social view" (CAROLANS, 2009, p. 8).

¹⁰⁵ Na dicção de Eion Carolans os valores protegidos pelas normas constitucionais são fundamentais para compreensão da utilidade da estruturação de uma constituição: "Constitutional theory is not simply a question of protecting basic principles or manufacturing norm-appropriate outcomes. To assess a model instrumentally on the basis of the extent to which its outputs reflect the foundational values upon which its employment is contingent is to adopt an unduly circumscribed understanding of the institutional structure's constitutional utility. Such a narrow view of institutional instrumentality necessarily ignores the two key lessons of the earlier aspects of this chapter: that the public's belief in the normative values upon which the institutions were initially erected is unlikely to remain constant over time; and that the way in which the institutions publicly engage with and treat these values is arguably as significant (from the perspective of ensuring the constitution adequately fulfils its unifying function) as the normative integrity of the outcomes thereby produced. A proper conception of constitutional design must, it is clear, treat it as more than a mechanical exercise in producing norm-maximizing effects." (CAROLANS, 2009, p. 15-16).

¹⁰⁶ Na perspectiva clássica do modelo de estado liberal de subordinação do poder executivo à lei parlamentar, assevera José Carlos Vieira de Andrade: "'Enuncia-se doutrinariamente e proclama-se formalmente o princípio da separação dos poderes - nas suas dimensões política (admitindo várias fontes de legitimidade), organizativa (impondo a pluralidade de centros de decisão) e funcional (repartindo a diversidade de tarefas) - embora, na prática, se tenha afirmado um estereótipo organizativo, de "três poderes e três funções correspondentes" (Parlamento-legislativo, Governo-executivo e Tribunais-judicial) e se tenha processado uma evolução no sentido da preponderância do poder legislativo representativo sobre os outros poderes estaduais". (ANDRADE, 2015, p. 20).

A crise da separação de poderes também afeta os parlamentos. Os governos detentores de parlamentos — aqui entendidos mesmo os sistemas presidencialistas e não apenas o modelo parlamentar puro — também colocaram em crise o sistema de divisão de poderes, especialmente pelo seu desprestígio nas atuais democracias contemporâneas; seja pela complexidade de interesse a serem representados; na tecnicidade das matérias que devem enfrentar; seja ainda porque não refletem divisão de forças sociais posto que os antagonistas nos sistemas parlamentaristas são a situação e a oposição.

Esta crise do parlamento também vem acompanhada de profunda modificação na perspectiva da edição de lei, posto que agora as leis não visam apenas criar uma ordem dotada de racionalidade, mas *realizar uma utilidade concreta*. (CANOTILHO, 2003, p.717-718). Esta realidade concreta por vezes demanda não apenas a edição de leis, mas o uso de poderes discricionários visando dar concretude às normas editadas pelo parlamento.

A “teoria da correia de transmissão” (*transmission belt theory*), por vezes é utilizada como fundamento para afirmar que o uso de poderes discricionários no âmbito administrativo como decorrência da legitimidade dos poderes aos quais estes entes administrativos estão vinculados, como em uma correia de transmissão. Esta legitimidade deve estar baseada em alguma norma que assegure o vínculo do exercício de poderes discricionários com base na delegação de poderes dos eleitos (CAROLANS, 2009, p. 107). Tal teoria, gradativamente, perdeu prestígio entre os constitucionalistas norte-americanos.

Igualmente a justificar o exercício de poderes discricionários por entes da administração está sua expertise técnica, pois assuntos complexos, a princípio, serão melhor decididos por quem detém alta especialidade. (CAROLANS, 2009, p. 108).

A teoria da representação de interesses (*interest representation*) traduziria a melhor maneira de atribuir legitimidade aos entes que atuam na governança contemporânea. Por esta teoria, o poder está disperso e a despeito disto devemos aceitá-lo em vez de negá-lo. Esta legitimação decorreria da participação popular e acesso do cidadão no processo de tomada de decisão. O envolvimento dos cidadãos no processo decisório a tomada de decisão tende a incrementar o envolvimento e aferir justiciabilidade pelo grau de participação, ainda que não seja garantia dos resultados do processo decisório (CAROLANS, 2009, p. 110-111).

Nos moldes propostos por Carolans a *teoria institucional* deve ter um aspecto instrumental e normativo, combinando-se eficiência e valor. Para que as constituições tenham êxito devem estar alicerçadas em uma estrutura institucional ativa, os poderes devem atuar com base nas normas constitucionais e simultaneamente sustentar sua confiança no povo refletindo concretamente estes princípios (CAROLANS, 2009, p. 49).

As limitações da separação de poderes estão em lidar com aspectos da governança contemporânea, impondo-se a necessidade de um novo modelo institucional¹⁰⁷ permitindo que novos entes possam ser capazes de satisfazer as inovações administrativas e contar com o apoio popular em suas atividades. É necessário combinar responsividade democrática e legitimidade normativa (CAROLANS, 2009, p. 82).

A estes aspectos junta-se o exercício não arbitrário do poder. Qualquer governo organizado não deve ser exercido de maneira não arbitrária, desenvolvendo práticas que possam coibi-la. O controle jurisdicional pode ser uma resposta para assegurar o exercício de poderes pelos novos entes não eleitos, mas a jurisdicionalização irrestrita pode engessar a tomada de decisão (CAROLANS, 2009, p. 120-121).

Ciência e política têm um valor intrínseco em promoverem justiciabilidade e requerem um modelo organizacional que os represente institucionalmente. Assim o modelo institucional ao analisar o processo decisório pode alocar tarefas institucionais, avaliando onde pode ser realizada de modo mais apropriado, remodelando a tradicional divisão de poderes na atualidade. Esta identificação depende da capacidade institucional e competência funcional (CAROLANS, 2009, p. 124-125).

Nessa perspectiva, a Administração está melhor equipada para desempenhar as tarefas dessa nova modelagem da separação de poderes, possibilitando espaço institucional considerando as peculiaridades locais, valores normativos e eficácia instrumental que pode ser absorvida no processo decisório administrativo. Além disso, o papel da governança é fundamental nesse processo, na criação de políticas e aplicação de princípios (CAROLANS, 2009, p. 198). O processo administrativo, a motivação e a participação dos cidadãos também pode robustecer a legitimidade das decisões administrativas, especialmente à partir da concepção de *sociedade em rede* (CASTELLS, 1999) que reformula a dinâmica do próprio controle social da Administração Pública.¹⁰⁸

¹⁰⁷ Esta necessidade de se repensar novos modelos institucionais e da atual transversalidade na formulação de decisões, é destacada por Vanice Regina Lírio do Valle: “A partir dessa compreensão, expande-se o modelo originário de repartições de funções, admitindo-se, a par daquela de controle, uma nova atuação que, a rigor, articula as instâncias do poder organizado e da sociedade, naquelas hipóteses em que o signo da legitimação exige uma transversalidade no processo de formulação da decisão pelo que ela envolve de concentração das opções atinentes a quais sejam os fins do estado. Isso demanda uma abertura para a compreensão de que os critérios mecanicistas originais da teorização da repartição de poderes se revelam insuficientes. Cada vez mais, a ênfase residirá no exercício do equilíbrio consensuado — e legitimador — da ação das instâncias de poder. Se isso é adequado no raciocínio teórico, nem sempre se revela simples no plano de atuação concreta. É claro que tal adequação de canais de interlocução há de ser fruto de desenvolvimento social, de uma cultura a se formar. Não é menos claro, todavia, que, do ponto de vista formal, para tal dificuldade a constituição oferece também a jurisdição constitucional como solução formalmente estruturada.” (VALLE, 2007, p. 227-228).

¹⁰⁸ Como bem destaca Manuel Castells acerca das estruturas sociais em rede: “Redes constituem a nova morfologia social de nossas sociedades e a difusão da lógica de redes modifica de forma substancial a operação e os resultados

Outra proposta para configuração da nova separação de poderes é sugerida por Frank Vibert cujo livro tem o instigante título de: *The rise of the unelected*. O texto parte da constatação que na atualidade há muitos entes não eleitos que efetivamente exercem parcela de poder que exigem um novo desenho institucional. Para tanto, propõe que em vez de rejeitar-se o surgimento dos não eleitos como um perigo nas democracias contemporâneas, que deveríamos incorporá-los, pois teriam o potencial de robustecer os sistemas de governo, pois estes novos entes fazem parte da nova separação de poderes.¹⁰⁹ (VIBERT, 2007, p. 2)

Na óptica proposta por Vibert, os sistemas de governo devem adaptar-se à ascensão dos não eleitos, devendo reconhecê-los. Governos democráticos não estariam aptos a resolver os problemas contemporâneos nem de articular a voz da democracia. Ambos, eleitos e não eleitos podem ser vistos de modo suspeito pelos cidadãos e isto pode levar ao populismo, arbitrariedade e ilimitado exercício de poder.

Agregue-se a estas mudanças, o surgimento de diversas entidades privadas exercentes de poderes públicos¹¹⁰ e que estejam a serviço do atendimento do interesse público, e que expressam *poderes públicos de autoridade* (GONÇALVES, 2005), ampliando significativamente o número de entidades que atuam na esfera pública e demandam permanente reflexão acerca do seu papel institucional.

Esse novo corpo de não eleitos é predominantemente composto por *experts* e pessoas de conhecimento especializado, e facilmente podem ser vistos sob um viés elitista e como ameaça democrática. Na perspectiva de Vibert esta nova divisão dos poderes fortalece a democracia, porquanto podem fornecer um ambiente mais seguro e as pessoas podem se

dos processos produtivos e de experiência, poder e cultura. Embora a forma de organização social em redes tenha existido em outros tempos e espaços, o novo paradigma da tecnologia da informação fornece a base material para sua expansão penetrante em toda a estrutura social. Além disso, eu afirmaria que essa lógica de redes gera uma determinação social em nível mais alto que a dos interesses sociais específicos expressos por meio das redes: o poder dos fluxos é mais importante que os fluxos do poder. A presença na rede ou a ausência dela e a dinâmica de cada rede em relação às outras são fontes cruciais de dominação e transformação de nossa sociedade: uma sociedade que, portanto, podemos apropriadamente chamar de sociedade em rede, caracterizada pela primazia da morfologia social sobre a ação social.” (CASTELLS, 1999, p. 565).

¹⁰⁹ Sobre este novo modelo destaca Frank Vibert: “The unexpected message of this book is that the rise of the unelected is not a danger to democracy. On the contrary, their rise has the potential to make democratic systems of government more robust. In reaching this conclusion this book suggests that we should take the new bodies as a whole and view them as composing a new branch of government and forming the basis of a new separation of powers. Just as the old separation of powers, between legislatures, executives and the judiciary, added to the overall strength of democratic systems of government, so too can the new separation of powers.” (VIBERT, 2007, p.2).

¹¹⁰ Acerca do tema do exercício de poderes públicos por entidades privadas, destaca-se o texto de Pedro Gonçalves, que assevera: “As implicações associadas ao exercício privado de poderes públicos de autoridade falam por si mesmas sobre as exigências de rigor que a figura coloca, desde logo ao nível da delimitação dos seus elementos constitutivos. Por um lado, a sua presença determina imediatamente a aplicação do direito administrativo a uma actuação que provém de entidades privadas; por outro, a articulação entre poderes públicos e função administrativa representa, muitas vezes, uma condição da legitimidade da própria ‘delegação de poderes públicos em entidades privadas’” (GONÇALVES, 2005, p. 30).

beneficiar deste conhecimento especializado, reunindo informações mais confiáveis e relevantes.¹¹¹ Podem auxiliar os cidadãos em reconhecer e distinguir diferentes políticas públicas e como contribuir para elas, possibilitando que possam questionar de modo mais acurado os objetivos das políticas públicas (VIBERT, 2007, p. 3).

Com efeito, a modelagem das constituições contemporâneas parte da premissa que a supervisão do estado moderno não podem ser realizadas apenas pelo Judiciário.¹¹² As constituições preveem inúmeros órgãos de controle de modo interferir noutros poderes¹¹³. Comumente estão previstos novos atores como auditores, superintendentes, promotores e diversos outros entes que atuam para monitorar o estado em áreas específicas (BILCHITZ; LANDAU, 2018).

O mundo dos não eleitos é composto por bancos centrais independentes, entidades que fazem gerenciamento de risco, reguladores independentes no âmbito econômico e ético, novas instituições de auditorias.¹¹⁴ No plano global os entes não eleitos ganham importante papel para

¹¹¹ Em defesa do fortalecimento da democracia através do surgimento destes novos entes não eleitos assevera Fran Vibert: “Because the new branch of government is overwhelmingly made up of those with expertise and specialised knowledge, it is easy to view it as nothing but institutionalised elitism and a threat to democracy. Such a tempting diagnosis misses the most important impact of the new branch. The new branch strengthens democracy because it provides a safer environment for people to benefit from expertise and the latest state of knowledge, to gather information that is reliable and relevant to themselves, to trust the information and to draw their own conclusions for their own actions. It helps citizens distinguish between the different components of public policy and the different responsibilities of different contributors to public policy. When citizens disagree with the way public policy is being formulated, their questions and criticisms can be more precisely informed and more sharply targeted. (VIBERT, 2007, p. 3).

¹¹² Em reação mais firme contra a supremacia judicial posiciona-se Mark Tushnet: “What should we make of judicial review? Our conclusion must consider all issues, not just the ones where the Court happens to be coming out on our side at the moment. And it must not idealize the Court by saying that the good decisions—the ones we like—occur when the Court gets the Constitution right, and the bad ones occur when we happen to have the wrong justices.” (TUSHNET, 1999, p. 172).

¹¹³ Acerca das novas instituições desenhadas nas constituições contemporâneas visando implementar o controle sobre inúmeros poderes, David Bilchitz e David Landau esclarecem: “Finally, new constitutional texts tend to go well beyond the traditional tripartite division into the executive, legislative and judicial branches. To be sure, this division continues to exist, and in some ways has even strengthened through time. Courts, for example, almost always have explicit judicial review powers in modern constitutions, which was not always the case historically.28 However, modern constitutions also seem to depart from the premise that for the oversight of the modern state, courts are not sufficient. Thus, constitutions tend to include a number of other specialized accountability institutions.29 These often include electoral courts or commissions designed to ensure the integrity of the electoral process and human rights commissions, or ombudspersons designed proactively to investigate and rectify violations of the rights of individuals. They commonly also include a number of other independent actors like auditors, superintendents, procurators and others who are designed to monitor the state or particular areas of policy.” (BILCHITZ; LANDAU, 2018, p. 10).

¹¹⁴ O mesmo diagnóstico é feito por Eoin Carolans: “Although it may once have encapsulated the essence of state governance, the notion that government can be reduced to a trinity of functions is today anachronistic in the extreme. These bodies do not conform to any single design and are therefore almost impossible to corral within the narrow confines of even a broad threefold classification. Rather, they display an institutional fluidity which has come to characterize the administrative state’s organizational complexity, exercising at once powers which would formerly have been adjudged as executive, judicial, or legislative in nature. The rise of supranational organizations, and other bodies which defy the traditional eighteenth century understanding of the state, has served only to further accentuate the present-day inadequacies of the conventional separation of powers theory (CAROLANS, 2009, p. 42). Também neste aspecto calham as lições de Frank Vibert: “The world of the unelected

operarem para além dos limites das estruturas estatais. Há cerca de 70 entes operando a nível internacional (OCDE, OMC, G8, BRICS, Banco Mundial, Nações Unidas, UNICEF, etc.).

A ascensão dos não eleitos é fenómeno internacional a exemplo das agências reguladoras¹¹⁵ nos EUA, existindo hoje cerca de 1.000 agências federais em sua maioria alocadas no poder executivo, cerca de 200 são listadas como independentes ou levemente ligadas a este poder. Muitas terminologias são adotadas, a exemplo dos QUANGOs (*quasi autonomous non-government organisations*, ou mesmo paraestatais, entidades da administração indireta, comitês, institutos etc., operam com diferentes graus de autonomia (VIBERT, 2007, p. 18).

Podem ser divididas em 1) entidades que prestam serviços (como serviço de correios e bancos centrais); 2) institutos que realizam avaliação de riscos (alimentos, saúde, riscos ambientais e nucleares); 3) órgãos fiscalizadores da fronteira entre estado e mercado para fornecimento de serviços públicos; 4) órgãos de fiscalização livres de viés políticos; 5) árbitros e câmaras arbitrais; 6) entidades responsáveis por fazer e receber denúncias (VIBERT, 2007, p. 20).

Estes entes não eleitos, especialmente os que exercem algum controle sobre a Administração Pública, têm incrementado seu poder de fiscalização e controle em certas matérias. As sociedades contemporâneas exigem um *ethos* de democracia de supervisão que levam a uma interação entre agências e órgãos de controle. A sistemática suspeita dos políticos e administradores parece ser aliviada com a presença de servidores públicos que restaurem a confiança pública. As democracias demandam *vigilantes neutros* (ROSANVALLON, 2008, p.74).

A atividade dos não eleitos por vezes tem mais impacto na vida cotidiana das pessoas que as decisões tomadas pelos eleitos, indicando formas mais seguras de transporte, alimentos,

is a hugely varied world. Unelected bodies include independent central banks, independent risk management bodies, independent economics and ethics regulators, regimes of inspection and audit and new types of appeal bodies. It is also a large and growing world. Around 200 unelected bodies now exist in the United States and around 250 in the United Kingdom. Other countries, even with different democratic traditions and structures, are following suit. In addition, the role of the judicial branch of government, in most democracies traditionally set apart from the jostle and scramble of democratic politics, has also grown (VIBERT, 2007, p. 5).

¹¹⁵ Sobre a desconcertante localização topográfica das agências no modelo tripartite assevera Eoin Carolans: “The courts, wedded to an outdated understanding of the state, have struggled to conceptualize these developments. Administrative agencies have been uncomfortably shoehorned into the tripartite structure, their legitimacy located in the normative authority of the nominated supervising branch. That they, in fact, tend to exercise a range of powers drawn from across the putative legislative– executive–judicial divide is explained away by the convenient invention of intermediate categories of quasi-functional classification. The ‘evident conceptual embarrassment of the qualifying quasi’99 demonstrates quite clearly, however, that the three-pronged model is terminally unable to accurately reflect, explain, or legitimize the way in which the organs of the state today exercise their powers.” (CAROLANS, 2009, p. 42-43).

qualidade do ar que respiramos, acesso à mídia, à qualidade de nossa comida entre outros aspectos que tem imensa repercussão e interesse de cada cidadão (VIBERT, 2007, p. 6-7).

Os não eleitos têm problemas com a democracia sob o Estado de Direito que enfatiza suas qualidades deliberativas. Ocupam espaço entre o direito e a política e seus procedimentos são diferentes daqueles tradicionalmente conhecidos, de modo que é um desafio estabelecer como estas relações com os demais poderes devem ser estruturada (VIBERT, 2007, p. 11).

Calha registrar que este fenômeno da ocupação da burocracia dos espaços decisórios de alta complexidade, faz com que possam atuar de modo *paralelo* aos estados democráticos, no sentido de que a alta complexidade das atividades desenvolvidas no âmbito regulatório, em grande medida não são compreensíveis ao grande eleitorado, de maneira que decisões regulatórias de vulto e mesmo a profusão de decisões dificultam a apreensão popular de suas consequências possibilitando ampla atuação das burocracias na implementação de políticas públicas¹¹⁶ (DECANIO, 2015).

Duas abordagens são adotadas para controlar estes novos entes não eleitos. A primeira, sua submissão aos controles tradicionais, o que segundo Frank Vibert tende a ser frustrado. A segunda, rejeita o formalismo dos controles constitucionais e sugere que estes entes possam refletir mudança na política democrática e no sentido de encarregar estas instituições no desempenho de tarefas para as quais estão mais funcionalmente aparatadas para realizar (VIBERT, 2007, p. 12).

Frank Vibert propõe uma abordagem diferente pois nenhuma das duas propostas anteriores parecem suficientes. Diante de novos atores que exercem autoridade é necessária uma nova separação de poderes que permita lidar e disseminar informações e conhecimento empírico atualizado. As sociedades democráticas exigem inúmeras formas de autoridade e a nova separação de poderes é a nova dimensão da tomada de decisão nas democracias (VIBERT, 2007, p. 12).

¹¹⁶ Para melhor esclarecer o argumento vale trazer a opinião de Samuel DeCanio: “Unlike existing theories of state autonomy, and contrary to widespread assumptions regarding democratic politics, this book argues that voter ignorance ensures that the majority of state regulatory operations are conducted autonomously from popular awareness or control. In its most basic form, public ignorance causes state autonomy simply because voters are unaware of states’ decisions and hence are incapable of influencing the decisions made by elected officials and bureaucrats. If the public is ignorant of state actions, the existence of government policies, and the actors responsible for policy implementation, voters may be incapable of influencing the decisions made by modern democratic states. If voter ignorance is the primary variable responsible for the state’s autonomy, we should expect an inverse relationship between popular influence of politics and the number of regulatory decisions undertaken by government. For when states undertake a large number of decisions and regulatory actions, voters will become relatively more ignorant of politics and will have a more difficult time collecting information about public decisions.” (DECANIO, 2015, p. 30-31).

Esta nova separação de poderes tem efeitos muito radicais e impactantes na medida que derruba a premissa que as pessoas estão bem representadas em delegar aos eleitos julgamentos e decisões e que estes estariam melhor informados (VIBERT, 2007, p. 13).

Com efeito, a representação política tradicional tem dificuldade em lidar com informações que demandam conhecimento especializado, bem como reuni-las. A falta de experiência e qualificação em muitos assuntos é inerente à figura do político tradicional que não tem — nem poderia ter — amplo conhecimento sobre os mais diversos campos do saber. Isto reforça a autoridade destes entes em expor fatos e informações, com expressiva credibilidade junto ao público.

Por certo que isto não impede que entes independentes que tenham sua própria agenda política e que a confiabilidade das suas informações possa ser questionada, especialmente quando capturadas por interesses de certos setores privados ou públicos. O reconhecimento da sua competência técnica e autoridade pelo público, não os exime de incorrer nos mesmos erros dos políticos tradicionais e dos órgãos eleitos.

Ademais, os políticos “por profissão” detêm qualidades e defeitos muito diferentes do perfil de pessoas que integram entes independentes e tecnocratas. Para ser político são necessárias inúmeras habilidades (ou defeitos se assim se preferir), desde gerir uma imagem pública, focar sua agenda em temas que atraiam mais votos ou que estejam alinhados com as ideias de quem pretende representar, certa pitada de vaidade, postura assertiva com capacidade de articulação para ganharem espaço no terreno da política, pois se assim não agirem, serão suplantados por seus concorrentes.

Já os representantes dos entes não eleitos, têm perfil bastante diverso. Em geral estão preocupados com certos temas nos quais detêm grande expertise, além de formação técnica muito especializada e elevada em certos temas, normalmente despreocupados quais os impactos políticos — não que os ignorem — das conclusões que apresentam acerca de certos temas nos quais são chamados a opinar ou propor soluções. Todavia, não se pode negar que estes novos entes têm amplo conhecimento das matérias na qual estão especificamente envolvidos, reunindo e processando informações com maior eficiência e tendo condições de apresentar soluções técnicas muito mais eficazes.

A nova separação de poderes impede que apenas os políticos eleitos tenham acesso privilegiado ao conhecimento e informações. As pessoas que desconfiam das informações governamentais podem contar com outras fontes de informações nas quais possam confiar. Isto faz com que os políticos tenham de olhar para cidadãos mais bem informados e aptos a se autoinformarem e cobrarem assuntos que conhecem melhor (VIBERT, 2007, p. 13).

A democracia participativa também vem sendo alterada no início deste século e cada vez mais demanda acesso à informação. A principal mudança é que vemos certa apatia nas democracias tradicionais, com elevada abstenção no exercício do sufrágio popular, e refratário em identificar-se com as políticas partidárias e de participação formal na arena política. Mas isto não implica em ausência de participação popular. A diferença é que agora os cidadãos estão preocupados com causas específicas (a exemplo da mudança climática). A indiferença aos canais tradicionais de representação democrática, fragilizam a democracia tanto porque os políticos ficam desconectados da realidade do seu eleitorado, deixando-os suscetíveis a serem utilizados por outros grupos de interesse.¹¹⁷

As instituições tradicionais reservam a si mesmas dois papéis. O primeiro, diz respeito ao seu papel em como resolver os problemas dos cidadãos respondendo a certas necessidades e como perceber desigualdades. O segundo, como arena para expressar certos valores, princípios e atitudes para contribuir com uma sociedade melhor. Para Vibert estes dois papéis estão mudando. A uma, porque os não eleitos podem melhor resolver certas demandas e informar o cidadão. A duas, porque num mundo onde todos podem julgar por si mesmos a arena decisória precisa de uma nova ordem (VIBERT, 2007, p. 14).

Uma das implicações mais radicais desta nova divisão de poderes é saber como estes novos entes terão legitimidade dos cidadãos e ainda, como deverão prestar contas e terão responsividade num sistema democrático de governo. A ideia que sua legitimidade deve fluir do fato de atuarem sob poderes delegados pelos poderes tradicionalmente eleitos pode comportar falhas teóricas e práticas (VIBERT, 2007, p. 15).

Aparentemente, estes novos atores não responderiam a nenhum dos poderes instituídos, nem a ninguém e não estariam sujeitos a qualquer controle.¹¹⁸ É importante distinguir entre legitimidade e responsividade. A responsividade deflui do sistema de pesos e contrapesos.¹¹⁹ Já

¹¹⁷ As considerações de Pierre Rosanvallon são relevantes neste aspecto: “The number of people participating in strikes or demonstrations, signing petitions, and expressing collective solidarity in other ways suggests that the age is not one of political apathy and that the notion that people are increasingly withdrawing into the private sphere is not correct. It is better to say that citizenship has changed in nature rather than declined. There has been simultaneous diversification of the range, forms, and targets of political expression. As political parties eroded, various types of advocacy groups and associations developed. Major institutions of representation and bargaining saw their roles diminish as ad hoc organizations proliferated. Citizens now have many ways of expressing their grievances and complaints other than voting.” (ROSANVALLON, 2008, p. 19).

¹¹⁸ Acerca deste aspecto assevera Eoin Carolans: “Finally, the tripartite model lacks real descriptive power. Incapable of accurately depicting the institutional reality of the contemporary state, the theory has proved unable to cope with either the executive dominance of the cabinet system or the emergence of powerful administrative agencies. That it continues to be used in spite of its descriptive inadequacy has had the unfortunate effect of perpetuating public reliance on hopelessly ineffective structural safeguards. The risk is that it has arguably undermined the libertarian values which it is publicly pledged to support.” (CAROLANS, 2009, p. 45).

¹¹⁹ O modelo da regulação responsiva é inspirado nos modelos de justiça restaurativa. Na senda de John Braithwaite e Ian Ayres, a regulação responsiva (*responsive regulation*) (AYRES; BRAITHWAITE, 1992) foi

a legitimidade pode ser assentada em cada um dos poderes, em sua própria legitimidade. No estado de social e democrático de direito ninguém está acima da lei, de modo que os arbítrios e caprichos de quem quer que seja sempre deverão estar suscetíveis ao controle e fiscalização das instituições e dos cidadãos.

De regra, os sistemas constitucionais quando fixam os pesos e contrapesos entre os poderes tradicionais, não preveem o mesmo nível de controles mútuos quando tratam de novos órgãos constitucionais, que no caso brasileiro podem bem ser representados nos casos dos tribunais de contas e Ministério Público. Estes têm assento constitucional, mas não contam com adequado sistema de controles e fiscalização de outros poderes.

De toda maneira, parece claro que ao Poder Judiciário cabe a fiscalização de todos estes entes não eleitos que atuam em nosso sistema jurídico. Claro que isto nem sempre será simples e demandará o estudo de cada caso para definição de quando se estará diante da violação de normas a justificar a interferência do Judiciário. Na realidade brasileira isto tende a ampliar o leque de fiscalização de um ramo tradicional dos poderes sobre a atuação dos entes não eleitos.

O problema coloca-se mais no sentido de saber não tanto da possibilidade e suficiência da imposição de sanções a estes entes pelo Poder Judiciário, mas da excessiva intervenção nas atividades exercidas pelos novos entes na atualidade. Quanto mais entes não eleitos estabelecerem sua autoridade, maior a possibilidade de interferência política dos poderes tradicionais (VIBERT, 2007, p. 173).

Frank Vibert sugere que os entes não eleitos devem ter sua responsividade e legitimidade como sujeitos a um sistema de pesos e contrapesos e ainda autolegitimar-se em si mesmos. Sugere legitimidade similar ao Judiciário, posto que este não responde ao diretamente povo em face da sua natureza contramajoritária e porque seus integrantes não serem eleitos. Assim, este novo corpo de não eleitos deve assentar sua legitimidade em si mesmos, pois não responderiam aos cidadãos. Um Judiciário independente não responde nem ao Legislativo nem ao Executivo. A relação de mútuo respeito entre os poderes é fundamental ao seu adequado funcionamento (VIBERT, 2007, p. 15).

Achamos bastante problemática a solução acima proposta. Ora, o Poder Judiciário já tem demonstrado que ao assentar sua legitimidade em si mesmo, pode incorrer em excessos e

pensada no controle exercido pelas agências reguladoras e não nos moldes do controle administrativo clássico ao qual estamos acostumados. Todavia, a interconexão entre função regulatória (SOUTO, 2005, p. 71) e função de controle encontram inúmeros parâmetros em comum, com nítida aproximação de modelos e aproveitamento de experiências. Os problemas inerentes às falhas regulatórias, muito nos ensina sobre as falhas no modelo de controle clássico. Igualmente o tema das inovações regulatórias (*regulatory innovation*) são importantes para aprimorarmos o funcionamento o controle tradicional da Administração Pública. (BLACK, 2005, p. 15).

invasão da esfera privativa dos demais poderes. Se somarmos todos os outros entes não eleitos imaginando possam assentar sua legitimidade em si, teremos aumento exponencial da crise entre os poderes e entes autônomos não eleitos. Não basta para concretização dos *checks and balances* a relação harmônica entre os poderes. É necessário efetivo exercício de Poder por cada qual sobre os demais. Sem a utilização — em potência — da efetiva interferência de um poder noutro, jamais um poder se fará respeitar. Isto vale tanto para entes eleitos como não eleitos.

2.11 CONCLUSÕES ACERCA DOS NOVOS ARRANJOS INSTITUCIONAIS

Os novos arranjos institucionais refletem a complexidade das sociedades contemporâneas¹²⁰. Afinal, políticos e burocratas também sopesam valores e escolhas públicas. O surgimento de entes não eleitos não é exatamente uma escolha, é um fato. A questão é saber como inserir estes novos atores institucionais na teoria da separação dos poderes de modo a contar com sua efetiva contribuição no tocante a sua alta especialização técnica e funcional, mas evitando a captura dos demais poderes formalmente instituídos, além de impor-se efetiva responsividade na atuação destes novos entes.

Como bem atenta Daniel Maldonado o princípio da separação de poderes está assentado em *quatro conceitos fundamentais*: i) tripartição do governo; ii) divisão funcional dos três poderes do estado; iii) sistema de *checks and balances* e iv) colaboração harmônica entre os poderes (MALDONADO, 2018, p. 150).

O primeiro aspecto — tripartição do governo — parte da premissa que o estado tende a abusar dos poderes. A concentração de poderes tende a levar ao seu abuso. Instituições que

¹²⁰ O trabalho de Joel Aberbach, Robert Putnam e Bert Rockman bem destaca o esboroamento da tradicional linha entre políticos e burocratas na implementação de políticas públicas na atualidade: “Massive growth in the public agenda shifts some of the traditional burdens of politicians—the search for public support and legitimation of policies—onto bureaucrats and forces them willy-nilly into the performance of political functions. The net impact of such a trend, if accurately described, would be to lead bureaucrats to look outward for political support. On the other hand, the increasingly thorny problems that face advanced industrial societies also demand that political decision makers be technically informed. The intricacy of contemporary policy agendas may compel politicians to direct their attention toward the bureaucratic apparatus in order to absorb specialized knowledge relevant to policymaking. Aside from the basic comparison between bureaucrats and politicians, we are also interested in exploring the varying contact patterns of individual bureaucrats and politicians. For example, one might look to the role conceptions and basic political attitudes of bureaucrats and politicians for factors stimulating particular patterns of interaction. There may, for example, be a polar syndrome of attitudes toward politics and politicians that broadly distinguishes “classical bureaucrats,” who see themselves as being above politics, from “political bureaucrats,” who view themselves as one of several important actors in a common pluralistic game.³ Perhaps bureaucrats who are tolerant of a pluralistic political process, who enjoy the political side of administration, and who think that their roles take them beyond the mere neutral implementation of law, are apt to be more involved with political actors, with interest groups, and with citizens than those whose views more closely fit the classical bureaucrat syndrome. In other words, these so-called political bureaucrats should be less likely to have their network of contacts defined exclusively by formal organizational channels.” (ABERBACH; PUTNAM; ROCKMAN, 1981, p. 210).

concentram poder tendem a incrementar a probabilidade, abusarem ou utilizá-lo inapropriadamente, impondo-se a divisão nas três funções fundamentais. O princípio da separação de poderes implica em fragmentação das instituições, funções e agentes que servem ao estado (MALDONADO, 2018, p. 151).

O segundo aspecto estrutural da divisão de poderes — divisão funcional dos poderes — implica na ideia que cada um dos poderes deve exercer uma função preponderante e específica de maneira autônoma. Cada qual deve articular-se de moto próprio sem depender dos demais poderes (MALDONADO, 2018, p. 152).

O terceiro aspecto — sistema de *checks and balances* — implica que cada poder deve supervisionar os outros dois, fazendo com que a violação dos direitos dos cidadãos torne-se menos provável. Assim, o poder de veto do executivo, a revisão judicial dos atos administrativos, o *impeachment* de agentes políticos são mecanismos de interferência direta noutros poderes de modo a assegurar mútuos controles. Cada interesse fica representado de diversas maneiras, criando uma supervisão dinâmica que pode moderar o exercício do poder e sua concentração em poucas mãos (MALDONADO, 2018, p. 153).

O último aspecto estrutural da separação de poderes reside na colaboração harmônica entre todos, de modo a fazer com que todos possam concretizar suas funções. A complexidade dos estados contemporâneos demanda profunda interlocução, cooperação e interação. A realização de políticas públicas e concretização de direitos fundamentais necessitam desta estrutura cooperatória (MALDONADO, 2018, p. 154).

O que faz um Poder ser formalmente considerado um Poder? Pensamos que tais características podem ser resumidas na existência de: i) feixe de competências exclusivas plasmadas na Constituição que autorize e legitime atuar sobre os demais poderes; ii) efetiva capacidade de modificar, alterar ou suspender decisões próprias de outros poderes, bem como impor sanções. iii) núcleo de garantias constitucionais que permitam seu funcionamento autônomo e livre de interferências dos demais poderes instituídos.¹²¹

¹²¹ Acerca do tema do poder são pertinentes as lições de Mario Stoppino: “Atualmente, o Poder é considerado como uma das variáveis fundamentais, em todos os setores de estudo da política. Isto se verifica, por exemplo, na análise das burocracias, e, mais genericamente, na análise das organizações, onde a estrutura hierárquica mais ou menos acentuada e as diversas formas que ela pode assumir colocam, naturalmente, em primeiro plano, o fenômeno do Poder. (...) Mais recentemente, uma importante tentativa de construir uma teoria política geral fundada sobre o conceito de Poder foi realizada por Talcott Parsons. Identificando como função específica do sistema político no âmbito do funcionamento global da sociedade a "consecução de objetivos" ou a capacidade de tornar efetivos os objetivos coletivos, Parsons define o Poder, no sentido específico de Poder "político", como a "capacidade geral de assegurar o cumprimento das obrigações pertinentes dentro de um sistema de organização coletiva em que as obrigações são legitimadas pela sua coessencialidade aos fins coletivos e portanto podem ser impostas com sanções negativas, qualquer que seja o agente social que as aplicar". Nesta perspectiva, o Poder, conservando embora sua característica relacional fundamental, torna-se entretanto uma propriedade do sistema; torna-se, precisamente, o "meio circulante" político, análogo à moeda na economia, ancorado por uma parte na institucionalização e na

Se tomarmos no caso brasileiro especificamente dois órgãos constitucionais autônomos, o Ministério Público e os tribunais de contas, perceberemos que consideráveis aspectos destas características encontram-se presentes. Mas o mais grave nestes órgãos constitucionais — por estranho que pareça — é sua atuação informal influenciando explícita ou implicitamente os demais poderes a agirem conforme sua vontade, a exemplo das patologias da divisão de poderes já enfrentada neste Capítulo.

Quanto ao primeiro aspecto — aspectos formais que aproximam estes órgãos de um verdadeiro Poder — sem dúvida o Ministério Público e os tribunais de contas têm seu feixe de competências diretamente plasmados na Constituição¹²² e atribuições exclusivas que não podem ser exercidas por nenhum dos demais poderes. Igualmente não há dúvida que estes órgãos têm capacidade de interferir nos demais poderes, posto que além do Ministério Público ser o titular da ação penal, pode promover inquéritos civis, interpor ações civis públicas, requisitar informações entre outras funções relevantes que o fazem ter significativa importância na dinâmica dos poderes. Já os tribunais de contas além de apreciarem contas anuais, realizam efetivo julgamento das contas dos demais administradores e podem a eles aplicar severas sanções, inclusive multa, por vezes superiores às condenações impostas pelo Judiciário e podendo sustar contratos administrativos. E com algo muito mais gravoso: não há recursos das decisões finais dos tribunais de contas para outras instâncias superiores.

Claro que se pode dizer que o Ministério Público depende do Poder Judiciário para que haja efetivo cumprimento de seus pleitos. Afinal, quando move ações de improbidade ou ações penais, a decisão final é do Poder Judiciário. Mas a realidade é mais complexa. Primeiro que a possibilidade de promover inquéritos civis públicos faz com que realize e requirite diligências seja diretamente ou à polícia, bem como proceda a tomada de depoimentos. Depois, temos sérias disfunções entre o Judiciário e o Ministério Público, não sendo raro que o último atue como *longa manus* do primeiro, até mesmo em face da proximidade e convívio de juízes e promotores nos fóruns das comarcas, já que a atuação como *custos legis* na defesa dos interesses difusos e coletivos pelo Ministério Público, por vezes faz com que atuem como parte privilegiada, em severa quebra da paridade de armas (*par conditio*).

Já os tribunais de contas efetivamente realizam o julgamento dos demais administradores brasileiros responsáveis por dinheiros, bens e valores público (art. 71, II da CR). O mais grave é que destas decisões não cabem recursos a outros tribunais de contas

legitimação da autoridade e por outra na possibilidade efetiva do recurso à ameaça e, como extrema medida, ao uso da violência.” (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 941).

¹²² O Ministério Público tem seu regramento constitucional previsto no art. 127 e seguintes da CR. Já os tribunais de contas estão previstos no art. 71 e incisos da CR.

superiores. Se poderia objetar este argumento em razão de se poder submeter as decisões dos tribunais de contas — enquanto decisões administrativas — a outros tribunais, o que é verdade. Ocorre que os tribunais judiciais não agem como instância revisora das decisões dos tribunais de contas, atuando muito timidamente para invalidar as decisões tomadas pelas cortes de contas, de regra apreciando se foram observadas questões formais relativamente aos contraditório e ampla defesa, mas por vezes recusando-se a examinar questões de mérito.

Isto é especialmente grave porque os tribunais de contas não têm tradição de adequado devido processo legal, a exemplo da oitiva de testemunhas e perícias, alegando que as questões que lhe são submetidas são apenas documentais, o que por vezes não corresponde à realidade posto que a responsabilização dos agentes públicos por vezes demanda a dolo ou erro grosseiro que exigem ampla produção probatória, inclusive testemunhal.

Nesse sentido, os tribunais de contas exercem sua atividade enquanto “Poder” por vezes de modo muito mais “poderoso” que o próprio Judiciário, pois neste ao menos é cabível ampla revisibilidade das decisões de primeiro grau pelos tribunais judiciais. Já as decisões dos tribunais de contas, uma vez sejam tomadas dificilmente são modificadas tanto porque os recursos são submetidos aos mesmos julgadores, quanto pelo fato de dificilmente haver revisão pelo Poder Judiciário destas decisões. O problema é que estas condenações por vezes não ficam na casa dos “tostões” mas dos “milhões”, para revisitarmos a célebre frase de Victor Amaral Freire, Ex-Ministro do TCU no período de 1966 a 1974. Portanto, trata-se da imposição de severas penas de ressarcimento que afetam milhares de chefes de executivo pelo País praticamente insuscetível de controles a partir da decisão tomada por cada tribunal de contas.

Já no tocante à capacidade de interferência do Ministério Público noutros poderes não há dúvida alguma. Esta interferência ocorre ora de modo legítimo, ora ilegítimo. Expliquemos. Interfere legitimamente o Ministério Público quando investiga, requer documentos e conduz inquéritos em sua própria alçada de competência. Mas interfere ilegitimamente quando a despeito de requerer providências, deixa claro que o descumprimento implicará na interposição de ações de improbidade ou outras ações penais, objetivando fazer valer sua opinião sob funções tipicamente administrativas, fazendo com que gestores e chefes de poder executivo — especialmente pequenos municípios — capitulem na primeira ameaça. Noutras vezes, o Ministério Público é procurado por integrantes de outros poderes para aconselhamentos acerca de medidas administrativas a serem adotadas, sob o pretexto de busca de informações, mas que em verdade querem blindar-se no processo de tomada de decisão.

Já as consultas informais dos gestores aos tribunais e contas para saberem como devem agir, também demandam atenção. O perigo é que por vezes as cortes de contas determinam o

que fazer — exorbitando sua competência constitucional — e se assim não for feito os gestores estarão sujeitos a tomada de contas especial, ainda que suas decisões sejam razoáveis e plausíveis.

Demanda atenção a remessa à Justiça eleitoral da lista dos administradores que tiveram contas rejeitadas pelos tribunais de contas. Apesar de a efetiva aferição da inelegibilidade ficar a cargo das cortes eleitorais, a mera menção em lista já é suficiente para causar impacto suficiente nas referidas campanhas e os critérios para inclusão são por vezes diferenciados. Há tribunais de contas que incluem em lista os prefeitos que apenas tiveram parecer prévio — em sede de contas anuais — o que sequer pode ser realizado, visto que o julgamento definitivo compete as câmaras municipais.

Finalmente, quanto à sua autonomia, tanto os tribunais de contas como o Ministério Público têm sua própria participação percentual no orçamento público, de modo que pode exercer de modo altaneiro e independente suas funções, reforçando ainda mais sua aproximação de órgão constitucional para Poder formalmente instituído.

Os argumentos acima articulados não visam tanto demonstrar que estamos diante de novos poderes instituídos, mas sobretudo demonstrar que estamos diante de conjunto orgânico autônomo¹²³, “entes estatais independentes¹²⁴” ou entes *não eleitos* cuja natureza se aproxima dos poderes instituídos e cujo poder de influência é não apenas jurídico, mas com profundos reflexos no mundo da política e na vida dos agentes públicos que integram os poderes tradicionais.

A partir desta premissa podemos constatar que estes novos entes que não se enquadram propriamente na tríade tradicional, mas que exercem igual gama de poderes com capacidade de interferir nos demais. As constituições contemporâneas em boa medida ainda estão presas no modelo estabelecido em meados do século XX, centradas no estabelecimento de pesos e contrapesos para poderes tradicionais. Mas para os novos entes não eleitos há pesos, mas sem contrapesos e sem que as constituições tenham desenvolvido adequadamente sua arquitetura para conciliarem desempenho de atividade independente (v.g. Ministério Público e tribunais de contas), há necessidade de repensarmos estes modelos.

Este trabalho não pretende propor como poderíamos implementar *de lege ferenda* uma nova conformação do Ministério Público e dos tribunais de contas. Esta tarefa seria digna de uma tese doutoral específica. Mas à luz do que foi desenvolvido neste capítulo, nos parece evidente que *estamos diante de órgãos constitucionais com pesos mas sem contrapesos*. Isto

¹²³ Conforme a dicção de Celso Antônio Bandeira de Mello (BANDEIRA DE MELLO, 1984, 136).

¹²⁴ A expressão “entes estatais independentes” é tributária a Odete Medauar (MEDAUAR, 1993, p. 140).

implica em pensarmos em maior controle do Ministério Público e dos tribunais de contas pelos demais poderes. Isto poderia ser obtido com participação ou criação de Conselhos Fiscalizadores com integrantes dos demais poderes com efetivo poder de influência nestes órgãos, e mesmo de insurgência à nível institucional de medidas ou políticas adotadas por estes órgãos que tenham demasiado impacto na relação entre poderes. O desafio é fazer isto sem tolher a autonomia investigativa e decisórias destes entes, sob pena de se frustrar sua própria existência e evitar sua captura pelos demais poderes.

O exercício de controle externo por estes órgãos de maneira autônoma pode implicar em graves disfuncionalidades, especialmente as relacionadas a controles desproporcionais e cuja interferência nos demais poderes e, nos termos aqui desenvolvidos, implicando efetiva usurpação da função administrativa exercida pelos agentes públicos.

Imaginar que estes entes não eleitos autônomos possam exercer parcela de poder sem efetivo controle dos demais poderes é esquecer as lições de Montesquieu. Todo poder tende a abusar de seus poderes se não encontrar limites noutros. Continua válida a grande lição norte-americana dos *checks and balances*, que apesar do tempo guardam atualidade. As reflexões de Ran Hirschl ao analisar a disfuncionalização dos sistemas políticos se aplicam ao caso: *Maior fragmentação de poder entre os órgãos políticos reduz a capacidade que têm de frear os tribunais, e, conseqüentemente, aumenta a possibilidade de os tribunais se afirmarem* (HIRSCHL, 2013, p. 164-165). Considerando que a fragmentação do poder diminui a capacidade de frear os tribunais e leva a expansão do Judiciário, igualmente esta mesma fragmentação leva a expansão do Ministério Público e dos tribunais de contas.

Nossa posição quanto à teoria da separação de poderes não é negar a realidade. Entes não eleitos se fazem presentes nas constituições contemporâneas e devemos conviver com eles. Desenvolvem importante papel institucional que não podem ser substituídos pela tríade tradicional. Todavia, devem estar sujeitos a amplos controles de modo a estarem efetivamente inseridos no sistema de pesos e contrapesos. Qualquer ente, seja eleito ou não eleito, que não esteja sujeito a contrapesos sempre irá abusar dos seus poderes até encontrar limites. Esta lição dos clássicos permanece e não devemos esquecê-la. Quer seja para entes eleitos ou não eleitos é impossível imaginar exercício de parcela de poder se não existirem fortes controles e poder de interferência dos demais, qualquer que seja o arranjo institucional.

Ao longo deste Capítulo constatamos que as disfunções na divisão dos poderes na atualidade podem ser categorizadas em diversos matizes e abordagens, no caso brasileiro estão radicadas em três aspectos centrais. O primeiro deles a exacerbação do Poder Judiciário em detrimento do Executivo e do Legislativo, especialmente a partir do aumento do fenômeno do

ativismo judicial. A segunda razão, o surgimento de outros poderes e órgãos constitucionais, a exemplo do *Ministério Público* e dos *tribunais de contas*, que desempenham papel institucional comparável aos desenvolvido pela tríade clássica da separação de poderes. A terceira razão está assentada na crescente tensão entre *classe política* e *burocracia*, o que levou à *captura* pela burocracia da classe política.

A luz do que vimos neste Capítulo, nos é lícito concluir que o controle disfuncional da Administração Pública está diretamente ligado à divisão disfuncional dos poderes. Suas funções refletem diretamente estes desequilíbrios e manifestam-se concretamente na prática de atos de controle incompatíveis com uma adequada divisão de poderes. Afinal, a conhecida doutrina de Feliciano Benvenuti nos ensina que *função* implica a concretização de um *poder*, sua transformação em ato. O desenvolvimento da função no tempo exige uma forma específica que traduz-se no procedimento (BENVENUTI, 1952). Portanto, os procedimentos de controle quando traduzem a concretização do poder disfuncionalizados implicam em controles inadequados e não atendem às finalidades públicas¹²⁵.

3 DISFUNÇÕES DO CONTROLE EXTERNO DECORRENTES DA INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO NO BRASIL

3.1 CONCEITO OPERACIONAL DE DISFUNÇÃO

O conceito de *disfuncionalidade* permeia todo nosso texto. Em diversos momentos enfrentamos os problemas das disfunções na separação de poderes e ao longo deste texto trataremos do conceito de disfunção no processo de tomada da decisão, no exercício do controle externo no Brasil; no conceito de risco e suas interações com o medo e ainda nas estratégias de fuga da responsabilização por parte dos gestores que igualmente podem ter aspectos altamente disfuncionais.

¹²⁵ Na clássica definição de função vale a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello: “Tem-se função apenas quando alguém está assujeitado ao dever de buscar, no interesse de outrem, o atendimento de certa finalidade. Para desincumbir-se de tal dever, o sujeito de função necessita manejar poderes, sem os quais não teria como atender à finalidade que deve perseguir para a satisfação do interesse alheio. Assim, ditos poderes são irrogados, única e exclusivamente, para propiciar o cumprimento do dever a que estão jungidos; ou seja: conferidos como meios impostergáveis ao preenchimento da finalidade que o exercente de função deverá suprir. Segue-se que tais poderes são instrumentais: servientes do dever de bem cumprir a finalidade a que estão indissolúvelmente atrelados. Logo, aquele que desempenha função tem, na realidade, deveres-poderes. Não "poderes", simplesmente. Nem mesmo satisfaz configurá-los como "poderes-deveres", nomenclatura divulgada a partir de Santi Romano. Com efeito, fácil é ver-se que a tônica reside na ideia de dever, não na de "poder". Daí a conveniência de inverter os termos deste binômio para melhor vincar sua fisionomia e exibir com clareza que o poder se subordina ao cumprimento, no interesse alheio, de uma dada finalidade.”(BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 100-101).

Nossa perspectiva do controle externo disfuncional irá incluir como foco principal o Poder Judiciário (incluída a Justiça Eleitoral), o Ministério Público e os tribunais de contas. Entendemos que estes três espaços de controle da Administração são os mais relevantes para aferir-se as disfunções a serem enfrentadas neste trabalho. Todos são exemplos de controle externo da Administração e por isso mesmo implicam em exercício de controle por entes externos e com capacidade de interferência nas decisões administrativas, seja invalidando atos, aplicando sanções ou restringindo direitos políticos fundamentais.

O conceito de disfunção é plurívoco, comportando diversos enfoques e perspectivas. Pode ser compreendido como o estudo de patologias da desorganização administrativa e a verificação concreta de tais violações. (GASPARRI, 1956).

A obra de Pietro Gasparri (*Corso di diritto amministrativo: Le disorganizzazioni e le disfunzioni amministrative*) de 1956, foi a primeira obra jurídica a trabalhar o fenômeno da disfunção no âmbito do Direito Administrativo. Sua abordagem pouco usual trata da disfunção como fenômeno patológico, partindo da premissa que existem deformidades em relação ao modelo legislativo de como devem portar-se as diversas partes do “organismo social”. Segundo o autor, um *organismo social* pode funcionar de modo diferente da constituição e demais normas jurídicas, quando esteja mal organizado ou desorganizado. (GASPARRI, 1956, p.7).

Suas curiosas correlações do Direito com a Biologia ao falar do Direito como um *organismo social* ou em *fisiologia e patologia jurídica*, compreendendo a percepção que num sistema normativo específico há fisiologia jurídica, no sentido de conformidade à vontade do legislador. De acordo com Gasparri, há *patologia jurídica*, quando o próprio legislador reprova como funciona concretamente a Administração Pública, constituindo *doença* no ordenamento. (GASPARRI, 1956, p 7).

Referida associação de disfunções jurídicas com a biologia¹²⁶ começam a ocupar os juristas, a exemplo do conceito de *iatrogenia*, que ocorre quando o remédio acaba tendo efeito mais devastador que a própria doença. A origem da expressão decorre das expressões gregas, *iatros* (médico) e *genia* (origem), é dizer: quando o próprio médico causa malefícios ao paciente ao tratar da sua doença. No contexto deste trabalho, as disfunções do controle externo ocorrem quando *os órgãos e sistemas de controle externo acabam por estimular condutas ou resultados indesejáveis ao exercício de função administrativa*.

¹²⁶ No plano epistemológico o trabalho de Humberto Maturana (biólogo de formação), aborda a transdisciplinariedade entre os diversos ramos do saber, como: anatomia, biologia, genética, antropologia, cardiologia e filosofia, especialmente quando propôs sua *teoria da autopoiese* ou *biologia do conhecer*, cujo trabalho influenciou a muitos filósofos e juristas. (MATURANA, 2001).

A abordagem de Pietro Gasparri pretende limitar-se a questões jurídicas do fenômeno das disfunções, mas não deixa de estar influenciada por uma visão sociológica e comportamental. Ao menos formalmente, pretende estudar as disfunções sob uma perspectiva estritamente jurídica do problema, a partir do momento que o sistema jurídico pode ser concretamente violado.¹²⁷

Faz distinção entre *disfunção negativa* (v.g. quando há desorganização pela inação de um órgão legalmente previsto ou falta de nomeação de um responsável), e *disfunção positiva* que, ao contrário, consiste na existência de um órgão, mas cuja atuação é desconforme à lei, especialmente quando exerce funções não previstas em lei (*sovra-organizzazioni*); quando alguém legalmente investido de função pública, usurpa competências do seu real titular (*contro-organizzazione*); ou quando alguém comporta-se como titular de função pública, como na existência dos “funcionários de fato” (*pseudo-organizzazioni*) ou, finalmente, quando um ordenamento jurídico delega competência a uma pessoa, mas esta carece de requisitos pessoais necessários para seu exercício, como na falta de sanidade mental, de aptidão intelectual ou idoneidade moral, portanto, quando há um agente legalmente titular de competência mas que não deveria sê-lo (*male-organizzazioni*) (GASPARRI, 1956, p 15-36).

Gasparri inclui na categoria de suas disfunções os vícios dos elementos do ato administrativo, de modo a trabalhar os defeitos na produção do ato sob o ângulo de sua teoria das disfunções, viés que possibilita considerável abertura ao conceito de disfunção. (GASPARRI, 1956, p. 123-154).

Bem percebe-se que o conceito de Gasparri para disfunção é bastante amplo, portanto não coincidente com nosso ponto de vista, além disso, trata como disfunção questões hoje comumente tratadas na teoria dos atos administrativos, a exemplo da invalidação ou convalidação de atos em face dos seus elementos constitutivos, que não precisam ser tratadas como disfuncionalidades, mas ilegalidades na produção do ato.

Linha assemelhada é seguida por Francesco Bocchini, para quem as disfunções negativas: “*si concretano in una indebita inerzia nella mancata produzione di un effetto che doveva essere prodotto in adempimento di un dovere*” e as disfunções positivas: “*si concretano*

¹²⁷ Nessas interações assim sinaliza Pietro Gasparri: “Ma a noi giuristi, come tali, non interessa il problema: se il modello di organizzazione amministrativa indicato dal legislatore sia o no sociologicamente corretto; cio interesserà gli studiosi della scienza sperimentale dell' amministrazione e precisamente costituirà quel capitolo di detta scienza che può chiamarsi, appunto scienza della organizzazione amministrativa. Noi giuristi partiamo dal presupposto che un modello di organizzazione amministrativa, sia, dato dal legislatore, e studiamo il modo in cui questo modello può risultare in concreto violato.” (GASPARRI, 1956, p. 14).

in una violazione di un dovere negativo inerente ad un ufficio, e, cioè, in un indebito fare.” (BOCCHINI, 2011, p. 147).

Igualmente relevante a proposta de Norberto Bobbio sobre disfunções, que distingue *disfunção de função negativa*.¹²⁸ *Disfunção* ocorre quando um instituto executa mal sua *função positiva*. Está ligada à patologia da função. Para um funcionalista não há funções negativas, ou a função funciona, ou não. Na perspectiva funcionalista as funções podem ser corrigidas em seus defeitos, já a *função negativa* diz respeito à própria funcionalidade de um instituto, quando seus resultados são o oposto do pretendido, a exemplo sistema carcerário, que em vez de recuperar o criminoso, pode transformar-se em escola do crime. (BOBBIO, 2007, p. 92-93).

A perspectiva de disfunção que nos parece mais próxima ao adotado neste texto é a de Christopher Hood, no texto: *Administrative diseases: some types of dysfunctionality in administration*¹²⁹, este pioneiro trabalho de 1974 já aponta algumas importantes disfunções na Administração Pública como nas hipóteses de corrupção e suborno, mas destacando

¹²⁸ Destaca Norberto Bobbio: “Portanto, não se deve confundir a função negativa com a perda de função, que já mencionei, e tampouco com a disfunção, que se verifica quando um instituto executa mal a sua função positiva. A disfunção pertence à patologia da função, a função negativa, à fisiologia (uma vez que toda análise funcional está ligada a uma concepção organicista da sociedade, as metáforas extraídas do comportamento do corpo humano são inevitáveis). A disfunção diz respeito ao funcionamento de um determinado instituto, a função negativa, à sua funcionalidade. Um instituto com funcionalidade positiva pode funcionar mal sem que, por isso, sua função se torne negativa, assim como um instituto com funcionalidade negativa pode funcionar bem sem que a sua função se torne positiva. Pode-se, ainda, admitir como hipótese que uma disfunção de longa data transforme uma função positiva em negativa, mas isto não impede a distinção entre os dois conceitos e a necessidade de assim os manter. (...) Abordando o direito em seu todo, quando se diz que ele tem uma função social e se busca definida, quer-se dizer 'que tem uma função positiva'? De um ponto de vista funcionalista, a resposta não pode ser dúvida: para um funcionalista não podem existir funções negativas. O funcionalismo é uma concepção da sociedade para a qual poderia valer uma máxima construída por analogia à célebre máxima hegeliana: o que é funcional é real, e o que é real é funcional. O funcionalista não conhece funções negativas, conhece somente disfunções (e, quando muito, funções latentes, além das manifestas), isto é, defeitos que podem ser corrigidos no âmbito do sistema, enquanto a função negativa exige a transformação do sistema. Além disso, em uma concepção em que as várias partes de um sistema social são consideradas em função do todo, o direito tem não apenas uma função positiva, mas uma função positiva primária, já que é o instrumento de conservação por excelência, é o subsistema do qual depende, em última instância, a integração do sistema, o limite extremo para além do qual há a inevitável desagregação do sistema (BOBBIO, 2007, p. 92-93).

¹²⁹ Acerca da ideia de disfunção administrativa, assim sintetiza Christopher Hood: “The basic problem with the idea of dysfunctionality is that it runs together at least three separate problems. First, some cases of administrative failure can be explained simply in terms of ‘dilemmas’, but there are ‘non-linearities’ too, as will be explained below. Second, there are at least four quite different types of administrative failure. Third, some distinction has to be made between those types of administrative failure which are created by impossible ‘external’ demands and those which are internally generated. The second major problem with the concept of dysfunctional bureaucracy is that the mechanisms by which administration becomes ineffective are relatively obscure. Traditionally, two chief mechanisms have been identified. One is ‘bribery and corruption’. The other is excessive ‘red tape’, the micro-imperialism of officials, succession of goals and ritualized procedures which become ends in themselves and are adhered to, no matter how inappropriate the situation. To that should be added those types of bureaucratic dysfunction which have been located in excessive ‘clientelism’ and professional fragmentation. But these traditional processes are not the only mechanisms by which administration becomes ineffective, nor do they involve a single type of ineffectiveness. Thus a broader range of mechanism can be sketched out once the various dimensions of dysfunctionality have been disentangled” (HOOD, 1974).

importantes disfuncionalidades relacionadas ao excesso de burocracia (*red tape*)¹³⁰, micro-imperialismo dos agentes públicos e excessiva processualidade onde os ritos tornam-se fins em si mesmos. (HOOD, 1974).

Especialmente o conceito de disfunção associada a fenômenos como a super-organização e a sub-organização (*over and under-organization*) são tratados por Hood. A sub-organização quando a inefetividade decorre da organização inadequada. A ideia de super-organização, aponta a organização excessiva, indicando sistemas de controle como auto-destrutivos e contraproducentes. Exemplo disso é a *big stick syndrome*, que significa a utilização de mecanismos desproporcionais de controle para atingir-se determinados objetivos, tal qual o uso de “marreta” para quebrar-se uma noz. (HOOD, 1974).

O conceito de *big stick syndrome* enquadra-se à perfeição como uma das disfuncionalidades do controle externo que estamos a estudar. De regra, o exercício do controle externo brasileiro adota medidas desproporcionais e excessivas que em vez de coibir a violação da norma, efetivamente a fomentam. É exatamente o que alude Hood quando exemplifica que a aplicação de pesadas sanções pela demora na entrega do objeto licitado, acaba por gerar disfunções na medida que licitantes deixam de participar de licitações com prazo de entrega muito curto, impondo gradativo aumento de prazo e conseqüente prejuízo à Administração. O

¹³⁰ O conceito de *red tape* quer significar o excesso de regulação ou rigidez burocrática no processo de tomada de decisão, especialmente quando devem ser cumpridas rigorosas normas de controle, impondo aos administradores demasiado gasto de tempo e preocupações. A origem da expressão advém da utilização de “fita vermelha” para indicar os processos administrativos mais complexos de modo a distingui-los dos demais, e teve como origem a administração espanhola do século XVI, ao tempo do rei Carlos V. Para adequada compreensão de *red tape*, fazemos referência a Barry Bozeman ao enfrentar o fenômeno como *patologia burocrática (Bureaucratic Pathology)*: “As discussed in the previous section, one of the major points of confusion in the formal literature on red tape is whether it is bad, neutral, or, at least in some instances, good. Since red tape is not a natural phenomenon but a social construction, the issue is not what is its essence but what is its most useful conception. The concept employed in the present theory assumes that red tape is a “pathology.” There are several reasons to take this view. In the first place, it is clearly consonant with popular usage. Citizens and organizational members discussing red tape rarely assume that it is positive. Popular usage is not a sufficient criterion for development of a scientific concept (e.g., Hall 1963), but flaunting popular usage at least requires a good reason. One possible good reason, suggested by Kaufman's (1977) work is that many procedures and controls that seem vexing actually serve legitimate and important social and organizational purposes. That is a good reason to not view all procedures and controls, even extensive ones, as red tape; it is not a good reason to view red tape as beneficial. A second good reason to view red tape as negative is that there is already a set of organizational concepts that deals adequately with certain empirical aspects of rules and procedures. The extensive literature on formalization concerns itself with rules and procedures, without in most instances assuming any negative implications or impacts of rules and procedures (exceptions include Michaels et al. 1988; Podsakoff et al. 1986 who show harmful effects of formalization). Moreover, it seems useful to view formalization as part of the “physiology” of the organization and red tape as a pathological aspect of that physiology (see Bozeman and Scott 1992 for an elaboration of the argument). Another argument that might be advanced against a negative or pathological concept of red tape relates to the social construction of reality. According to Waldo, “one man's red tape is another man's system.” Kaufman stated much the same view: “One man's red tape is another's treasured procedural safeguard.” This point, while certainly valid, is not a strong argument against red-tape-as-pathology. Rather, it is a good reason to note that red tape is best viewed as subject dependent and that rules and procedures have multiple impacts.” (BOZEMAN, 1993).

mesmo sucede-se com a aplicação de penas severas para infrações leves, como no exemplo de Hood acerca da antiga pena de morte na Inglaterra para o furto de ovelhas, o que posteriormente levou os magistrados a deixarem de reconhecer a própria culpabilidade dos acusados (mesmo que evidente), diante da possibilidade da pena capital. (HOOD, 1974).

Adaptando estes exemplos para nossa realidade, a aplicação de penas exageradas por improbidade administrativa e seus respectivos tipos abertos¹³¹, estão a gerar inúmeras disfuncionalidades, a exemplo da blindagem patrimonial do agente público antes de se assumir qualquer cargo público no Brasil, o que importa na própria ausência de possibilidade de punição patrimonial daquele verdadeiramente ímprobo. Outro grave problema é que o excesso de punição por improbidade administrativa, acaba incentivando a própria improbidade, pois se a punição é inevitável quer se esteja de boa ou má-fé, então incentiva-se o agente público a locupletar-se, quer para garantir a futura contratação de advogados para sua defesa, quer para apropriar-se ilicitamente de recursos públicos para o período de infortúnios que se seguirá ao exercício do cargo¹³² e período de afastamento das funções públicas ou mesmo cumprimento de sentença penal.

Tais disfunções podem levar a uma Administração Pública pautada pelo medo em decidir, a reagir de modo errático e tíbio nas questões jurídicas e administrativas a ela submetidas, sempre delegando responsabilidades a subordinados ou mesmo incentivando o cidadão a procurar a via jurisdicional para obter pleito que seria viável em sede administrativa, justamente pelo medo de ordenar despesa pública sem o beneplácito dos órgãos de controle.

Adotamos como conceito operacional de disfunção administrativa decorrente do controle externo *toda atuação insuficiente, ineficiente ou ilegal da Administração decorrente da atuação direta ou indireta dos órgãos de controle externo, que podem produzir condutas ou resultados prejudiciais ao desempenho de função administrativa.*

Esta nova maneira de “reorganizar” a Administração Pública, é causa de profundas disfuncionalidades, mormente quando suas causas são mais externas que internas à própria Administração. Isto também leva a reorganizações de fachada que são ineficazes, a exemplo da mera alteração de nome de órgãos públicos sem realizar-se qualquer mudança estrutural mais profunda. A reorganização da Administração Pública pode ser contraprodutiva por envolver

¹³¹ Mauro Mattos assevera o caráter aberto dos tipos da Lei de Improbidade Administrativa (MATTOS, 2011).

¹³² Acerca do ponto Hood assevera que quando os inimigos de guerra são maltratados após a captura, se incentiva que lutem até a morte para não serem capturados. (HOOD, 1974, p. 447). Trazendo o tema para a improbidade, a certeza que os agentes públicos serão punidos por suas decisões administrativas, pouco importando se agiram de boa ou má-fé, pode estimular que incorram em práticas ímprobas para resguardarem-se econômica e ilicitamente das penalidades futuras. Estas externalidade negativas são estudadas na Análise Econômica do Direito (AED), especialmente por Richard Posner (POSNER, 1986).

custos, por vezes afetando uma atividade que já vinha sendo desenvolvida regularmente mas que fica obstaculizada em face da “reorganização.” (HOOD, 1974).

Como visto, o conceito de disfuncionalidade é *plurívoco*. Para o recorte desta pesquisa nos interessa as *disfuncionalidades decorrentes do controle externo*. É dizer: o exercício do controle externo da Administração Pública no Brasil tem gerado graves disfuncionalidades no modo exercício da função pública, com sérias consequências para gestão eficiente de recursos públicos e no modo de tomada de decisão.

Adiante tentaremos minudenciar quais as possíveis causas destas disfuncionalidades, a exemplo dos fundamentos ideológicos que lhe dão sustento; a má compreensão da teoria dos princípios como fator de fragilização da segurança jurídica; risco e medo decisório e as estratégias de fuga da responsabilização dos agentes públicos como forma de blindagem contra condenações judiciais ou administrativas a que estão sujeitos.

3.2 FUNDAMENTOS IDEOLÓGICOS DO CONTROLE EXTERNO CAPAZES DE PRODUZIR DISFUNCIONALIDADES

O controle externo disfuncional está assentado em premissa ideológica que norteia — de modo geral — como os poderes e órgãos de controle enxergam o agente público e Administração Pública. Nos interessa a premissa ideológica¹³³ potencialmente capaz de gerar disfuncionalidades. Toda generalização é perigosa, especialmente as ideológicas, mormente quando se está a atribuir tal característica não a uma ou outra pessoa, mas as instituições e poderes que exercem o controle externo no Brasil.

É certo que considerável parte dos agentes que exercitam função de controle externo o fazem de modo adequado e consentâneo à Constituição. Muito devemos ao Ministério Público,

¹³³ O termo *ideologia* foi utilizado pela primeira vez em 1789 por Antoine Destutt de Tracy. Em sua origem queria significar uma disciplina filosófica fosse fundamento para as demais ciências, bem aos moldes do iluminismo que propugnava ciência neutra e universalista que servisse de base para as demais. O sentido de ideologia que adotamos na presente obra é aquele propugnado por Norberto Bobbio, que distinguiu ideologia no sentido fraco (aqui aplicado) e no sentido forte. No sentido fraco, ideologia quer significar: “...o *genus*, ou espécie diversamente definida, dos sistemas de crenças políticas: um conjunto de idéias e de valores respeitantes à ordem pública e tendo como função orientar os comportamentos políticos coletivos.” Já em seu sentido forte: “tem origem no conceito de Ideologia de Marx, entendido como falsa consciência das relações de domínio entre as classes, e se diferencia claramente do primeiro porque mantém, no próprio centro, diversamente modificada, corrigida ou alterada pelos vários autores, a noção da falsidade: a Ideologia é uma crença falsa. No significado fraco, Ideologia é um conceito neutro, que prescinde do caráter eventual e mistificante das crenças políticas. No significado forte, Ideologia é um conceito negativo que denota precisamente o caráter mistificante de falsa consciência de uma crença política” (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 585). Portanto, queremos significar ideologia em seu sentido fraco, como representação do conjunto de ideias ou valores que permeiam uma pessoa ou instituição, aqui especialmente os órgãos de controle.

aos tribunais de contas e ao Judiciário na fiscalização da administração pública, coibindo desvios e reprimindo a corrupção e a improbidade.

A premissa ideológica que pretendemos destacar é aquela *potencialmente produtora de disfuncionalidades e do medo no gestor público*. Por certo não podemos reduzir as premissas ideológicas do controle externo ao recorte que estamos a fazer nesta tese. Muitas são as premissas ideológicas e, diga-se de passagem, diversas delas extremamente positivas, pois é certo que os órgãos de controle visam uma administração mais proba, eficiente e o pleno atendimento ao interesse público.¹³⁴

Justamente por discutir neste texto o problema das disfunções, reflexos do medo e estratégias de fuga da responsabilização dos agentes públicos quando exaram suas decisões, recortamos nossa pesquisa quanto às premissas ideológicas relacionadas a estes aspectos. Por certo que inúmeras outras facetas ideológicas poderiam ser pesquisadas. Mas parece não faltar na doutrina nacional o destaque as demais premissas ideológicas, asseverando o papel positivo dos órgãos de controle na promoção do interesse público e da necessidade de combate à corrupção.

Após anos atuando no Direito Administrativo e acompanhando inúmeros processos judiciais e administrativos decorrentes do controle da Administração e dos agentes públicos, e, sobretudo, em razão dos inúmeros relatos de grande parte dos publicistas brasileiros que atuam diuturnamente junto à Administração Pública, percebe-se crescente prevenção dos órgão de controle e fiscalização contra os agentes públicos (especialmente o agente político) e a atuação por vezes desmedida, irracional e, por isso mesmo, disfuncional¹³⁵.

Não raro os órgãos de controle acreditam que o espaço da política e da administração pública são — de regra — exercidos com falta de ética e com desonestidade, levando ao menoscabo dos agentes políticos submetidos ao controle jurisdicional, frequentemente levando

¹³⁴ Neste aspecto valem as considerações de Fernando Vernalha Guimarães ao tratar da necessidade do controle como forma de inibir condutas ímprobas e ilegais, mas igualmente ressalta a outra face da moeda, quando o excesso de controle gera ineficiências: “É claro que o controle sobre a atividade administrativa é algo imprescindível e inevitável, inclusive aquele de natureza burocrática, uma vez que necessitamos de instrumentos eficazes para inibir condutas arbitrárias, ímprobas e ilegais, assim como para fiscalizar as ações do gestor do interesse coletivo. E é certo também que o controle, por si, gera ineficiências. É da sua essência interferir no funcionamento da atividade administrativa, criando travas e fricções burocráticas (por assim dizer). O ponto que parece merecer maior reflexão é precisamente a cultura do *excesso* de controle, que vem gerando efeitos colaterais indesejável, favorecendo a proliferação de ineficiências. É necessário perceber, enfim, as “externalidades negativas” do controle, que devem ser consideradas para o fim da calibragem desse sistema”. (GUIMARÃES, 2016).

¹³⁵ Dentre os autores nacionais que detectaram o mesmo problema destacamos: Carlos Ari Sunfeld (SUNDFELD, 2014), Fernando Vernalha Guimarães (GUIMARÃES, 2016), Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas (MASCARENHAS, 2016), Joel de Menezes Niebuhr e Pedro Menezes Niebuhr (NIEBUHR; NIEBUHR, 2017), Floriano de Azevedo Marques Neto (MARQUES NETO; FREITAS, 2018), Rafael Vêras de Freitas (FREITAS, 2018), Gustavo Binenbojm e André Cyrino (BINENBOJM; CYRINO, 2018) e ainda Bruno Dantas (DANTAS, 2018).

os tribunais de contas, o Judiciário¹³⁶ e o Ministério Público à tentação de “administrarem” e definirem as escolhas que lhes pareçam mais adequadas e, mais que isso, responsabilizando os agentes públicos pelas decisões por eles adotadas ainda que fundamentadas e amparadas no direito, mas discrepantes dos parâmetros fixados pelos órgãos de controle externo. Tal postura — ainda que não generalizável — realmente amedronta¹³⁷.

Em especial, a desconfiança recai no agente político, cujos episódios de envolvimento com corrupção divulgados pela mídia, ainda que não sejam regra, já são suficientes para gerar permanente estado de dúvida acerca da credibilidade das decisões administrativas por eles tomadas, o que em última análise tira a legitimidade da sua decisão — com consequente falta de deferência dos órgãos de controle — levando a grande interferência dos órgãos de controle externo na atividade administrativa.

Por certo tal percepção não é distante — ou é reflexa — da curial apreensão do fenômeno pela sociedade civil, influenciando as instituições de controle e a mídia num processo de *input* e *output*. Como singela evidência do que estamos a sustentar, basta que qualquer um de nós saia às ruas para perguntar o que pensam nossos concidadãos dos políticos brasileiros, para verificar a péssima (para ser eufêmico) opinião que se tem da classe política.

É certo que parcela dos políticos brasileiros fazem por merecer tal reputação, quer por envolvimento em episódios de corrupção, quer pelo gradativo desprestígio da intelectualidade na composição dos parlamentos, ou mesmo pela falta de lideranças que façam a defesa do parlamento com altivez e independência moral, sem preocupação com as repercussões negativas de tal intento perante o eleitorado e imprensa. Mas não devemos esquecer que o povo brasileiro, publicamente tão defensor da ética e dos bons costumes, tem grande responsabilidade na qualidade da composição da classe política brasileira, afinal, é pelo voto que os políticos que são guindados ao mandato eletivo.

¹³⁶ Sobre o modo de pensar dos juízes, digna de nota a análise de Richard Posner: “Los jueces, al igual que otras personas «refinadas» en nuestra sociedad, son reacios a hablar de sexo, pero son también reacios a hablar sobre la actividad de juzgar, especialmente a hablar de ese tema con franqueza, sea a sus colegas o a un auditorio profesional más amplio. Esta reticencia hace que el estudio académico del comportamiento judicial sea al mismo tiempo un desafío y algo imprescindible.” (POSNER, 2011, p. 17).

¹³⁷ O fenômeno também é percebido na França, conforme análise de Jacques Chevallier: “De modo mais amplo, a destituição cada vez mais frequente na França dos eleitos localmente ou funcionários no âmbito penal, em virtude de ‘delitos não intencionais’, vale dizer, sem que exista um liame direto entre a culpa e o prejuízo, testemunha a intrusão do juiz penal na esfera pública. (...) Ainda que a repressão administrativa se estenda sempre mais, notadamente sob a cobertura de instituições e autoridades administrativas independentes dotadas de um poder de sanção, ela se encontra progressivamente alinhada sobre a repressão penal: e o próprio juiz administrativo é conduzido, quando delibera sobre as condições de pronúncia das sanções, a assumir uma missão de ordem repressiva, ainda que tradicionalmente o objeto da justiça administrativa é, de modo mais amplo, ‘restitutivo’ e não ‘repressivo’.” (CHEVALLIER, 2009, p. 143).

A cisão entre a vontade popular e a classe política brasileira é apenas aparente, pois muitos dos agentes políticos, por mais pitorescos e pouco ortodoxos que sejam, efetivamente representam vontade de parte do eleitorado, em que pese algumas disfunções decorrentes da aplicação do quociente eleitoral que eximiriam a responsabilidade do eleitor.

As ambivalências emocionais entre o sagrado e o profano do povo brasileiro com sua classe política, traduz muito das contradições deste mesmo povo com sua própria individualidade. Exigimos do político um comportamento diverso do nosso, mas muitos incorrem nos mesmos vícios nas questões mais cotidianas. Por exemplo: é elevadíssimo o número de brasileiros que: i) dirigem acima da velocidade; ii) ingerem álcool antes de dirigir; iii) sonegam tributos; iv) constroem irregularmente; v) solicitam nota fiscal acima do valor efetivamente consumido para serem ressarcidos pela empresa em que trabalham; vi) “colam” nos exames; etc. Para muitos isto são meros pecadilhos, pois somos “diferentes” da classe política, e, tal qual o antigo *ritual de malhação de Judas*, precisamos dizer que não somos parecidos com a classe política que nos representa pois, no íntimo, não nos conformamos em saber que somos tão parecidos com aquilo que conjuramos. Acerca de tais ambivalências nos valemos de Freud no seu clássico: Totem e Tabu.¹³⁸

Nesse contexto de ambivalência, o agente político assume a feição do novo *homo sacer* (Giorgio Agamben). *Mutatis mutandis*, o agente político (tal qual o *homo sacer*) está cada vez mais excluído da sua comunidade pois incorpora o novo bandido. Destarte, qualquer cidadão se reveste do direito — hoje metafórico — de “matá-lo” e sua existência está despojada de seus bens (como efeito da indisponibilidade de bens por improbidade ou processo crime) e de todo o direito.¹³⁹

¹³⁸ Vejamos a análise de Freud sobre a ambivalência entre o sagrado e o profano: “En este punto nos acordamos de la noticia, confusa por su falta de claridad, que Wundt nos ofrecía sobre el doble significado de la palabra «tabú»: sagrado e impuro (cf supra [pág. 33]). Y agregaba que en su origen ella no significaba todavía sagrado e impuro, sino que designaba lo demoníaco, lo que no está permitido tocar; y así ponía de relieve un importante rasgo común a ambos conceptos extremos, pero la persistencia de esa comunidad probaba que entre los dos ámbitos, el de lo sagrado y el de lo impuro, reinaba una concordancia originaria que sólo más tarde dio lugar a una diferenciación. En oposición a ello, nosotros deducimos sin trabajo, de nuestras elucidaciones, que a la palabra «tabú» le cupo desde el comienzo el mencionado significado doble, pues servía para designar una determinada ambivalencia y todo lo que nacía sobre el suelo de ella. La misma palabra «tabú» es ambivalente, y ahora, con posterioridad, nos parece que del solo sentido acuñado en esta palabra se habría podido colegir lo que hemos obtenido tras laboriosa indagación, a saber, que la prohibición del tabú debe comprenderse como el resultado de una ambivalencia de sentimientos. El estudio de las lenguas más antiguas nos ha enseñado que antaño existían muchas palabras así, que abarcaban opuestos; en cierto sentido —aunque no exactamente en el mismo— eran ambivalentes como la palabra «tabú»” (FREUD, 1988, p. 72).

¹³⁹ Giorgio Agamben assim resume a figura do *homo sacer*: “Observemos agora a vida do *homo sacer*, ou aquelas, em muitos aspectos similares, do bandido, do *Friedlos*, do *acquae et igni interdictus*. Ele foi excluído da comunidade religiosa e de toda vida política: não pode participar dos ritos de sua gens, nem (se foi declarado *infamis et intestabilis*) cumprir qualquer ato jurídico válido. Além disto, visto que qualquer um pode matá-lo sem cometer homicídio, a sua inteira existência é reduzida a uma vida nua despojada de todo direito, que ele pode somente salvar em uma perpétua fuga ou evadindo-se em um país estrangeiro. Contudo, justamente por ser exposto

A figura do político profissional¹⁴⁰, aqui entendido como aquele que pretende fazer carreira política, ocupar diversos cargos públicos que o habilite para a gestão pública e adquirir experiência administrativa, é vista como algo indesejável¹⁴¹, em curioso contraste com qualquer vocação ou carreira, onde não apenas é desejável, mas necessário aperfeiçoar-se e manter-se em sua profissão.

Muitos são os fatores que levam alguém à política. Elenquemos alguns: i) vontade de dar sua contribuição à coletividade; ii) representar determinado segmento econômico, sindical ou ideológico; iii) vaidade; iv) busca de uma carreira pública como modo de sustento e v) obter algum tipo de vantagem (lícita ou ilícita) por estar em posição de poder.

Como dito, parte dos políticos brasileiros não fazem jus ao voto popular que receberam; traem a fidedignidade emprestada pelos eleitores nas urnas; incidem em episódios de lamentável corrupção. Mas não são a maioria. Ainda estamos longe de ver exaustivas matérias na imprensa nacional destacando os bons projetos políticos, as boas iniciativas legislativas dos parlamentares, os bons projetos de gestão. Seriam notícias xoxas, sem graça.

Em uma sociedade vigilante da sua classe política, o *denuncismo*¹⁴² passa a ser importante, pois a “eletricidade das denúncias” move não apenas a mídia mas captura a opinião

a todo instante a uma incondicionada ameaça de morte, ele encontra-se em perene relação com o poder que o baniu. Ele é pura zoé, mas a sua zoé é capturada como tal no bando soberano e deve a cada momento ajustar contas com este, encontrar o modo de esquivá-lo ou de enganá-lo. Neste sentido, o sabem os exilados e os bandidos, nenhuma vida é mais “política” do que a sua.” (AGAMBEN, 2002, p. 189).

¹⁴⁰ O conceito de “político por profissão” também nos remete a obra: *Ciência e política: duas vocações* de Max Weber, que assevera: “Nunca existem, portanto, mais de duas possibilidades. Ou a atividade política se exerce “honorificamente” e, nessa hipótese, sovente pode ser exercida por pessoas que sejam, como se costuma dizer, “independentes”, isto é, por pessoas que gozam de fortuna pessoal, traduzida, especialmente, em termos de rendimentos; ou as avenidas do poder são abertas a pessoas sem fortuna, caso em que a atividade política exige remuneração. O homem político profissional, que vive “da” política, pode ser um puro “beneficiário” ou um “funcionário” remunerado. Em outras palavras, ele receberá rendas, que são honorários ou emolumentos por serviços determinados - não passando a gorjeta de uma forma desnaturada, irregular e formalmente ilegal dessa espécie de renda - ou que assumem a forma de remuneração fixada em dinheiro ou espécie ou em ambos ao mesmo tempo.” (WEBER, 2011, p. 67).

¹⁴¹ Como assinala Enrique Dussel, “É impossível motivar a juventude que decide empreender o ofício de político (ou os que já o escolheram em sua juventude faz tempo) por virtudes de antigamente, ou por valores abstratos de uma sociedade aristocrática em decadência. O jovem, bombardeado pela midiocracia, pela moda, pela totalidade do mundo cotidiano imerso dentro do horizonte de uma sociedade capitalista, que impõe pelo mercado seus ideais de ostentação, superficialidade, dificilmente pode superar as exigências de aumentar sua riqueza para poder comprar e mostrar esses sinais caros (monetariamente) de diferença (diria J. Baudrillard).” (DUSSEL, 2007, p. 38). Ainda que muitas das críticas Dussel contra o político profissional sejam pertinentes, discordamos de sua perspectiva “idealista” do que entende ser o político “por vocação”, eis que numa sociedade complexa não nos parece cindível os múltiplos interesses encarnados na figura do político, desde a busca formação técnica para desempenhar função política (e muito da política se aprende), bem como o fato de escolher a vida política como “opção” de vida e sustento, sem que isto implique em renúncia a ideais “mais elevados”.

¹⁴² Pierre Rosanvallon trata do *denuncismo* desde a revolução francesa até os dias atuais, quando analisa o papel da mídia: “Revolutionaries celebrated what they called “the electricity of denunciation” because it was seen as one aspect of an important form of civic participation, namely, the monitoring of government actions by way of publicity (...) To be sure, the journalism of redemptive denunciation adapted in various ways to different political contexts. From the point of view of intellectual history, however, its history is relatively coherent. Although sensibilities have changed, a continuous thread runs from the pamphleteers of the French Revolution to the

pública. A mídia não cria propriamente o fenômeno, mas amplifica consideravelmente a nova política da desconfiança. Para manter-se na política os políticos revelam intimidades de suas vidas com o intuito de passar a imagem de simplicidade e transparência como virtudes fundamentais e manterem-se como políticos viáveis (ROSANVALLON, 2008).

A mídia brasileira merece um verdadeiro estudo de caso no modo como compreende a classe política. Oscila do ufanismo (mormente ao acompanhar o processo eleitoral, a apuração do resultado das eleições e posse dos eleitos) à execração (após algum tempo de exercício do mandato) em questão de segundos. Ao mesmo tempo que aponta as mazelas — como lhe cabe fazer num regime de liberdade de imprensa —, raramente informa os sucessos. Este processo reforça a percepção popular que nossa classe política seria a pior do mundo.

O comportamento da mídia em relação à política segue a lógica da sociedade do espetáculo¹⁴³, e, em defesa da imprensa brasileira dizemos que não se trata de problema nacional, mas mundial. Em vez de nos debruçarmos sobre os grandes problemas da organização política, há certa propensão a escarafunchar a vida privada dos políticos ou deter no seu comportamento histriônico ou em suas declarações estapafúrdias, de modo a chamar a atenção do público cada vez mais ávido por atuações e enredos memoráveis protagonizados pela classe política.

investigative journalism of today. (...)What changed was primarily the social measuring instrument and people's sensitivity to the issues. The media did not create the phenomenon but merely reflected and amplified the advent of a new politics of distrust. By the same token, political leaders exposed more of themselves to the media, opening up their private lives in an effort to enhance their credibility. No longer required to demonstrate their allegiance to a camp, they were instead obliged to give proofs of personal honesty and demonstrate their proximity to voters. Simplicity and transparency became cardinal political virtues. With the advent of the media age and the politician's need to put himself on display, denunciation became a key form of democratic action." (ROSANVALLON, 2008, p. 41-48).

¹⁴³ Guy Debord destaca: "Toda a vida das sociedades nas quais reinam as modernas condições de produção se apresenta como uma imensa acumulação de *espetáculos*. Tudo o que era vivido diretamente tornou-se uma representação. (...) A sociedade que se baseia na indústria moderna não é fortuita ou superficialmente espetacular, ela é fundamentalmente *espetaculoísta*. No espetáculo, imagem da economia reinante, o fim não é nada, o desenrolar tudo. O espetáculo não deseja chegar a anda que não seja ele mesmo." (DEBORD, 1997, p. 13 e 17). Ainda sobre o papel do espetáculo em nossa cultura, fazemos menção a Mario Vargas Llosa: "O que quer dizer civilização espetáculo? É a civilização de um mundo onde o primeiro lugar na tabela de valores cogentes é ocupado pelo entretenimento, onde divertir-se escapar do tédio, é a paixão universal. Esse ideal de vida é perfeitamente legítimo, em dúvida. Só um puritano fanático poderia reprovar os membros de uma sociedade que quisessem dar descontração, relaxamento, humor e diversão a vidas geralmente enquadradas em rotinas deprimentes e às vezes imbecilizantes. Mas transformar em valor supremo essa propensão natural a divertir-se tem consequências inesperadas: banalização da cultura, generalização da frivolidade e, no campo da informação, a proliferação do jornalismo irresponsável da bisbilhotice e do escândalo." (LLOSA, 2013, p. 30). Digno de nota são as reflexões de Marçal Justen Filho, em seu texto: "O direito administrativo de espetáculo", onde faz importante conexão entre a sociedade do espetáculo e o direito administrativo de espetáculo, destacando: "A atividade administrativa do espetáculo consiste essencialmente na demonstração pública de grande azáfama governativa. Os administradores públicos produzem permanente informação à Platéia relativamente às ações imaginárias que desenvolvem. Essa atividade administrativa espetacular se produz por meio da utilização de conceitos aptos a manter o espectador na condição de um elemento passivo, ocupado em acompanhar a proliferação de notícias jurídicas. Trata-se de prender a atenção dos indivíduos comuns, neutralizando o seu senso crítico e impedir qualquer comparação entre a ação administrativa e o mundo real não imaginário." (JUSTEN FILHO, 2009, p. 72).

Os perigos para democracia neste cenário espetaculoso são bem descritos por Antoine Garapon:

A democracia de opinião deriva de uma *representação selvagem*, isto é, tanto de uma delegação de poder em novos agentes que não escolhemos democraticamente (os jornalistas, e até os juízes) como de uma encenação de crueldade. A denúncia já é a condenação numa época em que o tempo é instantâneo — isto é, abolido —, à semelhança do mercado e dos meios de comunicação. As pessoas postas em causa correm o risco de se ver condenadas, e até presas ao pelourinho, antes mesmo de serem julgadas pela justiça. Assim, a condenação desmaterializa-se. É uma democracia reactiva, instintiva, que fala mais do que pensa e se agita mais do que age. (GARAPON; SALAS, 1999, p. 168).

Esta “democracia reativa” exige e propicia o surgimento de salvadores da pátria que fazem do combate à corrupção espécie de bandeira promocional de diversos políticos (lembremos o “varre, varre, vassourinha” de Jânio Quadros e o “combate aos marajás” de Collor de Mello, onde ambas as plataformas moralizantes elegeram um presidente da república). Curiosamente, os projetos de Jânio e Collor marcaram a última eleição democrática antes da ditadura e a primeira eleição democrática após a ditadura. Com efeito, as eleições de 2018 não foram diferente e novamente a tônica do combate à corrupção — dado seu sucesso histórico — mostrou-se eficaz em arregimentar votos dos eleitores sendo pauta obrigatória dos programas de governo quer para Presidente da República, quer para governadores e parlamentares que prometem seu efetivo combate.

Mas não é só. A exigência reativa da sociedade civil propicia que certos integrantes dos órgãos de controle externo adquiram notoriedade midiática ao colocarem-se como mártires na cruzada contra a corrupção. Nesse cenário, combater a corrupção e seus delinquentes¹⁴⁴ (para além dos aspectos positivos de tal intento) passa a ser um fim em si mesmo e modo autopromoção de certos agentes públicos, que atuam em nome de um fim “nobre” a justificar todo e qualquer arbítrio aos direitos fundamentais, por vezes vistos como “empecilho” ou “perfumaria constitucional” a atrapalhar o combate à corrupção.

No caso brasileiro é de supina gravidade o fato da população ou do parlamento “terceirizar” ao Judiciário a realização de reformas de caráter eminentemente político que deveriam ser exercidas com o envolvimento da população na vida partidária, atuação firme do parlamento e não apenas em esporádicos movimentos de rua. Em qualquer democracia

¹⁴⁴ A questão da delinquência e os aparatos de poder encarregados de reprimi-la, foi objeto de instigante reflexão de Michel Foucault: “A sociedade sem delinquência foi um sonho do século XVIII que depois acabou. A delinquência era por demais útil para que se pudesse sonhar com algo tão tolo e perigoso como uma sociedade sem delinquência. Sem delinquência não há polícia. O que torna a presença policial, o controle policial tolerável pela população senão o medo do delinquente?” (FOUCAULT, 2012, p. 225).

contemporânea a democracia é exercida pela via dos partidos políticos, jamais pela via contramajoritária do Poder Judiciário.¹⁴⁵

De toda sorte, o conceito da classe política nacional há muito está deteriorado. Mas não se percebe ou divulga que a crise da democracia representativa não é problema unicamente brasileiro, fazendo parte de qualquer país de primeiro mundo, embora equivocadamente se acredite que corrupção e má qualidade do político seja coisa que só ocorra em solo tupiniquim. Não estamos desacompanhados.

Para citar alguns exemplos de corrupção nos países de primeiro mundo envolvendo casos de corrupção ou mesmo de duvidosa conduta, citamos a renúncia do Primeiro-Ministro japonês Keyshu Tanaka por envolvimento com a Yakuza; na França as denúncias envolvendo o ex-presidente Nicolas Sarkozy; na Itália os casos envolvendo o então primeiro-ministro Berlusconi; e nos Estados Unidos os casos envolvendo o ex-presidente George W. Bush e empresas armamentistas e de petróleo.

A busca ao combate à corrupção tem levado a reações, quer da sociedade civil (a exemplo das manifestações de junho de 2013)¹⁴⁶ quer dos órgãos de controle que também procuram dar solução a este estado de coisas. No afã moralizante a busca por respostas não raro excede os limites constitucionalmente aceitáveis.

Na atual quadra da história do controle externo brasileiro qualquer agente público que ordene despesa pública, tem enorme probabilidade de receber inúmeras multas, sanções políticas e econômicas, indisponibilidade de bens por infindáveis anos, além de ter sua honra e nome execrados perante familiares e a coletividade. Tudo isto seria muito positivo se efetivamente praticassem malfeitos e danos ao erário.

O problema é que por vezes tais sanções não são juridicamente sustentáveis e se observa o crescente decisionismo do agente controlador sobre a Administração pública. Agiganta-se a

¹⁴⁵ O fato do parlamento omitir-se em questões que demandariam sua atuação é fenômeno que ocorre em qualquer país democrático do mundo. Todavia, em nosso caso além do Legislativo não querer enfrentar certos temas, a população não confia nas soluções dadas pelo parlamento e deposita enorme expectativa no Judiciário.

¹⁴⁶ Vejamos o resultado da pesquisa Ibope sobre o tema: “O aumento das passagens foi o estopim. Mas à medida que as ruas foram ficando cheias, elas também se tornaram um caldeirão de reivindicações e de protestos. Para outros 30% dos manifestantes, a principal razão de protesto não era o transporte público, era a política. E 24% disseram que estavam nas ruas contra a corrupção. ‘Chega de corrupção. Chega dessa palhaçada’, disse Igor Soares, de Porto Alegre. Outros motivos de protesto considerados prioritários pelos manifestantes na pesquisa do Ibope: em defesa da saúde, 12%; contra a PEC 37 - a medida que tira do Ministério Público a atribuição de realizar investigações criminais - 6%; 5% contra os gastos com a Copa do Mundo; e outros 5% pela educação. Mas quando o Ibope leva em conta não apenas a primeira, mas as três primeiras respostas dadas espontaneamente pelos manifestantes, o transporte cai para o segundo lugar. A política aparece em primeiro, com 65%. A questão política mais citada foi a corrupção, apontada por quase a metade dos manifestantes como motivo para protestar.” (grifo nosso). Disponível em: <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2013/06/transporte-e-politica-sao-principais-razoes-de-manifestacoes-diz-pesquisa.html>> Acesso em: 24 de junho de 2015.

insegurança na interpretação da norma jurídica de modo a colmatar os desejos do intérprete sobre as escolhas do agente ou ato administrativo objeto de controle. Evidente que todo texto normativo exige limites semânticos e sintáticos que comportam esforço exegético para bem aplicá-lo, o problema está em fazê-lo de modo a prestigiar mais a subjetividade do intérprete que a objetividade e limites dados pelo próprio texto normativo.

Todo este cenário é decorrente de uma perspectiva ideológica de parte dos integrantes dos órgãos de controle externo que busca dar respostas urgentes a antigos problemas conjunturais e a supressão ou malferimento de direitos e garantias individuais parece justificar os elevados fins de combate a corrupção e, de consequência, o próprio modo do exercício do controle externo sobre os agentes públicos.

Para finalizar o ponto, tratemos muito brevemente de uma outra questão. A ênfase do controle externo no *controle de legalidade*, paradoxalmente, tem gerado trágicos problemas. Sem pretender apequenar o papel do controle de legalidade em nossa tradição jurídica, o fato é que o controle de legalidade como um fim em si mesmo leva a distorções e disfunções, visto que a hiperinflação do controle de legalidade¹⁴⁷ por vezes imobiliza ou dificulta a tomada de decisão (em face das complexidades normativas que envolvem determinado caso), e propicia a “cômoda” verificação do descumprimento das normas jurídicas na atividade controladora.¹⁴⁸

¹⁴⁷ A ênfase num controle de legalidade e crescente regulamentação da qual o agente não pode dar conta, foi bem assinalada por Agustín Gordillo: “Al insistirse en el control de legalidad como control predominante, se introduce entonces una tendencia hacia la creciente reglamentación para hacer más predecible y “más fácilmente controlable” la conducta. Pero ocurre que lo que se refuerza de este modo es el control puramente formal, porque formales son en tal situación las normas que se dictan: Se llega inevitablemente a una exageración del análisis de juridicidad reglamentaria del acto, en desmedro de la apreciación de su mérito. Se afirma así la vigencia y la convicción de que si un funcionario dicta un acto válido o legal, nada puede objetársele; que si su decisión es inoportuna o inconveniente ello es materia librada a la discrepancia política, en todo caso, pero exenta del control y del reproche administrativo. Desde luego esto es un error, porque por lo general no suele ser demasiado difícil dar cumplimiento a los recaudos formales, si el funcionario simultáneamente se despreocupa de que sus actos sean además eficaces de acuerdo a las circunstancias. Así se va distorsionando todo el sistema, no sólo a partir del control sino también a partir de la emisión de normas que el control provoca para autosatisfacerse y autorrealizarse. Las normas innecesarias y detalladas que se van dictando constriñen cada vez más la creatividad e imaginación de los funcionarios, refuerzan la idea de que el actuar conforme a las normas es garantía suficiente de corrección y acierto, como si no fuera también posible actuar incorrecta e ineficazmente aún habiendo dado cumplimiento formal a las disposiciones vigentes: Y la profecía autocumplida a veces se realiza, de que la irregularidad y el abuso, cuando no el delito, pasan por medio del mejor cumplimiento y control reglamentario.”(GORDILLO, 2012).

¹⁴⁸ Sobre os riscos do formalismo no controle gerarem eficiência e atuação servil da Administração valem as reflexões de Onofre Batista Júnior: “Para o modelo burocrático mais ortodoxo, comportamento eficiente, por pressuposto, é aquele conforme ao “bloco legal”. Para tanto, todo o sistema gerencial burocrático é desenhado de forma a possibilitar o alinhamento da atuação dos agentes à regulamentação administrativa. Exatamente por isso, os mais diversos estatutos burocráticos se limitam, na maioria das vezes, a trazer “deveres” dos servidores públicos e a estabelecer “sanções” pelo descumprimento desses deveres. O modelo gerencial autoritário, portanto, funciona com lastro no mecanismo “dever X sanção”. A preocupação central do corpo burocrático desses órgãos, na maioria das vezes, está em buscar equívocos, desatenções, descumprimentos de linhas e entrelinhas, culpados, e não na perseguição de uma atuação administrativa eficiente. Muitas vezes desconhecendo a realidade concreta ou a técnica utilizada, burocratas do controle tendem a agravar o quadro de ineficiência. O sistema jurídico administrativo sancionatório se mantém ultrapassado, não tendo ainda se desvencilhado do tradicional modelo de

Ora, ainda que a não observância do princípio da legalidade possa levar à aplicação de pesadas sanções (a depender do caso concreto), o fato é que mais raramente se aplicam advertências e recomendações. Os órgãos de controle não raro partem daquilo que denominamos *Administração Pública idílica*, onde administrar — para usar a clássica expressão de Seabra Fagundes — é: “aplicar a lei de ofício”, como se a função administrativa fosse algo simples de ser exercida e o descumprimento da lei seu pecado mortal.

A diagnose aqui efetuada, apesar de preocupada com a crise política e institucional que perpassa toda sociedade, tem a esperança que ao refletirmos sobre o tema possamos corrigir os excessos e evitar um mal ainda maior. Não compete aos órgãos de controle serem o bastião da democracia brasileira. Devem punir os agentes públicos na exata medida da sua reponsabilidade, sem preconceitos nem superioridade em relação aos que exercem função administrativa. Passemos agora a enfrentar equívocos atribuíveis ao peculiar modo dos nossos órgãos de controle interpretarem e aplicarem o Direito.

3.3 INFLUXOS DO DECISIONISMO E PROTAGONISMO JUDICIAL NA INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO NO BRASIL

Parte dos equívocos ideológicos acima narrados decorrem do modo como os órgãos de controle externo interpretam e aplicam o Direito na realidade jurídica brasileira. Há gradativo incremento do decisionismo do ente controlador e conseqüente desvanecimento do seu dever em motivar de modo juridicamente sustentável as razões pelas quais impõem sanções ou restrição a direitos políticos e individuais.

É dizer: não há qualquer preocupação do intérprete em fundamentar sua decisão, mas mera exteriorização de uma subjetividade descompromissada com o Direito. Outras vezes há a preocupação de elencar no plano argumentativo as razões pelas quais se decide, todavia, nem sempre de maneira coerente e satisfatória.

Sabemos que o controle sobre a Administração Pública visa aferir a conduta do agente em conformidade com as normas jurídicas (princípios e regras) que lhe servem de parâmetro.

juízo do processo administrativo disciplinar, vinculado à hierarquia funcional. Para agravar, o sistema de composição e de julgamento dos processos administrativos disciplinares é feito pela mesma autoridade administrativa que instaura e, ao mesmo tempo, nomeia os integrantes da Comissão Disciplinar, o que coloca sob suspeita a garantia de imparcialidade/impessoalidade nas apurações/investigações disciplinares. 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.” (BATISTA JÚNIOR; CAMPOS, 2014. p. 38).

A atividade controladora não pode prescindir da análise da validade, interpretação e aplicação das normas jurídicas para verificar o agir administrativo dos agentes públicos na condução da atividade administrativa.

Com efeito, o debate em torno da interpretação do Direito, tem especial relevo no sentido de explicar como os agentes de controle fiscalizam o desempenho da função administrativa, pois a depender da postura teórica que adotam, podem oscilar dramaticamente de entendimento quanto a observância ou não da norma jurídica, afinal, os órgãos de controle interpretam e aplicam o Direito e o controlam a atividade administrativa à luz daquilo que compreendem por Direito.

Como já visto anteriormente, um dos graves problemas a fundamentar este viés ideológico deve-se ao protagonismo do Judiciário¹⁴⁹ e o fenômeno do ativismo judicial, que pode traduzir-se na criação de normas em descompasso com o direito positivo, por vezes com o intuito de dar vazão a certa perspectiva política aparentemente fundamentada juridicamente.

Para bem ilustrar a perspectiva ideológica da magistratura brasileira no tocante ao seu papel ético-moral e ainda como atuação substitutiva aos poderes políticos, nos servimos da recente pesquisa realizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros: *Quem Somos. A magistratura que queremos*¹⁵⁰. Nas diversas perguntas desta pesquisa constava: “Questão 66: Dentre as afirmações abaixo, assinale aquela com a qual mais se identifica:” Dentre as respostas, figurava: “O Poder Judiciário se deve atribuir um papel ético-moral na sociedade, educando-a para a vida pública.”

¹⁴⁹ A ascensão do Judiciário implica em graves riscos à democracia, especialmente quando a Justiça atua como consciência moral da sociedade, como bem elucida Ingeborg Maus: “Quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social — controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática. No domínio de uma Justiça que contrapõe um direito "superior", dotado de atributos morais, ao simples direito dos outros poderes do Estado e da sociedade, é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social. No desdobramento dessa tendência e de seus fundamentos — em que as condições sociais estruturais, assim como seu apoio em mecanismos psíquicos, devem ser levados em consideração —, convém investigar se se trata de uma simples regressão social ou antes de uma acomodação às condições do moderno e anônimo aparato de administração do Estado, em que todas as figuras paternas são obrigadas à abdicação. Pode ocorrer que penetre nesse foro interno aquela instância que compreende a si própria como moral e que, de maneira tão incontroversa, é reconhecida como consciência de toda a sociedade, de tal modo que a imagem paterna à qual se resiste atue concomitantemente como ponto de partida do clássico modelo da transferência do superego e como representante de mecanismos de integração despersonalizados. A pergunta a ser feita é, portanto, a seguinte: não será a Justiça em sua atual conformação, além de substituta do imperador, o próprio monarca substituído?” (MAUS, 1989, p. 189).

¹⁵⁰ A pesquisa Quem Somos: a magistratura que queremos realizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, pesquisou amplo universo de magistrados brasileiros, desde o primeiro ao último grau de jurisdição, inclusive inativos. Considerando que ainda são raras as pesquisas empíricas no Brasil e mais raro ainda que possamos aferir a opinião da magistratura brasileira sobre temas tão diversos, certamente serão necessários muitos anos para digerir todo o material pesquisado, cujos dados irão subsidiar inúmeros trabalhos acadêmicos a serem desenvolvidos. Disponível em: http://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Pesquisa_QUEM_SOMOS__AMB_completa_para_site.pdf. Acesso em: 19 fev. 2019.

A resposta acima foi afirmada apenas por 12,8% dos magistrados em primeiro grau em atividade, o que aparentemente contrariaria a ideia que o Judiciário estaria no exercício da vigilância ética da sociedade¹⁵¹. Todavia, não passam despercebidos dois problemas nas respostas da *Questão 66* submetidas à pesquisa. O primeiro, que dificilmente alguém afirma-se como detentor de papel ético-moral, assumindo abertamente tal protagonismo. O segundo problema é que as demais respostas ofertadas aos magistrados na mesma *Questão 66* havia uma de óbvia escolha, direcionando as respostas, afinal, quem não se identifica com a assertiva: “*O Poder Judiciário deve promover a realização plena do Estado de Direito, garantindo a aplicação da lei e a sua correta interpretação*”?

Esta postura mais interventiva do Poder Judiciário na sociedade brasileira, ficou mais evidente na resposta a *Questão 64* da pesquisa da AMB, onde perguntou-se: “*Desde a Constituição de 1988, o Poder Judiciário vem expandindo sua presença na sociedade brasileira. Indique a alternativa com a qual mais se identifica:*”

Dentre as respostas a *Questão 64*, apenas de 17,8% dos magistrados de primeiro grau em atividade entenderam que: “*A presença do Poder Judiciário em diferentes dimensões da vida brasileira é um fenômeno prejudicial à democracia, pois pode levar a que o Judiciário exerça papéis substitutivos ao dos poderes políticos*” Em nossa leitura, estes dados indicam que não está em primeiro plano das preocupações dos magistrados brasileiros um papel mais deferente do Judiciário para com os demais poderes ou mesmo de autocontenção.

Ao contrário, a resposta as demais alternativas da *Questão 64* indicam clara postura ativista, pois 35,4% dos juízes de primeiro grau em atividade responderam que: “*A presença do Poder Judiciário em diferentes dimensões da vida brasileira é um fenômeno positivo para a consolidação da democracia no país, na medida em que favorece a ampliação de direitos que não encontram passagem no Poder Legislativo*” e 46,8% dos juízes de primeiro grau em atividade responderam que: “*A presença do Poder Judiciário em diferentes dimensões da vida brasileira é um fenômeno positivo para a consolidação da democracia no país, na medida em*

¹⁵¹ Esta opinião foi compartilhada na introdução da pesquisa AMB quando afirma: “Outras questões são igualmente relevantes para se atestar continuidades e descontinuidades na magistratura, como a recusa à autocaracterização dos magistrados como *intelligentsia* privilegiada, superposta à sociedade e vocacionada para o exercício de um papel pedagógico na educação cívica dos brasileiros. A *Questão 66* – que indagava se “o Poder Judiciário se deve atribuir um papel ético-moral na sociedade, educando-a para a vida pública e a cidadania” – foi respondida positivamente por apenas 14% dos magistrados em 1996 e por cerca de 13% deles em 2018, contrariando perspectivas hoje correntes em certas parcelas da opinião pública ecoadas pela imprensa, que tomam o Judiciário como vigilante ético da sociedade.” Referida afirmação dos pesquisadores foi realizada na p. 26. Disponível em <http://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Pesquisa_QUEM_SOMOS__AMB_completa_para_site.pdf> Acesso em 19 de fevereiro de 2019. A resposta dos magistrados a *Questão 66* está na página 96-97 da referida pesquisa.

que propicia um maior controle do funcionamento dos poderes Executivo e Legislativo”, asseverando o crescente desejo de protagonismo do Judiciário nos demais poderes.¹⁵²

Esta perspectiva ideológica mais interventiva nos poderes políticos também se aplica ao Ministério Público. É quase impossível ao ordenador de despesa, especialmente os prefeitos municipais — por mais corretos que sejam — deixarem seus mandatos sem responderem a inúmeras ações de improbidade. Por certo que o Ministério Público tem não apenas poder mas o dever de mover tais demandas quando necessárias. Como veremos mais à frente, o que amedronta é o volume de ações destituídas de qualquer fundamento sólido, ou quando tais demandas refletem o exercício oblíquo de função administrativa privativa das chefias de executivo, ditando e impondo moralmente qual conduta esperam dos agentes políticos.

Dos órgãos constitucionais autônomos da República Brasileira nenhum está a merecer maior reflexão que o Ministério Público. Se de um lado desejamos um MP atuante e cioso dos seus deveres constitucionais, de outro necessitamos de mecanismos de controle que melhor fiscalizem a atuação do *parquet*. A velha pergunta *quis custodiet ipso custodes*¹⁵³ ou *who guards the guards?* (quem controla o controlador?) nunca foi tão pertinente. O medo chega a tal ponto que os integrantes do Ministério Público têm receio em requerer o arquivamento de denúncias, pois o juízo que se fará desta postura nos respectivos conselhos, “recomenda” a instauração que de ações de improbidade ou a deflagração de ações penais mesmo sem fundamento consistente.

De igual modo, se é desejável o amplo controle jurisdicional como corolário lógico do Estado democrático de direito, como decorrência do lícito exercício do controle externo e do sistema de pesos e contrapesos, de outro, as denúncias infundadas, as decisões nos processos de improbidade nos moldes atualmente exercidos tem levado a excessos e ao solipsismo decisório (STRECK, 2011), como se o magistrado pudesse exercer amplamente sua discricionariedade na interpretação do direito positivo (por vezes ignorando-o por completo), sem qualquer preocupação normativa, impulsionado por uma filosofia da consciência, e, a despeito das leis e da Constituição, pudesse encontrar a interpretação que moralmente melhor lhe apeteça; além da falta de discurso jurídico coerente e fundamentado visando a incidência de sanções (especialmente nas ações de improbidade) e tampouco a observância de parâmetros e precedentes consistentes visando a responsabilização (razoável e proporcional) dos agentes públicos.

¹⁵² A inteireza da Questão 64 submetida aos magistrados brasileiros pode ser encontrada na p. 92 a 93 da pesquisa: Quem somos: a magistratura que queremos. Disponível em <http://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Pesquisa_QUEM_SOMOS__AMB_completa_para_site.pdf> Acesso em 19 de fevereiro de 2019.

¹⁵³ A frase é de Juvenal (Decimus Iunius Iuvenalis) na Sátira n° VI. (IUVENALIS, [s.d.]).

O problema do decisionismo e solipsismo do intérprete na aplicação da norma está tornando-se tão grave, que a percepção deste fenômeno pelos juristas está fazendo com que se procure recobrar a importância de uma abordagem normativista-formalista, quer ainda uma visão normativista mas permeada dos avanços do constitucionalismo, sem cair nos riscos do neoconstitucionalismo.

Exemplo deste tipo de abordagem pode ser identificada em Luigi Ferrajoli, que no seu garantismo faz uma abordagem positivista-crítica, destacando a centralidade da constituição na análise da validade e interpretação das normas jurídicas, ponderando:

(...) Em síntese, bem mais que no modelo neoconstitucionalista — que confia a solução das aporias e dos conflitos entre direitos à ponderação judicial, inevitavelmente discricionária mesmo quando argumentada, enfraquecendo, assim, a normatividade das Constituições e a fonte de legitimação da jurisdição —, o paradigma do constitucionalismo rígido limita e vincula de modo bem mais forte o Poder Judiciário, em conformidade com o princípio da separação de poderes e com a natureza tanto mais legítima quanto mais cognitiva — e não discricionária — da jurisdição. Os juízes, com base em tal paradigma, não podem criar normas, o que implicaria numa invasão no campo da legislação, mas somente censurar a sua invalidade por violação à Constituição, anulando-as no âmbito da jurisdição constitucional, ou, então, desaplicando-as ou suscitando exceções de inconstitucionalidade no âmbito da jurisdição ordinária; em ambos os casos, intervindo, assim, não na esfera legítima, mas na esfera ilegítima da política. A legitimidade da jurisdição se funda, na verdade, a meu ver, sobre o caráter mais cognitivo possível da subsunção e formulação como regra — do grau de taxatividade e de determinação da linguagem legal; enquanto a indeterminação normativa e a conseqüente discricionariade judicial são um fator de deslegitimação da atividade do juiz. O cognitivismo judiciário (*veritas non auctoritas facit iudicium*), mesmo como ideal regulativo, é, na verdade, a outra face do princípio da legalidade (*auctoritas non veritas facit legem*). (FERRAJOLI, 2010, p. 41).

Outro autor é Dimitri Dimoulis que propõe o resgate do positivismo jurídico de viés mais formalista, criticando a abordagem moralista¹⁵⁴ do fenômeno jurídico, resgatando a proposta positivista e trazendo debates mais recentes como os contributos de Joseph Raz e Neil MacCormick.¹⁵⁵

¹⁵⁴ Para Dimitri Dimoulis: “O moralismo jurídico faz depender o reconhecimento da validade das normas jurídicas e sua interpretação de elementos vinculados a valores (e correspondentes mandamentos) de origem moral. Admitese, assim, a tese da necessária conexão (junção, vinculação) entre direito e moral.” (DIMOULIS, 2006, p. 87). Para Dimoulis, ao adotar-se a postura moralista, teríamos um moralismo de validade (a norma jurídica apenas seria válida se atendessem à moral) ou um moralismo da interpretação (aplicador deve invocar valores morais ao interpretar a norma). Contemporaneamente, os partidários do moralismo de validade o adotam temperadamente, pois apenas em casos de extrema imoralidade ou injustiça é que a norma não integraria o sistema jurídico. Já o moralismo de interpretação apresenta uma sedutora resposta ao problema da hermenêutica jurídica. Quando houver conflito entre a norma jurídica e os valores morais do julgador, este deverá interpretar o direito sob critérios do direito justo (DIMOULIS, 2006, p. 91-93).

¹⁵⁵ Acerca do *positivismo jurídico exclusivo* destaca-se Joseph Raz (RAZ, 1979), para quem o Direito consiste em considerações positivadas cuja existência e conteúdo podem ser afirmadas sem recurso a valorações morais. Quanto ao *positivismo jurídico inclusivo* a proposta (por muitos considerada pós-positivista) de Neil MacCormick que parte da premissa que o Direito é uma disciplina argumentativa em vez de uma ciência exata (MACCORMICK, 1994).

O positivismo formalista, dado os diversos tipos de positivismos, adota a separação entre Direito e moral, sujeito cognoscente e objeto cognoscível (HESPANHA, 2009, p. 435-436). Esta distinção já mostrou-se filosófica e teoricamente insuficiente, na medida que a dissociação sujeito-objeto não se mostra factível como bem trabalhou Hans-Georg Gadamer em sua filosofia da linguagem¹⁵⁶. Há muito de ingenuidade na perspectiva formalista do positivismo em acreditar que este dispensaria esforço hermenêutico num modelo essencialmente subsuntivo.

O processo de interpretação do Direito passa num primeiro plano pela compreensão, sem a qual não é possível fazer qualquer interpretação ou aplicação do Direito. Assim, quando o intérprete “interpreta” é porque já compreendeu. Segundo Hans-Georg Gadamer trata-se de processo unitário, onde a própria compreensão passa pela aplicação:

(...) o problema hermenêutico recebeu seu significado sistemático no momento que o romantismo reconheceu a unidade interna da *intelligere e explicare*. A interpretação não é um ato posterior e ocasionalmente complementar à compreensão. Antes, compreender é sempre interpretar, e, por conseguinte, a interpretação é forma explícita da compreensão. (...)

(...) se quisermos compreender adequadamente o texto — lei ou mensagem de salvação —, isto é, compreendê-lo de acordo com as pretensões que o mesmo apresenta, devemos compreendê-lo a cada instante, ou seja, compreendê-lo em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta. Aqui, compreender é sempre também aplicar. (GADAMER, 2013, p. 406-408).

Desta assertiva não decorre a prevalência da subjetividade do intérprete, afinal, para Gadamer tal tarefa não implica na *congenialidade*, é dizer: na união entre o criador e o intérprete de uma obra. Portanto, é possível reconhecer o que é significativo em um texto e seu sentido originário. (GADAMER, 2013, p. 410-411). A interpretação está inserida dentro de determinada tradição histórica que influencia a atuação do intérprete.

¹⁵⁶ Sobre o tema pertinentes as reflexões de Néviton Guedes: “Tão logo se entremostra o primeiro sentido de um texto, e já o intérprete antecipa o sentido de seu todo, em outras palavras, o sentido da interpretação de um texto apenas se manifesta, segundo Gadamer, porque aquele que interpreta um texto o interpreta com determinadas expectativas, a partir de determinado sentido. Assim, a compreensão do texto que se põe ao intérprete consiste precisamente na elaboração e aperfeiçoamento daquele projeto prévio, que deve ser confirmado e revisado continuamente conforme se vai penetrando mais extensamente do sentido do texto. É compreensível, portanto, que, no processo hermenêutico, a objetividade só possa estar nessa possibilidade de revisão daquele projeto prévio. Isso apenas se alcança ao colocarem-se lado a lado projetos rivais até que se possa estabelecer uma unidade de sentido. Resumindo, toda interpretação começa com conceitos prévios que, no seu itinerário, serão substituídos por conceitos mais adequados. A esse processo de novo-projetar ou reprojeter permanente, que concretiza o movimento de conferir sentido à compreensão e à interpretação, Heidegger designava círculo hermenêutico (*hermeneutische Zirkel*).” (GUEDES, 2012a).

Como preleciona Castanheira Neves, a interpretação deve ter por objeto¹⁵⁷ não apenas a *norma jurídica*, mas sua *normatividade*, dimensão intencional e jurídica pois inserida numa: “perspectiva normativo-pragmaticamente-adequada”:

Tendo em conta tudo o que concluímos até aqui, facilmente se reconhecerá que a perspectiva actual para a consideração do problema da interpretação jurídica terá de ser outra. E essa mudança de perspectiva vem a traduzir-se, desde logo, no postular *o caso jurídico como o prius metodológico*. E com isto pretende afirmar-se que o caso jurídico não é apenas o objeto decisório-judicativo, mas verdadeiramente a perspectiva problemática-intencional que tudo condiciona e em função da qual tudo deverá ser interrogado e resolvido. Pelo que a interpretação jurídica só será entendida em termos metodologicamente correctos se for vista como a determinação *normativo-pragmaticamente-adequada* de um critério jurídico do sistema do direito vigente para a solução do caso decidendo. (...) (CASTANHEIRA NEVES, 2013, p. 142).

A neutralidade metodológica do discurso positivista não é algo atingível, dada a impossibilidade de produção do conhecimento livre das influências ideológicas, não sendo factível a separação absoluta entre sujeito e objeto (FONSECA, 2009, p. 59-60). Já Dimoulis parece acreditar na neutralidade da postura metodológica do intérprete em conseguir diferenciar seu interesse pessoal das tentativas de dar significado às proposições normativas, visando encontrar a resposta correta ou alternativas autorizadas pelo texto normativo (DIMOULIS, 2006, p. 243). Concordamos em parte. É fato que o texto normativo deve limitar o intérprete, e isto, de *per se*, serve para estabelecer limites no processo interpretativo. Todavia, na esteira de Gadamer, somos céticos quanto à absoluta dissociação da relação sujeito-objeto.

O próprio Kelsen admite que a interpretação do direito compreende inevitável subjetivismo do intérprete, superando assim o positivismo exegético que como bem destaca Lenio Streck: “ainda hoje se pensa que, para ele [Kelsen], o juiz deve fazer uma interpretação ‘pura da lei!’” (STRECK, 2010). A visão kelseniana não acredita na possibilidade de aplicar-

¹⁵⁷ E por objeto da interpretação destaca Castanheira Neves: “Vimos a resposta que o modelo tradicional dava a esta questão do objecto da interpretação — o objecto da interpretação seria o texto da norma jurídica. E vimos também porque essa resposta não pode manter-se: o problema da interpretação jurídica não é hermenêutico, mas normativo. Daí que o objecto em causa há-de ser correlativo a esta índole do problema, sendo certo que o problema interpretativo vai implicado pela natureza prático normativa do caso a resolver com apoio na solução desse problema. Por outras palavras, o objecto normativo interpretando não poderá ser um objecto meramente significante, mas um objecto susceptível de oferecer um critério normativo para a solução judicativa do caso decidendo. E então o objecto da interpretação não será o texto das normas jurídicas, enquanto a expressão ou o *corpus* de uma significação a compreender e a analisar, mas a normatividade que essas formas, como critérios jurídicos, constituem e possam oferecer. Se distinguirmos na norma a sua expressão significante (dimensão fenomenológica e cultural) da sua normatividade (dimensão intencional e jurídica) e que a faz ser *norma*, podemos dizer que a interpretação jurídica não visa a expressão da norma, mas a *norma da norma* — não sua expressão (texto) que tem uma significação, mas a sua norma que tem um sentido especificamente jurídico. O objecto da interpretação jurídica é, pois, a norma enquanto norma não o seu texto enquanto expressão da norma — não o objecto expressivamente significativo, mas o objecto intencionalmente normativo-jurídico. (CASTANHEIRA NEVES, 2013).

se automaticamente as leis. No mesmo sentido, caminha João Batista Gomes Moreira: “A teoria pura do direito, conforme esclarecimento do próprio Kelsen, não é o mesmo que teoria do direito puro.” (MOREIRA, 2005, p. 115).

Porém, mesmo reconhecendo a impossibilidade de dissociação da relação sujeito-objeto, isto não autoriza que a interpretação possa ser assistemática, e, uma vez admitida a necessidade da interpretação sistemática, supera-se a irrestrita subjetividade do intérprete pelos parâmetros oferecidos pelo sistema.

Como bem destaca Juarez Freitas acerca da interpretação sistemática do Direito:

Os meios e os fins são justificáveis uns pelos outros. Por isso, ao interpretar e aplicar determinada norma individual não há como deixar de considerá-la sistemática ou não. Contudo, tal julgamento não deve ser a erupção de um decisionismo usurpador das competências. Ao intérprete incumbe — convém frisar — conferir sistematicidade às normas, vale dizer, harmonizá-las, formal e substancialmente, na garantia salutar e democrática coexistência das liberdades e igualdades, no presente em que ocorre a evolução hermenêutica. (FREITAS, 2010, p. 78).

Dimitri Dimoulis com acerto aduz: “A definição inicial da interpretação indica que o intérprete atribui sentido às normas jurídicas, mas isso não o libera da obrigação de utilizar determinados métodos e argumentos para justificar sua proposta interpretativa. Esses métodos e argumentos constituem meios de atribuição de sentido interpretativo.” (DIMOULIS, 2006, p. 228-229).

Partindo das premissas acima expostas, parece ser crescente a preocupação da teoria do direito com a ampla discricionariedade na interpretação e aplicação da Lei, extensível a todos os órgãos de controle externo nos moldes propostos neste texto. Tal exagero possibilita ao intérprete a fazer o que bem entende na aplicação da norma jurídica¹⁵⁸, dando vazão a sua plenipotenciária subjetividade, e, em assim fazendo, traz não apenas medo, mas pânico aos agentes públicos sujeitos ao controle externo.

Afinal, se a aplicação da norma jurídica na realidade brasileira não passa mais pelos parâmetros contidos na própria norma, nem mesmo por métodos argumentativos explícitos que lhe deem sentido, os agentes públicos ao receberem as duras sanções hoje contidas no

¹⁵⁸ Sob a perspectiva ideológica do neoconstitucionalismo assevera Carlos Blanco de Moraes: “Precisamente na órbita da ‘nova hermenêutica’, assumem especial protagonismo contemporâneo os neo-constitucionalistas, que rescrevem os princípios da democracia e da separação dos poderes, em termos tais que permitem a emergência ativa de um binómio entre uma Constituição dirigente e um poder jurisdicional competente para, na esfera dos direitos sociais, *legislar materialmente* a partir dos seus princípios, criando normas de decisão prevaletentes sobre as do legislador ou até substitutivas deste último em caso de omissão. Trata-se, no fundo, de um *dirigismo constitucional ideológico*, que: i) faz repousar sobre as normas da Constituição social, o seu programa de governo; ii) que utiliza o *poder judicial como instrumento de controle intenso (e por vezes como poder substitutivo)* das políticas públicas do legislador; iii) e que recorre à *ponderação de valores e princípios*, em sede interpretativa, como critério dúctil do exercício do referido controlo.” (MORAIS, 2014, p. 698).

ordenamento jurídico brasileiro nas ações de improbidade, nos processos de julgamento de contas ou em matéria eleitoral, dependerão em grande parte — ou exclusivamente — da “boa vontade”, da magnanimidade e da condescendência dos órgãos de controle, pois se estes desejarem, poderão literalmente defenestrá-los do espaço da política, dos seus bens e dos seus direitos políticos.

Este cenário de total insegurança jurídica nos remete ao Hino de Duran de Chico Buarque, que agora pode ser entoado aos agentes políticos no Brasil: “♪♪ Se pensas que burlas as normas penais, insuflas agitas e gritas demais, a lei logo vai te abraçar infrator com seus braços de estivador. ♪♪”¹⁵⁹

O esvaziamento da importância da racionalidade jurídica, implica necessariamente na ascensão da política nos órgãos de controle. Todo político vai aonde a política está. A partir do momento que o Judiciário, o Ministério Público e os tribunais de contas detiverem — como já detém — o poder de vida e morte civil dos agentes políticos, assistiremos a crescente politização dos órgãos de controle, pois não nos basta mais o Direito para assegurar um mínimo de segurança jurídica, fazendo com que os controladores corram o risco de tornarem-se o que pretendem consertar: políticos.

Não por acaso estamos a verificar que a classe política completamente aturdida (e perdida) com este estado de coisas, procure os órgãos de controle não como forma de aconselhar-se e bem direcionar suas ações administrativas, mas para pautar sua conduta pelos ditames dos órgãos de controle, tentando angariar a simpatia e o olhar clemente daqueles que a qualquer momento podem suprimi-los do exercício do poder, naquilo que em nosso último Capítulo denominaremos de: *estratégia de relacionamento informal interadministrativo*.

¹⁵⁹ O clipe e letra da música está disponível em: <http://letras.mus.br/chico-buarque/45134/>. Acesso em: 27 jul. 2015. A atualidade da canção é tamanha, que basta imaginarmos que se em vez de Hino de Duran, a música se intitulasse: Hino aos Políticos. Não se trata de mera coincidência. Guardadas as devidas proporções, a perseguição realizada na ditadura a direitos e liberdades aos opositores ao regime, agora, em plena democracia, encontra novas vítimas por vezes corporificada na figura dos políticos acusados de improbidade e corrupção. Se não é mais possível a tortura física, frequentemente viola-se sem qualquer fundamento jurídico consistentes outros bens e valores fundamentais à dignidade da pessoa humana igualmente torturantes, a exemplo da generalização das prisões preventivas meramente antecipatórias da pena, além de afetar o exercício do cargo, bens e o próprio sustento (em face das limitações decorrente da suspensão de direitos políticos e inelegibilidade). O quadro é agravado porque a opinião pública anseia pela punição dos novos *subversivos*.

3.4 OS PROBLEMAS NA APLICAÇÃO DA TEORIA DOS PRINCÍPIOS NO BRASIL E SUAS CONEXÕES COM O CONTROLE EXTERNO

Por certo não podemos impor as disfuncionalidades do controle externo como tributários a uma “teoria dos princípios”. Mas, certamente é possível afirmarmos que a teoria dos princípios — do modo que absorvida em solo brasileiro — pode dar fundamento “jurídico” ao modo de concretização dos excessos de controle que estamos a criticar.

Os avanços no controle da Administração sob a égide da Constituição de 1988 não foram pequenos. A busca pelo conteúdo jurídico dos princípios constitucionais, a ideia que temos uma Constituição *para valer* e que devemos levar a Constituição *a sério*, com razão está no centro dos debates do constitucionalismo brasileiro.

O constitucionalismo jurídico contemporâneo, segundo Luigi Ferrajoli, pode ser denominado de constitucionalismo jusnaturalista e constitucionalismo juspositivista. Os defensores de uma concepção antijuspositivista nem sempre se consideram jusnaturalistas, mas não positivistas ou pós-positivista, adotando uma distinção estrutural entre regras e princípios, aproximados pelos princípios éticos-políticos das normas constitucionais, e distinção forte, qualitativa e estrutural entre princípios e regras. (FERRAJOLI, 2012, p. 17).¹⁶⁰

O papel do neoconstitucionalismo neste debate tem lugar de destaque. Em que pesem as divergências sobre o que seja ser um neoconstitucionalista, e de muitos tentarem fugir do seu rótulo, podemos elencar (sem pretensão de ser exaustivo ou conclusivo), alguns pontos que lhe subjazem, como: 1) pretensão de superação do positivismo jurídico¹⁶¹; 2) impossibilidade de

¹⁶⁰ Importante ainda frisar na linha de Sérgio Urquhart Cademartori: “(...) o modelo garantista reivindica a recuperação pelo legislador de sua centralidade como fonte normativa, não sendo mais os juízes os encarregados de colmatar eventuais lacunas na ausência de concretização de direitos fundamentais sociais.” (CADEMARTORI; STRAPAZZON, 2012. p. 209).

¹⁶¹ Sobre velha questão do positivismo jurídico como causa dos males propagados pelo nacional-socialismo (argumento trazido por muitos juristas com finalidade de impor uma argumentação *reductio ad hitlerum*), lembremos que quem foi banido da Universidade de Colônia foi Hans Kelsen, e não Carl Schmitt, que recusou-se a assinar o abaixo-assinado para manter Kelsen na cátedra, sendo forte opositor ao positivismo jurídico por entender que outros valores como honra, lealdade e disciplina (e o “princípio da direção unitária”) é que deveriam prevalecer (DIMOULIS, 2006, p. 262), acusando o positivismo de proteger criminosos e sonegadores. A crítica continua a ser feita na atualidade por muitos juristas, e, acrescentamos nós, para além dos criminosos e sonegadores: os políticos. Em verdade, Carl Schmitt propôs mudar todo o direito sem que fosse necessário mudar lei alguma, posição teórica que exonera o positivismo jurídico da responsabilidade pelas barbáries cometidas na segunda grande guerra. *In verbis*: “En Alemania se puede ver hoy del modo mas claro en que medida ha llegado a su fin el tiempo del positivismo jurídico. En todas partes y en todos los campos de la vida jurídica penetran las llamadas «clausulas generales» en detrimento de la «seguridad» positivista: conceptos indeterminados de todo tipo, reenvíos a medidas y conceptos extralegales como buenas costumbres, lealtad y buena fe, exigibilidad y no-exigibilidad, razón suficiente, etcétera, que suponen una renuncia al fundamento del positivismo, a saber, la decisión legal, a la vez contenida y desvinculada de la norma. (...) En el momento en que conceptos como «lealtad y buena fe», «buenas costumbres», etc., se aplican no a una sociedad civil de tráfico individualista, sino al interés de la totalidad del pueblo, cambia de hecho todo el derecho sin que sea preciso que cambie una sola ley. Yo estoy, por tanto, convencido de que con esas cláusulas generales puede introducirse un nuevo modo de pensamiento

resolver certos casos jurídicos pela subsunção, aplicando-se a ponderação; 3) centralidade dos princípios constitucionais no sistema jurídico; 4) aproximação entre Direito e moral; 5) concepção do direito como prática jurídica confiada a atividade dos juízes (em convergência com o realismo e neopandectismo do direito como “fato” em vez de direito como “norma”).

A expressão neoconstitucionalismo (POZZOLO, 1998) tem levado a alguns equívocos que podem ser bem sintetizados por Lenio Streck:

Em linhas gerais, é possível afirmar que, na trilha do *neoconstitucionalismo*, percorremos um caminho que nos leva à jurisprudência de valoração e suas derivações axiologistas, temperada por elementos analítico-conceituais provenientes da ponderação alexyana.

Desse modo, esse belo epíteto — cunhado por um grupo de constitucionalistas espanhóis e italianos — embora tenha representado um importante passo para afirmação da força normativa da Constituição na Europa Continental, no Brasil, acabou por incentivar/institucionalizar uma recepção acrítica da jurisprudência dos valores, da teoria da argumentação de Robert Alexy (que cunhou o procedimento de ponderação com instrumento pretensamente racionalizador da decisão judicial) e do ativismo norte-americano. (STRECK, 2012, p. 60-61).

Dimitri Dimoulis compreende o neoconstitucionalismo ou como i) sinônimo de constitucionalismo no sentido de levar-se a sério a constituição ou como ii) espécie de moralismo jurídico que decorre da modernização do jusnaturalismo.¹⁶²

Comumente apontam-se como principais juristas “neoconstitucionalistas” Ronald Dworkin (princípios na sua dimensão de peso e aplicação de regras nas hipóteses de tudo ou nada) e Robert Alexy. O rótulo é controverso e tanto Dworkin quanto Alexy provavelmente dele discordassem. Alexy partiu do modelo dworkiniano e o desenvolveu com fundamento na jurisprudência e experiência do tribunal constitucional alemão. Para Alexy princípios são

jurídico. Ahora bien, no pueden ser utilizadas como mero correctivo del positivismo actual, sino que deben ser utilizadas como médios específicos de un nuevo tipo de pensar jurídico.” (SCHMITT, 1996, p. 67-68). A par do antissemitismo de Carl Schmitt e do seu papel de *Kronjurist* do III Reich de 1933 a 1936, muito de sua postura teórica deve-se à forte oposição ao liberalismo e crítica ao individualismo contratualista.

¹⁶² Sobre o tema assim entende Dimoulis: “Como independentemente da opção teórica que será feita por cada autor, é importante entender que a abordagem que parece se cristalizar em torno do termo neoconstitucionalismo deve escolher entre dois caminhos. Primeiro, considerar o termo como sinônimo do constitucionalismo, insistindo na necessidade de levar a sério a normatividade constitucional, tendo-se simplesmente uma nova geração de partidários do bicentenário movimento constitucionalista sem pretensão teórica própria. Segundo, considerar que o neoconstitucionalismo aplica os ensinamentos do moralismo jurídico no campo do direito constitucional, formulando uma proposta teórica baseada em análises das últimas décadas que modernizam o jusnaturalismo, rejeitando categoricamente o positivismo jurídico. Isso permite duvidar da utilidade de manter no vocabulário justeórico um termo que seria, na primeira hipótese, sinônimo do constitucionalismo tradicional e, na segunda hipótese, sinônimo (ou aplicação concreta) do moralismo jurídico. Mas em nenhum caso o neoconstitucionalismo adquire significado próprio e original. A regra da parcimônia, conhecida como ‘navalha de Ockham’, diz que os conceitos não devem se multiplicar além do necessário. Concluimos, portanto, que o termo neoconstitucionalismo é uma nova denominação utilizada para designar velhas práticas e crenças do mundo jurídico. Assim como todas as redundâncias o neoconstitucionalismo não pode ser considerado uma necessidade real.” (DIMOULIS, 2011).

mandamentos de otimização e podem ser preenchidos em graus diferentes e tal preenchimento depende das possibilidades fáticas e jurídicas.¹⁶³

No Brasil existem sérios problemas na importação da teoria dos princípios. O primeiro foi que na teoria alexyana a ponderação dos princípios (com base na doutrina do tribunal constitucional alemão) foi pensada para limitar e racionalizar a ação dos juízes. No Brasil a mesma teoria passou a significar permissividade e liberdade ampla, geral e irrestrita dos magistrados e dos órgãos de controle externo. Passou-se acriticamente a “ponderar-se” tudo e diante da insatisfação do juiz quanto ao conteúdo normativo de uma regra, basta que invoque um princípio qualquer e chegue a um resultado que lhe apeteça.

O segundo problema é que raramente se utiliza dos métodos e filtros das máximas parciais da i) *adequação*, para passar-se ao exame da ii) *necessidade* e menos ainda se verifica na máxima parcial da iii) *proporcionalidade em sentido estrito* para utilizar-se do sopesamento como otimização da colisão de princípios. Segundo Alexy, a lei do sopesamento pode ser dividida em três passos. “No primeiro é avaliado o grau de afetação de um dos princípios. Depois, em um segundo passo, avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente. Por fim, em um terceiro passo, deve ser avaliado se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não-satisfação do outro princípio.” (ALEXY, 2015, p. 588-594).

Isso levou os magistrados e órgãos de controle a elegerem — de modo equívoco — um princípio da sua predileção subjetiva¹⁶⁴ (dentre eles o corifeu é o princípio da moralidade¹⁶⁵), e com fundamento na norma parâmetro-principiológica escolhida, declararem a inconstitucionalidade de normas e aplicar sanções aos agentes públicos sem qualquer método interpretativo tópico-sistemático.

¹⁶³ Como preleciona ALEXY: “...principles are norms commanding that something be realized to the highest degree that is actually and legally possible. Principles are therefore *optimization commands*. They can be fulfilled in different degrees. The mandatory degree of fulfilment depends not only on actual facts but also on legal possibilities.” (ALEXY, 2000, p. 295).

¹⁶⁴ Estas justificações principiológicas de ordem subjetiva são bem tratadas por José Sérgio Cristóvam: “Uma trágica espécie de “principiorragia” faz jorrar princípios que passam a funcionar como genuínas “chaves mestras” que abrem todas as portas (fundamentam decisões de todos os matizes), invadindo o discurso judicial sem a menor preocupação teórica e de argumentação racional. Parâmetros como razoabilidade e proporcionalidade viram “mantras de justificação” para toda e qualquer subjetivismo judicial. Como que por um passe de mágica surgem novos princípios, obscuramente drenados de uma Constituição que cada vez mais é aquilo que os tribunais dizem ser e não o resultado da vontade normatizada do legislador constituinte. Não que o Judiciário não seja legítimo intérprete da ordem constitucional, mas isso não o autoriza a funcionar como constante e onisciente legislador constituinte positivo.” (CRISTÓVAM, 2019, p. 1.002-1.003).

¹⁶⁵ O princípio da moralidade foi adequadamente tratado por Márcio Cammarosano que o vincula ao princípio da legalidade, no sentido de limitar sua leitura desconectada do sistema jurídico. (CAMMAROSANO, 2006). Thiago Marrara igualmente trata do conteúdo jurídico do princípio da moralidade e sua conexão com outros princípios jurídicos, defendendo sua autonomia. (MARRARA, 2012).

Já a equivocada utilização da doutrina de Ronald Dworkin no Brasil, fez crer que os juízes teriam ampla discricionariedade na busca das melhores soluções ao caso concreto. Contudo, não é isto que propõe o autor em sua obra: *O império do direito*, pois os juízes estariam limitados a decidir em conformidade com “as exigências morais da comunidade”¹⁶⁶. Em verdade Dworkin pretende restringir o papel do intérprete (DWORKIN, 2014).

Dworkin propõe a construção da interpretação com fundamento nos acréscimos em determinada tradição. Para tanto, concebe o famoso “romance em cadeia”, donde parte da hipótese que se diversos romancistas escreverem um mesmo livro a partir dos capítulos antecedentes, cada escritor deverá ter compromisso em fazer o melhor romance possível, portanto, não há ampla liberdade criativa. O mesmo ocorreria na aplicação do Direito (DWORKIN, 2014, p. 275-285).

A proposta dworkiana do romance em cadeia (onde trabalha o famoso *Conto de Natal de Dickens* e seu célebre personagem *Scrooge*) ao justificar que um romancista em cadeia deve continuar a escrever o conto tendo em consideração seus primeiros parágrafos, nos parece problemática. Para demonstrar nossa crítica, basta que façamos a leitura dos primeiros capítulos de *Os Irmãos Karamázov*. Supondo que um romancista em cadeia tivesse de prosseguir o romance antes de saber da morte de *Fiódor Pavlovitch Karamázov* é certo que ninguém — ou muito poucos — ousariam matar um personagem tão impressionante, o que levaria, inexoravelmente, a um romance totalmente diferente. Claro que Dworkin refuta a crítica ao dizer que houve “deformação” do seu exemplo do romance em cadeia, argumentando que não se trata de um romance escrito por “um único autor”, de modo que a continuidade do romance deve adequar-se ao texto entregue pelos autores antecedentes (DWORKIN, 2014, p. 285-286). Mas divergir sobre o que significa respeitar os textos anteriores pode implicar em novos romances radicalmente diversos e com isso derruir a ideia de integridade.

Claro que o mérito da proposta dworkiana na busca da resposta correta é o compromisso com a integridade como *tarefa possível*, em contraponto com uma visão cética que abandonaria a busca de um projeto realizável (DWORKIN, 2014, p. 285). Todavia, a subjetividade do

¹⁶⁶ Segundo Dworkin “Aceitamos a integridade como um ideal político porque queremos tratar nossa comunidade política como uma comunidade de princípios, e os cidadãos de uma comunidade de princípios não têm por único objetivo princípios comuns, como se a uniformidade fosse tudo que desejassem, mas melhores princípios comuns que a política seja capaz de encontrar. A integridade é diferente da justiça e equidade, mas está ligada a elas da seguinte maneira: a integridade só faz sentido entre pessoas que querem também justiça e equidade. Assim, a escolha final de Hércules da interpretação que ele considera mais bem fundada em sua totalidade – mais equitativa e mais justa na correta relação – decorre do seu compromisso inicial com a integridade. Ele faz essa opção no momento e da maneira que a integridade tanto o permite como o exige, e portanto é totalmente enganoso dizer que ele abandonou o modelo de integridade exatamente nesse ponto.” (DWORKIN, 2014, p. 314).

intérprete (ainda que engajado num projeto de integridade) não elimina a possibilidade de mais respostas, e com isto a fragilização lógica da proposta de Dworkin.

É certo que a Constituição e as leis permitem ao intérprete a busca de resposta mais adequada possível, mas isso não exclui a probabilidade de mais respostas corretas. Todavia, a possibilidade de mais respostas não permite inferir: *qualquer resposta*. A resposta constitucionalmente adequada pode até ser mais de uma¹⁶⁷, todavia, a Constituição e as Leis têm texto e contexto, limites semânticos e sintáticos que não podem ser simplesmente ignorados pelo intérprete. O tema dialoga com a questão do relativismo e da busca pela verdade no sentido epistemológico.¹⁶⁸

Também adequado esclarecer que para Dworkin a tese da resposta correta não descarta a possibilidade de uma pluralidade de respostas a serem juridicamente debatidas, como bem asseveram Luiz Henrique Urquhart Cademartori e Francisco Carlos Duarte:

Desse modo a tese da resposta correta não combate a possibilidade de uma pluralidade de respostas que possam ser esgrimidas no campo do direito, combate, isto sim, o vazio ou carência de respostas a um dado problema que possa ser justificada em prol da discricionariedade do julgador à falta de instrumentos jurídicos suficiente para a solução do problema posto. (CADEMARTORI; DUARTE, 2009, p. 122).

¹⁶⁷ Lênio Streck discorda da solução da melhor resposta dentre múltiplas possibilidades. Defende que resposta correta é dada sempre no caso concreto e que é possível encontrá-la numa cadeia de sentidos. *Verbis*: “Ou seja, de certo modo, o problema da tese da escolha da melhor resposta entre múltiplas possibilidades continua na subjetividade do intérprete, portanto, caudatária do paradigma da filosofia da consciência. É neste ponto que reside o problema principal da tese das múltiplas respostas e, quiçá, da melhor resposta. O ato interpretativo – que depende de uma pré-compreensão antecipadora – não é uma acoplagem de um significado a um significante, ou, para usar a linguagem tipicamente hermenêutica, não é uma acoplagem de sentido (ser) a um ente desnudo, que estaria à espera dessa operação.” (STRECK, 2011, p. 380). Para o jusfilósofo gaúcho “A resposta correta é, ao mesmo tempo, produto e produtor; é a síntese hermenêutica da *Sache selbst*, em que ocorre a fusão de horizontes (de onde surge algo que antes não havia). É onde se encontram integridade e coerência: a tradição filtrada/atravessada pela reconstrução linguística a partir do texto constitucional que representa o *locus* privilegiado do acontecer da atividade do jurista (*plus* normativo e qualificativo do texto constitucional compromissório e dirigente) e a garantia de que o intérprete está comprometido com a intersubjetividade que o coloca no interior de uma cadeia de sentidos: por isso ele não “dispõe” dos sentidos (essa questão talvez seja a mais difícil para o intérprete do direito, formado em uma tradição filosófica de cariz solipsista).” (STRECK, 2011, p. 406).

¹⁶⁸ A discussão na teoria do conhecimento foi bem trabalhada por Karl Popper: “Deve-se admitir, porém que há um cerne de verdade no ceticismo e no relativismo. O cerne de verdade é justamente o que não existe qualquer critério geral de verdade. Mas isto não abona a conclusão de que a escolha entre teorias concorrentes seja arbitrária. Significa meramente, muito simplesmente, que podemos sempre errar em nossa escolha – que podemos sempre não dar com a verdade, ou não atingir a verdade; que para nós não há certeza (nem mesmo conhecimento que seja altamente provável, como mostrei em vários lugares, por exemplo, no capítulo 10 de *Conjectures and Refutations*) que somos falíveis” (POPPER, 1987, p. 394). Ainda sobre o tema esclarece Popper: “Podemos estar mais ou menos certos de que uma proposição é verdadeira ou de que ela é falsa. Isso mostra claramente a distinção entre, de um lado, a certeza e, de outro, a verdade. A demonstrabilidade ou justificabilidade de uma proposição tem sua verdade como consequência, mas não o contrário: uma proposição pode concordar com fatos (ser verdadeira) sem que seja de algum modo justificável.” (POPPER, 2013, p. XXXI).

Ora, se as próprias ciências naturais já abandonaram o conceito de verdade (trabalhando, por exemplo, com o critério de falseabilidade de Popper) na primeira metade do século XX, não será o Direito quem pretenderá em pleno século XXI obter a resposta verdadeira ou correta.¹⁶⁹ Porém, isto não impede que se busque a verdade, tentando alcançar a resposta mais correta possível.

Quanto a Alexy, apesar de citado em verso e prosa em doutrina e jurisprudência nacional, a verdade é que dificilmente se verifica na prática judicial o emprego do método de ponderação por ele proposto, de modo a permitir e possibilitar maior racionalidade às decisões. Boa parte desta confusão se deve a uma falta de separação técnico-jurídica entre os princípios da proporcionalidade (que para Alexy é uma regra) e o princípio da razoabilidade.¹⁷⁰

Por certo que na atividade cotidiana dos órgãos de controle, raramente se irá verificar qualquer preocupação em esclarecer ao destinatário da norma qual a “teoria dos princípios” quanto à validade e aplicação das normas se está a adotar. Todavia, isto é feito diuturnamente sem que muitas vezes os envolvidos na aplicação do Direito se deem conta disto.

Na esteira de Néviton Guedes, numa sociedade complexa com o natural agigantamento da função jurisdicional, impõem-se ao magistrado o dever não apenas de justificar sua decisão, mas de esclarecer as premissas que lhe dão sustentáculo.¹⁷¹

¹⁶⁹ Noutra vertente epistemológica caminha Larry Laudan, no sentido de atribuir a ciência o papel de resolver problemas, não atribuindo-se verdade ou falsidade, devendo um complexo teórico aumentar a confiança na verdade ou probabilidade. (LAUDAN, 2011, p. 60-61).

¹⁷⁰ Por todos, fazemos menção ao texto de Virgílio Afonso da Silva que bem assevera a distinção entre proporcionalidade e razoabilidade: “Mas, quando se fala, em um discurso jurídico, em princípio da razoabilidade ou em princípio ou regra da proporcionalidade, é evidente que os termos estão revestidos de uma conotação técnico-jurídica e não são mais sinônimos, pois expressam construções jurídicas diversas. Pode-se admitir que tenham objetivos semelhantes, mas isso não autoriza o tratamento de ambos como sinônimos.” (SILVA, 2002, p. 28). Sobre as distinções acerca do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, relevante a crítica de Humberto Ávila que trabalha estes princípios como *postulados*, asseverando: “O postulado da razoabilidade aplica-se, primeiro, como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. Segundo, como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Terceiro, como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas. (...) O postulado da proporcionalidade aplica-se nos casos em que exista uma relação de causalidade entre um meio e um fim concretamente perceptível. A exigência de realização de vários fins, todos constitucionalmente legitimados, implica a adoção de medidas adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito. (ÁVILA, 2005, p. 131).

¹⁷¹ Acerca do tema explana Néviton Guedes: “A partir do Século XX, entretanto, a maneira de conceber as tarefas do legislador e do juiz, ante o impacto de incontornáveis mudanças históricas e sociais, foi também sofrendo inevitáveis alterações. Frente a um mundo cada vez mais complexo em sua conformação e estrutura, não se podia mais esperar do legislador a capacidade de prever todas as possibilidades de casos concretos para encerrá-los em formulações quase mágicas de normas abstratas, fazendo com que, necessariamente, a sua função fosse concretizada em normas cada vez mais abertas e menos definitivas (*o caminho das regras para os princípios*) que acabam por conferir mais espaço para interpretações judiciais, de tal forma a propiciar ao aplicador da norma uma melhor adaptação aos novos casos. Portanto, nesse novo contexto, a função jurisdicional acaba por adquirir uma latitude indiscutivelmente mais extensa. A interpretação da norma, aqui, é apenas um dos tortuosos caminhos a

Voltando à questão principiológica, o problema no inadequado exercício do controle externo sob uma perspectiva neoconstitucionalista é que tudo passa a ser uma questão de princípios. Esquecemos o real papel dos princípios que possuem caráter reflexivo, de abertura do sistema¹⁷² ao seu (determinável) conteúdo jurídico. Assim, passou-se a utilizar a teoria dos princípios para solver problemas que dependem de regras. Mais que isso, no cotidiano dos tribunais, especialmente em improbidade administrativa, passou-se a desprezar as regras em nome dos princípios e razão maior disso é porque a escolha (a *la carte*) dos princípios e a determinação do seu conteúdo jurídico, permite ao intérprete sentir-se livre, leve e solto para decidir como quiser.

No Brasil é especialmente grave o fenômeno do hiperprincipialismo¹⁷³, panprincipialismo¹⁷⁴, pricipiorragia, principiolatria, etc., onde cada vez mais princípios constitucionais e legais, explícitos ou implícitos, estimulam a fértil imaginação dos intérpretes e aplicadores das normas jurídicas, utilizando-os para fundamentar qualquer decisão, e com isso angariar pretensa juridicidade, mormente no tema que estamos a abordar acerca dos excessos do controle externo.

Tal prática fragiliza a teoria dos princípios pois o que serve para qualquer coisa, não serve para coisa alguma. Já começamos a produzir doutrina no Brasil cujo objetivo é exatamente combater tal equivocada compreensão dos princípios. Porém, é certo que ao colocarmos os princípios no lugar que lhes cabem no sistema, devemos cuidar para não cair no nihilismo principiológico, esvaziando seu papel e força normativa. O adequado resgate das regras talvez possa remediar o excesso na utilização dos princípios como panaceia, todavia, sem renunciar a importância dos princípios no sistema jurídico.

A esse respeito vale transcrever as reflexões de Marcelo Neves:

No caso brasileiro, o fascínio pelos princípios sugere a superioridade intrínseca destes em relação às regras. A essa compreensão subjaz a ideia de que as regras constitucionais (completas, quando já superadas as questões de exceções e eventual

serem percorridos na tarefa de aplicar normas jurídicas a casos complexos. Nesse espaço, tomará cada vez mais importância o papel da argumentação no momento de concretização da regra de decisão. Nesse novo momento, como o juiz não pode retirar automaticamente a sua decisão da norma geral, impõe-se-lhe como dever, de forma acentuada e crescente, a justificação não apenas de suas decisões, mas das próprias premissas (fundamentos) que as suportam (fundamentação da fundamentação).” (GUEDES, 2012b).

¹⁷² Como bem assinala Marcelo Neves: “Os princípios constitucionais, por implicarem certa distância do caso a decidir e uma relação mais flexível entre o antecedente e o conseqüente, são mais adequados a enfrentar a diversidade de expectativas normativas que circulam na sociedade. Por outro lado, os princípios apresentam-se subcomplexos perante o caso a decidir. As regras, em sua estruturação, mostram-se mais adequadas a oferecer fundamento imediato ao caso a decidir.” (NEVES, 2013, p. 118).

¹⁷³ A esse respeito esclarece Carlos Ari Sundfeld: “Na emoção dos hiperprincípios livrescos, descritos de modo tão bonito e fácil nos manuais, os profissionais do direito administrativo brasileiro estão ignorando o direito positivo, desprezando o direito positivo e substituindo-se a ele.” (SUNDFELD, 2014, p. 180-181).

¹⁷⁴ Acerca do panprincipialismo, destaca-se a doutrina de Lenio Streck (STRECK, 2012, p. 64-71).

ponderação) podem ser afastadas por princípios constitucionais em virtude da justiça inerente às decisões neles fundamentadas. Mas um modelo desse tipo implica uma negação fundamental de um dos aspectos do sistema jurídico que possibilita o processamento de decisões “justas”: a consistência. Um afastamento de regras cada vez que se invoque retoricamente um princípio em nome da justiça, em uma sociedade complexa com várias leituras possíveis dos princípios, serve antes à acomodação de interesses concretos e particulares, em detrimento da força normativa da Constituição. (NEVES, 2013, p. 191-192).

E a propósito da fragilização do núcleo de princípios da constituição brasileira, preocupa que princípios como devido processo legal, contraditório, ampla defesa — núcleo do estado democrático de direito na tutela das liberdades — agora sejam sacrificados em nome de interesses “mais nobres” como *in dubio pro societate*, a proteção da moralidade administrativa, da efetiva punição dos corruptos, prisões preventivas insubsistentes, “condescendência” na obtenção de prova ilícita, condenações penais e administrativas irrazoáveis, tudo em nome do novo *volksgeist* que permeia a sociedade brasileira.

Diante de tantas promessas a serem cumpridas pela Constituição da República e do justificado desejo por uma sociedade mais ética, menos violenta, mais justa e solidária, a equivocada percepção que o combate à criminalidade passa pelo enfraquecimento destes direitos e garantias fundamentais, abre o flanco para esfacelamento destas duras conquistas, fazendo que todos os cidadãos (enquanto potenciais criminosos) passem a sofrer as consequências do Estado plenipotenciário.

O papel da constituição como restrição foi bem abordada por Jon Elster:

De acordo com John Potter Stockton, ‘constituições são correntes com as quais os homens se amarram em seus momentos de sanidade para que não morram por uma mão suicida em seu dia de frenesi.’¹⁷⁵ (...) De forma similar Friedrich Hayek cita a visão que uma constituição é um laço imposto por Pedro, quando sóbrio, sobre Pedro quando bêbado. Em uma declaração mais recente, Cass Sunstein escreve: ‘As estratégias de pré-compromisso constitucionais poderiam servir para superar a miopia ou a fraqueza da vontade da coletividade.’ (ELSTER, 2009, p. 120).

Portanto, o intérprete e os agentes controladores da Administração Pública não podem perder a dimensão da constituição como aquisição evolutiva (Niklas Luhmann¹⁷⁶) evitando os

¹⁷⁵ “Constitutions are chains with which men bind themselves in their sane moments that they may not die by a suicidal hand in the day of their frenzy”.(FINN, 1991, p. 5).

¹⁷⁶ Sobre o tema discorre Luhmann: “A própria Constituição deve interromper o círculo da auto-referenciabilidade, deve traduzir a simetria na assimetria. E alcançar esse resultado ao regular a produção do direito, inclusive a revisão da própria Constituição. Com o que ela constitui uma hierarquia de fontes jurídicas (tornadas possíveis no interior do sistema jurídico). Distingue, por exemplo, o direito constitucional (a si própria) do outro direito. Disciplina e delimita as possibilidades de delegação. No mesmo ato (embora com outras disposições) ordena a autodescrição do sistema jurídico e lhe oferece, no mínimo, os pontos de apoio. A constituição indica, por exemplo, os valores em relação aos quais o direito é funcional. Essa indicação é também traduzida de uma forma assimétrica logicamente infundável. Em primeiro lugar vale o valor, assim pelo menos parece, e depois os instrumentos da sua realização.” (LUHMANN, [s.d.]).

riscos do hiperprincipialismo. O momento hipermoralista pelo qual passa a sociedade brasileira — e precisa passar para que aprenda com seus erros e acertos — impõem o resgate da tradição liberal e democrática do constitucionalismo brasileiro, como bem assevera Clèmerson Merlin Clève e Bruno Meneses Lorenzetto:

Em suma, não é possível entender de maneira fragmentada as tradições que conformam o desenho institucional brasileiro. Se, por um lado, floresce demanda pelo robustecimento do republicanismo, das virtudes cívicas, da moralidade pública, por outro lado, as tradições liberal e democrática também presentes em nosso constitucionalismo não podem ser esquecidas (CLÈVE; LORENZETTO, 2014, p.134).

O problema metodológico inerente a este debate é bem apontado por J. J. Canotilho, que aponta os riscos de um tribunal constitucional fundar suas decisões a partir da constituição não como um *sistema de normas* mas como uma *ordem de valores*, correndo-se o risco da visão paternalista e moralizante da jurisdição constitucional.¹⁷⁷

Nesse cenário, defende José Sérgio Cristóvam a *retomada da deferência* às regras como modo de concretizar-se a *legalidade democrática* e a aplicação apenas *subsidiária e excepcional do modelo ponderacionista* com balizas bem definidas, buscando a supremacia da Constituição e defesa dos direitos fundamentais, é medida que se impõe (CRISTÓVAM, 2019, p. 1.018).

3.5 CONCLUSÕES ACERCA DAS PREMISSAS IDEOLÓGICAS DO CONTROLE EXTERNO

A longo deste Capítulo, procuramos compreender as premissas ideológicas que norteiam o controle externo potencialmente produtoras de disfunções e medo nos agentes públicos. Para demonstrá-la, nos utilizamos da recente pesquisa da AMB (*Quem somos: a magistratura que queremos*) e situamos os órgãos de controle como sistema de *inputs* e *outputs* com a percepção da classe política na sociedade, e, no afã de darem respostas aos episódios de corrupção divulgados pela mídia, tendem a ter atitude pouco deferencial com os gestores

¹⁷⁷ De acordo com J. J. Gomes Canotilho: “A teoria da ordem de valores, que os autores associam à *teoria da integração* de Smend e à *filosofia de valores*, procura um sistema de garantias sem lacunas a partir da objectivação dos direitos fundamentais. Só que, como já várias vezes pusemos em relevo, ela é uma teoria perigosa: (1) a indagação da ordem de valores, através de um pretensso método científico-espiritual, pode conduzir a uma ordem e a uma hierarquia de valores, caracterizadamente subjectiva, sem qualquer apoio em critérios ou medidas de relevância objectiva; (2) a ordem de valores tenta transformar os direitos fundamentais num *sistema fechado*, separado do resto da constituição; (3) a ordem de valores abre o caminho para a interpretação dos direitos fundamentais desembocar numa *intuição espiritual*, conducente a uma *tiranía de valores*, estática e decisionista.. (CANOTILHO, 2003, p.1.397-1.398)”.

públicos, impondo seu parâmetro moral mesmo que destituído de fundamento normativo, de modo a interferirem no exercício de típica função administrativa.

Finalmente, verificamos os graves problemas da aplicação da teoria dos princípios no Brasil, o que leva a inexoráveis disfuncionalidades no sentido de dar pretensão fundamento jurídico a decisões de ordem puramente subjetivas mas que se servem do ponderacionismo excessivo e equivocado, o que leva a decisões despidas de racionalidade que afetam diretamente os agentes públicos e, portanto, capazes de gerar medo no processo de tomada de decisão, sendo fundamental resgatarmos o papel das regras e a utilização comedida da ponderação quando assim exigir o sistema.

No próximo Capítulo iremos nos debruçar sobre a casuística do controle externo nas ações de improbidade, nos tribunais de contas e na Justiça Eleitoral com o fito apontar os principais problemas destas formas de controle, de modo a demonstrar através de dados empíricos as disfuncionalidades aqui apontadas e porque há razões que sobrelevam o risco e podem levar ao medo e a fuga da responsabilização dos administradores públicos.

4 A CASUÍSTICA DISFUNCIONAL NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE, TRIBUNAIS DE CONTAS E JUSTIÇA ELEITORAL

4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Os problemas antes apontados nas disfunções da atual separação de poderes; os aspectos ideológicos e os problemas da interpretação e aplicação do Direito; têm reflexo direto no controle externo disfuncional sobre os administradores públicos.

E nem poderia ser diferente. Não há como imaginarmos controles adequados e deferenciais ao gestor público se a posição institucional dos órgãos de controle, em sua conformação constitucional e no plano ideológico nos termos explorados no Capítulo anterior, estão em desequilíbrio nos pesos e contrapesos entre os poderes.

Iremos elencar três aspectos do controle externo propícios a disfunções e que são os responsáveis pela maior parte das sanções aplicadas aos gestores brasileiros. A principal delas, as ações de improbidade, onde apontaremos as principais causas dos seus problemas. No âmbito dos tribunais de contas, verificaremos as razões que levam a uma miríade de condenações por dano ao erário em todo o País e, finalmente, na Justiça Eleitoral onde tanto as condenações nas ações de improbidade quanto as ocorridas nos tribunais de contas são revisitadas para fins de

análise de inelegibilidade, o que nos leva à conclusão que esta justiça especializada acaba por corporificar a soma de todos os medos.

Propositadamente, deixamos de lado outros processos judiciais ou administrativos que igualmente podem produzir elevada carga de risco e medo aos gestores, a exemplo do processo penal¹⁷⁸, mormente nos crimes contra a Administração Pública e ainda no âmbito dos processos administrativos disciplinares. E deixamos de fazê-lo pelas seguintes razões. a uma, porque se fôssemos apontar os problemas no processo penal sobre os administradores públicos, extrapolaríamos a questões mais próximas do Direito Administrativo, sendo que os problemas do processo penal no Brasil não são exclusivos dos gestores públicos, afetando todos os cidadãos sujeitos à perseguição criminal.

Já no tocante ao processo administrativo disciplinar, por tratar-se de controle interno e não externo, ficou fora de nossa análise, eis que nosso foco é apontar as causas e efeitos do controle externo disfuncional.

A razão pelas quais resolvemos tratar desta casuística é demonstrar através de dados empíricos o elevado número de condenações nestes esferas de controle, o que vem a demonstrar a veracidade de nosso problema de pesquisa (que o risco e o medo decisório são reais), pois além da constatação pelos administrativistas brasileiros que o risco e o imobilismo decisório são reais, o elevado número e a facilidade com que ocorrem condenações nas ações de improbidade, nos tribunais de contas e na Justiça Eleitoral, demonstram a hipótese de controle externo desarrazoado sobre os agentes públicos. Vejamos cada um destes processos sancionadores e seus principais problemas.

¹⁷⁸ As conexões entre o Direito Penal e o Direito Administrativo estão cada vez mais intensas, especialmente com a invasão da esfera penal em espaço de profunda interferência do exercício de função administrativa, como nos alerta Luciano Parejo Alfonso: “Entre nosotros y en tono de mayor alarma, S. Muñoz Machado ha advertido, invocando la imagen de la “irrupción del Juez penal en el paisaje administrativo” (acuñada por F. Thiriez), sobre el reciente fenómeno de la valoración penal de la actuación de la Administración pública, es decir, sobre el avance del Derecho penal — gracias a la desaparición de las técnicas al servicio del equilibrio entre poderes — sobre el campo dominado en exclusiva por el derecho Administrativo (en lo que se refiere a autoridades y funcionarios como consecuencia de la supresión de las relativas a la separación de autoridades judiciales y administrativas — autorización para procesar — propia del primer constitucionalismo). Fenómeno, que llega al punto de justificar la advertencia del *riesgo de que el Derecho Administrativo sea desplazado por el Derecho penal en su función de disciplinar el comportamiento de la Administración, convirtiéndose en un nuevo instrumento de gestión administrativa* (substitutivo en todo caso de las sanciones administrativas). Por lo que en modo alguno puede sorprender que A. Jiménez Blanco, señalado la porosidad y movilidad de las fronteras entre el Derecho penal, advierta al orden contencioso-administrativo, ante la situación actual, *la necesidad de ocupar-se en restablecer siquiera sea un poco de orden.*” (ALFONSO, 2009, p 279-280).

4.2 AS DISFUNÇÕES NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE

As disfunções nas ações de improbidade têm sua origem em aspectos já analisados neste trabalho, notadamente no viés ideológico que norteia sua aplicação e também na equivocada aplicação da teoria dos princípios no Brasil. Mas os problemas das ações de improbidade que nos interessam dizem respeito a aspectos ainda não superados, mal superados ou mesmo insuperáveis da Lei 8.429/92, notadamente: i) *o conceito de improbidade administrativa*; ii) *os tipos abertos da Lei de Improbidade Administrativa*; iii) *dolo e culpa nas ações de improbidade* e iv) *proporcionalidade na aplicação das sanções*.

Não seria exagero afirmar que nos tópicos acima residem os principais problemas da Lei de Improbidade Administrativa - LIA, gerando absoluto pânico em qualquer gestor minimamente preocupado com seu patrimônio, sua honra e manutenção do pleno exercício dos seus direitos políticos fundamentais.

É verdade que a Lei 8.429/92 trouxe importantes avanços no combate da corrupção e na busca de uma administração pública mais proba. Mas os danos que este diploma vem causando aos direitos fundamentais dos jurisdicionados, nos fazem perguntar: vale a pena ter em nosso sistema jurídico uma lei tão devastadora e fonte de tanta iniquidade como a LIA? Nos parece que não. Os ônus e disfunções da aplicação da LIA são muito superiores aos bônus.

A razões disso em boa parte decorrem: i) da abertura da LIA a inúmeros conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais; ii) da falta de critérios adequados para dosimetria das suas sanções; iii) da referência a violação à princípios (art. 11) como ato de improbidade; iv) da ampla discricionariedade dos órgãos acusadores no manejo das ações de improbidade; v) da radical repercussão nos direitos políticos fundamentais e nos direitos subjetivos dos acusados; vi) dos arbítrios e abusos no seu uso; aspectos estes que fazem da Lei 8.429/90 um dos diplomas mais problemáticos de nossa história legislativa.

E estes problemas — é bom que se diga — também devem-se ao modo como a LIA é aplicada pelos tribunais, agravando o problema dos seus péssimos enunciados linguísticos e excessiva abertura dos seus tipos sancionatórios. Dificilmente alguém que ordene despesas pública não está sujeito aos “braços de estivador” desta norma. Se o agente público não incidir nos tipos do art. 9º e seus incisos; ainda há o art. 10 e incisos (e o novel art. 10-A), e, se mesmo assim deles escapar, dificilmente poderá fugir do art. 11 da LIA.

Não por acaso a Lei 8.429/92 vem sendo apontada como um dos mais importantes instrumentos de “caça aos ímprobos”, e, tal qual a medieval “caça às bruxas”, vem assumido

contornos realmente assustadores em nosso sistema¹⁷⁹. Não é coincidência que os estudiosos do direito e processo penal, além dos publicistas que atuam nas ações de improbidade demonstrem interesse em estudar obras como: *O Martelo das Feiticeiras* (KRAEMER; SPRENGER, 2017), cujo conteúdo detalha as mais ilógicas maneiras de identificar-se e torturar-se uma bruxa.

Nesse contexto, ao assumir função pública e ordenar despesa pública não se trata mais de *quem* poderá ser processado por improbidade, mas sim de *quando* isto ocorrerá. Isto demonstra a total disfunção do regime sancionatório por improbidade administrativa no Brasil.

Como modo de reduzir tais disfunções decorrentes das aplicação da LIA, o legislador realizou importante alteração ao editar a Lei 13.964/2019, cujo art. 6º modificou a redação do art. 17, § 1º da Lei 8.429/1992, que antes vedava expressamente a celebração de acordos, mas agora os prevê expressamente, o que certamente irá promover impactantes mudanças na incidência das sanções da LIA em face da celebração acordos de não persecução cível.

Uma das conhecidas disfuncionalidade da LIA é a improbidade decorrente da mera violação a princípios (art. 11). Com efeito, para que se possa detectar improbidade, deve conjugar-se esta violação a princípios ao descumprimento de uma regra objetiva (OSÓRIO, 2007), Todavia, outros doutrinadores não descartam a mera violação a princípios como passível de incidência do art. 11, por violação da juridicidade¹⁸⁰.

Se formos compreender a LIA na tradição jurídica anglo-saxã, a Lei 8.429/92 segue a máxima de Jeremy Benthan de utilizar a lei como modo de se reestruturar uma sociedade, onde bons propósitos como o combate à corrupção, dão amplos poderes ao Estado e fragilizam os direitos fundamentais. Esta posição é diametralmente oposta à perspectiva de William Blackstone (*Commentaries of the laws of England*), onde o Estado é visto com desconfiança e a importância das liberdades e dos direitos fundamentais tem absoluta primazia.¹⁸¹ Este debate

¹⁷⁹ Acerca da correlação entre a perseguição das bruxas e a corrupção, nos revela Marie-Laure Susini: "Inimigo do gênero humano, a bruxa? Sim. Ela significa, sozinha, a "corrupção". E, portanto, o mal e a morte. Quem teria piedade da morte? Por ser imaginário, o crime dá ainda mais medo: uma ameaça sem limites. Por ser imaginária, a imagem do criminoso determina o crime. É julgada pela aparência, as roupas, o comportamento, a excentricidade, a diferença. É julgada pelo rumor público. A "difamação", a má reputação, basta à suspeita, e o suspeito é bom para ser queimado. Lembremos: toda vez que for feita uma denúncia de corrupção, julgaremos sua realidade pelo rumor, a opinião, a delação, a intuição, a vilã figura do um, a originalidade ou as más companhias do outro." (SUSINI, 2010, p. 53).

¹⁸⁰ Exemplo dessa perspectiva é a doutrina de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves: "À luz do que dissemos, é possível afirmar que os deveres referidos no art. 11, *caput*, Lei de Improbidade nada mais são que indicadores do ideal de justiça; a justiça, por sua vez, deflui de valores inerentes a determinado grupamento, que se encontram aglutinados nos princípios constitucionais. Sendo tais princípios, a exemplo das regras, representados pela noção de juridicidade, concluímos que qualquer violação a esta importará em inobservância dos deveres a que se encontra adstrito o agente público, sendo indício de sua improbidade." (GARCIA; ALVES, 2014, p. 397).

¹⁸¹ Nesse sentido, esclarecem Paul Craig Roberts e Lawrence M. Stratton: "From Benthan's perspective, Blackstone made the individual count for too much, thereby frustrating the government's ability to act in public

em nossa tradição romanística encontra maior reverberação no tradicional dilema *autoridade-liberdade* no Direito Administrativo.

A gênese do Direito Administrativo centrado numa Administração Pública *agressiva*, explica muito dos problemas pelos quais hoje passamos. Em face das tensões entre burocracia e política, a ampliação dos poderes das estruturas burocráticas tendem a aumentar seu raio de atuação e conseqüentemente de punição. O combate à improbidade em detrimento de outros bens e valores constitucionais, agrava-se na medida que parcela da sociedade civil parece abrir mão de seus direitos individuais e desejar entregar-se irrestritamente aos caprichos do Estado, sob a velha máxima inquisitorial: *quem não deve, não teme*.

Nesse cenário, qualquer ideia que questione com seriedade os malefícios deste diploma legal, logo é identificada como retrógrada, leniente e em prol dos interesses da classe política dominante. No plano do politicamente correto, criticar a LIA parece coisa impensável, pois seria um “retrocesso” questionarmos ou alterarmos a norma com o fito de “frear” o *combate à corrupção*, eleito, na última quadra da história, o principal objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, sobrepondo-se inclusive aos descritos no art. 3º da CR, a saber: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e desigualdades sociais e regionais e IV – promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade ou outras formas de discriminação.

Um País cujo principal objetivo nacional — acima de qualquer outro — seja combater a corrupção, jamais poderá realizar os objetivos nacionais expressos no artigo 3º da CR. Evidente que devemos combater corrupção. Nem gastaremos rios de tinta para concordar que a corrupção sistêmica é responsável por muitos atrasos e mazelas de uma nação.¹⁸² Evidente que a corrupção e a improbidade têm reflexos na busca do desenvolvimento nacional¹⁸³. Mas este permanente combate não pode ocupar um protagonismo tal, que tenhamos de abdicar de outras prioridades e valores constitucionais.

É neste contexto de protagonismo do combate à corrupção e no uso desenfreado das ações de improbidade, que o gestor público se encontra acuado e indefeso contra os excessos

wider interest. Instead of tyranny of the government, it was tyranny of the individual whose petty individual rights stood in the way of the rational reconstruction of society” (ROBERTS; STRATTON, 2000, p. 38).

¹⁸² A pesquisa da ONG Transparência Internacional de 2018 revelou que o Brasil caiu de posição da 96ª para a 105ª posição no índice de percepção da corrupção, onde foram avaliados 180 países. Nossa pontuação passou de 37 em 2017 para 35 em 2018. Independentemente da discussão acerca da subjetividade dos dados colhidos pela Transparência Internacional, o fato é que muito devemos fazer para estarmos próximos a padrões de integridade desejáveis. Disponível em <<http://ipc2018.transparenciainternacional.org.br>>. Acesso em 26 de abril de 2019.

¹⁸³ O tema da corrupção não apenas pública, mas também a corrupção privada e suas conseqüências, foi tratado por Salomão Ribas Júnior (RIBAS JÚNIOR, 2014). O problema da corrupção foi igualmente tratado pelo autor no livro: *Corrupção endêmica* (RIBAS JÚNIOR, 2000).

do Estado. As razões para o pânico são as mais diversas, a exemplo da indisponibilidade do seu patrimônio pessoal enquanto tramitarem as respectivas ações de improbidade (o que pode perdurar por incontáveis anos), em valores muito superiores ao suposto dano, indisponibilidade prodigamente determinada pelo Judiciário que tem *medo* de ser acusado de ter deixado o ímprobo *escapar* indene, razão esta que, no fundo, explica porque o Superior Tribunal de Justiça vem admitindo que a indisponibilidade de bens não necessita da demonstração de dano irreparável e que o *periculum in mora* é presumido em lei em razão da gravidade do ato.

O entendimento corrente é que enquanto persistir a indisponibilidade de bens, não se está a prejudicar a matéria, mas apenas assegurar a futura reparação dos danos em caso de vir a ser demonstrada a ocorrência de improbidade. O problema é que a indisponibilidade recai sobre vasta extensão patrimonial, pouco importando se referido patrimônio era anterior a alegada prática de improbidade e considerando o longo trâmite das ações de improbidade (que podem perdurar por anos ou mais de uma década), o acusado sequer tem como patrocinar adequadamente sua defesa, pois a indisponibilidade de bens impede (ou limita) que possa utilizar plenamente do seu patrimônio para custear advogados.

O julgamento do Recurso Especial n. 1.366.721/BA assentou ser suficiente para decretação da indisponibilidade de bens quando houver fortes indícios na prática de atos ímprobos, sendo o perigo presumido nestas hipóteses, aduzindo ainda que não é razoável exigir comprovação de atos concretos que visem dissipar o patrimônio, com graves prejuízos aos acusados.

O novo Código de Processo Civil sistematizou a tutela de evidência permitindo a concessão da tutela provisória quando independentemente da demonstração de perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. Tal regramento está previsto no art. 311 do Código de Processo Civil - CPC. No tocante às ações de improbidade destaca-se o inciso II do art. 311 do CPC, que prevê que a concessão da tutela de evidência poderá ser concedida se: “II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;”. Portanto, não basta mera verossimilhança ou fortes indícios de improbidade. (HARGER, 2017).

Doravante, dever-se-ia decretar a indisponibilidade de bens quando existisse certeza de fato e direito, tal qual prescrito no art. 311, II do CPC. Todavia, a despeito da inovação normativa, persistem os tribunais em aplicar o entendimento anterior, fragilizando a mais não poder os direitos fundamentais dos acusados de improbidade, que têm seu patrimônio indisponível por incontáveis anos. Em verdade, ainda que não dito explicitamente, a premissa

é que o administrador sempre age de má-fé, sob o falacioso argumento que *in dubio pro societate*. Isto é realmente assustador.

Não bastasse a banalidade com que decretada, a indisponibilidade de bens de regra atinge bens que sequer poderiam ser afetados, além de atingir patrimônio muito superior ao valor em debate na ação de improbidade, o que leva o acusado de improbidade ao penoso e inglório caminho para liberar da indisponibilidade os seus bens, mesmo aqueles que excedam o pretense dano ao erário.

Mas o que leva inexoravelmente ao medo não é apenas a grave e irrestrita indisponibilidade patrimonial, mas o efetivo risco de condenação. Uma vez seja apenas acusado de improbidade, o gestor passa para aquele rol de acusados que geram certa comoção e ódio em suas comunidades, tal qual ocorre com os pedófilos. A mera pecha de ímprobo faz com que seu processo seja julgado com forte carga pejorativa no plano dos valores. Não raro muitos juízes ficam constrangidos em absolver os acusados de improbidade, e quando o fazem gastam considerável parte dos fundamentos da sentença para escusarem-se ou justificarem porque estão a absolver.

O preconceito contra certas acusações ou processos que têm grande impacto midiático e popular não é exclusividade do Brasil. Nos Estados Unidos o combate aos crimes de “colarinho-branco”, aos crimes ambientais e a determinação em salvar as crianças das drogas fizeram com que estas *boas intenções* transformassem o Direito de *escudo* dos inocentes, em *arma* a ser utilizada pela polícia. (ROBERTS; STRATTON, 2000 ,p. 5).

Para completar, o quadro de justificado terror que sente ou *deveria*¹⁸⁴ sentir o acusado por improbidade, eis que a Lei de Improbidade efetivamente possibilita o enquadramento das condutas mais diversas nos seus tipos fazendo com que os juízes, se assim desejarem, condenem em profusão aos acusados de improbidade.

Todo este cenário de grave insegurança jurídica ainda tem um requinte de crueldade. Trata-se da alegada imprescritibilidade das ações de improbidade.¹⁸⁵ Com efeito, passadas

¹⁸⁴ Aqui utilizamos o verbo *deveria* porque nem sempre o gestor tem efetiva ciência dos riscos a que está sujeito nas ações de improbidade. Por vezes ele realmente *acredita* ser possível que ao esclarecer adequadamente os fatos que lhe são imputados, que o Direito abrigará sua pretensão. Ledo engano. O primeiro problema é que quaisquer irregularidades administrativas podem ser subsumidas aos seus tipos sancionatórios abertos da Lei 8.429/92. O segundo problema é que o gestor desconhece a pesada carga pejorativa no plano dos valores que envolvem as acusações de improbidade, de regra, impondo grande dificuldade em se conseguir absolvição no Poder Judiciário.

¹⁸⁵ A opção pela prescritibilidade deu-se na Assembleia Nacional Constituinte. A emenda ao anteprojeto proposta pelo Deputado Paulo Macarini, que propugnava a seguinte redação:

Art. 4º. São imprescritíveis os ilícitos praticados por qualquer agente, servidor público ou não que causem prejuízo ao erário público.

Esta redação foi rejeitada pela Comissão de Sistematização. Logo depois, em setembro de 1987, outra tentativa de trazer a imprescritibilidade com a seguinte redação:

décadas do tempo em que praticou atos administrativos, o gestor ou seus sucessores estão sujeitos à interposição de ações de improbidade por alegada imprescritibilidade do dano ao erário supostamente prevista no art. 37, § 5º da Constituição da República.¹⁸⁶

O Supremo Tribunal Federal ao decidir o Tema 897 que tratava da prescritebilidade da pretensão de ressarcimento ao erário em face dos agentes públicos por atos de improbidade administrativa (RE 852.475 Rel. Min. Alexandre de Moraes), acabou por consolidar a imprescritebilidade do ressarcimento nas ações de improbidade, assim sintetizando o tema em repercussão geral: “*São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na lei de improbidade administrativa.*”

Mas a despeito dos graves problemas estruturais da LIA, carecemos de adequada percepção do que seja improbidade, sendo necessário que analisemos qual o conceito operacional de improbidade que permita sua boa aplicação e possa minimizar o medo que justificadamente tem os administradores públicos.

4.2.1 Conceito de Improbidade Administrativa na Lei 8.429/1992 a partir da Constituição da República

Partimos da premissa que o conceito de improbidade administrativa deve estar em consonância com o artigo 37, §4º da CR, que reza: *art. 37 (...) § 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.*

Dessarte, o conceito de improbidade advém da Constituição e merece contextualização sob pena de ampliarmos em demasia seu conteúdo. Carecemos de conceito “constitucionalmente adequado” de improbidade (OLIVEIRA, 2009).

No sentido de traçar contornos adequados do princípio da moralidade, Márcio Cammarosano pontua que: “essa referibilidade a valores juridicizados, consubstanciados em

Art. 43. (...) §3º. Os atos de improbidade administrativa importarão na suspensão dos direitos políticos, na perda da função pública, na indisponibilidade dos bens e no ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal correspondente.

§4º. A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento, que serão imprescritíveis.”

Bem percebe-se que o texto constitucional definitivo fez a opção pela supressão das investidas para manter-se a imprescritebilidade, levando, conseqüentemente, à prescritebilidade das ações de ressarcimento, devendo observar-se os prazos estabelecidos nas referidas ações.

¹⁸⁶ Art. 37 (...) § 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

normas e princípios, não nos permite reconhecer a moralidade administrativa como princípio dotado de autonomia” (...) e ainda que “só se pode falar em ofensa à moralidade administrativa se a ofensa ao Direito caracterizar também ofensa a preceito moral por ele juridicizado, e não é o princípio da moralidade que, de per si, juridiciza preceitos morais” (CAMMAROSANO, 2006, p. 111-114).

Como bem destaca José Guilherme Giacomuzzi, o tema da improbidade está imbricado ao da moralidade administrativa, tema do qual muito se fala no Brasil mas com graves equívocos conceituais, especialmente ao atribuir-se a Maurice Hauriou as reflexões feitas por Antônio José Brandão em artigo intitulado: *Moralidade administrativa*; no qual fez diversas considerações que não podem ser diretamente atribuídas ao próprio Hauriou ou aos seus asseclas, mas que fizeram história em nosso País (especialmente através de Hely Lopes Meirelles). No artigo de Brandão foi consagrada a célebre frase que: “*a moralidade administrativa não se confunde com a moralidade comum*” ou que a moralidade administrativa é composta por regras de boa administração.¹⁸⁷

Rebocado por esta doutrina, a moralidade o Brasil passou a ser compreendida pela doutrina nacional como a boa administração, de modo que se uma administração não fosse *a melhor*, permitiria aos juízes fazerem o controle da discricionariedade administrativa e sua consequente invalidação, desde que o ato exarado não fosse “o melhor”.

Evidente que esta concepção implica em grande risco por colocar nas mãos do Judiciário a responsabilidade em identificar aquilo que seja mais sábio e melhor para Administração Pública. Daí porque a necessidade que o conceito de moralidade seja lido com as lentes da legalidade. Desse modo, a moralidade administrativa como aferição da legalidade interna do ato já é desafio bastante aos operadores jurídicos. (GIACOMUZZI, 2004).¹⁸⁸

¹⁸⁷ A propagação deste conceito de moralidade por Antônio José Brandão foi feita nos seguintes termos: "a moralidade administrativa, que nos propomos estudar, não se confunde com a moralidade comum; ela é composta por regras da boa administração, ou seja: pelo conjunto das regras finais e disciplinares suscitadas, não só pela distinção entre o Bem e o Mal, mas também pela idéia geral de administração e pela idéia de função administrativa". (BRANDÃO, 1951, p. 459). De fato este trecho encontra respaldo (à exceção da parte final) na obra de Henri Welter, *Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative, in verbis*: “La moralité administrative que nous visons ne se confond pas avec la moralité commune; elle est constituée par les règles de la bonne administration, c'est-à-dire par l'ensemble des règles de but et de discipline déterminées non seulement par la distinction du bien et du mal, mais, d'une façon plus spéciale, par la mission générale de l'administration et l'idée de la fonction administrative. Du reste, le mot importe peu, le tout est de s'entendre sur les principes.” (WELTER, 1929, p. 77). Concordamos com José Guilherme Giacomuzzi que referido trecho deu ampla percepção à doutrina brasileira que seria possível tudo colmatar neste conceito de moralidade. Esta amplitude conceitual dá azo a arbítrios e voluntarismos. (GIACOMUZZI, 2004, p. 224-225).

¹⁸⁸ Como bem destaca José Guilherme Giacomuzzi: “Alguns viram na moralidade administrativa, então, a tábua de salvação da nossa sociedade. Tudo estaria resolvido como que num passe de mágica. Aliás essa visão “abracadabra” do Direito tem sido muito difundida entre alguns novos hermeneutas brasileiros, que interpretam o Direito como se não tivessem existido milênios de estudo sério antes deles e que vêem na CF tudo o que querem. E eles, homens de bom coração, querem muito. Basta a eles que o juiz aplique o Direito com sabedoria, valendo-

O conceito de improbidade — correndo o risco de tautologia — importa em violação da *probidade*. Desta simples premissa se pode concluir não existir a possibilidade de improbidade accidental, por descuido ou simples inobservância de norma legal. Disso decorre que ninguém pode ser ímprobo sem objetivar-se alcançar resultado antijurídico de cuja desonestidade tenha consciência.¹⁸⁹

Este raciocínio nada tem de superficial, pueril ou desconectado dos valores constitucionais. É muito corriqueiro que os juristas que pensam diferentemente, digam que agregar a ideia de improbidade à desonestidade é tratar o tema de modo míope. Frequentemente aduzem que tal modo de pensar é: “*definir institutos jurídicos só com uso do dicionário*”. (GARCIA; ALVES, 2014, p. 179).

Discordamos deste entendimento. Quem exigiu a improbidade como conduta qualificada pela desonestidade foi o Poder Constituinte originário. Se o objetivo fosse o mero ressarcimento civil, sequer seria necessária a redação do art. 37, §4º da CR. A conduta ímproba é muito mais qualificada, exigindo que incida apenas quando tais condutas estiverem maculadas pela desonestidade, podendo incidir as graves sanções políticas sobre o agente público.

Com efeito, lembremos que o constituinte não tem compromisso com perspectiva rigorosamente técnica dos termos que utiliza no texto constitucional, mas justamente esta visão dita “curial” da improbidade é que o moveu a qualificar tal conduta como desonesta, pois a qualquer pessoa que se pergunte o que seja improbidade, irá responder que se trata de desonestidade.

É fato que quando a Lei 8.429/92 densificou o conceito de improbidade do art. 37, §4º da CR, deu-lhe amplitude muito superior à ideia de desonestidade, admitindo, equívoca e inconstitucionalmente a modalidade culposa. Ora não é porque enunciado linguístico deste dispositivo constitucional remeteu para o legislador infraconstitucional *a forma e a gradação da improbidade* que a LIA possa ampliar os limites impostos no texto constitucional.

se da igualdade, da razoabilidade, da proporcionalidade, e outros conceitos indeterminados. Perigosa ingenuidade. (...) No meu entendimento, então, a moralidade administrativa do art. 5º é a legalidade interna do ato. O que devemos é tentar controlá-la, e isso já será muito. Sabe-se que este vício, o do desvio de finalidade, é o mais oculto dos vícios. O mais difícil de provar. (...) A moralidade administrativa veiculada pelo art. 37 significa principalmente, pois, a boa-fé, ou a proteção da confiança, no Direito Público. Isso não é pouco, ao contrário do que se tem dito. Não estou confinando a moralidade à boa-fé e à proteção da confiança. (...) O que se pode esperar do Estado ante o princípio da moralidade do art. 37 é muito, portanto. Mas, como lá no art. 5º, aqui no art. 37 ela não representa a panacéia de todos os males. Mas pode ajudar-nos a construir um país mais igualitário.” (GIACOMUZZI, 2004, P. 226-231).

¹⁸⁹ Acerca do ponto calham as lições de Márcio Cammarosano e Flávio Unes: “Mas a violação da ordem jurídica pode ainda apresentar-se especialmente qualificada pelo atuar com desonestidade, dolosamente, mediante fraude, de sorte a ensejar a aplicação de sanções as mais severas, porque aí sim estar-se-a à diante de improbidade administrativa, de comportamento de quem objetivou resultado de cuja especial antijuridicidade qualificada pela desonestidade tinha plena consciência.” (CAMMAROSANO; UNES, 2014).

Portanto, quando a LIA regulamentou a norma constitucional não houve “desprendimento” do vernáculo ou da “linguagem ordinária”, mas efetiva exorbitância do legislador ordinário dos limites materiais da Constituição. (GARCIA; ALVES, 2014, p. 182).

As ações de improbidade — com o perdão da metáfora beligerante — são como metralhadoras giratórias que exterminam sem seletividade. O administrador honesto, que descumpra a lei por inépcia ou venha causar algum dano no exercício das suas funções (coisa a que qualquer pessoa está sujeita), acaba sendo equiparado ao desonesto. Por certo que a apetência pelo uso da ação de improbidade é explicável pelas razões ideológicas aqui já analisadas, afinal, com o afastamento de funções públicas, indisponibilidade de bens, suspensão de direitos políticos e grande cobertura midiática, consegue-se atingir alto nível de punibilidade nas mais diversas esferas e bens jurídicos do condenado, muito além do mero ressarcimento civil.

O conceito de improbidade ao adquirir dimensão tão ampla torna-se absolutamente disfuncional, e, sob seu manto, as condutas mais díspares são niveladas, devendo todos enquadrarem-se no *Leito de Procusto*. Por certo que isto gera absoluto pânico no gestor, porque qualquer erro passará, e muito, do mero ressarcimento civil, afetando desproporcionalmente seu patrimônio, e demais consectários legais com reflexos nos seus direitos políticos e ao cargo que exerce.

Dissentimos ainda do posicionamento de Fabio Medina Osório ao entender que a improbidade é espécie de *má gestão pública*, aproximando no seu conceito condutas dolosas e culposas, ainda que alegue existir diferença entre *grave desonestidade funcional* e *grave ineficiência funcional*.

É evidente que num sentido amplo todo fenômeno que implique em consequências negativas para boa gestão pública pode ser espécie do gênero: má gestão pública. Nunca se ouviu falar que corrupção e improbidade façam “bem” à gestão pública. São fenômenos que se interligam e, vamos além, sob o ângulo da Análise Econômica do Direito (AED) é muito maior o prejuízo para a Administração decorrente da péssima gestão do patrimônio público, que a corrupção em baixa proporção ou “níveis aceitáveis”.¹⁹⁰

¹⁹⁰ Aqui lembramos de memória e por isso não trazemos a precisa referência bibliográfica, da entrevista televisiva do Ex-Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Paraná João Féder, que em sua aposentadoria do TCE/PR lamentou que uma das suas frustrações no tempo que esteve na Corte de Contas Paranaense, foi não conseguir trazer a corrupção para níveis mais baixos ou “níveis aceitáveis”, quando o repórter imediatamente o interpelou: “Mas existe nível aceitável de corrupção? Respondeu o Conselheiro: “Claro que sim, ou você acha que não existe corrupção na Alemanha ou nos demais países desenvolvidos?” Quando utilizamos a expressão “níveis aceitáveis de corrupção” estamos postulando níveis menores de corrupção, não propriamente sua aceitabilidade.

Corrupção, improbidade e ineficiência administrativa são exemplos de má gestão pública em sentido amplíssimo. Mas o conceito de improbidade com os contornos constitucionais que lhe são inerentes são muito diferentes de uma má gestão pública no sentido de uma genérica má administração¹⁹¹ ou de uma administração ineficiente. Trata-se de imoralidade qualificada que exige a pecha de *desonestidade*. Neste ponto, concordamos com Fábio Medina Osório ao dizer: “*a improbidade não se identifica com a mera imoralidade, mas requer, isto sim, uma imoralidade qualificada pelo direito administrativo.*” (OSÓRIO, 2007, p.87).

Portanto, má gestão, corrupção, ineficiência e improbidade administrativa, a despeito das consequências danosas que trazem à Administração Pública, são fenômenos *ontologicamente distintos*, não comportando classificação de um gênero do qual resultam espécies.

A percepção da improbidade num contexto amplo de má gestão leva ainda a outro equívoco: acreditar que ineficiência possa ser algum tipo de “desonestidade”. Jamais o conceito de ineficiência pode confundir-se com o de improbidade. Para que ineficiência fosse improbidade, seria necessário que a ação ou decisão ineficiente visasse malferir a probidade administrativa, ou seja, agir ineficientemente com o fito de praticar-se o ato administrativo ímprobo.

¹⁹¹ Também relevante destacarmos que o conceito de *maladministration* no direito anglo-saxão é algo diferente de improbidade. Trata-se de conceito extremamente aberto cujos contornos dependem da tradição de cada estado nacional e respectiva tradição jurídica, abarcando as mais diversas condutas, como irregularidades administrativas, negligência, abuso de poder, ilícitudes, inabilidade, como aponta Alexandros Tsadiras: “It is important to realise from the outset that maladministration is a rich concept, whose precise definitional contours vary depending on the background constitutional traditions against which it is projected. As already explained, for the purposes of the present analysis, the EU constitutional setting has been chosen to frame our inquiry. Maladministration is utilised by the European Ombudsman in two distinct ways. In procedural terms, it is employed as an admissibility criterion for the incoming complaints: the complainant ought to make at least one allegation of an instance of maladministration, otherwise his case will be rejected as inadmissible. In substantive terms, it serves as the benchmark against which the administrative conduct of the Union bureaucracy is assessed and the merits of each case are considered. Despite its critical importance for the Ombudsman’s mission, no definition of maladministration is found either in the TFEU or the Ombudsman’s Statute. The first attempt to delineate the concept was made in the 1995 Annual Report, where the Ombudsman put together an indicative list of attitudes constituting maladministration: administrative irregularities and omissions, abuse of power, negligence, unlawful procedures, unfairness, malfunction or incompetence, discrimination, avoidable delay, and lack or refusal of information. In 1997 the European Parliament requested a clearer definition. In response, the Ombudsman declared in his 1997 Annual Report that “maladministration occurs when a public body fails to act in accordance with a rule or principle which is binding upon it” and “when the Ombudsman investigates whether a Community institution or body has acted in accordance with the rules and principles which are binding upon it, his first and most essential task must be to establish whether it has acted lawfully” (TSADIRAS, 2015). A amplitude do termo *maladministration* também é destacada nos mesmos termos por Gerald E. Caiden: “While maladministration was difficult to define, most people could describe it by examples (illegality, corruption, ineptitude, neglect, perversity, turpitude, arbitrariness, undue delay, discourtesy, unfairness, bias, ignorance, incompetence, unnecessary secrecy, misconduct, and high handedness). The best that could be done was to quote an ombudsman’s definition of maladministration: “administrative action (or inaction) based on or influenced by improper considerations or conduct.” (CAIDEN, 1991, p. 488).

A erronia conceitual de interpretar-se improbidade como espécie de má gestão, baralha ainda mais condutas atentatórias à *probidade* com condutas relativas a *gestão ineficiente*, que a despeito de serem igualmente graves e gerarem prejuízos ao erário, não estão relacionadas (ao menos *a priori*) a desonestidade. Esta discussão, a contrário do que possa parecer, não tem apenas consequências teóricas relevantes, mas é o ponto fulcral de muitos dos equívocos nas condenações por improbidade, afinal, são frequentes as decisões judiciais em que se presume uma conduta omissiva ineficiente do gestor, ou seu dever de (on)sciência dos atos praticados por aqueles hierarquicamente a ele subordinados, não apontando qualquer ato desonesto da parte do gestor, mas fazendo incidir as pesadas penas da LIA sob alegada ineficiência ou má gestão pública.

4.2.2 Os principais problemas na aplicação da Lei de Improbidade Administrativa - LIA

4.2.2.1 Os tipos abertos da Lei de Improbidade Administrativa

A “doutrina ministerial”¹⁹² sobre improbidade administrativa tende a valorizar os tipos abertos da LIA. Afinal, a atual conformação da Lei 8.429/92 possibilita ao Ministério Público mover inúmeras ações de improbidade, destacando e promovendo sua atuação institucional especialmente nos municípios brasileiros. Os agentes públicos ao terem seus atos administrativos escrutinados sob as lentes de aumento da LIA, têm alta probabilidade de ter descumprido — ainda que formalmente — alguma norma de nosso vasto ordenamento jurídico.

¹⁹² Aqui denominamos de “doutrina ministerial” aquela produzida por integrantes do Ministério Público sobre o tema da improbidade administrativa. Referida produção doutrinária tende a ser – salvo honrosas exceções – a mais dura possível e sua premissa hermenêutica é ampliar ao máximo os tipos e a incidência das sanções por improbidade. Isto decorre do fato do Ministério Público capitanear a quase integralidade das ações de improbidade administrativa pelo País e, portanto, de natural intimidade com a temática. Além disso, O Ministério Público tem grande destaque institucional e midiático ao mover um número mais expressivo de ações de improbidade, notabilizando pessoalmente seus integrantes. Tais circunstâncias têm direta correlação com o viés da produção científica sobre improbidade administrativa realizada por integrantes do Ministério Público brasileiro. Assim, carecemos de certo “contraditório científico” de doutrina produzida por advogados sobre improbidade administrativa, que apenas agora começa a se avolumar. Com isso não negamos a existência de uma “doutrina advocatícia” sobre improbidade administrativa. Ela existe e sua premissa hermenêutica é a maior restrição da incidência da LIA. Nos filiamos a esta posição. Entre William Blackstone (lei como escudo contra os arbítrios do Estado) e Jeremy Bentham (sacrifício de direitos individuais em nome de um “bem maior”), sem dúvida ficamos com o primeiro (ROBERTS; STRATTON, 2000). O curioso é que os advogados não têm qualquer problema em adotar abertamente “visão de mundo” em prol das liberdades, dos direitos fundamentais e da presunção de inocência. Já o Ministério Público parece ter maiores restrições em reconhecer que sua atividade interfere diretamente nas suas considerações doutrinárias sobre improbidade administrativa. Se reconhecêssemos, explicitamente, que tais perspectivas estão conectadas ao “lugar da fala” e da subjetividade inerentes a quem escreve sobre improbidade, teríamos um debate científico mais franco sobre o tema. No plano epistemológico, as “visões de mundo” são fundamentais para que a ciência seja produzida (LAUDAN, 2011).

O perigo disto é que basta que se queira escolher alguém para se acusar de improbidade que certamente se encontrará um possível culpado.¹⁹³

Se analisarmos os artigos 9º, 10, 10-A e 11 da Lei 8.429/92 veremos que qualquer administrador público que ordene despesa pública, especialmente os chefes de executivo municipais, por mais honestos que sejam, dificilmente irão escapar de serem acusados pelo cometimento de condutas ímprobadas.

Os tipos da LIA enquadram-se na categoria de textura aberta¹⁹⁴, que mesmo para certas infrações administrativas mais brandas (*ex vi* de certas sanções disciplinares) mostram-se inadequadas ao direito administrativo sancionador. Se isto se aplica para infrações administrativas menos graves, com muito mais razão há de aplicar-se para ilícitos de maior gravidade que demandam exata correlação entre conduta e respectiva sanção. Para esta natureza de processo o mais adequado é a tipicidade rígida, que possibilite a precisa subsunção da conduta ao tipo. Tal deficiência permite desproporcionais possibilidades de aplicação das suas penas.¹⁹⁵

Como sabido, na LIA os atos de improbidade estão divididos nos atos que importem enriquecimento ilícito (art. 9º); atos que causem lesão ao erário (art. 10), atos comissivos ou omissivos decorrentes de concessão, aplicação ou manutenção indevida de benefícios financeiros ou tributários (art. 10-A) e atos que atentem contra os princípios da administração (art. 11).

Se começarmos a analisar as hipóteses de atos que importem enriquecimento ilícito (art. 9º), veremos que tanto seu *caput* como os referidos incisos estabelecem hipóteses de incidência

¹⁹³ Nas palavras proferidas em 1940 pelo Ministro da Suprema Corte Norte-Americana Robert Jackson, o poder mais perigoso de um promotor é que: “he will pick people that he thinks he should get, rather than pick cases that need to be prosecuted. With the law books filled with a great assortment of crimes, a prosecutor stands a fair chance of finding at least a technical violation of some act on the part of almost anyone. In such a case, it is not a question of discovering the commission of a crime and then looking for the man who has committed it, it is a question of picking the man and then searching the law books, or putting investigators to work, to pin some offense on him. It is in this realm - in which the prosecutor picks some person whom he dislikes or desires to embarrass, or selects some group of unpopular persons and then looks for an offense, that the greatest danger of abuse of prosecuting power lies. It is here that law enforcement becomes personal, and the real crime becomes that of being unpopular with the predominant or governing group, being attached to the wrong political views, or being personally obnoxious to, or in the way of, the prosecutor himself.” (ROBERTS; STRATTON, 2000, p. 15).

¹⁹⁴ Aqui falamos em *textura aberta* não no sentido empregado por H. L. A. Hart, pois num certo sentido todo sistema jurídico deve conjugar segurança jurídica através de regras precisas de comportamento, sendo igualmente necessário que o sistema tenha certa abertura de modo a não engessar a apreciação do caso concreto e a consequente aplicação da norma jurídica. Por *textura aberta* estamos apenas a designar tipos demasiadamente amplos, onde diversas condutas possam ser eles subsumidas. Já os *tipos rígidos* – de regra utilizados no Direito Penal, exigem maior rigor na subsunção da conduta à norma.

¹⁹⁵ As enormes possibilidades de combinações na aplicação das penas de improbidade são bem denunciadas por Marcelo Harger, que apresenta análise combinatória das penas previstas no art. 12 da Lei de Improbidade, que segundo seu levantamento matemático permite ao juiz escolher a aplicar penas que superam, literalmente, a casa dos trilhões dentre as combinações possíveis. (HARGER, 2015, p. 56-60).

bastante amplas, nas quais seria possível enquadrar a mais diversas condutas. O *caput* do artigo 9º tem por premissa a efetiva vantagem patrimonial, devendo ainda ser ilícita, posto que se estabelecida em norma referida vantagem não há que falar-se em improbidade. Igualmente deve exigir-se conduta dolosa do agente para que possa incidir as sanções por improbidade.

Os tipos do art. 10 e incisos igualmente comportam ampla abertura, especialmente a que talvez seja a mais ingrata tarefa do gestor público: deflagrar ou homologar licitações. Sem qualquer exagero podemos afirmar que licitações públicas são um tema maldito para o gestor público. A mera deflagração ou homologação do certame, ainda que respaldada em pareceres e com apoio das Comissões Permanentes de Licitação levam à absoluta presunção de improbidade, sem qualquer nexos casual, a gerar fértil terreno para milhares de condenações por improbidade administrativa.

O art. 10, VIII da LIA é pródigo a amparar condenações por improbidade. Referido dispositivo indica como ato que causa lesão ao erário: *Art. 10 (...) VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente*. Evidente que a frustração da licitude acima estampada nem sempre (ou mesmo de regra) será improbidade. Dada a complexidade dos processos licitatórios e das inúmeras dúvidas que o tema suscita entre seus maiores estudiosos, afirmamos ser quase impossível que não se possa encontrar alguma “ilegalidade”, diante das inúmeras e controversas interpretações da Lei 8.666/93 ou mesmo da Lei 10.520/02 ou no regime do Regime Diferenciado de Contratações Públicas– RDC (Lei 12.462/11).

O enunciado do art. 10, VIII da LIA ao elencar como improbidade: *frustrar a licitude do processo licitatório* dá azo à equivocada interpretação que o mero descumprimento ou inobservância das normas jurídicas já seria improbidade. O mesmo se diga quanto à parte final deste dispositivo ao estabelecer como improbidade *dispensar indevidamente* os processos licitatórios. Evidente que o tema da dispensa de licitação envolve complexidade e não raro podemos descumprir a lei 8.666/93 não por improbidade, mas por não observá-la adequadamente ou mesmo divergir-se quanto ao modo de melhor aplica-la. Isto se passa especialmente nas dispensas por valor elencadas no art. 24, I e II, que podem equivocadamente ultrapassar os limites máximos para cada exercício financeiro; ou porque se entenda que seria cabível dispensa em certo caso concreto, mas cujo entendimento dos órgãos de controle externo discrepem do administrador.

O art. 10-A diz respeito a ações ou omissões relativas a concessão, aplicação ou manutenção indevida de benefícios financeiros ou tributários relativamente ao Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN, que implique redução da alíquota mínima de 2%

prevista no art. 8º-A, §1º da Lei Complementar 116/2003 e dada sua especificidade, não é um dos maiores problemas nas disfuncionalidades da LIA.

O art. 11 é o principal foco de problemas da LIA. Em face da sua ampla abertura semântica por implicar improbidade por violação a princípios, por vezes ensejando condenações desconectadas de violação de uma regra objetiva e, não raro, com consequências financeiras mais gravosas que incorrer em enriquecimento ilícito ou dano ao erário, pois valor da multa pode chegar a 100 vezes a remuneração do agente. Cerca de 46,5% das condenações por improbidade envolvem ofensa a princípios da Administração Pública.¹⁹⁶

Por fim cabe mencionar ainda a independência e autonomia dos tipos de improbidade. As três categorias visam tutelar: i) a honestidade funcional (art. 9º da LIA); ii) o zelo na gestão patrimonial do Estado (art. 10 da LIA); iii) a tutela dos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições (art. 11 da LIA). Bem se percebe que por tratarem de bens diversos protegidos pela Lei 8.429/92, a incidência em uma das hipóteses acima não leva, automaticamente, na incidência das demais. Afinal, o agente pode enriquecer ilicitamente, mas não necessariamente causar dano ao erário. Noutro vértice, o agente pode causar dano ao erário mas não enriquecer ilicitamente (HACHEN; FARIA, 2018, p.432).

4.2.2.2 *Dolo e culpa nas ações de improbidade administrativa*

Um dos mais graves problemas da Lei 8.429/92 é permitir certas hipóteses de improbidade culposa. Ao debater o conceito jurídico de improbidade vimos que é absolutamente incompatível no binômio *improbidade-desonestidade* a ocorrência de qualquer modalidade culposa.

Nunca se ouviu dizer que alguém seja desonesto por acidente, sem desejar sê-lo. Entretanto, o tema vem gerando controvérsias na doutrina e na jurisprudência.

Aqui, insistamos, as condutas culposas praticadas por agentes públicos que levem ao dano ao erário e desde que não incida alguma excludente de responsabilidade, podem e devem ser objeto de ressarcimento civil ou administrativo. Isto não está em questão. O que nos parece

¹⁹⁶ Os dados divulgados pelo IDP acerca da pesquisa coordenada por Rafael Araripe Carneiro revelam: “Os dados preliminares indicam que a maior quantidade de ações de improbidade contra prefeitos envolve os princípios da administração pública (46,5%), enquanto que os casos de enriquecimento ilícitos representam apenas 8,8%. A pesquisa preliminar aponta ainda que 21,6% das ações de improbidade contra prefeitos envolvem menos de 10 mil reais e 22% encontram-se na faixa entre 10 mil e 50 mil reais. A pesquisa indica também que 42% dos processos que chegaram aos Tribunais Superiores tiveram os julgamentos modificados e que 72% dos prefeitos ouvidos afirmam que as ações de improbidade impactam em grau alto ou médio a implementação das políticas públicas municipais.” (“IDP recebe a visita de especialistas em Improbidade Administrativa”, [s.d.]

incontornável é que os comportamentos culposos apesar de indenizáveis não podem ser objeto de ações de improbidade, e do extenso feixe de sanções de ordem política e civilmente qualificadas.

Nessa senda, é evidente o descompasso da Lei 8.429/92 com o texto constitucional (art. 37, §4º da CR), pois jamais a norma infralegal poderia ampliar ou desnaturar o conceito de improbidade para condutas praticadas sem desonestidade, dela não podendo desprender-se e ampliando-a para condutas culposas, quer por culpa leve, quer por culpa grave. Não se pode fazer gradação de “improbidade” desnaturando seu conceito jurídico-constitucional central.

A despeito do STF não ter declarado a inconstitucionalidade material da LIA por prever modalidade culposa no *caput* do art. 10 (ainda pende de julgamento diversos dispositivos da LIA na ADI 4295 da Relatoria do Min. Marco Aurélio), permanece vinculando a ideia de improbidade à desonestidade. De fato, é politicamente difícil e mesmo “politicamente incorreto” na quadra histórica pela qual passamos (com o incremento do punitivismo estatal e a crescente depreciação da classe política nacional), que o STF venha a dizer que a LIA seria inconstitucional por admitir modalidade culposa em seu art. 10.

Como até o momento os tribunais tem de lidar com a modalidade culposa do *caput* do art. 10, as perplexidades que a modalidade culposa gera na aplicação da LIA faz com que a jurisprudência procure contornar referida inconstitucionalidade exigindo que apenas se pode punir por improbidade se estiver presente a *má-fé* ou outras categorias, como *erro grosseiro*, que em última análise visam reduzir o raio de atuação da LIA deixando-a menos flexível.

De toda sorte, importante não confundir a responsabilização civil dos agentes públicos quando agem culposamente, ainda que por culpa grave ou *erro grosseiro* (art. 28 da Lei 4.657/42 – LINDB, com a novel redação da Lei 13.655/18 e art. 12 e parágrafos do Decreto 9.830/2019), com os atos de improbidade. Afinal, a responsabilização por danos meramente civis causados pelo agente público nem sempre constituirão improbidade administrativa.

Não obstante a possibilidade de ações civis de rito ordinário visando ressarcir danos culposos, quase se desconhece do seu manejo pelo Ministério Público. Em regra, qualquer cobrança de danos por modalidade culposa, será veiculada pelo Ministério Público via ações de improbidade. Independentemente da discussão da possibilidade de ação de improbidade para condutas culposas (que desde logo rechaçamos e cuja discussão retomaremos mais adiante), o fato é que tal predileção se deve muito mais pelo amplo leque punitivo das ações de improbidade que o mero ressarcimento civil nas ações cíveis.

Ademais, não há que se reconhecer procedentes os argumentos que aduzem que independentemente do *caput* dos artigos 9º, 10 e 11, haveria de se reconhecer modalidade

culposa mesmo nos artigos que silenciaram sobre a modalidade culposa. Discordamos da doutrina que estabelece que os incisos dos artigos 9º, 10 e 11 seriam independentes do *caput*, podendo inclusive comportar modalidade culposa (OSÓRIO, 2007), já que haveria “silêncio” normativo sobre o tema.¹⁹⁷ Com a devida vênia, não há como conceber possam os incisos estarem sistematicamente em desacordo com o *caput*. Se mesmo para o *caput* do art. 10 que prevê expressamente a modalidade culposa já entendemos incidir inconstitucionalidade material, quem dirá os incisos dos artigos 9º e 11, onde, eloquentemente, omitiu-se a conduta culposa, de modo não ser lógico nem jurídico imaginar estes artigos possam admitir modalidade culposa por intermédio dos seus incisos alegadamente “independentes”.

Assim, as sanções exigem rigoroso atendimento ao princípio da tipicidade, de modo que se foi excluída a modalidade culposa pelo *caput* dos artigos 9º e 11, não caberia querer incluí-la e menos ainda pretender autonomia dos incisos em relação ao *caput* onde inseridos.

O ponto acima bem revela o quão é problemática a incidência da LIA sobre os agentes públicos. Se uma questão aparentemente tranquila, a exemplo da exclusão da modalidade culposa nos casos do art. 9º e 11 já provoca divergências, quem dirá o resto.

Mas a restrição da jurisprudência para caracterização da improbidade, mesmo a culposa, para clara ocorrência de má-fé ou erro grosseiro, ainda assim tem dado azo a inúmeras condenações por improbidade justamente por serem conceitos jurídicos indeterminados. É grande o risco em reconhecer-se a má-fé ou o erro grosseiro com certa facilidade. Mesmo que a LIA fosse objeto de projeto de lei visando extirpar-lhe a inconstitucional modalidade culposa, os partidários da *doutrina ministerial* já passariam a reconhecer a ocorrência de *dolo eventual* ou mesmo de *dolo*, mesmo quando não estejam presentes.

¹⁹⁷ Acerca do ponto trazemos a doutrina oposta ao nosso entendimento de Fábio Medina Osório: “Somente no que se refere ao *caput* desses textos do art. 9º, 10 e 11 da LGIA homologamos a tese do silêncio eloquente restritivo. Em outras palavras, o silêncio é eloquente quanto ao *caput*, no sentido de restringir as ações ou omissões culposas somente ao campo do art. 10, *caput*, da LGIA. Todavia, o silêncio, no tocante aos incisos, opera de modo diverso, permitindo que se perceba a possibilidade de condutas culposas naqueles dispositivos que assim o admitirem. Há uma eloquência de forma diametralmente oposta, no silêncio da LGIA. Como inexistente previsão restritiva em relação aos incisos, ou a outras modalidades de improbidade decorrentes de previsões pontuais em legislação extravagante, entendemos que o melhor e mais seguro caminho é o da compreensão mais aberta dessa funcionalidade dos tipos culposos, observada a lógica sistêmica do direito administrativo sancionador” (OSÓRIO, 2007, p. 268-269).

4.2.2.3 Falta de critérios adequados para dosimetria das suas sanções

A aplicação das sanções previstas no art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa é deveras ampla¹⁹⁸, exigindo do intérprete autocontenção e observância ao princípio da proporcionalidade, sob pena de cometer-se graves injustiças. Com efeito a aplicação das máximas parciais da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, são fundamentais para minimizar a amplitude e os excessos punitivos nesta matéria.¹⁹⁹

A verdade é que a péssima redação da LIA não faz adequada correlação entre os seus tipos e respectiva dosimetria das suas sanções, deixando nas mãos do intérprete a inglória tarefa de fixar as penas a serem aplicadas, de regra gerando problemas quanto à segurança jurídica e acerca da sua constitucionalidade, por violação ao princípio da tipicidade, em face da ausência de correlação entre os tipos dos artigos 9º, 10 e 11 e a incidência de sanção específica e correlata a estes dispositivos.

¹⁹⁸ Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009).

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, 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, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

IV - na hipótese prevista no art. 10-A, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos e multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido. (Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016)

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

¹⁹⁹ Nesse sentido calham as considerações de Alexandre de Moraes: “De maneira mais detalhada, atendendo a preceito constitucional, o art. 12 prevê a gradação das diversas sanções constitucionalmente admitidas para o ato de improbidade administrativa, independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica. Sanções essas, declaradas constitucionais pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, que afirmou: “As sanções civis impostas pelo artigo 12 da Lei n. 8.429/92 aos atos de improbidade administrativa estão em sintonia com os princípios constitucionais que regem a Administração Pública.” (RE 598.588-AgR, Rel. Min. EROS GRAU, julgamento em 2-2-10, 2.ª Turma, DJE de 26-2-10). Observe-se, porém, que na fixação das sanções por ato de improbidade administrativa, o juiz deverá, obrigatoriamente, levar em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente. O rol de sanções previstas no art. 12 da lei, como já temos sustentado doutrinariamente, desde a primeira edição de nossa Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional (São Paulo: Atlas, 2002), não deverá ser, obrigatoriamente, aplicado de forma cumulativa, ou seja, o Poder Judiciário não estará vinculado, abstratamente, à aplicação de todas as sanções em todas as hipóteses de ato de improbidade administrativa, pois, em virtude do princípio” (MORAES, 2014, p. 13-14).

O resultado disso é que na prática a dosimetria das sanções por improbidade fica à livre disposição dos magistrados, que podem justificar a incidência ou não das sanções conforme lhes aprouver, eis que os critérios argumentativos para fazer incidir esta ou aquela sanção podem ser facilmente adaptáveis e moldáveis ao gosto de cada um.

Desse modo, se nos depararmos com um juiz mais conservador e legalista (e sem preconceitos com a classe política), é certo que apenas fará incidir as sanções mais duras se realmente a conduta ímproba for de supina gravidade. Já um magistrado mais ativista, que enxergue sua função judicante com traços de messianismo e que assuma para si o protagonismo no combate à corrupção, somado ainda a certo preconceito — ainda que justificável — contra a classe política, a tendência é que aplique as sanções de modo muito mais rigoroso e em bloco. O perigoso é que a LIA possibilita tanto uma quanto outra postura, eis que carece de parâmetros normativos seguros.

Nesse ponto, outra das disfunções da LIA é que por vezes a violação a princípios da administração pública pode ser muito mais dura que o enriquecimento ilícito ou o dano ao erário. É que na hipótese de condenação por improbidade com espeque no art. 11, dentre as penas está a multa civil (de duvidosa constitucionalidade por não estar elencada no art. 37, § 4º da CR), multa que pode chegar a cem vezes a remuneração do agente. Ora, um agente que ganhe em torno de R\$ 20.000,00, está sujeito ao pagamento de multa de R\$ 2.000.000,00 de reais. Convenhamos que nestes patamares, pela distorcida lógica da LIA seria melhor enriquecer ilicitamente ou causar lesão ao erário, que violar princípios da administração.

Na hipótese do art. 9º da LIA (que trata do enriquecimento ilícito), além do ressarcimento integral do dano, a multa não passa de três vezes o valor do acréscimo patrimonial. Já no caso do art. 10 da LIA (lesão ao erário), além do ressarcimento do dano, a multa não pode ultrapassar duas vezes seu valor. Em ambas as situações, a depender dos valores objeto da ação de improbidade, o valor da multa nos dois artigos citados pode ficar muito aquém da condenação do art. 11, cuja gravidade é muito menor, mas que, contraditoriamente, pode gerar condenação muito mais substancial.

Mesmo a correção de rumo dada pela Lei 12.120/09 ao artigo 12 da LIA (que passou a exigir que as cominações poderiam ser aplicadas isolada ou cumulativamente) não resolveu todos os problemas no tocante à proporcionalidade das sanções. Anteriormente a esta alteração legislativa, a jurisprudência passou a inclinar-se pelo entendimento que a aplicação das sanções por improbidade deveria ser individuada e não em bloco. Mas esta mudança apenas operou-se após muitos anos de aplicação cumulativa de todas as sanções, gerando grande iniquidade aos gestores públicos.

Este singelo exemplo denota a dificuldade em estabelecer-se com observância da proporcionalidade a incidência das respectivas sanções. Mas não é apenas isto. A incidência de sanções administrativas deve evitar como corolário da proporcionalidade a proibição de excesso, afinal trata-se da incidência de pesadas sanções com reflexos ao patrimônio dos acusados e sanções aos direitos políticos fundamentais, além das proibições de contratação com o Poder Público ou receber incentivos creditícios ou fiscais.

O art. 12 não estabelece critérios seguros e objetivos de modo a realizar adequada dosimetria das sanções de modo que a doutrina vem apontando como parâmetro tanto o artigo 59 do Código Penal²⁰⁰, como ainda a incidência de circunstâncias agravantes e atenuantes que devem ser lidas adequadamente em face natureza jurídica das sanções penais e das sanções por improbidade, cuja natureza é controversa, mas certamente aproxima-se muito mais dos arquétipos do direito penal que do civil.²⁰¹

Nessa linha, o Direito Administrativo sancionador não destoa da necessária proteção dos direitos fundamentais afetados pela incidência de quaisquer tipos de sanção. Independentemente da discussão acerca da natureza jurídica das ações de improbidade o fato é que há uma pluralidade de sanções que exorbitam as meramente civis, aproximando-as dos arquétipos do Direito Penal.

Como assevera Fábio Medina Osório:

²⁰⁰ Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Critérios especiais da pena de multa

Art. 60 - Na fixação da pena de multa o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - A multa pode ser aumentada até o triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

²⁰¹ Como destaca Felipe Gussoli: “A natureza das sanções de suspensão dos direitos políticos, proibição de contratar com o Poder Público e receber benefícios fiscais e de crédito aproxima os tipos legais da LIA dos tipos penais. Quer dizer, existe um ‘aspecto penal de que revestem tais sanções, marcadas por tipicidade, quer no plano material, quer no plano processual.’ A categoria da ilicitude inevitavelmente aproxima o Direito Penal do regime jurídico sancionatório da improbidade administrativa. Tanto o Direito Penal quanto o Direito Administrativo na sua vertente punitiva, respeitadas as naturais diferenças, são em seu âmago manifestações do *ius puniendi* estatal exigentes de um regime de restrição do arbítrio. A natureza retributiva das sanções de improbidade conclamam a aplicação de princípios próprios de Direito sancionador, como os da tipicidade, da individualização da pena e da culpabilidade.” (GUSSOLI, 2015, p. 248-249).

Não se trata de reduzir as fontes do direito administrativo sancionador ao direito penal, como se ostentasse alguma espécie de superioridade normativa. Trata-se apenas de perceber a superioridade teórica da dogmática penal, que pode servir de inspiração garantista na seara do direito administrativo punitivo, eis que ambas constituem projeções do direito punitivo público, carecendo de limites e contornos básicos comuns (OSÓRIO, 2007, p. 241).

Um dos equívocos em admitir-se a natureza exclusivamente cível das ações de improbidade, está em excluir o depoimento dos acusados de improbidade, por vezes sequer tomados em juízo, eis que o Código de Processo Civil prevê no artigo 385²⁰² que cabe a parte requerer o depoimento pessoal da outra. Todavia, de regra o Ministério Público não está preocupado em requerer o depoimento pessoal dos acusados de improbidade e não raro há condenação por atos ímprobos sem que o acusado nunca tenha sido ouvido, ou pior, sem que lhe seja permitido ser ouvido.

Embora o processo de improbidade não seja penal, com ele guarda estreita similaridade devido à sua alta densidade punitiva²⁰³ e às consequências para as liberdades não ambulatorias dos acusados. Se no âmbito de processo disciplinar não se pode processar servidor, sem ouvi-lo previamente, sob pena de nulidade por cerceamento de defesa, como admitir possa isto ser feito num processo tão drástico como o de improbidade? Tal prática não resiste a um sério controle de convencionalidade.

A necessidade de oitiva dos acusados por improbidade se impõe por força do art. 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)²⁰⁴, que é direito interno para o Brasil (Decreto Presidencial n. 678, 06.11.92), e garante a oitiva de qualquer acusado perante seu juiz natural, não sendo admissível a supressão da oitiva dos acusados sob o pretexto de tratar-se de ação cível.

O processo por improbidade administrativa — independentemente do debate acerca da sua natureza — aplica penas e que por vezes são tão ou mais graves que a restrição da liberdade ou a restrição de direitos no processo penal. O direito de ser ouvido nos moldes do Pacto de San José da Costa Rica não se confunde com o direito de defesa técnica, e nem se exaure no

²⁰² Art. 385. Cabe à parte requerer o depoimento pessoal da outra parte, a fim de que esta seja interrogada na audiência de instrução e julgamento, sem prejuízo do poder do juiz de ordená-lo de ofício.

²⁰³ Nessa linha destaca Francisco Zardo: “Ocorre que, embora tais valores tenham sido plasmados no campo do direito penal, eles não lhes são exclusivos. Como ensina Alejandro Nieto, ‘a potestade administrativa sancionadora, assim como a potestade penal dos juízes e tribunais, forma parte de um genérico *ius puniendi* do Estado, que é o único ainda que se subdivide nestas duas manifestações.’ Portanto, os princípios e regras ditos de direito penal e que incidem sobre o direito administrativo sancionador são, a rigor, normas comuns ao direito punitivo do Estado, que se manifesta sob duas formas.” (ZARDO, 2014, p. 39).

²⁰⁴ Artigo 8. Garantias judiciais 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

direito à defesa escrita. Em uma acusação de atos delituosos, deve se ouvir a versão do acusado, de viva voz, de forma pessoal e direta, sob pena de inconveniência.²⁰⁵

4.2.3 Números impressionantes: a incrível quantidade de ações de improbidade aforadas no Brasil

Já se disse que a estatística é *a ciência onde se torturam os números até que eles confessem*. O expressivo número de ações de improbidade ajuizadas no Brasil aponta para dois caminhos. O primeiro, que temos quantidade tão expressiva de ímprobos que dificilmente algum país do globo pode nos alcançar na primeira colocação deste *ranking* macabro. O segundo caminho — ao qual nos filiamos — é que este volume tão avassalador de ações de improbidade está relacionado à crescente banalização das ações de improbidade.

O primeiro dado estatístico que trazemos é o levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ ao estabelecer a Meta 18, cujo fito é acelerar o julgamento das ações de improbidade e ações penais relacionadas a crimes contra a Administração Pública.

Independentemente do louvável mérito desta iniciativa, o simples fato deste assunto ser tratado em Meta específica, denota um certo interesse temático do Judiciário brasileiro sobre o assunto. Ora, qual a finalidade em acelerar-se tais julgamentos? Porventura não há temas igualmente relevantes mas que não são objeto de Meta do CNJ? Para atender a Meta 18 foram realizados diversos mutirões no âmbito das comarcas para acelerar o julgamento dos processos por improbidade, não raro afetando direitos e garantias fundamentais dos acusados, a exemplo dos frequentes julgamentos antecipados da lide, sem que o acusado possa produzir prova adequada em sua defesa, sob o argumento que a questão é apenas “documental”.

Os dados trazidos pelo CNJ quando da fixação da Meta 18 relatavam a existência de 43.773 ações de improbidade no âmbito de todos os tribunais brasileiros, apenas dos processos

²⁰⁵ Sobre o ponto discorre Norberto Avena: “O direito de ser ouvido, para o processo criminal tem extensão que não pode ser desprezada nos processos de improbidade, devendo receber o mesmo tratamento do processo que aplica penas de liberdade ambulatoria ao processo que aplica penas políticas: “O interrogatório consiste no ato por meio do qual procede o magistrado à oitiva do réu. Corolário da ampla defesa e do contraditório, sua oportunidade está prevista em todos os procedimentos criminais (...)” “Obrigatoriedade: tratando-se da oportunidade de que dispõe o réu de informar ao juízo sua versão quanto aos fatos, em verdadeiro exercício de autodefesa, o aprazamento do interrogatório do réu no curso do processo penal é imprescindível, sob pena de nulidade processual (art. 564, III, e, do CPP). (...) seu interrogatório faz parte da essência do processo, importando em nulidade a sua ausência.” “(...) consolidou-se o entendimento de que o interrogatório, embora não tenha perdido sua natureza de meio de prova (...) assume, predominantemente, a condição de meio de defesa (...)” (AVENA, 2010, p. 554).

distribuídos até 31.12.2011. Destes, em 2012 foram julgados 20.507 e restaram pendentes 23.266.²⁰⁶

Mais recentemente, o CNJ editou a Meta 4 de 2018 com ambiciosa pretensão de julgar a significativa quantidade de processos de improbidade em trâmite tanto no STJ, na Justiça Militar da União, na Justiça Estadual, na Justiça Federal e nos Tribunais de Justiça Militar Estaduais²⁰⁷

Para se ter ideia no número de condenações por atos de improbidade administrativa e por atos que importem inelegibilidade — no período de aproximadamente 10 anos — O relatório do CNJ atualizado até 2019 aponta que foram realizadas 7.211 condenações no âmbito dos TRF's e incríveis 71.566 nos tribunais de justiça e mais 24 no STF.²⁰⁸

Estes expressivos números refletem-se de modo diverso nos nossos 26 estados federados. Escolhemos o Estado de Santa Catarina para exemplificar nosso ponto de vista por duas razões. A primeira, porque este texto está sendo escrito em solo catarinense, portanto, nossa crítica parte da realidade donde estamos imersos. A segunda razão é que dentre os estados da federação, Santa Catarina goza de elevado percentual de desenvolvimento humano, sendo um dos estados mais equilibrados do Brasil. E por que isto é relevante? Porque o combate à improbidade em estados federados que têm um caminho institucional mais difícil, onde os controles mais mezinhos sequer são implementados por dificuldades geográficas, sociais e institucionais, não seriam de todo adequados para real perspectiva do volume de ações de improbidade aforadas contra os agentes públicos.

²⁰⁶ O objetivo do Conselho Nacional de Justiça – CNJ foi estabelecido no VI Encontro Nacional do Poder Judiciário, realizado pelo CNJ em novembro de 2012, em Aracaju/SE. Tem por meta julgar, até o fim de 2013, os processos contra a administração pública e de improbidade administrativa distribuídos ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), à Justiça Federal e aos estados até 31 de dezembro de 2011. O relatório completo está no site do CNJ. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/metas2013/docs/relatorio_meta18_combate_a_corrupcao.pdf. Acesso em: 12 dez. 2018.

²⁰⁷ “META 4 – Priorizar o julgamento dos processos relativos à corrupção e à improbidade administrativa (STJ, Justiça Estadual, Justiça Federal e Justiça Militar da União e dos Estados) Identificar e julgar até 31/12/2018: No Superior Tribunal de Justiça: 90% das ações de improbidade administrativa e das ações penais relacionadas a crimes contra a Administração Pública distribuídas até 31/12/2015 e 80% das ações distribuídas em 2016. Na Justiça Militar da União: 95% das ações penais relacionadas a crimes contra a Administração Pública distribuídas até 31/12/2016. Na Justiça Estadual: 70% das ações de improbidade administrativa e das ações penais relacionadas a crimes contra a Administração Pública distribuídas até 31/12/2015, em especial a corrupção ativa e passiva, peculato em geral e concussão. Na Justiça Federal: 70% das ações de improbidade administrativa e das ações penais relacionadas a crimes contra a Administração Pública distribuídas até 31/12/2015. Nos Tribunais de Justiça Militar Estaduais: 95% das ações penais relacionadas a crimes contra a Administração Pública distribuídas até 31/12/2016 no 1º grau, e 95% das distribuídas no 2º grau até 31/12/2017.” Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/01/8d31f5852c35aececd9d40f32d9abe28.pdf>. Acesso em: 26 set. 2018.

²⁰⁸ O números constam do Relatório do CNJ sobre Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Ato de Improbidade Administrativa e Inelegibilidade. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/improbidade_adm/relatorioQuantitativoCondenacoes.php. Acesso em: 26 abr. 2019.

Em Santa Catarina — apenas no Grupo Especial Anticorrupção — GEAC do Ministério Público Estadual, cujo fito é investigar e processar casos mais complexos envolvendo atos de improbidade administrativa e crimes contra a Administração Pública, apenas em 2016 (último Relatório disponibilizado) foram ajuizadas 51 (cinquenta e uma) ações civis públicas de improbidade administrativa

Mas estes números são apenas do GEAC catarinense. Quando verificamos a quantidade de Inquéritos Cíveis/Procedimentos Preparatórios/Peças Informativas, visando eventual ingresso de ações de improbidade movidos nas comarcas do Estado de Santa Catarina, verificamos que em 2017 foram instaurados expressivos 8.192 procedimentos. Destes, foram arquivados 3.351 sem ajustamento de conduta e mais 148 com ajustamento de conduta. Durante o ano de 2017 foram deflagradas nas promotorias das respectivas comarcas catarinenses 623 ações civis públicas na área da defesa da moralidade administrativa, número semelhante ao ano de 2016 (622 ações)²⁰⁹.

Estes números são deveras impressionantes. É fato que as estatísticas do Ministério Público catarinense não indicam quantas destas ações são contra prefeitos municipais e quantas não o são. Todavia, se levarmos em consideração que os principais réus em ações de improbidade são os prefeitos municipais, especialmente porque as 623 ações foram movidas nas comarcas, e fôssemos fazer média estadual, chegaríamos a 2,11 ações de improbidade por município em apenas um ano. Nem precisamos argumentar que ao final de um mandato (quatro anos) um prefeito municipal poderia ter de duas a seis ações de improbidade contra si.

As estatísticas catarinenses são apenas de ações aforadas, não necessariamente condenações por improbidade. Mas este é o número que nos parece mais relevante. Se o acusado poderá ser inocentado, isto demandará expressivo esforço, tempo, indisponibilidade de bens (sabidamente concedidas com facilidade e *sine die*), além de gastar-se muito dinheiro em honorários advocatícios, o que já justifica nossa preocupação não apenas com eventuais condenações, mas com o mero aforamento da demanda. A propositura das ações por improbidade nesta proporção já é capaz de gerar graves disfuncionalidades no sistema.

Os dados estatísticos apresentados nos permitem voltar à nossa premissa. Das duas uma: ou o Brasil tem uma quantidade avassaladora de ímprobos, ou é muito fácil ser acusado e condenado por improbidade administrativa. Quando tratamos dos problemas na interpretação e aplicação da Lei de Improbidade, a última opção parece mais acertada pela simples constatação

²⁰⁹ Estes dados foram obtidos do Relatório de Atividades das Procuradorias e Promotorias de Justiça do Ministério Público do Estado de Santa Catarina de 2017, realizado pela Corregedoria-Geral do Ministério Público de Santa Catarina. Disponível em: <https://documentos.mpsc.mp.br/portal/manager/resourcesDB.aspx?path=3428>. Acesso em: 26 set.2018.

que a LIA é estruturalmente falha ao permitir que muitas condutas sejam a ela subsumidas por seus tipos abertos, além da jurisprudência construída sobre o tema ser bastante dura possibilitando a condenação de milhares de agentes públicos com graves repercussões políticas e patrimoniais.

4.2.4 Casos que demonstram como é fácil ser ímprobo no Brasil

Para demonstrar concretamente as disfunções da Lei de Improbidade adotaremos a metodologia de Paul Craig Roberts e Lawrence M. Stratton no livro: *The tyranny of good intentions* (ROBERTS; STRATTON, 2000). O texto é impactante e relata como o sistema de justiça norte-americano está sendo dilacerado por promotores, juízes e advogados em nome das boas intenções. Para tanto, os autores ilustram com casos concretos que colocam em cheque as garantias e bases legais do Direito estadunidense.

Ao utilizarmos esta abordagem para a realidade brasileira na aplicação da Lei 8.429/92, a primeira crítica óbvia que poder-se-ia fazer a esta opção metodológica é que ela é cientificamente imprecisa por não destacar os inúmeros casos onde a Lei de Improbidade foi corretamente aplicada. Ao destacar a exceção e não a regra incorreríamos numa perspectiva estatisticamente imprecisa e metodologicamente parcial. A objeção é parcialmente verdadeira.

Mas então porque insistir na hipótese? Entendemos destacar metodologicamente os excessos em detrimento da regra pelas seguintes razões:

A primeira, porque é insito ao ser-humano apenas dar-se conta de um problema quando confrontado com a realidade concreta e não apenas quando se elabora uma discussão teórico-racional sobre um tema. Portanto, ao apontarmos como problema as disfunções na utilização da Lei de Improbidade é fundamental apontar os exageros na sua aplicação e a única forma de perceber isto, é ilustrando concretamente.

A segunda razão é que os números de ações de improbidade e levantamentos estatísticos apresentados anteriormente, dão conta do expressivo número de ações aforadas. Ora, a quantidade de procedimentos investigatórios conduzidos pelo MP para fins de apuração de improbidade, ou de ações de improbidade efetivamente aforadas, elucidam que independentemente do número de condenações estamos diante de situações onde o administrador público já gasta considerável tempo da sua gestão para responder a procedimentos investigativos e as próprias ações de improbidade, o que já vem a demonstrar que o problema é real e com fortes consequências na gestão pública.

A terceira razão é que ao demonstrar os excessos não estamos negando que em muitos casos há acertos. A função de apontar os erros é justamente para evitar que sejam mais frequentes e recobrar a racionalidade do sistema. Portanto, ao destacar um aspecto caricato no aforamento e condenações por improbidade, queremos demonstrar de modo distópico — mas com lastro na realidade — que isto ocorre e que devemos tomar todas as cautelas para que tal proceder não se torne a regra.

A quarta razão é que se formos analisar os casos aparentemente “corretos” na aplicação da LIA, é igualmente possível verificar distorções. No Brasil proliferam sem maior rigor técnico as teorias da “cegueira deliberada”²¹⁰; do dano “*in re ipsa*”²¹¹; da teoria do “domínio do fato” no âmbito das condenações por improbidade, alargando-se demasiadamente — sem qualquer suporte normativo consistente — a incidência aparentemente “correta” da Lei de Improbidade Administrativa. Neste caso, a regra é não estar diante de casos manifestamente caricatos ou equivocados na aplicação da LIA, mas dar esfarrapada roupagem de legalidade nas condenações por improbidade. É dizer: a suposta exceção nas condenações por improbidade talvez seja a regra.

Vejamos alguns casos concretos onde a aplicação da Lei 8.429/92 tem levado a profundas distorções nas condenações por improbidade administrativa:

4.2.4.1 O caso do prefeito dançarino da cidade de Capela do Alto Alegre

As aberrações a que estão sujeitos os agentes públicos na aplicação da Lei de Improbidade Administrativa são capazes de corar juristas de qualquer país do globo. Este caso é um deles. O prefeito da cidade de Capela do Alto Alegre/BA, pelo fato de ter subido ao palco de uma festa junina e dançado com uma cantora, foi acusado de improbidade administrativa.

A ação por improbidade administrativa foi movida pelo Ministério Público Federal - MPF. Alegou o MPF que em razão do evento festivo ter sido patrocinado com verbas do

²¹⁰ A tese da cegueira deliberada originária da doutrina anglo-saxã (*willful blindness doctrine*) está cada vez mais sendo utilizada no Brasil, a despeito de nossa tradição romanística não consagrá-la, sua ductibilidade para implementar condenações com facilidade é vista como altamente conveniente para incrementar-se condenações por improbidade, dispensando maior análise da prova e partindo de presunções. Parte da premissa que o agente coloca-se em posição de ignorância intencional, evitando a ilicitude da sua conduta.

²¹¹ A condenação por improbidade *in re ipsa* ou por dano presumido, não encontra lastro normativo no art. 10 da Lei de Improbidade, evidenciando clara violação pelos tribunais do princípio da tipicidade da pena, e tem sido utilizada para driblar a incidência do art. 11 (que exige dolo) para o art. 10 da LIA simplesmente porque referido dispositivo à luz da jurisprudência dominante permite responsabilização culposa, de modo que a única maneira de tentar ampliar — e com isso alvejar de morte o agente público — é presumir o dano ao erário, aplicando hipótese de improbidade não tipificada na legislação, admitindo assim condenação por atos lesivos por presunção e sancionáveis quer por dolo ou culpa. Acerca do ponto, mencionamos o texto de Luciano Ferraz: “Dano *in re ipsa* cria, sem lei, novo tipo de improbidade administrativa” (FERRAZ, 2017a).

Ministério do Turismo, o convite da cantora para que o Prefeito com ela dançasse teria constituído ato de autopromoção e, portanto, ato de improbidade.

O ocorrido é emblemático e tem diversas variantes Brasil afora. Entendamos melhor o porquê. Nossa Constituição da República prevê no seu art. 37, § 1º²¹² que é vedada a promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos. Referido dispositivo é um deleite para aqueles que aforam ações por improbidade. Afinal, como o conceito de promoção pessoal é indeterminado, mera aparição ou presença dos agentes públicos em certas circunstâncias leva a ações de improbidade, inclusive uma inocente dança.

O caso revela certa visão de mundo dos órgãos de controle externo de como devem portar-se os agentes públicos, especialmente os prefeitos municipais. Tal perspectiva parte da premissa que uma vez eleitos, os prefeitos devem portar-se como um “avestruz”. Precisam enfiar a cabeça no solo e fugirem de qualquer tipo de situação que possa, ainda que remotamente, implicar na divulgação — ainda que republicana — das suas pessoas.

Estes casos de promoção pessoal com fulcro no art. 37, § 1º da CR são bastante eloquentes porque revelam o preconceito com a classe política, e mesmo uma incompreensão do que seja a política, pois a despeito da notória e natural visibilidade que têm os prefeitos municipais, devem portar-se como fugitivos e manterem-se em sua “insignificância” onde qualquer aparição ou divulgação de políticas e propostas, podem ser vistas como promoção pessoal indevida.

Não raro, a mera aparição de fotos dos prefeitos em sites oficiais dos municípios são alvo de ações de improbidade, ainda que sejam legítima divulgação das ações e políticas públicas em prol coletividade, devendo nestas atividades esconderem-se dos fotógrafos como se fugissem de *paparazzi*, e fazerem de conta que não existem, o que aparentemente sossega os ânimos acusatórios.

4.2.4.2 O caso das fotos oficiais de prefeito em órgãos do município

Em todas as democracias do mundo é absolutamente usual e tradicional que os chefes do executivo tenham seu retrato oficial estampado nos órgãos públicos, esta a razão os Chefes de Estado ou Chefes de Governo nos Estados Unidos, França, Alemanha, etc., tenham suas

²¹² Art. 37 (...)§ 1º A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

fotos divulgadas por respeito institucional e informação aos cidadãos para tornar visível a imagem daqueles que os governam.

Um recente caso parece querer excepcionar isto no Brasil. A despeito de também termos tradição de divulgar fotos de Presidente, governadores e prefeitos, o prefeito de Paranatinga/MT, teve de retirar, por “recomendação” do Ministério Público estadual, todas as fotos oficiais que estejam nos órgãos públicos do município. Neste caso a alegação é que estaria violado o princípio da economicidade por ser gasto inútil à municipalidade e ônus ao erário.²¹³

Aqui percebemos não se tratar (ainda) de ação de improbidade, mas de “recomendação” que se não for seguida implicará no aforamento de ação de improbidade. Trouxemos este caso também para ilustrar que pretensas “recomendações” — que na prática nada tem de facultativas — também constituem grave disfuncionalidade do controle externo e estão sendo utilizadas pelo Ministério Público para pressionar e comandar as chefias do executivo caso não se curvem à sua vontade.

Novamente trata-se da exigência da “síndrome do avestruz” ao gestor público, vedando possa ter seu retrato oficial divulgado nos órgãos públicos. Segundo o Ministério Público, a colocação de fotos oficiais do agente público nas repartições, constitui ato de improbidade por alegada violação a princípios constitucionais e dano ao erário.

4.2.4.3 Casos de aplicação do dano *in re ipsa* pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ

O caso ora trazido visa ilustrar que nem sempre as condenações disfuncionais por improbidade administrativa estão na esfera do pitoresco. Inúmeros ministros do Superior Tribunal de Justiça – STJ aplicam o conceito de dano *in re ipsa*, cuja incidência parte da premissa que a mera ilegalidade (que em muito difere de improbidade), já seria suficiente para produzir dano, ainda que sequer tenha sido demonstrado o efetivo prejuízo erário.

Trata-se da condenação por improbidade por frustração ao procedimento licitatório por contratação irregular de empresa prestadora de serviços. Diante da irregularidade na contratação a premissa é que deixou de contratar-se a melhor proposta (ainda que hipotética), ensejando assim o dano *in re ipsa*, que decorre da própria ilegalidade da contratação, descabendo, inclusive comprovação de superfaturamento ou má-prestação dos serviços contratados. O caso

²¹³ Integra da matéria jornalística que divulgou o caso está disponível em: <<http://www.pnbonline.com.br/politica/fotos-de-prefeito-colocadas-em-orgaos-publicos-terao-de-ser-retiradas/38529>> Acesso em 14 de outubro de 2018.

foi apreciado pelo STJ no AgInt no REsp 1598594/RN, Rel. Min. Sérgio Kukina, j. em 21.06.2018.²¹⁴

O caso em exame trata do dano decorrente da frustração do procedimento licitatório, que em tese evidenciaria conduta no mínimo culposa (sem indicar qualquer gravidade nesta culpa), atraindo a incidência do art. 10 da LIA e a conseqüente condenação por improbidade administrativa.

O problema é que aos olhos dos tribunais brasileiros frustrar a licitude do processo licitatório (art. 10, VIII, da Lei de Improbidade) é algo bastante fácil, bastando condutas culposas, por vezes não exigindo-se a necessária culpa grave. Para proceder-se tais condenações já é suficiente a mera presunção do dano, pouco importando se houve dano econômico mensurável, eis que dano *in re ipsa* é presumível, em equívoca confusão entre mera ilegalidade e improbidade.

O dano *in re ipsa* tem sido utilizado como ferramenta para tipificar no art. 10 (que literalmente admite condutas culposas no seu *caput*), condutas que poderiam ser enquadradas no art. 11 (que exigem apenas dolo) de modo a permitir a condenação por improbidade pretensamente culposa, por uma culpa presumida.

Como já tivemos oportunidade de explicitar neste texto, o tema da licitação pública é um tema maldito para o agente público. Tal qual o rei Midas, basta que o prefeito municipal “toque” num procedimento licitatório que tudo se transforma, em vez de ouro, em improbidade. Os temas envolvendo condenações por improbidade em licitações públicas são tão numerosos que apenas o gestor mais incauto, inocente ou desavisado tem coragem de proferir qualquer decisão neste assunto.

²¹⁴ O acórdão foi assim ementado: “ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. FRAUDE EM PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. DANO IN RE IPSA. ART. 10 DA LIA. ELEMENTO SUBJETIVO CULPOSO. CARACTERIZAÇÃO. 1. Nos casos em que se discute a regularidade de procedimento licitatório, a jurisprudência desta Corte é no sentido de que a contratação irregular de empresa prestadora de serviço gera lesão ao erário, na medida em que o Poder Público deixa de contratar a melhor proposta, dando ensejo ao chamado dano *in re ipsa*, decorrente da própria ilegalidade do ato praticado, descabendo exigir do autor da ação civil pública prova a respeito do tema. Trata-se de dano jurídico derivado de previsão legal expressa, não dependente, portanto, da comprovação de que houve superfaturamento ou má-prestação do serviço ora contrato. [...]. 3. Para haja condenação pela prática de ato administrativa que causa lesão ao erário, é suficiente a existência de ação ou omissão do agente público capaz de causar, ainda que involuntariamente, resultado danoso ao patrimônio público, o qual poderia ter sido evitado caso tivesse empregado a diligência devida pelo seu dever de ofício. 4. No caso dos autos, restaram claramente demonstrados a frustração do procedimento licitatório (com o conseqüente prejuízo ao erário) e conduta no mínimo culposa da recorrente, o que, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é suficiente para caracterizar o ato de improbidade administrativa de que trata o art. 10 da Lei nº 8.429/92. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no Recurso Especial n. 1.598.594/RN. 9a Câmara de Direito Público. Rel. Sérgio Kukina. Brasília. Julgado em 21 de junho de 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=68457913&num_registro=201601208186&data=20180628&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 22 de outubro de 2018.

No último Capítulo ao tratarmos das estratégias de fuga da responsabilização (*estratégias de atuação* na subespécie: *delegação*), o ideal é que o prefeito municipal sempre delegue tais tarefas a servidores efetivos, no máximo permitindo que secretários municipais possam deflagrar ou homologar o certame, mas nunca fazê-lo pessoalmente. De preferência, o recomendável é que os chefes dos executivos municipais sequer visitem ou dialoguem com as Comissões Permanente de Licitação ou Pregoeiros, tudo visando manter-se em distância segura de uma das maiores causas de condenação por improbidade no Brasil.

As condenações por dano *in re ipsa* estão cada vez mais frequentes no Brasil, sendo muito preocupante o seu incremento nos tribunais. O caso acima citado é apenas um exemplo entre centenas Brasil afora, e serve para ilustrar que estamos diante de uma escalada de condenações nesta matéria, trazendo alta disfuncionalidade nas condenações por improbidade administrativa.

4.2.4.4 O caso de condenação por cegueira deliberada

A teoria da cegueira deliberada ou intencional (*willful blindness doctrine*) teve sua origem na Inglaterra (*Regina v. Sleep*) e foi incorporada a doutrina estadunidense, onde é aplicada. Pela cegueira deliberada, o agente coloca-se, conscientemente em situação de ignorância, de modo a evitar seja verificada a ilicitude da sua conduta, mantendo-se, intencionalmente, em estado de ignorância.

Bem percebe-se que tal teoria fornece a flexibilidade necessária para determinar a responsabilidade penal ou por improbidade, mas em nosso sistema romanístico esbarra em diversos limites normativos quer do Código Penal (responsabilidade subjetiva prevista no art. 18 do CP), quer da Lei de Improbidade Administrativa (que de modo incontroverso exige dolo nas hipóteses do art. 9º e 10 da LIA). No plano da aplicação da Lei 8.429/92 a cegueira deliberada possibilita a “improbidade hermenêutica” imputando-se ao agente o dever de conhecer fatos que por vezes desconhece, ou de alegar-se que deixou de tomar as cautelas necessárias em sua decisão.

Nesse particular, representa grande perigo a figura do *administrador médio* inspirado na vetusta e superada noção de *homem médio*, que efetivamente não existe no mundo fenomênico, eis que o que existe — parafraseando Ortega y Gasset — é o *homem circunstancial* que age dentro do contexto de um caso concreto e não diante de uma figura abstrata e idealizada de *administrador médio*.

A teoria da cegueira deliberada, está sendo transplantada do sistema da *common law* para *civil law*, e ainda adaptada do Direito Penal para as ações de improbidade, empolgando inúmeros magistrados e tribunais. Veja-se, por exemplo, a decisão da 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação Cível 0009252-56.2010.8.26.0073, Rel. Des. Rebouças de Carvalho, Julgado em: 09/04/2014.²¹⁵

No caso em tela o Ex-Prefeito de Avaré/SP alegadamente contratou Empresa com o alegado fito de evitar o procedimento licitatório por contratação por Termo de Parceria com OSCIP, além de suposta ocorrência de superfaturamento na prestação dos plantões médicos. A premissa é que como houve aumento de 70% dos valores do contrato, em cotejo com os valores praticados anteriormente, utilizou-se da teoria da cegueira deliberada, eis que os mesmos médicos já contratados no passado não teriam como “não perceber o superfaturamento praticado com a nova contratação”.

Independentemente do acerto ou desacerto do decidido, o que preocupa é a adoção de teorias esdrúxulas ao nosso sistema, em vez de utilizar-se de categorias já conhecidas e abrigadas em nosso direito positivo (dolo ou culpa). Sem adentrar nas peculiaridades do caso, nada impediria que a condenação ocorresse desde que demonstrado o dolo dos acusados, sem necessidade de socorrer-se da teoria da cegueira deliberada, que em última análise visa apenas aumentar os tentáculos punitivistas em sede de improbidade administrativa.

4.2.4.5 O Caso do Prefeito condenado por adotar o lema: “SP cidade linda”

A primeira coisa que queremos destacar neste caso é que a jurisprudência de há muito vem entendendo ser improbidade administrativa a adoção de *slogans* para identificar uma Administração. De fato, não causa surpresa a referida condenação, posto que sabidamente ao se adotar frases de efeito que marcam a gestão de certo político, corre-se risco de condenação por improbidade. Então, por que dizer que este caso é algum tipo de condenação absurda por improbidade? Por que é.

Em qual país do mundo poderíamos dizer que adotar-se uma frase ou *slogan* de efeito para identificar a gestão de um político seria algo ilegal? Se o Judiciário brasileiro enfrenta esta temática com placidez, isto não nos exime de criticar o absurdo de tal entendimento e criticar que tal fato venha a ser improbidade.

²¹⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação n. 0009252-52.2010.8.26.0073. 9ª Câmara de Direito Público. Rel. Rebouças de Carvalho. São Paulo. Julgado em 02 de julho de 2014. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=7487515&cdForo=0>>. Acesso em 21 de outubro de 2018.

O caso em exame foi a condenação pela 11ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo do Ex-Prefeito João Doria à perda dos direitos políticos por quatro anos em sede de ação de improbidade. A sentença ainda sujeita a recurso acusou referido político de promoção pessoal indevida ao utilizar o slogan: *SP Cidade Linda*. Guardadas as devidas proporções, é como condenar o prefeito de New York em cuja gestão tenha surgido a frase: “I love NY”. É bem verdade que a origem deste logo não se deu por iniciativa do Prefeito de New York, mas por iniciativa do Departamento de Comércio que contratou a agência Wells Rich Greene, cabendo ao designer Milton Glaser desenvolvê-lo.

Nada mais politicamente legítimo que identificar uma gestão e suas prioridades de governo que uma frase. Se isto de algum modo identifica a gestão de um político, qual o problema? Ora, o problema é que em face do “complexo de avestruz” não é permitido aos políticos brasileiros identificarem sua gestão com algum mote ou *slogan* que traduza o próprio plano de governo apresentado nas urnas e chancelado pelo eleitor. Sem dúvida isto é surreal.

4.2.4.6 O Caso de improbidade por uso de 14 folhas de papel timbrado

Os excessos em matéria de improbidade, por vezes violam a mais comezinha ideia do princípio da insignificância, não raro movendo a máquina estatal em quantias vultosas por ninharias. Aliás, fôssemos quantificar os custos de um processo de improbidade que compreendesse o valor dos subsídios de promotores e juízes proporcionalmente ao tempo que se dedicam ao caso, a estrutura do Judiciário e custo dos seus servidores auxiliares, e se ainda considerássemos os custos privados da defesa do acusado, ficaríamos absolutamente alarmados com o custo total de um processo por improbidade administrativa.

É bem verdade que em matéria de improbidade não podemos nos limitar a apenas a uma relação de custo-benefício, mas de observância de princípios constitucionais e da probidade como valor abrigado no direito positivo e desde que referenciado em regras jurídicas concretas de observância cogente pelo agente público. Todavia, isto não exime que ignoremos por completo a ideia de custos do controle e da irrazoabilidade em movimentar a máquina estatal na busca de ressarcimento de quantias ou bens irrisórios.

Exemplo disso foi a já mencionada Apelação Cível nº 70011242963 julgada pela Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul²¹⁶, que manteve a absolvição do

²¹⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação n.70011242963. 4ª Câmara de Direito Público. Rel. Araken de Assis. Porto Alegre. Julgado em 25 de maio de 2005. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fno_me_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%2>

Vereador da Câmara de Novo Hamburgo por utilizar 14 folhas de papel timbrado e de serviço de assessoria jurídica da edilidade, por realizar defesa prévia em outra ação de improbidade.

A decisão do TJ/RS acertadamente entendeu que incidiria o princípio da insignificância, eis que o custo de 14 folhas de papel timbrado seria absolutamente irrelevante, além de que o referido advogado da Câmara não estaria impedido de atuar em prol dos vereadores de modo privado, além do que, a defesa institucional do seu presidente não seria incompatível com as atribuições do seu cargo, afastando assim qualquer improbidade administrativa.

Este precedente é significativo por trazer à lume que questões absolutamente ridículas e juridicamente irrelevantes, não podem justificar gastos e custos exorbitantes inerentes à mera propositura das ações de improbidade. Ademais, alerta para outra questão que reiteradamente é apreciada pelo Judiciário. Trata-se do gasto com defesa patrocinada pelo ente público quando o ato foi praticado no exercício da função pública, reiteradamente deixa o agente público em situação kafkaniana. Ao mesmo tempo que tem o direito de ver-se defendido pelo próprio órgão público (afinal, apenas responde por improbidade por ter atuado em nome da Administração Pública), vê-se compelido a pagar advogados do próprio bolso para não sofrer uma segunda ação de improbidade.

Outro caso similar — desta vez pelo uso de 05 (cinco) folhas de papel timbrado — também levaram a absolvição do Prefeito do Município de Gravataí/RS na Apelação nº 70006239339. Neste caso ficou demonstrado que os atos praticados pelo procurador do município em defesa na Ação de Investigação Judicial Eleitoral deram-se por equivocada intimação do Cartório Eleitoral ao Município e não a pessoa física do prefeito. A Ação de Investigação Judicial Eleitoral teve seus atos posteriormente conduzidos por defesa privada do prefeito municipal²¹⁷

Uma vez tratadas as principais disfuncionalidades nas ações de improbidade, vamos apontar alguns importantes problemas na responsabilização dos agentes públicos pelos

6id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70011242963%26num_processo%3D70011242963%26cod Ementa%3D1103737++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70011242963&comarca=Novo%20Hamburgo&dtJulg=25/05/2005&relator=Araken%20de%20Assis&aba=juris> Acesso em 22 de outubro de 2018.

²¹⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação n.70006239339. Vigésima Segunda Câmara Cível. Rel. Mara Larsen Chechi. Porto Alegre. Julgado em 30 de setembro de 2003. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fno me_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70006239339%26num_processo%3D70006239339%26cod Ementa%3D737856++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70006239339&comarca=GRAVATAI&dtJulg=30/09/2003&relator=Mara%20Larsen%20Chechi&aba=juris> Acesso em 22 de outubro de 2018.

tribunais de contas, cujas decisões tem alcançado cada vez mais impacto e expansão. Procuramos elencar alguns aspectos que nos parecem relevantes bem compreender os riscos de estar sujeito à prestação de contas na condição de ordenador de despesas, administrador ou responsável perante as cortes de contas.

4.3 AS DISFUNÇÕES NOS TRIBUNAIS DE CONTAS

4.3.1 Considerações acerca da composição dos tribunais de contas no Brasil e seus reflexos no controle externo

Os Tribunais de contas cada vez mais exercem seu controle externo sobre os órgãos administrativos, agentes públicos e mesmo pessoas privadas que manejam bens e dinheiros públicos. Desde logo, destacamos sua importância como órgão constitucional autônomo orientador e fiscalizador da base da contabilidade pública brasileira²¹⁸, dos procedimentos licitatórios, do regime de pessoal do serviço público etc. Não fossem os tribunais de contas, a Administração Pública brasileira, tão carente de formação técnica, estaria ainda mais perdida.

Ainda em prol das cortes de contas, é importante que se diga que são os órgãos de controle externo mais deferentes para com a Administração Pública. Efetivamente, a postura dos tribunais de contas é de orientar o gestor e, a despeito do rigor desmedido do controle externo brasileiro, as cortes de contas por vezes colocam-se no lugar do gestor ao decidir, de

²¹⁸ Como já tivemos oportunidade de asseverar: “O Texto Constitucional de 1988 conferiu atribuições e prerrogativas especialíssimas aos tribunais de contas, para exercerem com autonomia suas funções. Não é nosso objetivo elencar minudentemente todas as alterações introduzidas pelo constituinte, mas apenas destacar as mais importantes para o incremento do plexo de suas competências. A novel Constituição trouxe competências antes nunca vistas, como a possibilidade de examinar não apenas a legalidade, mas a legitimidade e a economicidade na fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, *ex vi*, do art 70, da Constituição da República. Com isso, não apenas a legalidade em sentido estrito poderá ser examinada, mas, sim, seu aspecto mais lato, o próprio princípio da juridicidade passa ser observado, para que a fiscalização incida sobre a razoabilidade e a proporcionalidade da despesa feita pelo responsável por bens ou dinheiros públicos. Não obstante isso, o parágrafo único do artigo 70 da CR prescreve: ‘Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária’ (nova redação dada pela EC n° 19/98). Esse dispositivo ampliou notavelmente o leque de fiscalização externa do Tribunal de Contas, já que qualquer pessoa que ‘toque’ em dinheiro público, privada ou não, ficará sujeita à prestação de contas. O art. 71, I, da CR manteve a tradicional função de elaborar o parecer prévio das contas anuais do chefe do Poder Executivo; O art. 71, II, da CR a possibilidade do julgamento administrativo, das contas dos ‘administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;” (SANTOS, 2006, 49-51).

certa forma antecipando o que foi consagrado e tornado cogente pelo art. 22, *caput* e parágrafo primeiro da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB.²¹⁹

Por vezes os atos administrativos fiscalizados pelos tribunais de contas frequentemente implicam apenas em multa aos gestores. Estes mesmos atos analisados sob o crivo das ações de improbidade propostas pelo Ministério Público e julgadas pelo Poder Judiciário, podem resultar em sanções por vezes mais gravosas com repercussões nos direitos políticos fundamentais dos agentes públicos. Por melhor conhecerem o cotidiano da administrativa brasileira, os tribunais de contas tendem a melhor compreenderem a realidade e as dificuldades pelas quais passam os gestores brasileiros.

A causa desta postura, em nossa opinião, está diretamente relacionada àquilo que normalmente se aponta como pecado, mas que para nós é “virtude”. Trata-se do modo de composição das cortes de contas no País. Em vez de um “pecado original” temos uma “virtude original”. Por paradoxal que possa parecer é graças às indicações políticas para conselheiros e ministros dos tribunais de contas, que temos poderoso filtro contra os excessos do controle meramente formal e acentuadamente burocrático, por vezes desconectado da realidade administrativa.

Isto sucede porque as indicações políticas na composição das cortes de contas normalmente recaem entre parlamentares que de regra já exerceram chefias do poder executivo, ou mesmo já ordenaram despesas públicas, de modo que conhecem “na própria carne” os dissabores de ser gestor público no Brasil. Mas não é apenas isto. É próprio dos agentes públicos que já exerceram atividade política primaram pelo diálogo. O mesmo sucede quando assumem a função de conselheiro ou ministro; continuam a dialogar com os agentes públicos e sua “visão de mundo” faz com que procurem entender as dificuldades do gestor e porque decidiram deste ou daquele modo, o que é extremamente salutar para atividade controladora.

Por certo que atividades pouco republicanas, fisiologistas e clientelistas, merecem nossa reprimenda. Tampouco temos por fito negar que tais práticas não ocorram nos tribunais de contas. O que estamos a dizer é que a visão de mundo de quem já exerceu a função de ordenador de despesas e esteve sujeito ao controle, é absolutamente fundamental para que se possa exercer atividade controladora e que as indicações políticas para os tribunais de contas não são algo indesejável, mas podem ser salutares ao sistema.

²¹⁹ 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 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.

Esta perspectiva, ainda que com muitas distinções, encontra certo contraponto no *Conseil d'Etat* francês. Para o criterioso ingresso no Conselho de Estado — que tem por tradição arregimentar a fina flor da burocracia francesa — é frequente que seus integrantes serem convocados²²⁰ para atuar no Executivo, exercendo ordenação de despesas públicas, consequentemente sujeitos à atividade controladora. Pensamos ser correta a percepção que se controlador sabe o que é ser controlado, exercerá de modo mais adequado suas funções, afinal, correto que ninguém possa aplicar sanções administrativas apenas com uma “óptica de gabinete”, desconectada do mundo real.

Também é necessário esclarecer que nem todas as indicações para os tribunais de contas recaem sobre agentes políticos ou integrantes externos. Com efeito, no modelo existente, certo número de conselheiros já recai sobre os que prestam concurso público. Nos tribunais de contas dos estados e municípios, dentre as vagas dos conselheiros, ao menos duas recaem necessariamente entre os que ocupam função vinculada às cortes de contas e que exigem concurso público. Tratam-se das vagas obrigatoriamente ocupadas entre os Auditores ou Conselheiros Substitutos e a vaga destinada ao Ministério Público junto aos tribunais de contas, que integram o quórum dos referidos sodalícios. O mesmo sucede para o Tribunal de Contas da União, onde há uma vaga para o membro do Ministério Público e outra para o cargo de Auditor.

Outro fator importante a imprimir maior influência dos quadros de servidores efetivos no julgamento de contas ou mesmo apreciação de contas anuais, decorre do fato que há inúmeros conselheiros substitutos nos tribunais de contas em todo País, que participam ativamente na propositura de votos que de regra são observados pelos integrantes das cortes de contas, fator fundamental e pouco mencionado quando se pretende reformular a política de ingresso nas vagas de conselheiros substitutos nos tribunais de contas dos estados ou municípios e ainda dos ministros substitutos no âmbito do TCU.

Pensamos que graças a esta forma de composição mais plural e heterogênea que os tribunais de contas podem contar (ainda que nem sempre) com uma visão mais deferencial ao

²²⁰ Descrevendo as atribuições e peculiaridades do Conselho de Estado Francês ao ter seus integrantes frequentemente chamados para ocupar cargos na administração francesa, elucida François Gazier: “Enfim, a esta atividade que desenvolve o Conselho de Estado enquanto instituição se acrescenta outra, também muito importante, exercida por seus membros a título individual. Além de participarem dos trabalhos do Conselho nas seções administrativas e na Seção do Contencioso eles exercem, também, toda uma gama de funções de assessoramento na administração e, sobretudo, presidem a um número considerável de comissões, júris, grupos de estudo e de trabalho. Enfim, valendo-se, amplamente, da previsão estatutária da agregação, eles representam para o governo um contingente de altos funcionários polivalentes, sempre disponíveis para ocupar temporariamente postos de responsabilidade na administração ativa, gabinetes ministeriais, cargos de direção ou de inspeção, missões internacionais, etc.” (GAZIER, 1984, p. 66).

administrador. Isto não impede que possamos repensar o modelo, trazendo inovações e mecanismos para elevar a qualidade técnica dos integrantes das cortes de contas.

Claro que também não ignoramos os riscos decorrentes da composição mais política das cortes de contas, notadamente na deficitária formação técnico-jurídica dos conselheiros e ministros, bem como no próprio conceito de “visão política”, pois se de um lado temos maior deferência com os gestores por parte dos conselheiros e ministros com experiência na política, também estes mesmos gestores podem estar sujeitos a uma carga político-decisória que extrapolam as questões jurídicas em jogo.

De toda sorte, entre a certeza das condenações por uma visão tecnocrata, pouco deferente e, porque não dizer, *indiferente* às dificuldades administrativas do gestor público ou as razões que lhe levaram a decidir, e, de outra banda, em face das incertezas decorrentes de uma análise mais “politizada” dos processos de contas, mas que ao menos considere concretamente a tomada de decisão pelo administrador, ao menos na última há alguma chance do gestor fazer valer seu ponto de vista.

A conclusão que chegamos acima é bastante preocupante. Quando o Direito dissolve-se no ar e não se mostra mais suficiente para resolver tecnicamente os problemas que deveria resolver; quando a insegurança jurídica passa a ser a regra e não a exceção; o natural é que se apele cada vez mais à esfera da política para solução das controvérsias, seja no Judiciário, seja nos tribunais de contas.

Mas este cenário mais deferencial do controle exercido pelos tribunais de contas, nem sempre acontece. Nos últimos anos assistimos a uma crescente interferência dos tribunais de contas no exercício de função administrativa²²¹, especialmente com a expansão de seu poder geral de cautela, o que passa a gerar considerável risco e medo no gestor público, de modo que doravante iremos elencar quais os aspectos que nos parecem mais relevantes como produtores de insegurança jurídica, disfunções, e, conseqüentemente, medo.

²²¹ Destacando o aumento desta interferência, assevera Eduardo Jordão: “No contexto do esgarçamento progressivo, pelo Tribunal de Contas da União, das competências que lhe atribuiu a Constituição, esta preocupação é frequente. No nosso ordenamento jurídico, a instituição à qual caberia, eventualmente, impor limites ao TCU é o Supremo Tribunal Federal. Estes embates institucionais são politicamente sensíveis e envolvem muito mais do que o mero exame de competências normativas. Mas a julgar por algumas movimentações recentes, o STF parece disposto a enfrentá-lo. Nos últimos meses, pelo menos três rumores decisões liminares chamaram a atenção: (i) em 19 de agosto, a ministra Carmen Lúcia suspendeu decisão do TCU que multava advogado parecerista por licitação considerada irregular; (ii) em 7 de junho, a ministra Rosa Weber suspendeu os efeitos de decisão do TCU que estabeleceu a obrigatoriedade de a OAB prestar-lhe contas e submeter-se à sua fiscalização; (iii) em 3 de maio de 2019, o ministro Marco Aurélio acolheu o pleito do governador do Distrito Federal para determinar que a União se abstinhasse de reter o Imposto de Renda Retido na Fonte de policiais e bombeiros do DF, tal como havia sido determinado pelo TCU. Decisões fortes e relevantes, prolatadas por ministros diferentes, que compartilham a intuição de que o TCU vem extrapolando as suas competências” (JORDÃO, 2019).

4.3.2 As presunções de responsabilidade civil dos ordenadores primários, autoridades ou responsáveis nos tribunais de contas

A primeira e talvez a mais grave das disfuncionalidades no âmbito dos tribunais de contas está nas presunções de responsabilidade civil dos gestores públicos, não se individuando corretamente a cadeia causal de responsabilização, nem tampouco individuando de modo adequado a responsabilidade de cada um dos envolvidos.

Simplesmente parte-se da premissa que há responsabilidade de determinado agente público em face de sua posição funcional e hierárquica, na pressuposição que teria obrigação e responsabilidade em ressarcir o erário por alegada obrigação e dever de agir de modo onisciente que não encontra contraponto no mundo real.

A distinção entre *obrigação* e *responsabilidade* (DANTAS, 1978) ²²² é bem lembrada por Mauro Roberto Gomes de Mattos, que assevera que a *obrigação* é um dever jurídico originário e a *responsabilidade* um dever jurídico sucessivo, decorrente da violação do primeiro, sendo que o dever de recompor o erário apenas surge quando há o descumprimento daquele dever originário (MATTOS, 2019).

De regra os tribunais de contas acabam por impor responsabilidade objetiva ao gestor público, partindo da premissa que por ser ordenador de despesa, deva, necessariamente, defluir sua responsabilidade civil. Sua obrigação originária acaba por transmutar-se, automaticamente em responsabilidade.

Todavia, a responsabilidade a incidir na espécie é sempre a responsabilidade civil subjetiva, que demanda i) ação ou omissão estatal; ii) dano; iii) nexo causal e iv) dolo ou culpa do agente.

A conceito de ordenador de despesas é bem fixado por Hélio Mileski:

(...) ordenador de despesa é o agente público com autoridade administrativa para gerir dinheiros e bens públicos, de cujos atos resulta dever de prestar contas, submetendo-se, por isso, ao processo de tomada de contas, para fins de julgamento perante o

²²² Conforme clássica lição de San Tiago Dantas: “A obrigação tem dois momentos: o primeiro, que é o que se pode chamar o momento da obrigação; o segundo, é o momento da responsabilidade. Se existe uma obrigação, quer dizer, se existe um vínculo entre devedor e credor e que espera o credor que o devedor pratique um ato em seu benefício, neste momento, está certa a teoria acolhida, por exemplo, pelo De Ruggiero, porque é um vínculo que dá ao credor o direito de esperar um determinado ato da parte do devedor. Mas, eis que este débito não é cumprido e verifica-se a lesão do direito pelo inadimplemento da obrigação, que ocorre então? Nasce um segundo vínculo, que tem como titular o mesmo credor e que, agora, se estabelece não em relação a um certo ato do devedor, mas em relação ao seu patrimônio. O credor, agora, fica armado do direito de entrar no patrimônio do devedor para buscar os bens necessários à satisfação do seu crédito. Vê-se que as duas teorias estão certas e precisa-se, apenas, harmonizá-las. No direito moderno, obrigação e responsabilidade, estão intimamente ligados. São momentos que se sucedem, mas sempre em relação ao mesmo vínculo obrigacional.” (DANTAS, 1978, p. 22).

Tribunal de Contas.” (...) Ordenador de despesa originário ou principal é autoridade administrativa que possui poderes e competência, com origem na lei e regulamentos, para ordenar as despesas orçamentárias alocadas para o Poder, órgão ou entidade que dirige. Como se trata de autoridade principal, cujas competências e atribuições se originam da lei, o seu poder ordenatório é originário, cujo exercício cabe tão-somente a ele. (...) Ordenador de despesa derivado ou secundário é aquele com competências e atribuições derivadas do Ordenador originário, por isso, podendo ser chamado também de secundário. Ordenador de despesa derivado assume esta circunstância mediante o exercício de função delegada ou por ter exorbitado das ordens recebidas. (MILESKI, 2003, p. 122-123).

Portanto, o ordenador de despesas detém competência para ordenar despesas orçamentárias nos termos do art. 80 do Decreto-Lei nº 200/1967, mas disso não se pode inferir, necessariamente, sua responsabilidade, pois salvo conivência não é responsável pelos prejuízos ao erário com relação aos atos praticados por seus subordinados, que exorbitem ordens recebidas.²²³

Lícito concluir a partir do DL 200/1967 que a mera aposição de assinatura ou prática de ato que resulte em emissão de empenho, autorização de pagamento ou suprimento de dispêndio que gerem prejuízos causados por subordinados, não devem redundar em responsabilização automática do ordenador de despesas. Para tanto, necessário que o ordenador de despesa tenha atuado no plano da reponsabilidade subjetiva de maneira dolosa ou com erro grosseiro (art. 28 da LINDB) para que possa ser responsabilizado.

Além disso, a mera culpa simples na atual dicção da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, não é suficiente para responsabilização do agente público que atue na condição de ordenador de despesas. É necessário que tenha agido com dolo ou culpa grave no processo de tomada de decisões, devendo certos erros serem absorvidos ou tolerados pela Administração Pública.

O conceito de *ordenador de despesas* é menos amplo que o de *autoridade ou responsável*, pois a ideia de autoridade ou responsável²²⁴ implica não apenas realizar despesas,

²²³ Vejamos a dicção do disposto no art. 80 do DL 200/1997: Art. 80. Os órgãos de contabilidade inscreverão como responsável todo o ordenador da despesa, o qual só poderá ser exonerado de sua responsabilidade após julgadas regulares suas contas pelo Tribunal de Contas. § 1º Ordenador de despesas é toda e qualquer autoridade de cujos atos resultarem emissão de empenho, autorização de pagamento, suprimento ou dispêndio de recursos da União ou pela qual esta responda. § 2º O ordenador de despesa, salvo conivência, não é responsável por prejuízos causados à Fazenda Nacional decorrentes de atos praticados por agente subordinado que exorbitar das ordens recebidas.

²²⁴ Acerca desta diferenciação, calham as considerações de Hélio Mileski: “Autoridade ou responsável por dinheiros, bens e valores públicos envolve a responsabilidade mais ampla que a ordenação e de despesas, na medida em que abrange não só a realização de despesas, mas também a arrecadação da receita e todos os demais atos ou funções que possam ser caracterizados como fatores de utilização, arrecadação, guarda, gerência ou administração de dinheiros, bens e valores públicos, submetendo-se também à obrigação constitucional de prestar contas, por meio do processo de tomada de contas, cuja competência de julgamento pertence ao Tribunal de Contas.” (MILESKI, 2003, p. 129).

mas sua arrecadação, guarda ou gerência de dinheiros públicos, aplicação da legislação de regência nas questões em que é instado a decidir.

O exercício da função de ordenar despesas públicas, especialmente quando realizado por agentes políticos que por sua própria natureza e origem raramente têm a expertise técnica para realizar controle interno, e cuja assimetria de informações dificilmente lhes dá domínio ou mesmo responsabilidade em temas como licitação ou servidores públicos, implica na necessidade de se apurar a responsabilização de servidores que atuam diretamente com estas áreas, não sendo jurídica a responsabilização destas autoridades pelo simples fato de estarem na cúspide hierárquica da Administração Pública.

É muito frequente a absoluta inexistência denexo causal entre a atuação formal do ordenador de despesas, autoridade ou responsável, cuja atividade é meramente homologatória de decisões ou orientações tomadas por subordinados, inexistindo nexode causalidade adequada ou imediata entre a prática destes atos e eventuais danos deles decorrentes, sendo necessário perquirir da responsabilidade de cada qual.

No entanto, uma das grandes disfuncionalidades dos processos de tomada de contas especial nos tribunais de contas, é partir da premissa que o mero fato da autoridade ou responsável ter atuado formalmente na homologação prática de atos de seus subordinados, faria emergir uma espécie de responsabilidade objetiva, vedada por nosso ordenamento, imputando automaticamente a esta autoridade a prática de atos ilícitos por mera ilação.

No caso das empresas estatais, a questão da individualização de responsabilidades fica ainda mais complexa, porquanto a assunção de riscos leva naturalmente a danos que poderiam ser enquadrados como antieconômicos. O art. 58, III da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União – TCU, permite a aplicação de multa por: “*ato de gestão ilegítimo ou antieconômico de que resulte injustificado dano ao erário*.”²²⁵

Como trataremos no Capítulo seguinte, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, veio a impor uma nova lógica no plano da responsabilização do gestor que não mais se condiz com responsabilização automática de certas autoridades, sendo necessário

²²⁵ Como bem destacam Frederico Yokota Choucair Gomes e Paulo Roberto Lassá de Oliveira: “Na Lei Orgânica do TCU há previsão de gradação na aplicação de multas, de acordo com a classificação de cada ato lesivo ao erário. Menciona-se no artigo 58, inciso III da Lei Orgânica, o “ato de gestão ilegítimo ou antieconômico de que resulte injustificado dano ao erário”. Ou seja, há previsão de aplicação de sanção não apenas por atos que representem enriquecimento ilícito de agentes, obtenção de vantagens pessoais ou infração a normas contábeis e financeiras, mas sim atos de gestão antieconômicos, referindo-se à própria tomada de decisões empresariais equivocadas no âmbito da atividade empresarial. Essa questão é central, tendo em vista que o exercício da atividade empresarial pressupõe a assunção de riscos, por vezes imprevisíveis, dos quais pode resultar dano ao erário e a consequente caracterização como gestão antieconômica. Separar o que é ato lícito na condução da companhia, e o que é ato ilícito por ser antieconômico é um desafio a ser enfrentando de acordo com o caso concreto. (GOMES; OLIVEIRA, 2016, p. 62).

identificar, não apenas se agiu com dolo ou culpa grave, mas igualmente as circunstâncias fáticas que levaram a decisão, além de ser necessária a individualização da responsabilidade de cada um dos agentes públicos envolvidos.

4.3.3 A falta da defesa técnica

Outra importante disfunção que *deveria* gerar medo nos administradores em relação às suas decisões das cortes de contas é a falta da obrigatoriedade da defesa técnica. Dizemos *deveria*, porque não raro o gestor não tem nenhum medo de fazer a própria defesa. Mas esta ausência de medo é tributária à sua ignorância. Uma vez sinta o peso da condenação, tomará consciência do elevado risco a que está submetido por ordenar despesas públicas e de não ter contratado adequada defesa técnica.

Desde o julgamento da Súmula Vinculante nº 5/2008 do Supremo Tribunal Federal, restou pacificado que nos processos administrativos não é necessária de defesa técnica, ou seja, a defesa realizada por advogado.

Antes de adentrarmos nos aspectos intrínsecos da ausência ou insuficiência de defesa técnica nos processos administrativos de contas, valhamo-nos de um breve panorama do tema no âmbito administrativo, a fim de expurgar eventuais insurgências quanto ao aqui defendido, especialmente após o advento da Súmula Vinculante nº 5 do STF.

Há muito que no Brasil a melhor doutrina vinha e vem defendendo a necessidade de defesa técnica nos processos administrativos. Na verdade, a expressiva maioria dos administrativistas defendem a incidência e necessidade da defesa técnica nos processos administrativos²²⁶.

Na esteira destes entendimentos foi que o STJ editou a Súmula 343, que assim reza: "é obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar".

Com efeito, o STJ sensível às graves consequências dos processos administrativos, notadamente os de índole disciplinar, sabedor da importância de uma defesa técnica e dos elevados bens e interesses jurídicos em jogo no âmbito administrativo, condensou o que melhor havia na doutrina e impôs através da Súmula 343 a obrigatoriedade da defesa técnica na seara administrativa.

²²⁶ A exemplo de Odete Medauar (MEDAUAR, 1993b); Romeu Felipe Bacellar Filho (BACELLAR FILHO, 2012) e Egon Bockmann Moreira (MOREIRA, 2000).

Para surpresa dos juristas, em menos de um ano, o Supremo Tribunal Federal, editou a Súmula Vinculante nº 05, com a seguinte tese: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”

Sem querer adentrar por demais nas razões que levaram o Supremo a retroceder na matéria, o fato é que as estatísticas já apontavam que milhares de processos disciplinares estavam na iminência de ter sua validade questionada judicialmente, justamente pela falta de defesa técnica, fato este que, somado a outras razões econômicas e jurídicas, certamente propiciaram a súbita mudança de rumo na matéria.

O tema foi revisitado pelo Plenário do STF em 30 de novembro de 2016, atendendo pleito da Ordem dos Advogados do Brasil, que submeteu a questão a Corte Constitucional, visando o cancelamento da Súmula Vinculante nº 5. O foco foi especialmente a defesa técnica no âmbito dos processos disciplinares. Por maioria de 6 votos a 5 (lembrando que seriam necessários 2/3 dos votos para modificação de Súmula Vinculante), prevaleceu o entendimento que a exigência de defesa técnica não colidiria com o art. 5º inciso LV, da CR, mantendo-se a Súmula Vinculante nº 5 de 2008.

Entretanto, mesmo após o advento da Súmula Vinculante nº 5, é importante destacar que não foi abolida a defesa técnica [mas sim sua obrigatoriedade]. Tampouco se passou a admitir que os processos administrativos possam tramitar sem defesa. Muito pelo contrário. A Súmula 5 simplesmente assentou que a autodefesa, a defesa realizada diretamente pelo processado, pode ser realizada sem prejuízo à garantia de defesa, contudo, jamais a referida Súmula, passou a dispensar a garantia da ampla defesa contida no artigo 5º, LV, da Constituição da República.

De fato, se os litigantes e acusados em geral decidirem guiar suas defesas por advogado constituído para tanto, a administração jamais poderá indeferir tal pleito, posto que continua sendo possível — ainda que facultativa — a defesa realizada por profissional da advocacia. Tal fato adquire maior relevância prática, porque uma vez esteja constituído o advogado, as intimações não deverão mais ser feitas diretamente ao interessado, mas apenas ao seu advogado, sob pena de invalidação dos atos processuais. Todavia, não raro as intimações omitem o nome do advogado na publicação oficial (seja da sessão de julgamento ou da intimação para interposição de recursos administrativos), o que leva a invalidade do processo.

Mas não é só. Mesmo após o advento da Súmula Vinculante nº 5, jamais algum litigante ou acusado poderá ser condenado seja judicial ou administrativamente sem defesa. Forçoso concluir, que se o agente público declinar da sua defesa, sequer fazendo-a pessoalmente, caberá

a Administração nomear alguém para fazê-la, devendo, em nosso entender, nomear advogado para tanto, especialmente se lei estadual ou municipal assim o determinar.²²⁷

O mesmo raciocínio se aplica para os casos de autodefesa insuficiente ou defeituosa. Seria nosso sistema de direitos e garantias fundamentais complacente com a defesa realizada pelo próprio litigante ou acusado, mas de modo defeituoso? Face aos valores e princípios plasmados na Constituição da República, poderíamos admitir autodefesa anódina, destituída substancialmente [*substantive due process*] de elementos mínimos a caracterizá-la como defesa? A resposta nos parece negativa. Se mesmo para defesas realizadas por advogados se pode aduzir a defesa técnica insuficiente, com mais razão poderá se declarar a invalidade de defesas deficientes feitas pela própria parte

A necessidade de defesa técnica nos tribunais de contas adquire tons mais dramáticos, se considerarmos a complexidade técnica dos processos de contas. Afinal, as questões técnicas enfrentadas não são banais, onde o mero esclarecimento pessoal possa ser suficiente. Trata-se de processos que exigem profundo conhecimento de Direito Administrativo, de contabilidade pública, de Direito Tributário, orçamento público, responsabilidade fiscal, responsabilidade civil, etc.²²⁸

De todos os processos administrativos no Brasil, possivelmente a ausência de defesa técnica nos tribunais de contas seja a mais sentida. A complexidade das questões submetidas à jurisdição das cortes de contas são inúmeras e a autodefesa acaba por gerar grave assimetria na paridade de armas.²²⁹

²²⁷ A propósito da possibilidade de obrigatoriedade da defesa técnica, mesmo após a SV 5 do STF, em caso de outros entes federados a preverem, calham as considerações de Luciano Ferraz acerca da temática: “Com efeito, é possível que a legislação estadual ou municipal disponha (diferentemente da Lei 8.112/90) que a defesa técnica por procurador habilitado (advogado) é obrigatória nos processos administrativos disciplinares. E não haveria nenhuma impropriedade nisso, porquanto a competência legislativa quanto ao tema pertence a cada unidade federativa — a Constituição, em matéria de processo administrativo, “não fixa competência legislativa privativa da União, mas permite que cada ente crie seu regramento básico ou essencial, tendo em vista sua autonomia” (...) Assim sendo, nos casos em que o legislador regional ou local (e mesmo o federal se houver alteração legislativa ou norma específica com orientação diversa do artigo 156 da Lei 8.112/90) vier a fixar a obrigatoriedade da presença do advogado no processo administrativo disciplinar, a ausência, a despeito do conteúdo da SV 5 do STF, violará o princípio da ampla defesa e da legalidade, gerando, como consequência, a nulidade do processo disciplinar (PAD).” (FERRAZ, 2017b).

²²⁸ Este aspecto também é ressaltado por Fernando Matheus da Silva e Luiz Eduardo Peccinin: “Não se deve deixar de reconhecer, também, a dificuldade criada pela desnecessidade de assistência por advogado no âmbito do processo administrativo, eventuais vícios poderiam ser objeto de posterior judicialização. Até porque não se pode deixar de reconhecer que as questões discutidas no âmbito dos processos de contas são específicas e técnicas, englobando pontos sobre a arrecadação, gastos, efetividade e eficiência das políticas públicas desde o processo orçamentário, até a sua execução, o que dificulta bastante para a dialética processual de fiscalizados que optem por não serem assistidos por advogados. (SILVA; PECCININ, 2017, p. 245).

²²⁹ Este aspecto é tratado por Cristiana Fortini: “Não há como desconhecer que a Administração Pública não atua de forma equidistante, em sede de processo administrativo disciplinar, visto que exerce dupla posição, além de ser destinatária de prerrogativas que a colocam em situação privilegiada. A inexistência da defesa técnica poderá dar

Não bastasse isso, as condenações podem ser de elevada monta, alcançando a casa dos milhões o que pode efetivamente inviabilizar a vida financeira dos administradores, além de ter graves repercussões nos seus direitos políticos fundamentais, por eventual inelegibilidade cominada por condenação em processo de contas.

Por estas razões a ausência de defesa técnica está na raiz de muitas condenações no âmbito das cortes de contas, sendo por nós apontada como uma das causas produtoras de medo e a exigir reflexão quando a obrigatoriedade da defesa técnica equivocadamente superada pela Súmula Vinculante n 5, além de servir de alerta aos gestores para que jamais deixem de prescindir de adequada defesa técnica como estratégia visando evitar condenações.

4.3.4 O problema da rejeição de contas por ato doloso de improbidade administrativa pelos tribunais de contas

Um dos aspectos mais graves nas decisões dos tribunais sobre os gestores públicos reside na eventual inelegibilidade decorrente da rejeição de contas por irregularidade insanável. Este tema será retomado mais adiante quando tratarmos do medo decorrente da justiça eleitoral, sob o ângulo do Direito Eleitoral.

Por ora, vamos nos fixar na rejeição de contas no âmbito dos tribunais de contas a partir da exigência de irregularidade insanável por ato doloso de improbidade administrativa e se é possível aferi-la no âmbito dos processos de contas.

Entre as funções exercidas pelos tribunais estão as de apreciar as contas prestadas pelo chefe do poder executivo — mediante parecer prévio a ser enviado ao respectivo parlamento — (art. 71, I, da CR) assim como promover o julgamento das contas dos administradores e responsáveis por bens e dinheiros e valores públicos (art. 71, II da CR).

Embora não haja propriamente uma função jurisdicional das Cortes de Contas, visto que suas decisões podem ser revistas no âmbito jurisdicional, os tribunais de contas devem observar direitos e garantias fundamentais, especialmente devido processo legal, contraditório e ampla defesa, mesmo em parecer prévio, como veremos mais adiante.

Neste cenário, há dois tipos de contas que nos interessam: As *contas anuais* prestadas pelo Chefe do Executivo e das *contas dos demais administradores e responsáveis*.

ensejo a decisões que emergem não pelo diálogo real, mas pela ausência de um confronto efetivo entre versões e argumentos colacionados aos autos pelas partes.” (FORTINI, 2011, p. 14).

4.3.4.1 Contas anuais

As contas anuais prestadas pelo chefe do Executivo, integram sistema de fiscalização e controle de índole constitucional, fundam-se no dever do administrador público de prestar contas da gestão e aplicação dos recursos públicos (a exemplo do art. 34, VII, “d”, da CR). As regras constitucionais que regram a prestação de contas anuais do Presidente da República ao Congresso Nacional, mediante parecer prévio do Tribunal de Contas da União, por força do art. 75 da CR, aplicam-se aos governadores e prefeitos municipais, e aos tribunais de contas dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.

Estas contas não são propriamente do chefe do executivo, mas apenas por ele prestadas²³⁰. Contas anuais são contas relativas ao exercício financeiro, também conhecidas por *contas de resultado*.

As contas anuais são objeto de parecer prévio²³¹ dos tribunais de contas. Tal manifestação não consiste no julgamento definitivo das contas anuais, que apenas poderá ser realizado pelos respectivos parlamentos. As contas do governo são compostas pelo relatório, acompanhado do balanço geral do exercício financeiro e demais demonstrativos nos quais analisam a execução orçamentária, as receitas e as despesas praticadas durante o referido exercício, além de avaliar o cumprimento da lei orçamentária e as realizações, planos e desempenhos de governo nesse período, além da gestão fiscal prevista na LC 101/00 (LRF).

Importante consignar que as contas anuais não são propriamente da chefia do executivo, mas apenas por ele prestadas. Não se trata de contas das quais se pode inferir, dela mesma, qualquer responsabilização pessoal, mas que pode deflagrar outros processos de responsabilidade. Acerca do ponto já tivemos a oportunidade de nos manifestar:

²³⁰ Como já dissemos alhures: “Ainda que prestadas separadamente, as contas dos demais poderes integram, em sua globalidade, as contas anuais do respectivo exercício financeiro e não vemos nisso qualquer desconformidade com o modelo constitucional fixado para sua prestação. A individualização das contas por poder possibilita a identificação precisa da execução orçamentária, de cada um deles. Em sendo assim, as contas do Legislativo, no tocante à execução orçamentária como unidade gestora de orçamento, devem, necessariamente, ser objeto de inclusão no parecer prévio, pois nas contas anuais é que se observa a execução orçamentária de todo o município, inclusive da Câmara de Vereadores. Como veremos mais adiante, não há que se confundir as contas da câmara submetidas ao regime de parecer prévio com os atos de gestão do presidente da Câmara, ou seja, sua atuação como mero ordenador de despesas, cujo julgamento deve ser feito diretamente pelas cortes de contas.” (SANTOS, 2006a, p. 79-80).

²³¹ Acerca do conceito de parecer prévio, assim compreendemos a matéria: “A elaboração de parecer prévio, conforme ordena o art. 71, I, da Constituição da República, está elencada entre as competências dos tribunais de contas e consiste na análise técnica das contas anuais de cada exercício financeiro, sendo pressuposto necessário para o exame e julgamento definitivo pelas câmaras municipais. Destarte, ainda que não vinculante, o parecer prévio é decisão tribunalícia e precede lógica e cronologicamente a decisão final da Câmara sobre as contas dos municípios” (SANTOS, 2006a, p. 98-99).

Tal distinção é fundamental, pois comumente se acredita que tais contas pertencem ao Executivo e dele seria sua inteira responsabilidade. Nada mais equivocado. As contas anuais objeto deste estudo são chamadas pela doutrina de contas de resultados, porque são do exercício financeiro e não da pessoa do chefe do Poder Executivo (...). (SANTOS, 2006, p. 73).

A evidência que pode haver rejeição de contas prestadas pelo chefe do poder executivo sem qualquer responsabilidade sua, pode ser exemplificada com a rejeição das contas anuais por atos do presidente das câmaras municipais no tocante ao excesso de gastos com pessoal, que abrangem tanto o poder executivo como o legislativo.²³²

Como se pode inferir do conteúdo das contas anuais, estas incluem não apenas as contas do Poder Executivo, mas as do Poder Legislativo e do Poder Judiciário (no caso dos Estados e da União), ou seja, de toda a unidade governamental. Nosso entendimento conflita com a declaração de inconstitucionalidade na ADI 2.324, julgado em 2019, onde o STF declarou inconstitucional o art. 56²³³ da LRF.

No julgamento da ADI 2.324, diferentemente do posicionamento aqui sustentado, o Supremo Tribunal Federal – STF entendeu que o julgamento das contas dos demais poderes se faz diretamente pelos tribunais de contas, não por meio de parecer prévio, mas efetivo julgamento das contas do Judiciário, Legislativo e Ministério Público, que como vimos anteriormente, integram a unidade governamental.

Em nosso entendimento, mesmo que sejam prestadas em separado, as contas dos demais poderes integram, em sua globalidade, as contas anuais do respectivo exercício financeiro de

²³² Acerca desse aspecto já nos manifestamos: “Em face disso, podemos ter rejeição de contas anuais motivada por atos do presidente da Câmara Municipal e não por atos do chefe do Executivo. Para isso basta que o presidente da Câmara descumpra a execução do orçamento no tocante aos gastos da edibilidade. Reputa-se, portanto, indevido o julgamento, pelo Tribunal de Contas, das contas prestadas pelo presidente da Câmara, no tocante à execução orçamentária daquele Poder, pois essa matéria é objeto das contas anuais, devendo seu julgamento ser realizado pelo próprio parlamento e não por seu órgão auxiliar. Aliás, a rejeição de contas anuais pode ocorrer por descumprimento das normas orçamentárias pelo presidente da Câmara e não pelo prefeito Municipal. Para exemplificar essa hipótese, basta que o presidente da Câmara gaste com pessoal além do permitido em lei, extrapolando os limites legais. Ora, nada impede que tal descumprimento enseje a recomendação de rejeição pelo Tribunal das contas municipais, por responsabilidade do presidente da Câmara. Com efeito, as contas municipais podem, em tese, ter mais de um responsável, pois além do chefe do Executivo, o presidente da Câmara pode ser responsabilizado pela execução orçamentária da edibilidade.” (SANTOS, 2006, p. 82-83).

²³³ O STF declarou inconstitucional o art. 56, que assim prescreve: “Art. 56. As contas prestadas pelos Chefes do Poder Executivo incluirão, além das suas próprias, as dos Presidentes dos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário e do Chefe do Ministério Público, referidos no art. 20, as quais receberão parecer prévio, separadamente, do respectivo Tribunal de Contas.” A inconstitucionalidade foi declarada na ADI 2.324 da relatoria do Min. Alexandre de Moraes: “Decisão: O Tribunal, por unanimidade, julgou improcedente o pedido formulado na ação direta no tocante aos arts. 56, § 2º, e 59, *caput*, da Lei Complementar nº 101/2000. Por maioria, julgou procedente a ação em relação ao art. 56, *caput*, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio, que dava interpretação conforme. Ausente, por motivo de licença médica, o Ministro Celso de Mello. Presidência do Ministro Dias Toffoli.” DJe nº 201/2019, p. 74.

modo a seguir o modelo constitucional estabelecido para sua prestação. Vejamos agora as contas dos administradores.

4.3.4.2 Contas dos administradores

As contas dos administradores mencionadas no art. 71, II da CR referem-se às contas a serem prestadas por todos administradores que atuam na gestão de bens, dinheiros e valores públicos.

Por compreenderem miríade de atos administrativos relativos a gestão de bens, dinheiros e valores públicos, a inserção destes atos no âmbito das contas anuais é tecnicamente incabível e mesmo inviável, pois se os incontáveis atos de gestão tidos por irregulares pelas cortes de contas, quer por sua própria natureza (diversa das contas anuais), quer porque se fossem nelas incluídas, dificultariam a plena incidência das garantias do contraditório e da ampla defesa, fazendo com que o processo de julgamento das contas anuais se prolongasse indefinidamente.

Tais contas devem constituir processos administrativos em autos próprios cujo julgamento é de competência do Tribunal de Contas, não se confundindo tais processos com o de julgamento das contas anuais.

As contas dos administradores — diferentemente das contas anuais — estão sujeitas a julgamento direto pelas cortes de contas, podendo imputar dano ao erário e multas a partir da análise dos atos praticados pelos gestores públicos, ou mesmo particulares a quem possa competir a responsabilidade na gestão de bens e dinheiros públicos

Como já nos manifestamos anteriormente, mesmo os Prefeitos Municipais quando ordenam despesas públicas diretamente, devem ser julgados pelos tribunais de contas por seus atos de gestão. A saber:

Caso entendêssemos que os atos praticados pela chefia do executivo, na qualidade de ordenador despesas, estivessem sujeitos ao regime de parecer prévio, cujo julgamento ocorre pelo parlamento e não pelo próprio Tribunal, estaríamos diante de um paradoxo, não podendo o chefe do Executivo ser plenamente responsabilizado em sede de prestação de contas, ainda que tivesse agido em manifesta ilegalidade, pois tal responsabilização dependeria, invariavelmente, do julgamento exarado pelo parlamento. Tal entendimento, a nosso ver, afrontaria o dever geral de prestação de contas inerente ao regime republicano, em que a responsabilidade do agente público é uma de suas colunas mestras (SANTOS, 2006, p. 88).

Contrariamente ao entendimento que esposamos, o Supremo Tribunal Federal decidiu no RE 848.826/DF que compete exclusivamente a Câmara Municipal o julgamento das contas

anuais e das contas de gestão, cabendo às cortes de contas exararem parecer prévio e opinativo para deliberação do parlamento.²³⁴

O tema adquiriu nova nuance quando do julgamento do REspE 45-03/SP da relatoria do Ministro Henrique Neves no Tribunal Superior Eleitoral - TSE, que a despeito de acatar o decidido no RE 848.826/DF, entendeu que caso a fiscalização dos tribunais de contas abranger recursos advindos de convênios de outros entes da federação, caberia julgamento pelos tribunais de contas. Se os recursos forem exclusivamente municipais o julgamento cabe exclusivamente à câmara de vereadores.

De toda sorte, quer no julgamento das contas anuais pelos parlamentos, ou nas contas de administrador julgadas pelos tribunais de contas, não há espaço para se perquirir da rejeição de contas tendo por parâmetro a aferição de ato doloso por improbidade administrativa no respectivo conteúdo destas contas, tampouco a possibilidade de se inserir nestes julgamentos pretensos parâmetros com o fito de indicar ocorrência de improbidade.

É que nos processos de prestação ou tomada de contas e mesmo nas contas julgadas pelo parlamento, não há espaço para que se possa aferir a ocorrência de ato doloso de improbidade pois a competência da matéria acerca da improbidade é reservada à justiça comum. É o que veremos a seguir.

4.3.5 Da incompetência dos tribunais de contas para aferir irregularidade insanável por ato doloso de improbidade administrativa

Ao tratarmos mais adiante do medo na Justiça Eleitoral verificaremos que a jurisprudência consagra sua exclusividade para aferição de ato doloso de improbidade na rejeição de contas, não aos tribunais de contas. Ainda que entendamos que mesmo no âmbito daquela justiça especializada isto não seja possível — porquanto o juízo de improbidade apenas pode ser realizado na jurisdição comum, através de adequado *due process of law* para sua verificação —, o fato é que este juízo célere quanto à rejeição de contas por ato doloso de improbidade tem sido realizado pela Justiça Eleitoral.

Este problema de competência — que implica em grave disfuncionalidade — também estende-se aos tribunais de contas, afinal, a rejeição de contas por irregularidade insanável por

²³⁴ O RE 848.826/DF ao apreciar o tema 835 de repercussão geral assentou: “O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 835 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário, ao entendimento de que, para os fins do art. 1º, inciso I, alínea "g", da Lei Complementar 64/90, a apreciação das contas dos prefeitos, tanto as de governo quanto as de gestão, será feita pelas Câmaras municipais com o auxílio dos Tribunais de Contas competentes, cujo parecer prévio somente deixará de prevalecer por decisão de 2/3 dos vereadores.”

ato doloso de improbidade administrativa exigível pela Lei Complementar 64/90, alterada pela LC 135/10²³⁵, nos moldes que realizáveis pelos tribunais de contas, não pode ser aferida na processualística do julgamento de contas, inviabilizando que as cortes de contas estejam incumbidas desta missão.

Mais adiante, ao tratarmos das disfuncionalidades da Justiça Eleitoral, veremos que a alínea “g” do art. 1º, I, da LC 64/90 esta eivada de inconstitucionalidade (a despeito do entendimento contrário do STF ao julgar a ADI 4.578 e ADC’s 29 e 30), por violar o princípio do juiz natural para aferição de improbidade exclusivo da Justiça Comum (art. 5º, XXXVII²³⁶ e LIII²³⁷ da CR), também do devido processo legal (artigo 5º, LIV²³⁸ da CR), malferir a competência exclusiva da justiça comum aferir improbidade com base na Lei 8.429/92 (art. 37, § 4º²³⁹ da CR), e, finalmente, inconstitucional por violar a garantia do contraditório e da ampla defesa (norma parâmetro: art. 5º, LV da CR).

Todas as normas constitucionais citadas no parágrafo acima igualmente incidem aos tribunais de contas, fazendo com que não seja possível a estes órgãos tentar buscar atos dolosos de improbidade no julgamento das contas dos administradores ou mesmo apontá-las em parecer prévio para remessa ao parlamento, por tal tarefa ser exclusiva da justiça comum.

Diante do dilema em se delegar ou à Justiça Eleitoral a aferibilidade da rejeição por irregularidade insanável por ato doloso de improbidade administrativa, ou de deferir tal prerrogativa aos tribunais de contas, a verdade é que nem a Justiça Eleitoral (a despeito da pacífica jurisprudência afirmando o contrário), nem as cortes de contas contam com competência constitucional para tanto, e, tampouco, com estrutura constitucionalmente adequada para adequada aferição da rejeição de contas por ato doloso de improbidade administrativa.²⁴⁰ A “constituição” de improbidade seja pelos tribunais de contas ou pelo legislativo ao julgar as contas anuais, não encontra arrimo constitucional.

²³⁵ Art. 1º São inelegíveis: I - para qualquer cargo: (...) g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição; (Redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 2010).

²³⁶ Art. 5º (...) XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;

²³⁷ Art. 5º (...) LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

²³⁸ Art. 5º (...) LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

²³⁹ Art. 37 (...) § 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

²⁴⁰ Acerca do dilema de como resolver a inconstitucionalidade do art. 1º I, “g” da LC 64/1990, Marilda Silveira aponta três caminhos: “Vejo, por consequência, três saídas jurídicas para esse cenário: i) ou se reconhece que a alínea “g” violou a Constituição no que toca à proteção da ampla defesa e do contraditório – o que, particularmente,

4.3.6 A problemática do julgamento político das contas anuais

Evidentemente o juiz natural para julgar as contas anuais sempre será o respectivo parlamento, pois apenas este pode realizar o julgamento político-administrativo, descartando-se qualquer hipótese de inelegibilidade decorrente da mera apreciação do parecer prévio pelas cortes de contas (art. 71, I da CR) enquanto pende o julgamento pelo legislativo. Em verdade, se atribuíssemos qualquer efeito ao parecer prévio para fins de inelegibilidade estaríamos violando a regra constitucional que defere com exclusividade ao parlamento a competência para julgar as contas anuais.

Ainda que haja tardança do parlamento em julgar as contas no prazo legal, isto não pode fazer do parecer prévio ato político-administrativo de julgamento. Neste caso, poder-se-ia até perscrutar-se da reponsabilidade dos integrantes do poder legislativo pela demora em proceder o julgamento das contas anuais, mas jamais transformar mero parecer em julgamento definitivo.²⁴¹

As contas anuais são de julgamento privativo dos parlamentos. Os administradores ou responsáveis por bens, dinheiros e valores públicos podem ser julgados diretamente pelas cortes de contas. Não obstante, como já expusemos, discordarmos da solução dada pelo STF no RE 848.826/DF que ao interpretar o art. 71 da CR delegou competência exclusiva ao parlamento para julgar as contas de administrador dos chefes de executivo, mesmo quando atuam como ordenadores de despesa, todavia, admitido o julgamento pelos próprios tribunais de contas quando o chefe do executivo utilizar de recursos públicos mediante convênios, cuja fiscalização compreende mais de um ente federado, pois se compreender apenas um único ente federado, o julgamento também será de competência do respectivo legislativo (cf. decisão do Tribunal Superior Eleitoral no REspe 45-03/SP, Rel. Min Henrique Neves).

Acerca do juízo político-administrativo do julgamento das contas, assim já refletimos sobre a temática:

entendo ser o caso; ou ii) os Tribunais de Contas e/ou o poder Legislativo, nos processos de julgamento das contas, têm de assumir essa competência atribuída pela alínea “g”, em todos os seus termos, respeitando, portanto, o contraditório; ou iii) a Justiça Eleitoral, nos registros de candidatura, assume tal competência atribuída pela alínea “g”, em todos os seus termos, também respeitando o mandamento constitucional.” (SILVEIRA, 2016). Com efeito, nos inclinamos a violação pela alínea “g” do art. 1º, I, da LC 64/1990 e não vemos como possível a aferição deste ato doloso quer nos tribunais de contas quer na Justiça Eleitoral por flagrante violação a garantia do juiz natural.

²⁴¹ Esta questão já foi enfrentada pelo STF no RE 729.744, da relatoria do Min. Gilmar Mendes, que ao apreciar o tema 157 assim deliberou: “Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, fixou tese nos seguintes termos: “O parecer técnico elaborado pelo Tribunal de Contas tem natureza meramente opinativa, competindo exclusivamente à Câmara de Vereadores o julgamento das contas anuais do Chefe do Poder Executivo local, sendo incabível o julgamento ficto das contas por decurso de prazo”, vencidos os Ministros Roberto Barroso, Edson Fachin, Rosa Weber e Luiz Fux. Ausentes, justificadamente, os Ministros Cármen Lúcia e Teori Zavascki. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 17.08.2016.”

Embora o juízo emanado da Câmara seja político, também é administrativo, daí a locução político-administrativo. Isto significa que o parlamento — além do juízo sobre o acerto ou desacerto das contas submetidas a seu julgamento — também deve fazê-lo em conformidade com todo o arcabouço normativo em vigor, observando a aplicação das garantias e direitos das partes, bem como julgando nos limites fixados pela Lei. Daí porque, se as contas anuais estiverem absolutamente conforme a Lei, inclusive com aprovação do Tribunal de Contas, se a Câmara as rejeitar apenas por desforra política, não poderá tal decisão ser considerada em consonância com nosso ordenamento, que coíbe os desvios de finalidade. Nessa hipótese, o julgamento poderá ser questionado junto ao Poder Judiciário que não sobreporá seu julgamento ao da Câmara, mas poderá identificar os atos praticados em desconformidade ao direito, impondo à Câmara nova apreciação nos trilhos da legalidade. Estamos entre aqueles que acreditam que o Poder Constituinte Originário fez muito bem em manter o julgamento das contas anuais a cargo do Poder Legislativo, ainda que possa haver distorções no referido julgamento quando seu móvel nem sempre é promover uma análise imparcial e isenta das contas, mas sim adequá-lo à situação política do momento, seja para beneficiar ou prejudicar os responsáveis pelas aludidas contas. (SANTOS, 2006^a, p. 183).

Mas a despeito do acerto da decisão política final do parlamento sobre o tema, não devemos nos esquecer que trata-se de processo *político-administrativo*, é dizer, a decisão do parlamento deve ser proferida conforme o Direito, de modo que não serão admissíveis decisões destituídas de mínimas balizas legais, quer no processo administrativo de julgamento, quer ao julgar o conteúdo das contas nos termos do parecer prévio exarado pelos tribunais de contas.

Como visto anteriormente, não devemos esquecer que o julgamento do parecer prévio dos tribunais de contas pelos parlamentos, não são, a rigor, julgamento do chefe do executivo, pois seu papel é de prestar as contas, inclusive dos demais poderes. Por esta razão ao se realizar seu julgamento não se está a perquirir de qualquer responsabilização pessoal dos respectivos chefes do poder executivo. Não se trata de hipótese de julgamento de contas de administrador.

A esse respeito bem elucida Weder de Oliveira:

Embora se assemelhe, o processo pelo qual o TCU se manifesta sobre as contas prestadas pelo Presidente da República não é igual àquele mediante o qual "julga" as contas anualmente prestadas pelos administradores. Por duas razões, essencialmente. A primeira e mais distintiva é que, na emissão do parecer prévio, não há investigação ou perquirição da responsabilidade pessoal do Presidente pelas irregularidades constatadas na execução dos orçamentos da União e nas demais operações realizadas com recursos públicos federais levadas a efeito por outros agentes públicos. A segunda é que, nos processos de contas anuais, as determinações, recomendações e alertas decorrentes dos achados ou constatações devem ser endereçadas ao dirigente que prestou as contas ou aos futuros dirigentes do órgão ou entidade governamental, enquanto, no parecer prévio, é questionável a pertinência de o TCU fazer determinações e recomendações a diversos órgãos e entidades do Governo Federal. (OLIVEIRA, 2017, p. 45).

Claro que o julgamento desfavorável das contas anuais pode deflagrar outros processos de competência do parlamento, a exemplo da instauração de comissões parlamentares de

inquérito ou mesmo de processo para cassação por crime de responsabilidade, mas o fato é que não está em julgamento nas contas anuais a pessoa do chefe do executivo.

Porém, não raro há julgamento das contas como se fosse da pessoa do chefe do executivo e a grave disfuncionalidade a ensejar nossa reflexão é que esta rejeição por vezes é aduzida no processo de registro de candidatura, como se decorresse de suposto “ato doloso de improbidade administrativa”, justamente para se interferir nos direitos políticos dos candidatos que tiveram suas contas anuais rejeitadas pelo legislativo.

Por estas razões, o julgamento das contas anuais pelo legislativo demandam atento olhar, tanto para que não haja violação do processo político-administrativo que sempre poderá ser fiscalizado pelo Poder Judiciário, com o fito de observar as regras do processo administrativo de julgamento e mesmo da juridicidade das razões da rejeição, desde que não implique em usurpação de núcleo duro de conveniência e oportunidade do parlamento no referido julgamento.

4.3.7 *Due process of law* nas cortes de contas: o problema da prova testemunhal e pericial

Outro aspecto que leva a graves disfuncionalidades no processo administrativo de responsabilização dos agentes públicos nos tribunais de contas, é a falta de um *due process* que permita adequada produção de provas, especialmente as provas testemunhais e periciais.

Não raro indica-se testemunhas para demonstrar que o ordenador de despesas, administrador ou responsável agiram corretamente, e tal prova é negada com a falsa premissa que se está diante de julgamento de contas, que a prova cabível é apenas documental e que a oitiva de testemunhas seria meramente protelatória.

Isto se sucede porque os tribunais de contas ainda não se adaptaram à dialética processual que demanda atuação mais firme e ativa dos responsáveis, no sentido de fazer valer seu ponto de vista e ter direito a direta incidência do art. 5º, LIV e LV da CR.

Este tema já foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal – STF, ao decidir sobre a produção de provas no Tribunal de Contas da União – TCU, onde já em 2007 nos autos do MS 26358/DF²⁴², da relatoria do Ministro Celso de Mello, pontuou-se importantes aspectos do direito à produção e provas no TCU.

²⁴² “E M E N T A: MANDADO DE SEGURANÇA – PROCEDIMENTO DE CARÁTER ADMINISTRATIVO INSTAURADO PERANTE O E. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – SITUAÇÃO DE CONFLITUOSIDADE EXISTENTE ENTRE OS INTERESSES DO ESTADO E OS DO PARTICULAR – NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA, PELO PODER PÚBLICO, DA FÓRMULA CONSTITUCIONAL DO “DUE PROCESS OF LAW” – PRERROGATIVAS QUE COMPÕEM A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO

Dentre os aspectos suscitados pelo STF, destacaram-se: i) que o TCU como qualquer órgão constitucional está subordinado à Constituição; ii) que o TCU deve observar o *due process of law*; iii) que nos processos administrativos, independentemente ou não da existência de previsão normativa, a direta aplicação do art. 5º, LIV e LV da CR; iv) que o direito à prova é inerente ao devido processo legal; v) que o art. 38 da Lei 9.784/1999 possibilita que antes da tomada da decisão sejam requeridas diligências e perícias; que o fato do poder público considerar suficientes as provas já produzidas, não legitima a frustração do direito do interessado produzir provas que repute indispensáveis e essenciais para condução da defesa.

Mas a despeito do mais importante precedente sobre o tema, não é incomum que os tribunais de contas sejam refratários e se neguem a concretizar este direito fundamental, quer por carecerem de percepção da adequada extensão da garantia constitucional, ou mesmo por falsos argumentos pragmáticos (que mesmo que fossem procedentes não eximiriam o cumprimento da regra constitucional), de alegada falta de estrutura para realização de oitiva de testemunhas, o que sabidamente não subsiste, pois se uma simples comissão de processo disciplinar em um pequeno município pode proceder a oitiva de testemunhas, com muito mais razão poderão fazê-lo os tribunais de contas com orçamento e estrutura muito superior.

Mas a principal novidade infralegal a ensejar a necessária produção de prova testemunhal nos processos de contas, foi a edição da Lei 13.655/2018 que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB. A partir da edição deste diploma, cujo teor vamos trabalhar no Capítulo seguinte, o gestor apenas pode ser responsabilizado nos casos de dolo ou erro grosseiro (art. 28 da LINDB), o que naturalmente demanda individualizar

DEVIDO PROCESSO – O DIREITO À PROVA COMO UMA DAS PROJEÇÕES CONCRETIZADORAS DESSA GARANTIA CONSTITUCIONAL – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reafirmado a essencialidade do princípio que consagra o “*due process of law*”, nele reconhecendo uma insuprimível garantia, que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa, sob pena de nulidade do próprio ato punitivo ou da medida restritiva de direitos. Precedentes. Doutrina. – Assiste, ao interessado, mesmo em procedimentos de índole administrativa, como direta emanção da própria garantia constitucional do “*due process of law*” (CF, art. 5º, LIV) – independentemente, portanto, de haver previsão normativa nos estatutos que regem a atuação dos órgãos do Estado –, a prerrogativa indisponível do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (CF, art. 5º, LV). – Abrangência da cláusula constitucional do “*due process of law*”, que compreende, dentre as diversas prerrogativas de ordem jurídica que a compõem, o direito à prova. – O fato de o Poder Público considerar suficientes os elementos de informação produzidos no procedimento administrativo não legitima nem autoriza a adoção, pelo órgão estatal competente, de medidas que, tomadas em detrimento daquele que sofre a persecução administrativa, culminem por frustrar a possibilidade de o próprio interessado produzir as provas que repute indispensáveis à demonstração de suas alegações e que entenda essenciais à condução de sua defesa. – Mostra-se claramente lesiva à cláusula constitucional do “*due process*” a supressão, por exclusiva deliberação administrativa, do direito à prova, que, por compor o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, deve ter o seu exercício plenamente respeitado pelas autoridades e agentes administrativos, que não podem impedir que o administrado produza os elementos de informação por ele considerados imprescindíveis e que sejam eventualmente capazes, até mesmo, de infirmar a pretensão punitiva da Pública Administração. Doutrina. Jurisprudência. MS 26358/DF Decisão Monocrática. Rel. Min. Celso de Mello, DJE N. 218, 06/11/2014.

responsabilidades e análise do elemento subjetivo do gestor público ao tomar a decisão, inclusive saber se há algum grau de tolerabilidade do erro que exima sua responsabilidade.

Nesse sentido, fundamental perquirir do seu grau de responsabilização, e, para tanto, fundamental a oitiva da prova testemunhal com o fito de apurar responsabilidades. É certo que a prova documental tem significativo peso e possa prevalecer diante da prova testemunhal. Mas é igualmente certo que se tal prova for requerida, não poderá ser negada pelas cortes de contas, exatamente na linha do precedente do STF no MS 26358.

O mesmo diga-se acerca da prova pericial. Mesmo que o corpo técnico dos tribunais de contas seja dotado de elevada formação, isto não exime que o responsável ou interessado possa exercer o direito de exigir produção de prova pericial. Por certo que a exemplo da produção de qualquer prova, esta não poderá ser protelatória, mas daí negar-se a produção da prova de *per se*, vai um longo caminho.

No Tribunal de Contas da União - TCU, a possibilidade de ampla produção de prova em plasmada no art. 31 da sua Lei Orgânica, que reza: “Art. 31. Em todas as etapas do processo de julgamento de contas será assegurado ao responsável ou interessado ampla defesa.” Todavia, não raro o TCU segue linha diversa a exemplo do Acórdão 473/2015²⁴³, onde entendeu-se que não caberia ao Tribunal a realização de perícias visando a obtenção de provas.

Igualmente incide o art. 15 do Código de Processo Civil: “*Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.*”, devendo ser aplicado o CPC nos casos de omissão das leis orgânicas das cortes de contas em regerem a produção de provas.

E ainda a justificar a produção de prova pericial, diga-se que apesar da alta formação dos servidores dos tribunais de contas, as provas por eles produzida, traduz perspectiva dos órgãos de instrução, que ocupam posição acusatória, sendo necessário uma óptica mais isenta em matéria de provas periciais. A própria assimetria de informações entre os tribunais de contas e os acusados nos seus respectivos processos administrativos sancionadores, pode demandar a necessidade de produção de prova pericial isenta.

²⁴³ Se extrai do referido Acórdão: “No tocante à realização de perícia técnica vale lembrar que a jurisprudência desta Corte de Contas há muito consolidou o entendimento de que constitui ônus do gestor e, no caso vertente, da empresa licitante, a produção das evidências necessárias para contrapor a demonstração pelo Tribunal do superfaturamento e o adequado uso dos recursos públicos, não cabendo a este Tribunal, portanto, determinar a realização de perícia para a obtenção das provas (Acórdãos 1.599/2007-Plenário, 611/2007-1ª Câmara e 1.098/2008-2ª Câmara). Como mencionado no relatório que precedeu o voto condutor do Acórdão 2.257/2007-TCU-1ª Câmara, “o indeferimento de realização de nova inspeção não fere os princípios do contraditório e da ampla defesa”, pois ao recorrente, quando da citação, foi dada oportunidade de comprovar a correta aplicação dos recursos. Desse modo, não há como acolher o pleito do recorrente. Acórdão 473/2015, Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, data da sessão 11.03.2015.

4.3.8 A expansão do poder cautelar dos tribunais de contas

Outro aspecto do controle exercido pelos tribunais de contas que tem adquirido certo protagonismo, diz respeito ao uso do seu poder geral de cautela. O uso das cautelares pelos tribunais de contas indicam tendência de atuação menos deferente ao administrador no exercício do controle externo.

O poder geral de cautela tem por fundamento a teoria dos poderes implícitos²⁴⁴ (cf. MS 24.510/DF, Rel. Min. Ellen Gracie) e teve expressa previsão constitucional no art. 71, IX e X²⁴⁵ da CR, além de estar prevista na Lei Orgânica do TCU (art. 45²⁴⁶ da Lei 8.443/1992) e do Regimento Interno do TCU (arts. 273, 274 e 276)²⁴⁷, além de estar previsto em dispositivos similares nos demais tribunais de contas da federação.

De certa forma, o exercício do poder de cautela visa mitigar a preponderância do controle *a posteriori* da Administração Pública, abrindo espaço para o controle prévio dos atos

²⁴⁴ O tema tem por referência clássica o precedente *McCulloch v. Maryland* de 1819, que envolveu a rivalidade do Estado de Maryland que passou a tributar a emissão de notas pelo Segundo Banco Nacional (*The Second Bank of the United States*), o que também foi realizado por outros estados que começaram a tributar bancos que não fossem estaduais. Ao decidir o caso, a Corte Suprema norte-americana partiu da premissa que a Constituição não poderia prever todos os poderes para se realizar certos fins e inclusive a criação de um Banco poderia ser o meio para se executar estas competências, declarando inconstitucional as leis estaduais que tributavam os instrumentos do governo nacional. (CASAGRANDE; BARREIRA, 2019). Referido precedente é utilizado pelo Supremo Tribunal Federal ao tratar da teoria dos poderes implícitos.

²⁴⁵ Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

(...)

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

²⁴⁶ Art. 45. Verificada a ilegalidade de ato ou contrato, o Tribunal, na forma estabelecida no Regimento Interno, assinará prazo para que o responsável adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, fazendo indicação expressa dos dispositivos a serem observados. § 1º No caso de ato administrativo, o Tribunal, se não atendido: I - sustará a execução do ato impugnado;

²⁴⁷ Art. 273. No início ou no curso de qualquer apuração, o Plenário, de ofício, por sugestão de unidade técnica ou de equipe de fiscalização ou a requerimento do Ministério Público, determinará, cautelarmente, nos termos do art. 44 da Lei nº 8.443, de 1992, o afastamento temporário do responsável, se existirem indícios suficientes de que, prosseguindo no exercício de suas funções, possa retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção, causar novos danos ao erário ou inviabilizar o seu ressarcimento. Parágrafo único. Será solidariamente responsável, conforme o § 1º do art. 44 da Lei nº 8.443, de 1992, a autoridade superior competente que, no prazo fixado pelo Plenário, deixar de atender à determinação prevista no caput.

Art. 274. Nas mesmas circunstâncias do artigo anterior, poderá o Plenário, sem prejuízo das medidas previstas nos arts. 270 e 275, decretar, por prazo não superior a um ano, a indisponibilidade de bens do responsável, tantos quantos considerados bastantes para garantir o ressarcimento dos danos em apuração, nos termos do § 2º do art. 44 da Lei nº 8.443, de 1992

Art. 276. O Plenário, o relator, ou, na hipótese do art. 28, inciso XVI, o Presidente, em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao erário, ao interesse público, ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, poderá, de ofício ou mediante provocação, adotar medida cautelar, com ou sem a prévia oitiva da parte, determinando, entre outras providências, a suspensão do ato ou do procedimento impugnado, até que o Tribunal decida sobre o mérito da questão suscitada, nos termos do art. 45 da Lei nº 8.443, de 1992

administrativo e com isso evitando que a atuação eficaz dos órgãos de controle seja obliterada pelo mundo dos fatos, evitando a consumação de ilegalidades que não mais poderão ser reparadas, bem como evitando o prejuízo ao erário.

As cautelares mais frequentes no exercício do controle prévio envolvem o exame de legalidade dos editais, sejam de licitações, concursos públicos ou concessão de serviços públicos. Este controle prévio não implica em condicionamento no plano da existência, validade e eficácia dos atos administrativos previamente à sua edição. Contudo, após a edição destes atos os tribunais de contas poderão realizar fiscalização *a priori*, e a eventual edição de cautelares visando sustar estes atos.

Mas como toda boa medida, podem haver distorções e o uso inadequado e o aumento do poder de cautela tem gerado tensionamentos e, por vezes, usurpação de típica função administrativa. O principal risco é em nome do poder de cautela substituir-se ao núcleo duro de conveniência e oportunidade típico do exercício da função administrativa.

Com efeito, a adoção de determinadas soluções jurídicas para se resolver um problema passa pelo crivo do Poder Executivo e mesmo que os tribunais de contas tenham visão discrepante disso, não podem utilizar-se deste instrumento para impor sua visão de mundo, pois há que respeitar-se a opinião daqueles que foram eleitos para fazer escolhas em nome da coletividade.

Claro que as soluções encetadas pelo Executivo devem ser motivadas e consentâneas ao Direito, e podem ensejar controle por parte das cortes de contas. Mas a edição de cautelares que aleguem suposto dano ao erário devem ser fática e juridicamente sustentáveis, pois não se pode partir da premissa de um pretense dano futuro e sem indícios da sua real probabilidade, não podem levar a interferência demasiada na escolha do administrador.

O aumento do uso do poder de cautela do TCU também tem gerado conflitos com o Supremo Tribunal Federal. O STF terá papel fundamental para delimitar as competência e limites de atuação dos tribunais de contas. Para além de uma questão jurídica quanto aos requisitos para deferimento das cautelares e de limites da “jurisdição” do TCU, está em jogo uma questão política, pois “poder” é algo que qualquer instituição deseja — não apenas o TCU — e, quanto mais poder, maior a expansão da atividade de controle e de influência para se interferir nas importantes questões da atividade administrativa brasileira.

Importante lembrar que todo e qualquer ato emanado dos tribunais de contas são atos administrativos.²⁴⁸ Não há uma jurisdição de contas em sentido estrito. Adotamos no Brasil a

²⁴⁸ Já tivemos a oportunidade de refletir sobre o tema: “A expressão julgar (art. 71, II, da CR) de modo algum pretendeu criar uma jurisdição própria, denotando a idéia de manifestação administrativa, de competência dos

jurisdição una e qualquer ato emanado de órgão administrativos pode ser controlado pelo Poder Judiciário.

Assim, tem se verificado que o Supremo Tribunal Federal tem intensificado seu controle sobre a concessão de cautelares e das decisões definitivas do TCU. A guisa de exemplo, trazemos o MS 36386/DF da relatoria da Min. Cármen Lúcia, onde foi suspensa a multa imposta a um ex-assessor da Secretaria Municipal de Dourados (MS) que exarou parecer jurídico em licitação cujo objeto era a compra de medicamentos.

O Min. Dias Tóffoli ao analisar a suspensão de segurança SS 5341, entendeu que o Tribunal de Justiça da Paraíba – TJ/PB pode suspender a cautelar concedida pelo Tribunal de Contas do Estado da Paraíba – TCE/PB, em questão envolvendo o pagamento de honorários a advogados devidos em face de contrato administrativo. Para o Min. Dias Tóffoli: “Não configura, portanto, invasão à competência do TCE/PB o exame de legalidade realizado pelo TJPB sobre deliberação cautelar daquela Corte de Contas que ordenou a suspensão de pagamento de honorários advocatícios estipulados em contrato administrativo.”

Outro tema que indica restrição do STF ao poder dos tribunais de contas, e que também repercute no uso do seu poder geral de cautela, diz respeito a incidência da Súmula 347 do STF de 1963 que reza: “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público.” Os entendimentos recentes da Corte têm entendido não recepcionada a Súmula 347 em face da Constituição de 1988

Nesse sentido já decidiu o Min. Alexandre de Moraes: “É inconcebível, portanto, a hipótese do Tribunal de Contas da União, órgão sem qualquer função jurisdicional, permanecer a exercer controle difuso de constitucionalidade nos julgamentos de seus processos, sob o pretenso argumento de que lhe seja permitido em virtude do conteúdo da Súmula 347 do STF, editada em 1963, cuja subsistência, obviamente, ficou comprometida pela promulgação da Constituição Federal de 1988.” (MS 35.410 MC, decisão monocrática, j. 15.12.2017 DJE 18 de 01.02.2018).

tribunais de contas, sobre as contas dos administradores públicos. Com efeito, nossa Constituição adotou, por força do art. 5º, XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. A interpretação dessa regra deve maximizar efetividade constitucional, aplicando-a aos atos jurisdicionais ou administrativos em geral. A idéia de unidade implica atribuição exclusiva de um único Poder (Judiciário) para solver e compor os conflitos e litígios em sociedade. Este foi o modelo adotado no sistema jurídico brasileiro, sendo, portanto, inadequada a demonstração de que noutros países os tribunais de contas exerçam efetivamente a jurisdição. Quem define isso é o direito positivo plasmado em nossa Constituição, e nós adotamos a unidade de jurisdição. (...) Como decorrência da unidade de jurisdição em nosso País, se alguma decisão das cortes de contas vier acoimada de desvio de finalidade, ou for praticada de modo desarrazoado ou desproporcional, por evidente que caberá controle do Poder Judiciário. Entender-se o contrário é dar margem ao arbítrio e à ausência de controle dos tribunais de contas, sob alegação de que se estaria diante de matéria “*interna corporis*” ou de “jurisdição privativa”, impossível de ser sindicada pelo Judiciário.” (SANTOS, 2006a).

Igualmente o Min. Gilmar Mendes: “Não me impressiona o teor da Súmula 347 desta Corte, (...). A referida regra sumular foi aprovada na Sessão Plenária de 13.12.1963, num contexto constitucional totalmente diferente do atual. (...)” E complementa o Ministro: “Parece quase intuitivo que, ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade. (...)” E finaliza: “Assim, o processo de controle abstrato de normas cumpre entre nós uma dupla função: atua tanto como instrumento de defesa da ordem objetiva, quanto como instrumento de defesa de posições subjetivas. Assim, a própria evolução do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, verificada desde então, está a demonstrar a necessidade de se reavaliar a subsistência da Súmula 347 em face da ordem constitucional instaurada com a Constituição de 1988.” (MS 25.888 MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, dec. monocrática, j. 22-3-2006, *DJ* de 29.03.2006).

Por derradeiro, há uma série de mandados de segurança no STF que aguardam decisão no tocante a competência do TCU para prolatar medida cautelar de indisponibilidade de bens contra particulares ou renovação de cautelar de indisponibilidade após o vencimento de prazo de um ano (a exemplo do MS 34.421/DF, Rel. Min. Marco Aurélio). Em alguns casos tem sido decretada perda superveniente do objeto do mandado de segurança por não ter sido reiterada a indisponibilidade de bens pelo TCU (cf. MS 35.801/DF. Rel. Min. Celso de Mello), de modo que se aguarda o julgamento de diversos outros mandados de segurança sobre o tema da cautelar de indisponibilidade de bens, para bem aclarar a posição do STF sobre o tema.

Uma vez analisados alguns dos problemas nos processos no âmbito dos tribunais de contas, vamos analisar uma das mais importantes fontes de disfuncionalidades sobre os agentes públicos brasileiro, especialmente aos agentes políticos. Trata-se do controle exercido pela Justiça Eleitoral, que além de contar com uma legislação extremante problemática por restringir em demasia os direitos políticos fundamentais de voto e candidatura, tende a ampliar o alcance dessas restrições.

4.4 DISFUNÇÕES NA JUSTIÇA ELEITORAL: A SOMA DE TODOS OS MEDOS

4.4.1 Considerações Iniciais

A Justiça Eleitoral como integrante do Poder Judiciário exerce controle externo sobre os agentes públicos não apenas na apuração de abusos e condutas irregulares nos pleitos

eleitorais, mas com papel determinante nos direitos políticos fundamentais de voto e candidatura. Dentre seu amplo espectro de atuação, nos interessa para os fins deste trabalho a atuação da justiça especializada ao analisar atos praticados por gestores públicos no exercício de função administrativa, mas com consequências eleitorais.

Temas relativos a déficits orçamentário e financeiro, contratação de servidores públicos, licitações públicas, gastos em educação, etc., passam pela Justiça Eleitoral, mormente quando analisam os registros de candidatura para se aferir inelegibilidades.

De todos os tipos de controle externo que podem ensejar medo no agente político, é na Justiça Eleitoral que se consubstancia a soma de todos os medos. Isto porque as decisões havidas em ações de improbidade e nos tribunais de contas (entre tantas outras hipóteses previstas na LC 64/90), novamente passam por seu crivo. O papel moralizante da justiça eleitoral tem levado a grandes excessos, todos eles em menoscabo dos direitos fundamentais²⁴⁹ de candidatura, passando a funcionar como “filtro moral da representação política brasileira.”²⁵⁰ Esta lógica contramajoritária é bem ilustrada por Ruy Samuel Espíndola:

Hoje, em face do crescente processo de infantilização do eleitor, marginalização dos candidatos, e protagonização do processo eleitoral não mais pelo eleitor popular, mas pelo juiz eleitoral, é necessário investir mais em advogados do que em “marqueteiros”, pois é muito provável que o resultado obtido nas urnas poderá ser “subvertido” ou “golpeado” na justiça eleitoral, em desfavor do eleito pela soberania popular e, principalmente, em desfavor da própria soberania popular ao argumento fictício de protegê-la dela própria!²⁵¹

A Justiça Eleitoral efetivamente acredita em seu papel redentor, moralizante e purificador do espaço da política. Para agravar o quadro, a Lei Complementar 64/90 com as alterações promovidas pela LC 135 (Lei Ficha Limpa), efetivamente estão fazendo expressiva “limpeza” da classe política, com o risco que a longo prazo todos que já tenham administrado ou ordenado despesa pública possam restar comprometidos em seus direitos políticos fundamentais.

²⁴⁹ Acerca da efetividade dos direitos fundamentais e seus limites, esclarece Ingo Wolfgang Sarlet: “Em síntese, o que importa destacar, nessa quadra, é que eventuais limitações dos direitos fundamentais somente poderão ser tidas como justificadas se guardarem compatibilidade formal e material com a Constituição.” (SARLET, 2009, p. 395).

²⁵⁰ A expressão é de Ruy Samuel Espíndola no seu: *Direito eleitoral e reforma política: sugestões para reformas legais, jurisprudenciais e culturais à ótima concretização dos direitos fundamentais políticos de candidatura e de voto*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/40696/direito-eleitoral-e-reforma-politica>> Acesso em: 27 de julho de 2015.

²⁵¹ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Justiça Eleitoral contramajoritária e soberania popular: a democrática vontade das urnas e a autocrática vontade judicial que a nulifica*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22745/justica-eleitoral-contramajoritaria-e-soberania-popular/1>> Acesso em 13 de agosto de 2015.

Como assevera Margarete de Castro Coelho, o protagonismo da Justiça Eleitoral chegou a ponto que nenhum partido ou candidato consideram o pleito eleitoral finalizado ou decidido, enquanto a justiça especializada não se manifestar sobre as mais diversas questões, “produzindo uma espécie de homologação da verdade expressada nas urnas pelo colégio eleitoral.” (COELHO, 2015, p. 58).

A Justiça Eleitoral comumente divulga o impressionante número de registros de candidatura indeferidos e de cassações de mandato, como se fosse dado estatístico extremamente positivo saber que milhares de candidatos tiveram seu registro de candidatura indeferido ou cassado seu mandato, quando o oposto deveria ser exaltado.

Aqui novamente fazemos menção às premissas ideológicas esboçadas no Capítulo 2, que se reflete na atuação da Justiça Eleitoral, comprometida com um desejo de “mudança” na política, com o *fichalimpismo*, com o *moralismo eleitoral*²⁵², cuja premissa hermenêutica é

²⁵² A ideia de *fichalimpismo* e *moralismo eleitoral* são de Adriano Soares da Costa: “Já há algum tempo tenho chamado a atenção para o que denominei de ‘moralismo eleitoral’, um fenômeno perigoso que tem invadido a cidadela da jurisprudência eleitoral. (...). O moralismo eleitoral transforma todos os debates jurídicos eleitorais em debates morais e - o que é tanto pior! - sempre no compromisso de interditar o mais que possível que os políticos sejam... políticos. Há sempre um sentimento embutido nessa lógica: entrou na política, bandido é. E, na ânsia de higienização da política, deseja-se acabar com os políticos, o que nada mais é do que selar o fim da própria democracia. E, nessa concepção de mundo, esqueceram de um pequeno detalhe: o expurgo a ser feito deveria ser através do voto, salvo em casos extremos de crimes adrede positivados. Mais, em uma era da entronização acrítica do “fichalimpismo”, o moralismo eleitoral reina absoluto, sem compromisso nenhum com o direito positivo vigente. É a justiça de mão própria togada, armada do direito achado na rua. Trata-se de uma marcha insana de muitos em defesa do moralismo eleitoral, para a instauração de uma democracia sem votos, sem eleitor. Uma visão ingênua, casuística, em certo sentido reacionária. É a tentativa de construção de uma democracia tutelada, ao fim e ao cabo, de uma democracia sem previsibilidade, em que a segurança jurídica é um mal a ser combatido, em que as garantias individuais não passam de um estorvo pequeno burguês. É isso, afinal, do que se trata: o moralismo eleitoral não respeita a Constituição Federal nem o ordenamento jurídico. Trata-se, pois, de uma adulteração da interpretação das normas jurídicas eleitorais pela aplicação de critérios acentuadamente morais, muitas vezes em aberta divergência com o próprio ordenamento jurídico posto. Em nome de princípios defendidos por determinadas minorias (ou mesmo majorias, pouco importa) afasta-se a aplicação de determinada norma jurídica positivada, recriando antidemocraticamente o próprio ordenamento jurídico, sem observar os meios próprios para tanto. Esse fenômeno crescente de, a partir de uma leitura principiológica da Constituição, enfraquecer a própria positividade das normas infraconstitucionais ao ponto limite de deixarem elas de ser vinculativas para o aplicador, passou a ser sentido de modo alarmante na leitura que vem se fazendo de relevantes questões eleitorais. O moralismo eleitoral parte normalmente de uma compreensão equivocada da teoria da inelegibilidade, que se põe a serviço de um certo justicamento antidemocrático, ainda que movido pelas melhores intenções. Não há dúvidas que é necessário depurarmos as nossas instituições, porém essa é uma tarefa complexa, que não se esgota em medidas irrefletidas, movidas por um certo voluntarismo, que de tanto simplificar os problemas apenas cria novos problemas. Ora, em uma democracia, quem deve afastar o mau político é o eleitor pelo voto. O critério de definição? Cabe ao eleitor definir. Porém, essa minoria não acredita na democracia, não acredita no eleitor: prefere, então, criar critérios de exclusão previamente. Antidemocraticamente. (...). Ah, mas o eleitor é analfabeto, dirão alguns. Ah, mas o eleitor vende o voto, dirão outros. Certo, então proibamos o pobre e o analfabeto de votar. Quem terá coragem de abertamente defender essa tese absurda? Ninguém, por evidente. Então, fingem defender a democracia, quando na verdade pretendem é criar, às avessas, uma espécie de sufrágio censitário. O eleitor vai votar, é certo, mas em uma lista antes já submetida a um processo de higienização ideológica. A isso chamo de moralismo eleitoral, essa forma fundamentalista de aplicação de uma certa moral ao processo eletivo. Mas o hipermoralismo eleitoral não quer saber o que é juridicamente sustentável ou não; interessa a sua sanha macartista, ainda que a Constituição seja desrespeitada. Este é o ponto: estamos sempre criando atalhos para sustentar essas normas inconstitucionais, mas com apelo popular, conferindo, assim, ao ordenamento jurídico um tratamento bizarro, sem pé nem cabeça, alimentando a insegurança jurídica. É disso que se trata. A mim me parece que não podemos negociar a aplicação

interpretar o Direito e as normas eleitorais “à moda Rainha de Copas”, cujo propósito é cortar o maior número de cabeças dos agentes públicos.

A expressiva volatilidade das decisões em matéria eleitoral, traz absoluto pânico aos administradores, pois o que dantes não gerava inelegibilidade, de uma hora para outra passa a sê-lo. Trata-se de verdadeiro direito eleitoral do medo. Para exemplificar, fazemos remissão à hipótese de indeferimento de registro de candidatura em virtude da rejeição de contas pela não aplicação dos 25% em educação, com consolidado e seguro entendimento do TSE que isto não gerava inelegibilidade.²⁵³ Todavia, o TSE mudou de opinião e passou a compreender que a rejeição de contas pela não aplicação do percentual de 25% em educação geraria inelegibilidade.²⁵⁴

adequada da Constituição; devem-se evitar soluções casuísticas que, ao final, se voltarão contra a própria sociedade.” (COSTA, 2013, p. 16-17).

²⁵³ O ponto é bem lembrado por Ruy Samuel Espíndola: “Insistamos: a generalidade da delegação para estatuir inelegibilidade é tão exagerada na alínea “g”, por ato próprio do judiciário eleitoral, que antes da lei complementar 135/10 o TSE entendia que não aplicar 25% na educação não gerava inelegibilidade. Hoje, com a nova redação da 135/10, se entende que não aplicar os mesmos 25% na educação é ato de improbidade doloso e por tal gera a inelegibilidade.” *Direito eleitoral e reforma política*: sugestões para reformas legais, jurisprudenciais e culturais à ótima concretização dos direitos fundamentais políticos de candidatura e de voto. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/40696/direito-eleitoral-e-reforma-politica>> Acesso em: 27 de julho de 2015.

²⁵⁴ Como sabido, num primeiro momento a jurisprudência era pacífica que não aplicação em 25% em educação não gerava inelegibilidades. Vejamos:

“Registro de candidatura - Contas rejeitadas - (...). Possibilidade de a Justiça Eleitoral verificar se as irregularidades são insanáveis, mesmo havendo decisão do Tribunal de Contas e da Câmara Municipal desaprovando as contas. (...). Não-aplicação do mínimo constitucional da receita de impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino - Irregularidade que não acarreta inelegibilidade. Recurso conhecido e provido. RESPE - RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 16433 - Cananéia/SP, Relator Min. FERNANDO NEVES DA SILVA, j. 05.09.2000.”

“AGRAVOS REGIMENTAIS. RECURSO ESPECIAL. DECISÃO AGRAVADA ALINHADA COM A JURISPRUDÊNCIA DO TSE. 1. A falta de aplicação do percentual mínimo em educação não gera inelegibilidade. Precedentes.(...). Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 30169 - Nova Serrana/MG, Relator Min. EROS ROBERTO GRAU, j. 28.04.2009.”

^{254a}“AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. ELEIÇÕES 2012. PREFEITO. REGISTRO DE CANDIDATURA.INELEGIBILIDADE. ART. 1º, I, G, DA LEI COMPLEMENTAR 64/90. AUSÊNCIA DE APLICAÇÃO DO PERCENTUAL MÍNIMO DE 25% EM EDUCAÇÃO (...). DESPROVIMENTO. 1. A rejeição de contas do agravante em virtude da não aplicação do percentual mínimo de 25% exigido no art. 212 da CF/88 configura irregularidade insanável e ato doloso de improbidade administrativa, incidindo a inelegibilidade prevista no art. 1º, I, g, da LC 64/90 (REspe 246-59/SP, de minha relatoria, PSESS de 27.11.2012).(…). AgR-REspe - Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 7486 - General Salgado/SP, Relatora Min. FÁTIMA NANCY ANDRIGHI, j. 29.11.2012.”

“ELEIÇÕES 2014. REGISTRO DE CANDIDATURA. INDEFERIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO. REJEIÇÃO DE CONTAS. NÃO APLICAÇÃO DO MÍNIMO EXIGIDO CONSTITUCIONALMENTE EM EDUCAÇÃO. IRREGULARIDADE INSANÁVEL E CONFIGURADORA DE ATO DOLOSO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INELEGIBILIDADE PREVISTA NO ART. 1º, I, G, DA LC Nº 64/90. INOVAÇÃO RECURSAL. INADMISSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A não aplicação do mínimo constitucional exigido na área de educação consubstancia irregularidade de natureza insanável e configuradora de ato doloso de improbidade administrativa, atraindo, bem por isso, a inelegibilidade inserta no art. 1º, I, g, da Lei Complementar nº 64/90.2. *In casu*, neguei seguimento ao ordinário considerando que a não aplicação do mínimo constitucional exigido na área de educação caracteriza irregularidade insanável e configuradora de ato doloso de improbidade administrativa, enquadrando-se na inelegibilidade prevista no art. 1º, I, g, da Lei Complementar nº 64/90. (...) Agravo Regimental em Recurso Ordinário nº 178285 - Belo Horizonte/MG - Relato Min. LUIZ FUX, j. 11.11.2014.”

Como já podemos perceber, as disfunções da Justiça Eleitoral e o medo dela decorrente tem nome e sobrenome: LC 64/1990 e as alterações nela realizadas pela Lei da Ficha Limpa (LC 135/2010). Por esta razão, demonstremos incompatibilidade destas normas em sede de “dupla verificação de compatibilidade vertical”: controle de constitucionalidade e controle de convencionalidade (BASTOS JÚNIOR; SANTOS, 2015, p. 249).

Apenas para não deixar de fazer breve menção a outras disfuncionalidades que os limites deste texto não permitem aprofundar, temos ainda graves problemas na Justiça Eleitoral por restrição de direitos fundamentais pela edição de resoluções do Tribunal Superior Eleitoral – TSE, que usurpam prerrogativas privativas do legislador²⁵⁵ ou mesmo ao responder consultas para além dos limites da lei e da constituição²⁵⁶. O mesmo se sucede na análise de prova nas Ações de Investigação Judicial Eleitoral – AIJE, para se apurar a ocorrência de abusos de poder econômico ou político, que por demandarem análise do caso concreto e não terem exata conformação típica, ensejam grande decisionismo por parte juízes eleitorais na análise das provas do abuso de poder.

Passemos a analisar a absoluta inconveniência da LC 64/1990 e, ao fazê-lo, pretendemos elencar razões pelas quais a maior parte de seus dispositivos fazem indevida restrição a direitos políticos fundamentais de voto e candidatura, fazendo com que este diploma legal seja instrumento de exclusão de incontáveis agentes políticos da vida política de modo injustificável e disfuncional numa democracia.

²⁵⁵ Eneida Desiree Salgado bem aponta a ausência de amparo constitucional para edição de certas normas previstas em resoluções do TSE: “Mas dois são os instrumentos pelos quais a Justiça Eleitoral vem, inconstitucional e antidemocraticamente, inovando a ordem jurídica brasileira: as resoluções e as consultas. Nenhuma delas têm previsão constitucional, ambas derivam do Código Eleitoral – Lei nº 4.737/65. As resoluções do Tribunal Superior Eleitoral, se afastada sua inconstitucionalidade absoluta, somente podem ter a natureza jurídica de regulamentos de execução, destinados a facilitar a execução da lei, precisando o conteúdo dos seus conceitos e determinando os procedimentos a serem tomados pela Justiça Eleitoral em sua função administrativa. Não inovam na ordem jurídica, não podem operar contra a lei, para além da lei, são completamente subordinados à lei.” (SALGADO, 2010, p. 237-238).

²⁵⁶ Sobre os problemas decorrentes das consultas ao TSE, enfatiza Eneida Desiree Salgado: “Outra atividade da Justiça Eleitoral que tem escapado dos limites constitucionais e legais é a resposta a consultas. (...) Não obstante, a resposta a consultas levou a alterações profundas nas regras do jogo democrático e ao afastamento de dispositivo constitucional expresso. Ainda que o próprio Poder Judiciário faça a leitura constitucionalmente adequada das resoluções e das consultas, na realidade essas manifestações do poder regulamentar da Justiça Eleitoral vêm inovando na ordem jurídica, sem qualquer reação por parte do Supremo Tribunal Federal ou, ainda sob seu comando.” (SALGADO, 2010, p. 240-241).

4.4.2 Controle de convencionalidade da Lei Complementar nº 64/1990 em face da Convenção Americana de Direitos Humanos

A análise séria de nosso sistema de infraconstitucional de inelegibilidades leva a perplexidade e mesmo incredulidade. Não há nada semelhante nos países ocidentais civilizados. Em nenhuma democracia se encontra tantas limitações e restrições ao direito de ser votado (*jus honorum*). As normas contidas na LC 64/90 e especialmente a LC 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), além de serem inconstitucionais em muitos de seus dispositivos (a despeito do entendimento diverso do STF na ADI 4.578 e ADC's 29 e 30), são flagrantemente inconventionais por violarem direta e expressamente o disposto no art. 23 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

A legislação brasileira sobre as hipóteses de inelegibilidade tem um mérito. Traduz, como poucas, seu total desprezo pelos direitos políticos fundamentais e faz questão de deixar isto muito claro em seus dispositivos. Portanto, não se trata de crítica que poderia ficar circunscrita no plano ideológico ou da oposição de ideias. Trata-se de crítica que tem por parâmetro regras jurídicas que efetivamente impõem caráter limitador a um dos mais relevantes direitos fundamentais em qualquer país do mundo: o direito de participar da vida política²⁵⁷. As principais críticas a estes excessos, em verdade não são tanto tributárias à Justiça Eleitoral, mas ao Congresso Nacional que permitiu a violação dos direitos fundamentais em nome da pressão popular ao editar a LC 64/1990 com seu *remake* assustador, a LC 135/1990.

Estes direitos políticos estão umbilicalmente ligados a outros tantos direitos fundamentais sem os quais não é possível falar em verdadeira democracia, a exemplo do direito de reunião; do direito ao devido processo legal; do direito à ampla defesa e ao contraditório entre tantos outros. Igualmente impressiona o modo com a Justiça Eleitoral constrói sua jurisprudência, pois além de admitir estas indevidas restrições ao direito de votar e ser votado, por vezes restringe os para além dos limites semânticos e sintáticos da LC 64/1990.

²⁵⁷ Nessa linha de raciocínio, calham as considerações de Néviton Guedes: “Em resumo, segundo o direito norte-americano ou alemão, o que o princípio da universalidade do sufrágio impede é a existência de exclusões ilegítimas do cidadão do processo eleitoral. Nesse sentido, mais uma vez a universalidade do sufrágio, ao apresentar-se como caso especial do princípio da igualdade no âmbito das eleições, proíbe o legislador, para além das próprias restrições constitucionais, de excluir das eleições grupos determinados de cidadãos por motivação política, religiosa, econômica, profissional ou social, assim como exige que todos possam, o máximo possível, exercer os seus direitos políticos em igualdade de condições. A ideia de que, à luz do princípio da universalidade do voto, o legislador ordinário não pode impor exclusões ilegítimas poderia parecer despicienda no Brasil, ao argumento de que aqui as únicas exclusões são aquelas já fixadas constitucionalmente. Contudo, ao contrário do que tendemos a acreditar, a própria Constituição abre a porta para que, direta ou indiretamente, o legislador possa impor restrições ao universo dos que possam votar ou ser votados, quando, por exemplo, estabelece os casos de perda e suspensão de direitos políticos, arrolando situações que, na sua maioria, dependem da disciplina do legislador ordinário.” (GUEDES, 2018, p. 118).

A forma que nosso ordenamento infraconstitucional trata o tema das inelegibilidades traduz muitas das críticas desenvolvidas neste trabalho acerca das disfunções da separação de poderes; do conflito entre burocracia e política; da ascensão dos não eleitos; do viés ideológico que permeia as decisões dos órgãos de controle ao fiscalizarem aos agentes políticos e revelam a forte tendência em prol do moralismo eleitoral. Se realizarmos análise isenta e técnica de nosso sistema de inelegibilidades, veremos que grande parte das normas que regem as hipóteses de inelegibilidade, não resistem ao cotejo com a Convenção Americana de Direitos Humanos. (BASTOS JÚNIOR; SANTOS, 2015, p. 250).

O Brasil está filiado ao sistema regional americano de direitos humanos, e, portanto, assujeitado à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) e submetido a estrita observância da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH).

A Convenção possui força normativa superior à legislação infraconstitucional, a qual tem sua eficácia jurídica paralisada naquilo em que com ele conflitar. Esta questão já restou sedimentada pelo Supremo Tribunal Federal – STF no julgamento do RE 349.703/RS²⁵⁸, relator para o acórdão Min. Gilmar Mendes, ao se discutir a impossibilidade da prisão do depositário infiel, em que pese a sua previsão pelo art. 5º, LXVII, da CF. Naquela oportunidade, entendeu o STF que, muito embora não se pudesse falar em revogação da norma constitucional pela adesão do Brasil ao referido Tratado Internacional de Direitos Humanos, este passou a gerar um “efeito paralisante” sobre a legislação infraconstitucional que com ele fosse conflitante, a exemplo do art. 652 do Código Civil/2002, que autorizava a prisão do depositário.

Como o Brasil é signatário da CADH (norma internalizada desde 1992 pelo Decreto nº 678/1992, está submetido à jurisdição convencional da Corte IDH, incidindo em nosso direito interno os dispositivos da Convenção, donde destacamos o art. 23.1.b c/c 23.2 que consagra os

²⁵⁸ PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002). [...]. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (RE 349703, Relator: Min. CARLOS BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-04 PP-00675).

direitos políticos como integrantes do Sistema Interamericano de Proteção, cujas normas parâmetro servem para aferir a convencionalidade da LC 64/1990 e da LC 135/2010.

Os arts. 23.1.b e 23.2 da CADH admitem restrição aos direitos políticos apenas em hipóteses muito restritas, a saber:

Artigo 23. Direitos políticos

1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades:

- a. de participar na direção dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos;
 - b. de votar e ser eleitos em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores; e
 - c. de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.
2. A lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades a que se refere o inciso anterior, exclusivamente por motivos de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal.

Se compararmos as hipóteses acima com nossa LC 64/1990 veremos que nossa norma infraconstitucional restringe muito mais que a Convenção Americana de Direitos Humanos da qual o Brasil é signatário, pois como bem indica o art. 23.2 as restrições apenas poderiam incidir sobre idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal. Entretanto, temos condenações administrativas e civis que geram inelegibilidade além de inúmeras outras restrições que como veremos mais adiante exorbitam, e muito, dos limites da CADH.

Igualmente importante analisarmos os precedentes da Corte IDH ao analisar as restrições impostas pelos Estados signatários sobre direitos políticos, com vistas a termos adequada compreensão do tema e com isso verificarmos a convencionalidade de nosso ordenamento infraconstitucional.

Dentre os precedentes da Corte IDH que analisaram convencionalidade de normas dos respectivos Estados acerca de direitos políticos, destacam-se os casos: *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*; *López Mendoza vs. Venezuela* e *Gustavo Francisco Petro Urrego respecto de la República de Colombia*. Todavia, não compete a Corte IDH reapreciar julgamento nacional, nem atuar como Corte de quarta instância²⁵⁹ dos respectivos Estados (MONTEIRO, 2015, p. 198).

²⁵⁹ Assevera Vitor de Andrade Monteiro: “Ademais, a Corte IDH tem o papel de emitir determinações gerais para a formação do *ius commune* na região, não devendo ser confundida com uma Corte de quarta instância. A jurisdição interamericana de direitos humanos se dedica à análise da conduta do Estado, não tendo a pretensão de reapreciar julgamento nacional, mas sim obrigar o Estado a respeitar compromissos de direitos humanos assumidos. Em verdade, a Corte não faz o papel de tribunal de apelação, mas realiza o controle de convencionalidade, aferindo se os atos praticados pelo Brasil se amoldam às previsões da Convenção ADH” (MONTEIRO, 2015, p. 198).

Não nos cabe fazer análise exaustiva dos casos acima em face dos limites deste trabalho, mas apenas destacar que em 06.08.2008 no caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*²⁶⁰, a Corte Interamericana de Direitos Humanos – Corte IDH apreciou o recurso do Senhor Jorge Castañeda Gutman para saber se haveria violação aos seus direitos políticos em concorrer à presidência do México sem estar filiado a partido político. Portanto, verificar se teve efetiva oportunidade em participar de *assuntos políticos* como candidato independente (art. 23.1.b da convenção), posto que a filiação partidária não é condição expressa no art. 23.2 da Convenção. Igualmente, discutiu seu direito a um recurso judicial efetivo (art.25 da Convenção)²⁶¹.

Neste caso, a Corte IDH deliberou que o Estado Mexicano não violou o art. 23.2 da Convenção em prejuízo de Castañeda Gutman, posto que os estados signatários da Convenção gozam de liberdade de conformação e fixa regras não previstas no art. 23.2, mas asseverou que compete à Corte verificar se esta atividade conformadora é compatível com o Sistema de Direitos Humanos. No tocante ao direito a um recurso hábil e efetivo, a Corte reconheceu o direito de Castañeda Gutman e condenou o Estado Mexicano.

Já no caso *López Mendoza vs. Venezuela*²⁶² decidido em 11.09.2011, o Senhor Leopoldo López Mendoza levou à Corte a aplicação de inelegibilidade que lhe foi feita pela Controladoria Geral da Venezuela, por ter sido declarado inelegível por decisão de órgão administrativo em dois casos distintos. O primeiro ao analisar sua conduta quando trabalhava na estatal PDVSA e o segundo por atos praticado no exercício de seu mandato de prefeito de Caracas. Em ambos os casos, além da multa, foi-lhe aplicada sua inabilitação para exercício de função pública.

A Corte IDH reconheceu a violação aos direitos políticos de López Mendoza por violação ao art. 23.2 da Convenção, que exige que a condenação capaz de gerar restrição a direitos políticos apenas pode ser aquela proferida por juiz competente em *proceso penal*, não em processo administrativo.

Outro precedente relevante da Corte Interamericana de Direitos humanos no caso *Gustavo Francisco Petro Urrego respecto de la República de Colombia*²⁶³, onde a Corte IDH

²⁶⁰ Disponível em:

<http://www.cidh.org/demandas/12.535%20Jorge%20Castaneda%20Gutman%20Mexico%2021%20marzo%202007%20ESP.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2020.

²⁶¹ Artigo 25. Proteção judicial

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

²⁶² Disponível em: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_233_esp.pdf. Acesso em: 14 jan. 2020

²⁶³ Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2014/MC374-13-ES.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2020.

concedeu a medida para suspensão de seus direitos políticos em face de condenação de Petro Urrego pela Procuradoria-Geral da Nação por alegados danos ambientais à cidade de Bogotá na prestação de serviços de limpeza.

Em 18.03.2014 a Corte IDH concedeu medida cautelar e tutelar (art. 41.b da Convenção c/c art. 18 do seu Estatuto), para assegurar o resultado útil do processo e da decisão de fundo, para garantir o exercício dos direitos políticos de Petro Urrego. No dia seguinte (19.03.2014), o Presidente da Colômbia não cumpriu a cautelar, destituindo o Prefeito de Bogotá de seu cargo. Em face disso, um cidadão acionou o Tribunal Superior de Bogotá alegando descumprimento da decisão da Corte IDH, sendo atendido pelo referido Tribunal Superior que determinou que o Presidente da Colômbia reconduzisse Petro Urrego ao cargo de Prefeito.

Em face destes precedentes, podemos verificar que carecemos de urgente necessidade de recurso dos cidadãos brasileiros a Corte IDH das inúmeras hipóteses de restrições indevidas a direitos políticos previstas na LC 64/1990, eis que considerável parte das hipóteses das inelegibilidades cominadas previstas na referida norma decorrem: i) de políticos cassados ou que tenham renunciado (art. 1º, I, alíneas, “b”²⁶⁴, “c”²⁶⁵ e “k”²⁶⁶ da LC 64/90); de ii) inelegibilidades como efeito indiretos de condenações em processos administrativos (art. 1º, I,

²⁶⁴ Art. 1º, I, (...) b) os membros do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas, da Câmara Legislativa e das Câmaras Municipais, que hajam perdido os respectivos mandatos por infringência do disposto nos incisos I e II do art. 55 da Constituição Federal, dos dispositivos equivalentes sobre perda de mandato das Constituições Estaduais e Leis Orgânicas dos Municípios e do Distrito Federal, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente do mandato para o qual foram eleitos e nos oito anos subsequentes ao término da legislatura;

²⁶⁵ Art. 1º, I, (...) c) o Governador e o Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal e o Prefeito e o Vice-Prefeito que perderem seus cargos eletivos por infringência a dispositivo da Constituição Estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente e nos 8 (oito) anos subsequentes ao término do mandato para o qual tenham sido eleitos;

²⁶⁶ Art. 1º, I, (...) k) o Presidente da República, o Governador de Estado e do Distrito Federal, o Prefeito, os membros do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas, da Câmara Legislativa, das Câmaras Municipais, que renunciarem a seus mandatos desde o oferecimento de representação ou petição capaz de autorizar a abertura de processo por infringência a dispositivo da Constituição Federal, da Constituição Estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente do mandato para o qual foram eleitos e nos 8 (oito) anos subsequentes ao término da legislatura;

alíneas, “f”²⁶⁷, “g”²⁶⁸, “i”²⁶⁹, “m”²⁷⁰, “o”²⁷¹ e “q”²⁷² da LC 64/90); de iii) condenação judicial em processos eleitorais (art. 1º, “d”²⁷³, “j”²⁷⁴, “n”²⁷⁵ e “p”²⁷⁶ da LC 64/90); de iv) processos judiciais de natureza civil (art. 1º, I, alíneas, “h”²⁷⁷ e “l”²⁷⁸ da LC 64/90) e, finalmente, na única hipótese convencional de condenação em processo penal (art. 1º, I, alínea “e”²⁷⁹ LC 64/90), os efeitos

²⁶⁷ Art. 1º, I, (...) f) os que forem declarados indignos do oficialato, ou com ele incompatíveis, pelo prazo de 8 (oito) anos;

²⁶⁸ Art. 1º, I, (...) g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição;

²⁶⁹ Art. 1º, I, (...) i) os que, em estabelecimentos de crédito, financiamento ou seguro, que tenham sido ou estejam sendo objeto de processo de liquidação judicial ou extrajudicial, hajam exercido, nos 12 (doze) meses anteriores à respectiva decretação, cargo ou função de direção, administração ou representação, enquanto não forem exonerados de qualquer responsabilidade;

²⁷⁰ Art. 1º, I, (...) m) os que forem excluídos do exercício da profissão, por decisão sancionatória do órgão profissional competente, em decorrência de infração ético-profissional, pelo prazo de 8 (oito) anos, salvo se o ato houver sido anulado ou suspenso pelo Poder Judiciário;

²⁷¹ Art. 1º, I, (...) o) os que forem demitidos do serviço público em decorrência de processo administrativo ou judicial, pelo prazo de 8 (oito) anos, contado da decisão, salvo se o ato houver sido suspenso ou anulado pelo Poder Judiciário;

²⁷² Art. 1º, I, (...) q) os magistrados e os membros do Ministério Público que forem aposentados compulsoriamente por decisão sancionatória, que tenham perdido o cargo por sentença ou que tenham pedido exoneração ou aposentadoria voluntária na pendência de processo administrativo disciplinar, pelo prazo de 8 (oito) anos;

²⁷³ Art. 1º, I, (...) d) os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes;

²⁷⁴ Art. 1º, I, (...) j) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, por corrupção eleitoral, por captação ilícita de sufrágio, por doação, captação ou gastos ilícitos de recursos de campanha ou por conduta vedada aos agentes públicos em campanhas eleitorais que impliquem cassação do registro ou do diploma, pelo prazo de 8 (oito) anos a contar da eleição;

²⁷⁵ Art. 1º, I, (...) n) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, em razão de terem desfeito ou simulado desfazer vínculo conjugal ou de união estável para evitar caracterização de inelegibilidade, pelo prazo de 8 (oito) anos após a decisão que reconhecer a fraude;

²⁷⁶ Art. 1º, I, (...) p) a pessoa física e os dirigentes de pessoas jurídicas responsáveis por doações eleitorais tidas por ilegais por decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, pelo prazo de 8 (oito) anos após a decisão, observando-se o procedimento previsto no art. 22;

²⁷⁷ Art. 1º, I, (...) h) os detentores de cargo na administração pública direta, indireta ou fundacional, que beneficiarem a si ou a terceiros, pelo abuso do poder econômico ou político, que forem condenados em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes;

²⁷⁸ Art. 1º, I, (...) l) os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena;

²⁷⁹ Art. 1º, I, (...) e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes:

1. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público;
2. contra o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais e os previstos na lei que regula a falência;
3. contra o meio ambiente e a saúde pública;
4. eleitorais, para os quais a lei comine pena privativa de liberdade;

da inelegibilidade apenas podem incidir após o trânsito em julgado, e não da mera decisão colegiada que antecipa os efeitos da condenação criminal (BASTOS JÚNIOR; SANTOS, 2015, p. 247).

Como se percebe, o cotejo entre os dispositivos da LC 64/1990 e da Lei da Ficha Limpa (LC 135/2010) com o art. 23.1.b e 23.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, demonstra sobrar muito pouco de nosso sistema infraconstitucional de inelegibilidades. Tal fato demonstra quão o Brasil restringe direitos políticos, mesmo levando em conta os demais Estados integrantes do Sistema Interamericano de Proteção.

Os precedentes da Corte IDH a exemplo dos casos *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*; *López Mendoza vs. Venezuela* e *Gustavo Francisco Petro Urrego respecto de la República de Colombia* anunciam que estamos com um encontro marcado na Corte IDH para controle da convencionalidade das inúmeras hipóteses de inelegibilidades no Brasil.

Mas para além de esperarmos manifestação expressa da Corte IDH sobre nossas hipóteses infraconstitucionais de inelegibilidades, compete, desde logo, aos diversos legitimados dos Estados que aderiram à Convenção, o dever de dar cumprimento às decisões²⁸⁰ da Corte IDH, vinculando juízes e autoridades públicas²⁸¹ (BAZÁN, 2011), gozando as decisões

-
5. de abuso de autoridade, nos casos em que houver condenação à perda do cargo ou à inabilitação para o exercício de função pública;
 6. de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores;
 7. de tráfico de entorpecentes e drogas afins, racismo, tortura, terrorismo e hediondos;
 8. de redução à condição análoga à de escravo;
 9. contra a vida e a dignidade sexual; e
 10. praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando;

²⁸⁰ Sobre os legitimados acerca do dever de realizar o controle de convencionalidade no âmbito interno de cada país, destaca Victor Bazán; “Para cerrar este segmento, y procurar compendiar la secuencia creciente de destinatarios involucrados en el deber de desplegar el control de convencionalidad en el ámbito interno y del crecimiento del alcance material de tal test de compatibilidad convencional, se observa que pueden identificarse hasta el momento los siguientes eslabones: • Poder Judicial (caso Almonacid Arellano y otros c. Chile). • Órganos del Poder Judicial (caso Trabajadores cesados del Congreso c. Perú). • Jueces y órganos vinculados a la Administración de justicia en todos los niveles (caso Cabrera García y Montiel Flores c. México). • Cualquier autoridad pública y no solo el Poder Judicial (caso Gelman c. Uruguay). • Adecuación de las interpretaciones judiciales y administrativas y de las garantías judiciales a los principios establecidos en la jurisprudencia de la Corte idh (caso López Mendoza c. Venezuela y caso Atala Riffó y Niñas c. Chile).” (BAZÁN, 2011, p. 31).

²⁸¹ A vinculação das autoridades públicas em realizarem — de ofício — o controle de convencionalidade, mesmo no exercício de função administrativa, já foi objeto de análise no caso *Guelman vs. Uruguay*. Acerca do ponto destaca Felipe Klein Gussoli: “ (...) é possível a qualquer autoridade pública no exercício da função administrativa, em processo administrativo, declarar a inconvenção de normas jurídicas nacionais. O efeito da declaração de inconvenção é a invalidação da norma, o que altera radicalmente o funcionamento da Administração Pública e o dogma de o Poder Público agir *contra legem*.” (GUSSOLI, 2019, p. 127).

da Corte IDH de eficácia vinculante²⁸² (FERRER MAC-GREGOR, 2013) e efeito expansivo²⁸³ aos Estados integrantes do Sistema Interamericano de Proteção (HITTERS, 2008).

Nesse passo, fundamental que a Justiça Eleitoral possa realizar controle de convencionalidade incidental, priorizando interpretação *pro homine* ou *pro persona*²⁸⁴ mais favorável à realização do direito humano fundamental em debate. Tanto o legislador e o juiz eleitoral estão vinculados ao cumprimento das convenções internacionais quando estas constituírem direito interno por atos legislativos legítimos, *ex vi* dos artigos 4º, II²⁸⁵, 5º, § 2º²⁸⁶, 49, I²⁸⁷, 84, VIII²⁸⁸, da Constituição da República c/c com o artigo 23.1.b e 23.2., da Convenção Americana de Direitos Humanos.

²⁸² Sobre a vinculatividade dos Estado integrantes da Convenção e sujeitos ás decisões da Corte IDH, calham as considerações de Eduardo Ferrer Mac-Gregor: “31. La sentencia interamericana, en tanto adquiere la autoridad de la cosa juzgada internacional, despliega los contenidos y efectos de la sentencia en dos dimensiones: a) de manera subjetiva y directa hacia las partes en la controversia internacional; y b) de manera objetiva e indirecta hacia todos los Estados Parte en la Convención Americana. 32. En el primer supuesto se produce una eficacia inter partes, que consiste en la obligación del Estado de cumplir con todo lo establecido en la sentencia interamericana de manera pronta, íntegra y efectiva. Existe una vinculación total y absoluta de los contenidos y efectos del fallo, que se deriva como obligación de los artículos 67 y 68.1 de la Convención Americana. 33. En el segundo se produce una eficacia erga omnes hacia todos los Estados Parte de la Convención, en la medida en que todas las autoridades nacionales quedan vinculados a la efectividad convencional y, consecuentemente, al criterio interpretativo establecido por la Corte IDH, en tanto estándar mínimo de efectividad de la norma convencional, derivada de la obligación de los Estados de respeto, garantía y adecuación (normativa e interpretativa) que establecen los artículos 1º y 2º de la Convención Americana; y de ahí la lógica de que la sentencia sea notificada no solo "a las partes en el caso" sino también "transmitido a los Estados partes en la Convención" en términos del artículo 69 del Pacto de San José. (FERRER MAC-GREGOR, 2013, p. 617).

²⁸³ Conforme entendimiento de Juan Carlos Hitters: “A modo conclusivo es posible reiterar que las sentencias de la Corte IDH son atrapantes no sólo para el caso juzgado, sino también como ha sucedido en Perú, para todo el Estado en asuntos similares (“Barrios Altos”, “El Tribunal Constitucional de Perú” y “La Cantuta” por ejemplo), pauta que hemos denominado “efecto expansivo” (véase punto III, C, 2). En lo que hace a la vinculación general de la doctrina legal de los fallos de la Corte IDH, el tema es discutible, aunque nosotros creemos que tiene valor erga omnes ya que el incumplimiento de los tratados y de directivas de los órganos del Pacto de San José, imponen a la postre, la responsabilidad internacional del Estado (arts. 1.1 y 2 del Pacto de San José de Costa Rica) en cualquiera de sus tres poderes (art. 27 de la Convención de Viena ya citado). Las Opiniones Consultivas, según lo destacamos, tienen efectos jurídicos innegables para todo el modelo regional y en particular para el Estado que las solicita.” (HITTERS, 2008, p. 154-155).

²⁸⁴ Destaca Marcelo Ramos Peregrino Ferreira acerca do critério *pro homine* ou *pro persona*: “De todo modo, a aplicação do critério *pro persona* serve para expor e reafirmar a prevalência da dignidade da pessoa humana na resolução dos conflitos permitindo a aplicação da norma que melhor se adegue a essa diretiva, sendo certo que, somente no caso concreto, poderá se afirmar qual direito deve prevalecer, o que, aliás, parece ser uma característica dos direitos fundamentais: a inexistência de um conteúdo essencial definido a *priori* e absoluto.” (FERREIRA, 2015b, p. 94).

²⁸⁵ Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...) II - prevalência dos direitos humanos.

²⁸⁶ Art. 5. (...) § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

²⁸⁷ Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

²⁸⁸ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...). VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.

4.4.3 Algumas reflexões sobre as pródigas hipóteses de inelegibilidade da LC nº 64/1990

Como vimos acima, as hipóteses de inelegibilidade são, em sua maioria, inconventionais. Mas para além das violações aos arts. 23.1.b e 23.2 da Convenção, traremos razões adicionais que evidenciam as disfuncionalidades e desproporcionalidades nos dispositivos aprovados por nosso legislador, especialmente ao turbinar a LC 64/1990 com a LC 135/2010 (Lei da Ficha Limpa).

Em face dos limites deste texto não tencionamos aprofundar em demasia as hipóteses de inelegibilidade previstas na LC 64/1990. Porém, trata-se de exemplos normativos de disfuncionalidades na legislação eleitoral que vale a pena enfrentarmos para termos real percepção de seu impacto na atividade política, com grave interferência do Poder Judiciário nos demais poderes e no próprio exercício da função administrativa, sobrelevando o risco de responsabilização e induzindo a adoção de técnicas de fuga da responsabilização.

Para tanto, elencaremos alguns dos dispositivos de nosso regramento infraconstitucional de inelegibilidades com o fito de evidenciar os excessos do legislador que lamentavelmente não foram declarados inconstitucionais pelo STF, mas eventualmente sujeitos a declaração de inconventionabilidade pela Corte IDH. As hipóteses abaixo não são exaustivas, mas foram escolhidas quer por sua absoluta desproporcionalidade em gerar inelegibilidades, quer porque tratam da maioria dos casos onde a Justiça Eleitoral indefere o registro de candidatura e impõe indevida restrição a direitos políticos fundamentais.

4.4.3.1 *A inelegibilidade decorrente de exclusão do exercício da profissão (art. 1º, I, “m” da LC 64/1990)*

Em qualquer país sério dizer que alguém possa ser declarado inelegível por exclusão de conselho profissional, causa, no mínimo, perplexidade. Os óbices são tão tremendos que é realmente surpreendente que tal norma tenha resistido ao controle de constitucionalidade realizado pelo STF quando do julgamento da ADI 4.578 e ADC's 29 e 30.

Examinando diretamente referido dispositivo, salta aos olhos que as hipóteses de exclusão da profissão possam merecer tratamento dos mais diferenciados por cada conselho. A título de exemplo, a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB (Lei 8.906/1994) permite a

exclusão de seus membros se houver suspensão por três vezes (a exemplo reter autos de processo indevidamente) ou não pagar as contribuições²⁸⁹ para a OAB após regular notificação.

Marcelo Ramos Peregrino Ferreira, exemplifica ainda com pena de exclusão do Conselho de Psicologia (FERREIRA, 2015a), que pode decorrer do ato de: induzir serviços de psicólogo (art. 2º “i”, do Código de ética Profissional do Psicólogo²⁹⁰); pleitear ou receber comissões (art. 2º, “o” do Código); ou ainda prolongar desnecessariamente a prestação de serviços profissionais (art. 2º, “n” do Código) que, convenhamos, ainda que possam ser razão para alguma reprimenda ético-profissional, jamais poderiam afetar por oito anos os direitos políticos dos cidadãos numa democracia desenvolvida.

Pergunta-se: tais hipóteses são relevantes para excluir alguém da vida política? Não. Aliás, diante dos inúmeros conselhos de fiscalização das profissões no Brasil²⁹¹, por vezes justamente a atividade política de seus integrantes podem gerar conflitos políticos de classe e sujeitar o profissional a sua exclusão, sob o pretexto de violação de norma ético-disciplinar. É dizer: o exercício da atividade política pode ser o móvel do respectivo conselho para excluir alguém da política, tudo chancelado pela LC 64/1990 ao prever esta hipótese de inelegibilidade.

4.4.3.2 Inelegibilidade por demissão do serviço público (art. 1º, I, “o” da LC 64/1990)

Ser demitido do serviço público no Brasil é razão para ser inelegível (art. 1º, I, “o” da LC 64/1990). Por certo que a lei ordinária pode dispor sobre o regime disciplinar dos servidores e das respectivas hipóteses de demissão. Porém, fazer desta demissão causa de inelegibilidade

²⁸⁹ Em perspectiva crítica à exclusão dos conselhos por inadimplência por não afetar o plano deontológico do exercício da profissão, valem as considerações de Heron de Jesus Garcez Pinheiro e Roberto Carvalho Veloso: “As punições pelos Conselhos Profissionais obedecem a gradiente, sendo proporcionais à gravidade da falta cometida. Em geral, infrações leves são sancionadas com advertência; infrações médias com suspensão; e infrações mais graves com cassação de registro. No entanto, algumas leis reguladoras de profissões, objetivando salvaguardar as finanças e a sustentabilidade das autarquias corporativas, estipularam a punição de cancelamento de registro em desfavor de inadimplentes recalcitrantes. Por tal motivo, há acórdãos nos Tribunais Regionais Eleitorais do Pará e Espírito Santo afastando o cancelamento de registro por inadimplência do enquadramento como infração ético-profissional passível de inelegibilidade. A toda evidência, é de se acentuar a razoabilidade do entendimento, uma vez que a transgressão para ser apodada de infração ético-profissional há de ser afeta ao desempenho de um ato de profissão, com conotação jurídico-administrativo-deontológica.” (PINHEIRO; VELOSO, 2016, p. 152).

²⁹⁰ Disponível em: <https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2012/07/codigo-de-etica-psicologia.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2020.

²⁹¹ O grau de insegurança destes processos disciplinares são destacados por Rodrigo Tostes Mascarenhas: “Segundo o Ministério do Trabalho existem 68 profissões regulamentadas no Brasil (incluindo a de músico, turismólogo e *sommelier*). É verdade que nem todas tem um ‘órgão profissional competente’ que as regule, mas isso ocorre com quase duas dezenas de profissões. Ora, o grau de institucionalidade dos processos é, aqui também, altamente variável, existindo vários casos em que ‘processos’ disciplinares pouco ou nada tem de processos. Assim, neste caso, nos parece que a inconstitucionalidade da previsão é evidente, não só por sua desproporcionalidade, mas por não envolver nenhum dos objetivos para cuja proteção a CRFB autoriza a criação de novas hipóteses de inelegibilidade.” (MASCARENHAS, 2018, p. 345-346).

é um passo excessivo que explica-se pelo modo açodado, moralizante e em menoscabo dos direitos políticos que levaram a aprovação da Lei da Ficha Limpa.

Se tomarmos as hipóteses de demissão previstas na Lei 8.112/90 (Estatuto dos Servidores Públicos da União), veremos que além da demissão ser fundada na prática de corrupção (art. 132, XI), lesão a cofres públicos (art. 132, X), improbidade administrativa (art. 132, IV) ou crime contra a administração pública (art. 132, I), veremos que maioria esmagadora das hipóteses de demissão mesmo que não fossem submetidas a um exame de convencionalidade, jamais poderiam produzir inelegibilidade de modo a retirar da vida política os cidadãos brasileiros.

Afinal, se tomarmos as hipóteses de abandono de cargo (art. 132, II); incontinência pública ou conduta escandalosa (art. 132, V); ofensa em serviço ou a servidor ou a particular (art. 132, VII); revelação e segredo em razão do cargo (art. 132, IX); acumulação ilegal de cargos (art. 132, XII) e, finalmente, as transgressões aos incisos IX a XVI do art. 117 (que igualmente levam a pena de demissão), além de disporem sobre situações mais gravosas (receber propina, art. 117, XII), podem compreender questões absolutamente triviais, como o servidor: recusar-se a atualizar seus dados (art. 117, XIX); exercer atividades incompatíveis com o horário de trabalho; proceder de forma desidiosa (art. 117, XV); etc.

Porque que alguém que abandona seu cargo não pode candidatar-se? Como acreditar que alguém que cometeu ofensa a servidor ou a particular na repartição pública esteja limitado de ingressar na política? Como a acumulação ilegal de cargos pode gerar inelegibilidade? Como admitir que um servidor demitido por se recusar a atualizar seus dados cadastrais possa ficar inelegível? Apenas em um sistema legislativo e político absolutamente disfuncionalizado como o brasileiro.

A situação fica ainda mais caótica se pensarmos nos milhares dos pequenos municípios brasileiros, por vezes sem adequada lei de processo administrativo e cuja composição das comissões disciplinares por vezes é de duvidosa formação técnica e mesmo de isenção, em face da inexistência de comissão permanente de processo disciplinar, dando azo a muitos abusos na aplicação das penas de demissão.

4.4.3.3 Inelegibilidade por renúncia ao mandato desde o oferecimento de representação ou petição, capaz de autorizar a abertura de processo por infringência à Constituição Federal, Constituição Estadual, Lei Orgânica Distrital ou Lei Orgânica Municipal (art. 1º, I, “k” da LC 64/1990)

O dispositivo claramente visa penalizar a renúncia de mandato diante da deflagração de um processo político-administrativo de cassação, evitando o mandatário renunciante a manutenção da sua elegibilidade. Portanto, visa coibir estratégias “ardis” de manutenção da elegibilidade. Em tese, o dispositivo atendeu seus propósitos moralizantes. Entretanto, os problemas jurídicos da regra são significativos.

A regra adveio de contexto de edição de normas visando coibir estratégias de renúncias de parlamentares quando da pendência do julgamento do processo de cassação. A redação originária do art. 1º, I, “b” da LC 64/1990 com a redação da LC n 81/1994 previa apenas a inelegibilidade em caso de perda de mandato pelo processo de cassação.

Com isso, frequentemente os parlamentares renunciavam antes de ultimada a cassação e evitavam a inelegibilidade. Para eliminar-se esta possibilidade editou-se a EC n 6/1994 que emendou na Constituição o §4 ao art. 57, que determinou a suspensão dos efeitos da renúncia até a decisão final do processo de cassação. Isto passou a impedir a renúncia como fuga da inelegibilidade.

Diante da vedação constitucional passou-se a adotar outra estratégia. As renúncias passaram a ocorrer antes mesmo da instauração do processo de cassação, de modo que a renúncia anterior a deflagração formal do processo, evitaria a inelegibilidade ainda que com a consequente perda do mandato.

Neste contexto é que a Lei da Ficha Limpa entra em ação, prevendo o art. 1º, I, “k” da LC 64/1990, que do mero oferecimento da representação ou petição capaz de autorizar a abertura do processo de cassação — ainda que este sequer tenha sido formalmente instaurado — já faria incidir a inelegibilidade.

O primeiro problema desta regra jurídica é que trata-se de clara imputação e pena sem que haja efetivo juízo de mérito sobre a responsabilidade do detentor de mandato. Portanto, aplicação de pena sem que esteja concluso o processo.

Tal pena de restrição a direitos políticos fere de morte o princípio da presunção da inocência²⁹². Claro que se a conduta objeto da renúncia também constituísse crime, nada

²⁹² Apropriadas as reflexões de Pedro Roberto Decomain acerca da violação ao princípio da presunção de inocência pela alínea “k” do art. 1º, I, da LC 64/1990: “Se ninguém pode ser considerado culpado até que se torne definitiva

impediria que a ação penal fosse instaurada e, em caso de condenação, pudesse incidir a inelegibilidade. Mas a LC 64/1990 é impaciente.

Ainda observa Marcelo Ramos Peregrino Ferreira que o dispositivo aplica a inelegibilidade de oito anos após o término da legislatura (FERREIRA, 2015a). Assim, se um Senador da República renunciar no primeiro mês de seu de mandato após oferecimento da aludida representação, estará inelegível por toda a legislatura de oito anos e mais oito anos após seu término, o que resulta em quase 16 anos de inelegibilidade por renúncia.

A seguir a linha antecipatória de pena em caso de renúncias, não duvidemos que no futuro tenhamos nova hipótese de inelegibilidade decorrente de qualquer espécie de renúncia, mesmo quando não decorrente da iminência de processo de cassação, sob o moralizante argumento que mandato não é coisa que se renuncie, sob pena de trair-se a vontade popular.

O art. 1º, I, “k” da LC 64/1990 nega ao eleitor o direito de escolha a um político que renunciou ao mandato para manter manter-se elegível. Parte da premissa que a melhor democracia é uma democracia tutelada; implicitamente admite a incapacidade do eleitor brasileiro se autodeterminar; prefere defenestrar, de plano, os agentes políticos.

4.4.3.4 Inelegibilidade por rejeição de contas por ato doloso de improbidade administrativa (art. 1º, I, “g” da LC 64/1990)

A análise deste dispositivo demanda análise mais acurada, porquanto trata-se da maior causa de inelegibilidade no Brasil²⁹³. Trata-se do art. 1º, I, “g” da LC 64/90, acrescido da redação dada pela LC 135/2010 (Lei da Ficha Limpa). Interessa-nos especialmente esta inelegibilidade porque sua incidência decorre da atuação direta dos gestores públicos quando do exercício da sua função administrativa seja no julgamento das contas no âmbito dos tribunais de contas, na qualidade de administradores ou mesmo por ocasião do julgamento das contas

a decisão que o haja reconhecido como tal, como impor a alguém inelegibilidade, com nítido caráter sancionatório, nesta hipótese de renúncia, em que não houve ainda nenhuma decisão sobre a prática de um ilícito, e nem haverá, porque o processo não será mais iniciado? (...) Não houve nem haverá processo para reconhecimento de culpa. A inelegibilidade, neste caso, como se disse, resultará de verdadeira presunção de culpa. Ocorre que o princípio constitucional mencionado, o que resulta até de sua designação, pressupõe a inocência e não a culpa.” (DECOMAIN, 2018, p. 410).

²⁹³ Esta assertiva pode ser inferida do site do TSE, onde o assessor especial da Presidência do Tribunal Superior Eleitoral – TSE, Murilo Salmite, esclarece: “A alínea ‘g’ é a que tem originado o maior número de registro de candidaturas negados entre as 14. Assim como as outras, a alínea demonstra o rigor do legislador ao elaborar a lei. Ela estabelece que ficam inelegíveis para as eleições dos próximos oito anos, contados a partir da decisão, aqueles que tiverem suas contas de exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável por ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecurável do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário.” (“Série Ficha Limpa: inelegibilidades criadas pela lei causam afastamentos de candidatos”, 2013).

anuais pelos respectivos parlamentos e das contas anuais prestadas pelos chefes do poder executivo.

Mas a despeito da já declarada constitucionalidade do art. 1º, I, “g” da LC 64/90, entendemos que há espaço para discutir sua inconformidade ao nosso sistema constitucional, porque muitas questões não foram enfrentadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 29 e 30 e ainda na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578. Defendemos a impossibilidade da Justiça Eleitoral aferir improbidade administrativa nos termos do artigo 1º, I, “g” da LC 64/90, cuja decisão tem caráter preponderantemente constitutivo de improbidade.

Neste contexto, ocorre *efetiva constituição de improbidade* para fins eleitorais pela Justiça Eleitoral, em geral aduzida no processo de registro de candidatura, cuja processualística não é compatível com o devido processo legal de improbidade administrativa regrado na Lei 8.429/92, mais precisamente à ampla defesa e ao contraditório (5º LV da CR), trazendo manifesto prejuízo à produção probatória (a exemplo da oitiva de testemunhas), além da violação a garantia do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII da CR). Afinal, o que pretende a justiça especializada é verificar a existência de irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade.

Tal caráter constitutivo decorre do simples fato que as decisões provenientes das cortes de contas e dos parlamentos não enfrentam a questão de saber se existe ou não ato doloso de improbidade. Porém, isto não tem impedido a Justiça Eleitoral de fazê-lo. Tal modo de proceder, aparentemente, estaria autorizado pela dicção do próprio artigo 1º, I, “g” da LC 64/90, razão pela qual — de regra — não há na doutrina ou jurisprudências pátrias quaisquer tergiversações acerca deste ponto. Parece que tal constituição de improbidade é muito “natural”.

Contudo, não se trata de algo tão simples. A alínea “g” do art. 1º, I, da LC 64/90 padece de grave inconstitucionalidade por malferir tanto o juiz natural para aferição de improbidade exclusivo da Justiça Comum, seja Estadual ou Federal, (norma parâmetro: art. 5º, XXXVII²⁹⁴ e LIII²⁹⁵ da CR), bem como o devido processo legal para imposição da sanção de improbidade (norma parâmetro: artigo 5º, LIV²⁹⁶ da CR), e ainda da competência da Justiça Comum para firmar juízo de improbidade, verificando a ocorrência de dolo, e a incidência de quaisquer dos tipos da Lei 8.429/92. (norma parâmetro: art. 37, § 4º²⁹⁷ da CR) que estabeleceu a forma e

²⁹⁴ Art. 5º (...) XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;

²⁹⁵ Art. 5º (...) LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

²⁹⁶ Art. 5º (...) LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

²⁹⁷ Art. 37 (...) § 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

gradação de improbidade nos termos da LIA, além de violar-se a garantia do contraditório e da ampla defesa (norma parâmetro: art. 5º LV da CR).

Repise-se que as normas parâmetros relativamente ao juiz natural para constituir improbidade administrativa não foram objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da constitucionalidade das ADC's 29 e 30 acerca da “Lei da Ficha Limpa”.

Mas por qual razão restariam violados os incisos XXXVII, LIII e LIV, do artigo 5º e o § 4º do art. 37 da Constituição da República?

Primeiramente, compete à Justiça Comum apurar as infrações à probidade regradados na Lei 8.429/90 (LIA). Tal competência é inequívoca, jamais se imaginando possa a Justiça Eleitoral processar originalmente ações de improbidade. Esta a razão porque referida Justiça Especializada — v.g. nos casos de conduta vedada — por vezes remete à Justiça Comum a apuração de eventual improbidade com espeque na Lei 8.429/92.

O ponto fundamental é saber: quando a Justiça Eleitoral analisa inelegibilidade de candidatos, pode ela constituir improbidade por ato doloso de forma sumária? Pensamos que não.

Os opositores da tese poderiam argumentar que no caso de análise de inelegibilidade não se “constitui” improbidade, apenas se “declara”, para fins eleitorais, se existe inelegibilidade decorrente da rejeição de contas por ato doloso de improbidade (art. 1º, I, “g” da LC 64/90), razão pela qual não se aplicam as consequências ou sanções previstas na Lei 8.429/90.

O argumento padece de defeito em sua formulação. É fato que as decisões da Justiça Eleitoral que verificam a inelegibilidade com base na citada alínea “g” não geram ou sujeitam o agente — de *per se* — às penas da Lei 8.429/92. Todavia, a análise “eleitoral” da matéria implica inarredável juízo constitutivo quanto à presença (ou não) de improbidade, mesmo que a finalidade de tal análise esteja limitada apenas à seara eleitoral.

Ora, como é possível se fazer tal juízo de valor senão verificando a ocorrência ou não de ato doloso de improbidade? Como enquadrar a rejeição de contas decorrente de ato doloso de improbidade senão verificando, concretamente, o dolo e a própria improbidade? Por certo que o parâmetro hermenêutico para análise da improbidade passa pela Lei 8.429/92 em seus artigos 9º, 10, 10-A ou 11.

Isto demonstra que o problema não é exclusivamente de competência, posto que ainda que admitamos existisse “competência” da Justiça Eleitoral para constituir improbidade para

fins eleitorais, é certo que é necessário um *due process of law* apto a verificar, de forma constitucionalmente adequada, a existência de improbidade para fins de inelegibilidade²⁹⁸.

Para além da violação ao princípio do juiz natural por usurpação de competência, o processo de registro de candidatura não permite a constituição de improbidade após amplo manejo da produção probatória, incompatível com o célere rito do processo de registro, nem tampouco fixar parâmetros seguros para aferir-se dolo. Isto viola o próprio artigo 37, § 4º da CR que estabelece que os atos de improbidade com suas consequências serão verificados na forma e gradação prevista em lei²⁹⁹.

Nesse sentido, querer submeter à Justiça Especializada (Eleitoral) a apuração da improbidade dentro de um processo de registro de candidatura é ferir o devido processo legal. Tanto é assim, que já resta pacificado no Tribunal Superior Eleitoral que quando a Justiça Comum aprecia a aduzida improbidade, cujos fatos coincidam com a rejeição de contas, não há que falar-se em incidência da alínea “g” do art. 1º, I da LC 64/90.

Mas há algo ainda mais grave. Diferentemente do que ocorre em muitas das alíneas da LC 64/90, no caso da alínea “g” não foi previamente debatida a ocorrência ou não de improbidade nas cortes de contas ou mesmo nos respectivos parlamentos. Isto decorre da ausência de debate nestas instâncias administrativas da presença ou não de dolo, quer por falta de estrutura para tanto, quer porque lhes seja defeso aferir improbidade, que, insistamos, compete à Justiça Comum.

²⁹⁸ Estas preocupações foram bem identificadas por Marilda de Paula Silveira: “Seja lá qual for o órgão competente para o julgamento das contas, para que a respectiva causa de inelegibilidade incidisse, a lei exige que a rejeição de contas tenha se dado por “irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa” (art. 1º, I, alínea g da LC 64/90). Em outras palavras, isso significa dizer que, rejeitadas as contas, é preciso saber se houve (ou não) ato doloso de improbidade no caso concreto que motivou a decisão. (...) A partir da leitura do conteúdo da decisão é que o juiz eleitoral poderá identificar os fatos que motivaram a rejeição das contas e, então, concluir se haveria o ato doloso de improbidade. Em caso positivo, cumprem-se os requisitos para incidência da inelegibilidade. Do contrário, não. Pois é justamente aqui que se chega ao ponto central da controvérsia: como extrair esses requisitos de uma decisão que julga contas, mas não tem em seu horizonte de análise a apuração, ou não, da prática de ato de improbidade (enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou violação de princípios) e, o pior, não investiga o elemento subjetivo com o qual teria atuado o agente responsável (dolo ou culpa)?” (SILVEIRA, 2016).

²⁹⁹ Como assevera Orlando Moisés Fischer Pessuti: “Nessa esteira, é patente afirmar: a alínea ‘g’ do inciso I do artigo 1º da Lei Complementar nº 64/90, com os acréscimos da Lei Complementar nº 135/2010, é multiplamente inconstitucional. Aliás, como bem aponta Cyrineu, o problema reside no fato de que o sistema constitucional dedicou a improbidade administrativa apenas e tão somente ao exame exclusivo do Poder Judiciário, concebendo-o, portanto, ‘única instituição habilitada a dizer se um cidadão cometeu conduta ímproba’. (...) Considerando, portanto, que foi dada ao Judiciário a palavra em caráter exclusivo, é seguro dizer que não compete à Justiça Eleitoral determinar o que constitui ‘ato de improbidade administrativa de natureza insanável’. Porquanto a Constituição estabelece o devido processo legal, o vocábulo ‘devido’ deve ser entendido como o processo legal regulamentado na Lei de Improbidade, que designa, sob a égide do princípio do juiz natural, que a autoridade competente para processar e sentenciar o cidadão por ato de improbidade é o juiz da causa, seja este da Justiça Comum Estadual ou Federal, e não os Tribunais de Contas ou a Justiça Eleitoral” (PESSUTI, 2018, p. 380-381).

No plano da eficácia das sentenças a decisão da Justiça Eleitoral é precipuamente constitutiva (ainda que não exclusivamente constitutiva³⁰⁰) para fins de reconhecimento de ato doloso de improbidade, pois modifica a situação ou relação jurídica anterior; sua decisão tem eficácia modificativa. Assim, seu caráter constitutivo pode criar, alterar ou extinguir situação ou relação jurídica anterior. Exatamente é isto que ocorre quando a Justiça especializada estabelece efeitos constitutivos a partir de decisões anteriores quer dos tribunais de contas quer dos parlamentos quando da rejeição de contas.

A constituição de ato doloso de “improbidade sumária” no âmago da Justiça Eleitoral contrasta radicalmente com as outras hipóteses de inelegibilidades previstas no art. 1º, I, da LC 64/90. Isto porque os demais casos de inelegibilidade referem-se a condenações judiciais, políticas ou administrativas já debatidas em processos anteriores, cabendo à Justiça Eleitoral meramente subsumir a alegada inelegibilidade a decisões tomadas por outros órgãos que impuseram as mencionadas condenações, sendo seu papel preponderantemente declaratório.

Assim, nos demais casos da LC 64/1990 o papel da Justiça Eleitoral é preponderantemente declaratório da inelegibilidade, muito diferente da alínea “g” do art. 1º, I da LC 64/90, de cariz preponderantemente constitutivo. Vejamos:

No caso da alínea “a” do art. 1º, I da LC 64/1990 trata-se da inelegibilidade dos inalistáveis e analfabetos.

Na alínea “b” do art. 1º, I da LC 64/1990 declarar a inelegibilidade dos membros do Congresso Nacional, Assembleias Legislativas, Câmara Legislativa e Câmaras Municipais, que tenham perdido seus mandatos por infração aos incisos I e II do art. 55 da CR e dos demais equivalentes em cada âmbito federativo.

O mesmo se diga em relação a alínea “c” do art. 1º, I da LC 64/1990. Neste caso, a inelegibilidade decorre da perda do cargo de Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal, Prefeitos ou Vice-Prefeitos por infringência dos respectivos dispositivos na constituição dos estados, e lei orgânica distrital ou lei orgânica municipal.

³⁰⁰ Admitir caráter precipuamente constitutivo não significa afirmar a inexistência de outros efeitos da sentença. Vejamos a clássica aceção de Pontes de Miranda sobre a eficácia sentencial: “Em tôda sentença, há, pelo menos, a declaratividade de “Vistos e examinados os presentes autos...”, “Acordam os juízes do tribunal...” e semelhantes enunciados. Em tôda sentença, há, pelo menos, a constitutividade que resulta de ter sido proferida. Em tôda sentença, há, pelo menos, a condenatoriedade, que vem à composição da condenação nas custas, e a que consiste em reprovar-se o exercício da pretensão à tutela jurídica, como autor ou como réu. Em tôda sentença, há, pelo menos, a mandamentalidade do “Publique-se, registre-se...” ou semelhante mandamento. Em tôda sentença, há, pelo menos, a executividade que deriva de se pôr na esfera jurídica de alguém (evitemos dizer no patrimônio de alguém, pois nem sempre é patrimonial o interesse) a prestação jurisdicional, à custa do que se deixa, com sinal contrário, na esfera jurídica de outrem. Mesmo que se trate de alguma ação declaratória, há, após o trânsito em julgado, para A, + p, e, para B, - p. Não ter razão é menos do que não ter razão e estar declarada a sem-razão.” (PONTES DE MIRANDA, 2016, p. 180-181).

No caso da alínea “d” do art. 1º, I da LC 64/1990 já deve existir representação julgada procedente em decisão transitada em julgada ou proferida por órgão colegiado em processo de abuso do poder econômico ou político.

Na alínea “e” do art. 1º, I da LC 64/90 os condenados em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado por crimes enunciados no referido dispositivo (ex: crimes contra a economia popular, administração pública, patrimônio público, sistema financeiro, eleitorais com pena privativa de liberdade, tráfico, racismo, tortura, contra a vida etc.).

Na hipótese da alínea “f” do art. 1º, I da LC 64/90 os declarados indignos do oficialato.

Já na alínea “h” do art. 1º, I da LC 64/90 os detentores de cargo que beneficiarem a si ou terceiros pelo abuso de poder político, condenados por decisão transitada em julgado ou por órgão judicial colegiado.

Já na alínea “i” do art. 1º, I da LC 64/90 os que, em estabelecimento de crédito, financiamento ou seguro objeto de liquidação judicial ou extrajudicial, tenham exercido função de direção, administração ou administração nos 12 meses anteriores à decretação da liquidação.

Os condenados pela alínea “j” do art. 1º, I da LC 64/90 em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado por corrupção eleitoral, captação ilícita de sufrágio, doação ou gastos ilícitos em campanhas que impliquem na cassação do registro ou diploma.

Na hipótese da alínea “k” do art. 1º, I da LC 64/90 os chefes do poder executivo, membros do congresso, assembleias legislativas, câmara legislativa, câmaras municipais que renunciarem a mandato no oferecimento de representação ou petição capaz de oferecer abertura de processo por infringência à Constituição (Federal ou Estadual) bem como às respectivas leis orgânicas distrital ou municipal.

No caso da alínea “l” do art. 1º, I da LC 64/90 os que tiverem cominações cumuladas de (i) suspensão de direitos políticos; (ii) trânsito em julgado ou decisão colegiada; (iii) ato doloso de improbidade; (iv) lesão ao patrimônio público e (v) enriquecimento ilícito.

Notemos aqui algo de paradoxal. Para a alínea ‘l’, não é qualquer ato de improbidade que leva a inelegibilidade. Exige-se a condenação a pena de suspensão de direitos políticos e ato doloso que importe em lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito. Todavia, para a inelegibilidade decorrente da alínea “g” da LC 64/90, aparentemente se estaria diante de “cheque em branco” a supostamente legitimar a inelegibilidade fincada unicamente em ato doloso, mesmo que sem os aludidos requisitos da alínea ‘l’.

Também os excluídos do exercício da profissão (alínea “m” do art. 1º, I da LC 64/90), por decisão sancionatória do órgão profissional competente em decorrência de infração ético-disciplinar.

Os que simularem vínculo conjugal para evitar caracterizar inelegibilidade (alínea “n” do art. 1º, I da LC 64/90) desde que condenados em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado.

Os demitidos do serviço público (alínea “o” do art. 1º, I da LC 64/90) em decorrência de processo administrativo ou judicial.

Na alínea “p” do art. 1º, I da LC 64/90 são inelegíveis a pessoa física ou dirigentes de pessoas jurídicas responsáveis por doações eleitorais e legais, desde que com trânsito em julgado ou decisão de órgão colegiado da Justiça Eleitoral.

Finalmente a alínea “q” do art. 1º, I da LC 64/90 deixa inelegíveis os magistrados e membros do Ministério Público aposentados compulsoriamente por decisão sancionatória.

Após a sucinta descrição das inelegibilidades cominadas acima descritas, percebe-se a flagrante diferença entre essas hipóteses com a da alínea “g”. Em todos os casos acima listados o papel da Justiça Eleitoral é preponderantemente declaratório de inelegibilidade em face de decisão judicial ou administrativa anterior, sem qualquer juízo de valor, por exemplo, sobre a decisão do conselho disciplinar que excluiu da profissão (“m”); sem discutir sobre o processo antecedente de improbidade (“l”) meramente verificando o teor da condenação anterior; no caso de condenação criminal, desde que nas estritas hipóteses de crimes fixados pela regra (“e”), etc.

Por sua vez, no que toca à alínea “g” do art. 1º, I, da LC 64/1990, não se trata de simplesmente verificar qual a decisão tomada pela corte de contas ou pelos parlamentos. Trata-se de constituir-se, pela vez primeira, ato doloso de improbidade pela Justiça Eleitoral, até porque referidos processos de contas não têm por objetivo verificar ocorrência de improbidade, mas julgar contas.

Esta a razão porque há efetiva usurpação de competência da Justiça Comum, porquanto a apuração de ato doloso de improbidade ocorre única e exclusivamente naquela Justiça e não na Justiça Eleitoral. Todavia, mesmo que admitida tal competência para fins estritamente eleitorais, isto é absolutamente incompatível com o *due process of law* para verificação de improbidade nos termos da Lei 8.429/92, especialmente para firmar juízo de improbidade em relação aos tipos da LIA, bem como a fixação de dolo.

Finalmente, mesmo nos termos da LC 64/1990 não é rejeição de contas que pode levar à inelegibilidade. Para que possa incidir a inelegibilidade exige-se que: i) as contas rejeitadas devem ser relativas ao exercício de cargos ou funções públicas e devem ser prolatadas pelo órgão competente; ii) referida rejeição deve ocorrer por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa; iii) a decisão de rejeição deve ser irrecorrível no

âmbito do órgão competente; iv) se houver suspensão ou anulação pelo Poder Judiciário não incide a referida inelegibilidade da alínea “g”.

4.4.3.5 Inelegibilidade por condenação em ação de improbidade administrativa (art. 1º, I, “I” da LC 64/1990)

A inelegibilidade decorrente de ações de improbidade administrativa, a despeito da já aventada inconveniência por não decorrer de processo penal, mas sim de condenação civil, depende de alguns requisitos fixados no art. 1º, I, “I” da LC 64/1990.

As disfuncionalidades decorrentes da aplicação da Lei 8.429/1992 já foram tratadas anteriormente, de modo que nesta oportunidade não iremos nos deter nos problemas e tipos abertos previstos na LIA.

De todo modo, sabido que a LIA prevê quatro categorias de improbidade: i) a que importa em enriquecimento ilícito (art. 9º da LIA); ii) as que causem lesão ao erário (art. 10 da LIA); iii) atos de improbidade administrativa decorrentes da concessão, aplicação ou manutenção indevida de benefício financeiro ou tributário (art. 10-A) e iv) as que atentem contra princípios da Administração Pública (art. 11 da LIA).

Os requisitos para que seja imposta esta inelegibilidade são os seguintes: i) condenação em ação de improbidade administrativa; ii) a condenação deve decorrer de ato doloso, não se admitindo forma culposa; iii) ter sido aplicada a pena de suspensão de direitos políticos; iv) a condenação deve ter sido proferida por órgão colegiado ou tenha-se operado o trânsito em julgado; v) ter incidido simultaneamente enriquecimento ilícito (art. 9º da LIA) com dano ao erário (art. 10 da LIA).

Como podemos perceber, o art. 1º, I, “I” da LC 64/1990 restringe a pecha de inelegibilidade à incidência das hipóteses conjuntas dos art. 9º e 10 da Lei 8.429/1992. Portanto, condenação por improbidade com fulcro no art. 11 da LIA por violação a princípios não gera a inelegibilidade prevista no dispositivo, conforme já assentou o TSE no RO nº 44.853, Rel. Min. Gilmar Mendes, Publicado em Sessão, 27.11.2014.

A literalidade do disposto no art. 1º, I, “I” da LC 64/1990 tem feito com que sua incidência nas condenações por improbidade seja interpretada mais restritivamente, especialmente porque a literalidade do dispositivo exige lesão ao erário cumulada com enriquecimento ilícito³⁰¹. De fato, a conjuntiva “e” do dispositivo exige ambas. Esta tem sido a

³⁰¹ Nesse aspecto calham as considerações de Daniel Wunder Hachen e Luzardo Faria: “A Lei Complementar nº 64/1990, em sua atual redação, impõe que a situação reúna uma condenação passível de enquadramento tanto na

orientação do Tribunal Superior Eleitoral no tema (conforme se pode inferir dos seguintes precedentes do TSE: AgR-RO n° 260.409/RJ – Dje t. 117, 23.6.2015, p. 87-88; REspe n° 154.144/SP – Dje 3.9.2013; AgRg – Respe n° 71-30/SP – PSS 25.10.2012; RO n° 229362/SP – Dje 20.6.2011, p. 45).

Todavia, dada a insegurança da jurisprudência eleitoral, não duvidemos que possa surgir interpretação jurisprudencial alegando que a conjuntiva “e” deva ser lida como disjuntiva, fazendo com que a inelegibilidade pudesse incidir apenas com lesão ao erário, ainda que sem enriquecimento ilícito (GOMES, 2016, p. 263).

Mas as perplexidades do dispositivo e suas disfunções são expressivas. Primeiramente, porque o prazo de inelegibilidade de oito anos conta do término da pena de suspensão de direitos políticos. Se alguém for condenado à suspensão por dez anos (art. 12, I da LIA), terá um prazo de inelegibilidade de dezoito anos. Mas não é apenas isto. Se presumirmos que um processo de primeiro ao último grau de jurisdição possa demorar algo em torno de dez anos, na prática, esta inelegibilidade poderá estender-se por cerca de 28 anos, o que realmente é desproporcional, capaz de rubrar os cidadãos da Grécia antiga com sua pena de ostracismo, cujo banimento era de dez anos.

Tal disfunção leva inclusive ao abandono pelo condenado do direito em interpor recursos, pois quanto mais recorre mais amplia sua inelegibilidade, em nítida violação à garantia da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LIV e LV da CR).

4.4.4 A insegurança jurídica da jurisprudência eleitoral

Não poderíamos encerrar as causas das disfuncionalidades da Justiça Eleitoral sem enfrentar as questões ligadas à insegurança da sua jurisprudência. Se de um lado a legislação eleitoral — especialmente a LC 64/1990 — restringe profundamente direitos políticos fundamentais, a jurisprudência amplia e agrava estas disfunções. Vejamos brevemente as causas deste problema e seus efeitos.

modalidade de ato que importa *enriquecimento ilícito* (art. 9º da Lei n° 8.429/92) quanto na categoria de ato que gera *prejuízo ao erário* (art. 10 da Lei 8.429/92), requerendo a presença de todos os requisitos necessários para configurar cada uma dessas duas espécies de improbidade. A ressalva é relevante, pois, como visto anteriormente, essas duas espécies são autônomas entre si, sendo possível ocorrer puramente o enriquecimento ilícito (art. 9º) sem causar dano ao erário (art. 10) sem gerar enriquecimento ilícito (art. 9º). Como consequência lógica, *não ensejarão inelegibilidade os atos de improbidade administrativa que causem, isoladamente, enriquecimento ilícito ou dano ao erário, tampouco aqueles que importem apenas violação aos princípios da Administração pública sem gerar enriquecimento ilícito e dano ao erário.* (HACHEM; FARIA, 2018, p. 438).

O primeiro problema desta insegurança reside na instabilidade da composição dos integrantes da Justiça Eleitoral, cuja rotatividade no mandato de dois anos — ainda que permitida a recondução por mais um biênio — faz com que quando um ministro ou juiz eleitoral esteja devidamente familiarizado com as matérias próprias da jurisdição eleitoral, tenha de sair para entrada de outro integrante que novamente passará pelo processo de aprendizado e preparo para aplicação das normas eleitorais.

O ponto é bem enfrentado por Ruy Samuel Espíndola, que sugere a ampliação do mandato dos juízes eleitorais:

Mandato para juízes de tribunal de 06 anos, sem recondução, em qualquer hipótese. Isso dará maior estabilidade na jurisprudência eleitoral e eficaz aproveitamento da experiência do juiz que se tornou maduro na e para atividade juseleitoral. E que seja garantida a possibilidade de dedicação exclusiva do Juiz durante o mandato, ao menos ao Juiz tribunalício. Remuneração de quem não é juiz de carreira igual a quem é magistrado, com impedimento a advocacia, durante o tempo de magistratura eleitoral, tendo como parâmetro de vencimento, o vencimento médio entre os magistrados de carreira do tribunal eleitoral (ESPÍNDOLA, 2018, p. 87).

Este tema, aparentemente ligado apenas a um aspecto organizatório da Justiça Eleitoral, tem graves repercussões práticas na insegurança jurídica da jurisprudência eleitoral, pois a mudança de composição também tem reflexos na volatilidade dos entendimentos das cortes especializadas sobre temas complexos.

Exemplo deste tipo de alteração na composição das cortes com reflexos na jurisprudência, é o trazido por Gustavo Bohrer Paim acerca da ampliação do conceito de *quitação eleitoral*, feito pela Resolução 21.823/2004 do TSE que passou a exigir *regular* prestação de contas, no sentido da sua aprovação anterior, aspecto este inexistente nas leis eleitorais (PAIM, 2016).

Em reação, o Congresso aprovou a Lei nº 12.034/2009, que incluiu o § 7º ao art. 11 da Lei das Eleições que, dentre diversos requisitos para certidão de quitação eleitoral, exigiu apenas a *apresentação* das contas de campanha, sem o vocábulo: *aprovação*.

Inconformado com a opção do legislador, o TSE no processo administrativo PA 59.459/DF, decidiu — em apertada maioria (4 a 3) — que não bastava a apresentação das contas, mas sua aprovação, violando a literalidade do disposto no §7º do art. 11 da Lei 9.504/1997.

Cerca de dois meses depois com a saída da Min. Nancy Andrighi e chegada do Min. Hamilton Carvalhido, inverte-se o placar e por quatro votos a três, se entende que se deve aplicar o entendimento esposado pelo legislador na Lei 9.504/1997.

Mas a insegurança jurídica não cessou. Dois anos depois, ainda inconformado, o TSE edita em 2012 a Resolução 23.376 que dispunha acerca da arrecadação, gastos nas campanhas e respectivas prestações de contas, dispondo seu art. 52, § 2º que a decisão de desaprovação de contas impedia a obtenção da certidão de quitação eleitoral. Diante da nova violação ao disposto na Lei 12.034/2009, após quatro meses, edita-se a Resolução 23.382/2012 que excluiu a exigência da resolução anterior, retirando o impedimento de obter-se a certidão de quitação eleitoral em caso de rejeição das contas eleitorais (PAIM, 2016, p. 116-118).

Como se percebe, houve verdadeiro tobogã de emoções no tocante à segurança jurídica e muitos candidatos sofreram perante suas comunidades, pois não sabiam se estavam ou não aptos a concorrer no pleito, com grave interferência no resultado do pleito por conta do Tribunal Superior Eleitoral - TSE.

Acerca da necessidade de estabilidade mínima da jurisprudência eleitoral, Ruy Samuel Espíndola sugere — *de lege ferenda* — a criação de regra que proíba a mudança de precedentes, vedando alteração da jurisprudência eleitoral no curso do ano eleitoral que afetem direitos fundamentais de voto e candidatura, tanto de normas materiais ou processuais no período eleitoral que possa prejudicar as candidaturas e a afetar a segurança jurídica (ESPÍNDOLA, 2018, p. 90-93).

Com efeito, são frequentes as violações ao princípio da anualidade ou anterioridade eleitoral pelo TSE. O princípio tem expressa previsão no art. 16 da CR que dispõe: “Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência.” Apesar da literalidade da norma, comumente a Justiça Eleitoral viola referido dispositivo, como se tal vedação incidisse apenas sobre a lei, não sobre a jurisprudência. O caso mais emblemático diz respeito à Lei Complementar 135/2010, a Lei da Ficha Limpa.

Como já vimos anteriormente, a LC 135/2010 inovou drasticamente na LC 64/1990, ampliando significativamente o rol de inelegibilidades. Destaca-se a ampliação do período de inelegibilidade de três para oito anos; a inelegibilidade decorrente de julgamento de órgão colegiado, não mas havendo necessidade de trânsito em julgado, entre diversas inovações e restrições ao exercício de direitos políticos fundamentais.

Desde a origem a LC 135/2010 gerou problemas. Primeiro, saber se a norma incidiria no pleito eleitoral de 2010. O TSE entendeu que a norma poderia ser aplicada na eleição de 2010 em resposta à Consulta 112.026/DF, formulada pelo Senador Arthur Virgílio. Todavia, pululavam entendimentos diversos dos tribunais regionais eleitorais. A questão acabou sendo levada ao Supremo Tribunal Federal, que no RE 633.603/MG — por maioria apertada —

entendeu pela não aplicação da Lei Ficha Limpa ao pleito de 2010, prevalecendo o entendimento do Relator Min. Gilmar Mendes.

Enquanto isso, os reflexos destas dúvidas afetavam profundamente a dinâmica das eleições, interferindo diretamente nas convenções partidárias e em toda segurança jurídica daquele pleito.

Quanto a Lei Ficha Limpa foi questionada por meio da ADI 4.578 e ADC's 29 e 30 o entendimento — por maioria — do Supremo Tribunal Federal foi pela constitucionalidade da LC 135/2010. Dentre os argumentos apresentados em prol da constitucionalidade, destacamos o entendimento do Min. Luiz Fux de que a norma não importava em *retroatividade autêntica*, mas em *retrospectividade*, posto que a norma visaria “efeitos futuros a situações ou relações jurídicas já existentes”. Igualmente destacou-se naquela oportunidade o entendimento esposado pela Min. Rosa Weber e Ricardo Lewandowski que referidas inelegibilidades não configurariam sanção ou mesmo do Min. Dias Toffoli que como os fatores de inelegibilidade devem ser aferidos no momento do registro da candidatura, aplicar-se-ia a legislação vigente.

A despeito destes fundamentos, por certo referido julgamento fez incidir profunda insegurança jurídica aos pleitos eleitorais e o caráter inegavelmente sancionador da LC 135/2010 aos direitos fundamentais, afetaram sobremaneira a capacidade eleitoral passiva no Brasil.

A ampliação retroativa das sanções de inelegibilidade três anos para oito anos causaram profunda perplexidade. Muitos candidatos já tinham cumprido o prazo trienal, mas sob o argumento que inelegibilidade não é sanção, afetou-se drasticamente direitos fundamentais. Como bem destaca Marcelo Peregrino tal proceder viola a regra prevista no art. 9º da Convenção Americana de Direitos Humanos - CADH³⁰², quanto a impossibilidade de retroação de norma mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito (FERREIRA, 2015b, p. 224).

Outro caso famoso de insegurança jurídica causada pela jurisprudência eleitoral diz respeito ao caso dos prefeitos itinerantes.

Gustavo Paim destaca que o TSE tinha firme jurisprudência no sentido que: “candidatura a cargo de prefeito de outro município, caracteriza candidatura a outro cargo” (Resoluções 21.297/2002; 21.564/2003; 21.487/2003 e 21.706/2004) (PAIM, 2016. p. 142).

³⁰² **Artigo 9. Princípio da legalidade e da retroatividade** Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinquente será por isso beneficiado.

Entretanto, de modo a gerar insegurança eleitoral, o TSE ao julgar o REsp Eleitoral 32.507/AL, passou a entender que a reeleição do chefe do poder executivo para um único mandato consecutivo, deveria incidir para candidatos a prefeito que transferiam seu domicílio eleitoral com um ano de antecedência para outros municípios. Fixou-se no REsp 32.507/AL que tal prática implicaria no exercício de um terceiro mandato, mesmo que noutra município, daí a ideia de prefeito itinerante.

Em nossa percepção, a possibilidade de um prefeito vir a candidatar-se a município vizinho é algo absolutamente legítimo, próprio do reconhecimento do trabalho de um bom administrador que agora poderia empenhar seus préstimos e competência a outro município, posto que se não tivesse a chancela de bom gestor, sequer teria chances de ser eleito noutra comuna. Esta decisão deve ficar a cargo do voto popular.

Mas a opinião tanto do TSE como do STF no RE 637.485 é que a proibição do art. 14, §5º da CR compreenderia “cargo de mesma natureza ainda que em município diverso”. Apesar da significativa mudança, o STF ao menos teve cuidado com a viragem jurisprudencial não teria aplicabilidade imediata, mas apenas ao pleito eleitoral posterior (PAIM, 2016, p. 142).

Toda casuística abordada neste aspecto de nosso trabalho, tiveram por fito demonstrar o longo caminho que ainda devemos percorrer para reduzir a insegurança jurídica na jurisprudência eleitoral e na busca da preservação e defesa dos direitos fundamentais.

4.4.5 Considerações finais acerca das hipóteses de inelegibilidades da LC 64/1990 e da insegurança da jurisprudência eleitoral no Brasil

Como pudemos observar ao analisar algumas das hipóteses de inelegibilidade, a maior parte dos dispositivos da LC 64/1990 carecem tanto de constitucionalidade, como quase em sua totalidade são inconvenientes. O foco na Lei das Inelegibilidades nos permite compreender a facilidade com que se restringe indevidamente direitos políticos fundamentais de voto e candidatura no Brasil.

A ideia que a LC 64/1990 apenas afetaria alguns poucos candidatos foi bem exposta por Murilo Salmito, assessor especial da Presidência do Tribunal Superior Eleitoral - TSE: “Não é uma lei pensada para a maioria dos candidatos, mas para aqueles que estão na política há algum tempo, sendo que muitos já ocuparam cargos públicos, ou seja, para aqueles que têm uma vivência na política”, afirma Murilo.” (“Série Ficha Limpa: inelegibilidades criadas pela lei causam afastamentos de candidatos”, 2013).

Diante da prodigalidade de hipóteses normativas que podem afetar a elegibilidade de inúmeros cidadãos brasileiros, mesmo os que nunca tenham sido políticos, não se sustenta a assertiva acima.

Pior. Se tomarmos por verdadeira a afirmação que a lei foi pensada para os que “estão na política há algum tempo”, revela-se, sem pudor, o perigoso propósito de se promover a eugenia na política, eliminando aqueles que legitimamente optam por dedicar sua vida à coletividade. O que poucos percebem é que ordenar despesa pública no Brasil implica elevado risco ao administrador público, mesmo aos eleitos, de modo que o exercício continuado da atividade política, leva, quase inexoravelmente, a incidência de alguma inelegibilidade. Não é uma questão de *quem* será inelegível, mas *quando*.

O grande erro da LC 64/1990 é querer garantir a limpeza na política eliminando os administradores públicos experientes sob o argumento que não detém os qualificativos ético-morais, quando muitas destas inelegibilidade decorrem de equívocos ou erros administrativos inevitáveis (em particular as alíneas “g” e “l” do art. 1º, I, da LC 64/1990), ou mesmo de situações absolutamente esdrúxulas (art. 1º, I, “m” e “o” da LC 64/1990), abrindo alas para que candidatos inexperientes e, por isso mesmo, únicos capazes de se garantirem “ficha limpa”, tenham a missão de conduzir os desígnios de nosso País, até que — após terem adquirido expertise e ordenado despesa pública —, sejam declarados inelegíveis por suas decisões praticadas na qualidade de gestores públicos.

Poder-se-ia argumentar que a LC 64/1990 não prevê condutas culposas como passíveis de atrair as inelegibilidades aqui criticadas, pois apenas condutas dolosas poderiam fazê-lo. Ledo engano. Qualquer pessoa que tenha um mínimo de experiência na defesa de processos sancionadores de agentes públicos seja em sede de ações de improbidade, nos tribunais de contas ou na Justiça Eleitoral, sabe que fatos passíveis de mera culpa ou erro do administrador, por vezes são enquadrados como condutas dolosas sem suficiente lastro probatório, por vezes inferidas de meras ilações, com graves consequências no plano dos direitos fundamentais do cidadão.

Levantamento realizado pela Procuradoria Geral da República já em 2014, apontava que existem no Brasil 346.742 potenciais inelegíveis³⁰³, por estarem enquadrados na Lei da Ficha

³⁰³ Acerca do ponto calham as observações de Ruy Espíndola: “Temos 883.000 eleitores com os direitos políticos suspensos (registro TSE 2013). Temos, em tese, mais de 350.000 pessoas inelegíveis, segundo a redação atual da lei da ficha limpa, tendo em conta o ano eleitoral de 2014 (fonte site TSE). Temos 250.000 presos provisórios, sem sentença ou sentença transitada em julgado, que tem impossibilidade “prática” de votar. Cassamos muito mais do que 1.800 candidaturas eleitas, com processos eleitorais judiciais, de 2000 a 2015. Se o TSE mostrar os números oficiais dessas “cassações”, teremos resultados ainda mais surpreendentes. E não estamos a incluir o indeferimento de candidaturas não eleitas. Referimo-nos somente àquelas que foram cassadas no registro, diploma ou mandato,

Limpa e demais condenações. Foram entregues a PGR informações de 2,2 mil órgãos de todo Brasil. Os dados apontam que comparativamente a 2012 houve crescimento de 180% da lista dos inelegíveis (LIMA, 2014).

Se consultarmos em 2018 o número de agentes públicos que tiveram contas rejeitadas constam no site do TSE apenas em relação ao Tribunal de Contas da União – TCU, chegaremos ao impressionante número de 12.445 possíveis inelegíveis (“Consulta das contas irregulares - TCU — Tribunal Superior Eleitoral”, 2018). Se somarmos a este número os outros 27 tribunais de contas estaduais, 2 tribunais de município, 4 tribunais de contas municipais, cujos dados não estão adequadamente disponíveis, chegaremos a número inacreditáveis. Apenas no Tribunal de Contas de Santa Catarina, foi remetida lista de 1.040 nomes em 2016 (“Relação do TCE/SC com 1.040 nomes de agentes públicos com contas irregulares é enviada ao TRE - Tribunal de Contas SC”, 2016). Veja-se que todos estas possíveis inelegibilidades dizem respeito apenas a alínea “g” do art. 1º, I, da LC 64/1990.

Também pudemos observar que as disfuncionalidades na Justiça Eleitoral não decorrem apenas das normas eleitorais, mas também da instabilidade da composição dos integrantes das cortes eleitorais, cujo mandato é excessivamente breve e pela conseqüente volatilidade da jurisprudência eleitoral que por vezes agrava as já excessivas previsões legais de restrição a direitos políticos fundamentais.

Como pudemos perceber ao longo deste Capítulo, as disfuncionalidades decorrentes da Lei de Improbidade Administrativa, dos processos de responsabilização no âmbito dos tribunais de contas e das restrições a direitos políticos na Justiça Eleitoral, nos permitiram compreender a quase inevitabilidade de responsabilização civil, administrativa, eleitoral e política por se exercer função pública no Brasil.

Os exemplos e casos aqui narrados tiveram por finalidade demonstrar, concretamente, porque existe elevado risco de responsabilização especialmente no tocante ao desempenho de função administrativa, o que explica as razões do medo do gestor público no processo decisório.

Para tentar trazer maior racionalidade no exercício do controle externo, no Capítulo seguinte vamos expor dois modos de limitar ou reduzir esta responsabilização disfuncional. Vamos tratar da edição da nova Lei 13.655/2018 que introduziu mudanças na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, com o fito de limitar a responsabilização dos agentes

por causas diversas da ação de impugnação de registro de candidatura, ou seja, das representações eleitorais, ações de investigação judicial eleitoral, recurso contra expedição de diploma e ação de impugnação de mandato eletivo.” (ESPÍNDOLA, 2018, p. 81).

públicos e trazer maior segurança jurídica, e, depois, trataremos da gestão de riscos como modo de prevenir e reduzir os riscos de responsabilização do administrador.

5 LIMITAÇÃO LEGAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS AGENTES PÚBLICOS E GESTÃO DE RISCOS COMO PREVENÇÃO

5.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No presente Capítulo vamos analisar a limitação de responsabilidade do gestor a partir da edição da Lei 13.655/2018. Nos referimos à limitação legal à responsabilização do administrador apenas em casos de dolo ou culpa grave (art. 28 da LINDB), ou mesmo à prevista no art. 22, *caput*, §1º da referida norma, que exige na interpretação de normas de gestão os obstáculos e dificuldades reais do gestor, além de serem consideradas as circunstâncias práticas que condicionaram a ação do agente.

Igualmente trataremos da gestão de riscos como modo de prevenir a responsabilidade do gestor no processo de tomada de decisão, na identificação, análise, avaliação, tratamento e monitoramento de riscos.

Estes dois aspectos são aqui trazidos, seja para reconhecer espaço de tolerabilidade ao erro de certas decisões, ainda que possam ter causado algum dano ao erário, ou mesmo na utilização da gestão de risco de modo a evitar que certos danos ou resultados negativos possam ocorrer no processo de tomada de decisão. É certo que nem sempre tais parâmetros legais e de gestão irão impedir a responsabilização do gestor, mas poderão auxiliar na limitação ou absorção dos danos inerentes à decisão administrativa.

Iniciemos nossa análise a partir da ideia de limitação de responsabilização quer na esfera privada, quer na esfera pública, quando da gestão de interesses de outrem. Para tanto, iremos abordar as interconexões entre a LINDB e a *Business Judgment Rule* – BJR.

5.2 A LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE E PROTEÇÃO LEGAL DO AGENTE PÚBLICO PELOS RISCOS DA TOMADA DE DECISÃO: INTERCONEXÕES ENTRE A *BUSINESS JUDGMENT RULE* – BJR E A LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO - LINDB

A ideia de limitação da responsabilidade e de certo nível de proteção legal do agente responsável pela tomada de decisão — seja ele público ou privado — está na base de muitas das considerações aqui desenvolvidas. Quando o sistema jurídico não se mostra suficiente para proteger os responsáveis pela tomada de decisão na tutela de interesse alheios, é que os agentes adotam estratégias de fuga da responsabilização para preservar sua esfera de direitos subjetivos.

A necessidade de proteção legal pelos riscos inerentes ao processo decisório ocorre tanto no âmbito das relações privadas como públicas. No âmbito do Direito Privado e da blindagem do responsável pelo processo de tomada de decisão nas empresas privadas, destaca-se a *Business Judgment Rule* (doravante chamada de BJR) ou “Regra do bom juízo empresarial”; ou apenas “a Regra”, formulada na jurisprudência norte-americana no direito societário, mas incorporada em diversos ordenamentos positivos ao redor do globo; inclusive o brasileiro como veremos mais adiante.

O surgimento da *Business Judgment Rule* – BJR decorreu da necessidade de assegurar proteção civil dos administradores no âmbito privado quando tomam decisões em prol das empresas. Quando a alta administração toma decisões em prol de uma empresa, isto comporta certo grau de risco, de modo que sua responsabilização apenas pode incidir se os parâmetros decisórios adotados forem abaixo dos *standards* normalmente exigíveis, devendo ser constatada grave negligência do administrador

De longa data incomodava-nos o fato que no âmbito privado certo nível de risco e erro no processo decisório são perfeitamente admissíveis e ninguém responde no âmbito civil por tais decisões. Era como se o ambiente privado — por visar ao lucro — tivesse certo grau de risco que lhe fosse inerente e isto fosse problema das empresas e não dos seus empregados ou administradores. Já na esfera pública, por tutelar o interesse público, a perspectiva sempre foi muito distinta. O agente público parece fadado a responder invariavelmente por eventuais danos decorrentes da sua decisão, mesmo quando imbuído de boa-fé; ainda que tomada com as informações que dispunha e sem visar qualquer interesse escuso ou pessoal no processo decisório.

Este trabalho não tem por objeto o estudo da *exclusão ou limitação da responsabilidade no âmbito civil*³⁰⁴ a exemplo das hipóteses de i) fato concorrente da vítima cuja ocorrência reduz o *quantum* indenizatório; ii) casos onde a limitação da responsabilidade decorre da própria lei a exemplo da Lei 8.213/1991 (Lei de Acidente de Trabalho) ou das convenções internacionais sobre transporte aéreo; iii) hipóteses de limitação em caso de equidade (ex: parágrafo único do art. 944 do Código Civil); iv) fixação de cláusulas limitativas do dever de indenizar no bojo dos contratos privados³⁰⁵, sem retirar qualquer obrigação do contrato ou afastar a ilicitude do devedor, mas apenas limitando a responsabilidade no plano da indenização; v) figuras similares que não se confundem com cláusulas limitativas ou exoneratórias da responsabilidade, mas cujo efeito prático liberam o devedor da obrigação de indenizar, a exemplo do seguro de responsabilidade civil a cargo do credor; ou mesmo figuras afins, como transação e renúncia (AVELAR, 2011).

O foco de nosso estudo é a limitação ou exclusão da responsabilização dos agentes públicos no processo de tomada de decisão no Brasil, que é particularmente exponencial, onde o mínimo erro, mesmo no plano hermenêutico pode implicar em grave responsabilização do gestor público. Mas como colmatar teoricamente este problema? Haveria alguma *distinção inata* quando uma decisão fosse tomada na *esfera privada* em benefício de terceiros em cotejo com as decisões tomadas na *esfera pública* em prol de interesse de terceiros? Seria suficiente a

³⁰⁴ Sintetiza este ponto a doutrina portuguesa de António Pinto Monteiro ao fazer anotações no Acórdão de 19 de Março de 2002 do Supremo Tribunal de Justiça: “Temos compreendido a cláusula de exclusão de responsabilidade como cláusula destinada a excluir antecipadamente a responsabilidade em que, sem ela, incorreria o devedor, pelo não cumprimento (ou pela mora ou cumprimento defeituoso) da obrigação. Desfazendo equívocos e confusões com que se depara frequentemente, convém insistir em que esta cláusula não retira do contrato nenhuma obrigação, assim como não afasta a ilicitude de um eventual incumprimento do devedor. A cláusula de exclusão de responsabilidade actua, tão-só e apenas, no plano da responsabilidade, razão por que, se for válida, só prejudica o direito à indemnização, deixando intactos os demais direitos do credor, entre os quais os de pedir o cumprimento da obrigação e a execução específica, o de resolver o contrato, etc. (...) Finalmente, importa ainda relevar que a cláusula tanto pode dizer respeito à exclusão total como à exclusão apenas parcial da responsabilidade. Neste último caso, fala-se, mais propriamente, de cláusula limitativa da responsabilidade. A este respeito, temos definido a cláusula limitativa da responsabilidade como aquela que é destinada a restringir ou a limitar antecipadamente, de modo vário, a responsabilidade em que, sem ela, incorreria o devedor, pelo não cumprimento (ou pela mora ou cumprimento defeituoso) da obrigação. Essa limitação pode dizer respeito, designadamente, aos fundamentos ou pressupostos da responsabilidade ou aos seus efeitos ou consequências. No primeiro caso, assume especial relevo a cláusula respeitante ao grau de culpa; no segundo caso, o destaque vai para a cláusula limitativa do montante da indemnização.” (MONTEIRO, 2009, p. 292-293).

³⁰⁵ Em obra monográfica sobre a cláusula de não indenizar, trazemos as reflexões de Letícia Marquez de Avelar: “Enfim, de tudo o que se conclui é que a cláusula de não indenizar – e também a cláusula limitativa do dever de indenizar, porquanto, conforme já se ressaltou no Capítulo 1 da segunda Parte, tudo o que se diz a respeito da exoneração convencional do dever reparatório vale, em regra, também para a limitação convencional – é, a princípio, válida em todos os casos em que se admite a validade dos contratos em geral, sendo infundada a objeção de que a cláusula de não indenizar transformaria a obrigação contratual em obrigação natural ou de que estimularia o inadimplemento do devedor” (AVELAR, 2011, p. 147).

tradicional teoria da *autonomia privada* em comparação com a *indisponibilidade ou supremacia do interesse público* para fazermos tal distinção?

Ao longo desta pesquisa revisitamos o conceito da *Business Judgment Rule* – BJR, cujo contato teórico que dispúnhamos era limitado ao âmbito do direito societário e percebemos estar diante da chave que faltava para fazermos a ligação entre a adequada responsabilização pela tomada de decisão no âmbito privado e na esfera pública.

Sustentamos que as normas protetivas dos agentes públicos contidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, são o corolário lógico da BJR, pois especialmente o art. 22 e 28 da Lei 13.655/2018, consagram verdadeira limitação ou blindagem decisória que doravante deve ser considerada para fins de responsabilização dos administradores públicos.³⁰⁶

A associação entre a *Business Judgment Rule* e as alterações da Lei 13.655/2018 na LINDB, consiste aspecto relevante deste trabalho. Partimos da premissa que certo grau de imunidade ou limitação na responsabilização pela tomada de decisão é algo fundamental em uma sociedade de riscos e que tanto no âmbito privado, como no público, deve incidir certo grau de blindagem decisória. Durante nossa investigação, verificamos que certo nível de proteção aos agentes privados e públicos pela tomada de decisão é necessária. O texto de Lori A. McMillan (*The business judgment rule as an immunity doctrine*) fez exatamente a mesma correlação que vínhamos pensando, mas no sentido oposto, compreendendo a necessidade da BJR no âmbito privado porque campos do processo de tomada de decisão — na esfera pública — esta proteção é necessária para proteger os administradores (MCMILLAN, 2013).

Para Lori McMillan a *Business Judgment Rule* – BJR é regra de imunidade para aqueles que tomam decisões em certas posições, o que ocorre também em certos setores públicos. No âmbito filosófico, sustenta certo grau de imunidade sob as seguintes premissas: i) quem toma decisões que podem ser controversas ou envolvam interpretação, deve ser encorajada a tomar a melhor decisão em vez adotar a decisão mais segura; ii) decidir não deve ser um fardo tão pesado que impeça o exercício da própria atividade, devendo ser reconhecido certo grau de permissividade para que erros sejam cometidos; iii) elenca que certa proteção aos que exercem certas atividades são previstas nos sistema, a exemplo de juízes, promotores, legisladores, devendo existir salvaguardas no sentido de corrigir erros eventualmente cometidos iv) no aspecto empresarial sustenta a ideia de julgamento independente dos integrantes do Conselho

³⁰⁶ Este entendimento também é partilhado por Pedro de Hollanda Dionisio: “O argumento [da *Business Judgment Rule*], embora direcionado à administração de empresas, serve como uma luva para o serviço público. A existência de um espaço para que o administrador possa cometer erros sem ser responsabilizado é essencial para atrair bons profissionais, servidores de carreira ou não, aos cargos públicos decisórios.” (DIONISIO, 2019, p. 110).

de Administração; que integrantes do Conselho devem estar protegidos de pessoas insatisfeitas com suas decisões; que se cometerem infrações criminais ou agirem contra os interesses da companhia estarão sujeitos à sanções (MCMILLAN, 2013, p. 564-567).

Uma das características do Direito Administrativo nas últimas décadas do século XX foi o combate aos espaços de poder; o combate das imunidades; a ampliação dos mecanismos de controle interno e externo sobre os agentes públicos e as consequentes sanções por seus erros. Na atualidade há incremento destes espaços de controle dos administradores quer pela ampliação do rol de responsabilidades a que estão sujeitos ou mesmo pelo aumento das tarefas e políticas públicas a serem implementadas, o que em certa medida aumenta sua exposição ao risco e faz com que estejam cada vez mais sujeitos a responsabilização.

Paradoxalmente, tais excessos de responsabilização começam a mover o pêndulo não no sentido de reconhecer imunidades, mas de legítimo espaço de limitação de reponsabilidade. A reação legal via Lei 13.655/2018 é claro exemplo de norma que visa limitar e mesmo imunizar o gestor dentro do seu legítimo espaço de atuação. Lamentavelmente, não se pode mais exercer função pública no Brasil sem a certeza da responsabilização. A espada de Dâmocles está sempre pronta para cair sobre os agentes públicos. Vamos expor brevemente as origens da BJR para depois demonstrar os pontos de similitude e contato entre a BJR e a LINDB.

5.2.1 Origem e conteúdo da *Business Judgment Rule* - BJR

A BJR teve sua origem no século XIX³⁰⁷ nos Estados Unidos. Surgiu da constatação pragmática que quando um agente privado toma decisões em prol dos interesses de uma corporação e, portanto, na condição de gerir e administrar interesses que não são apenas seus, deve decidir com deveres de cuidado, prudência e lealdade exigíveis nas circunstâncias em que tomou a decisão, restando responsável se sua decisão fosse decidida abaixo dos *standards* exigíveis e fosse constatada grave negligência.

Nos EUA, após a crise de 1929, passou-se a admitir que os administradores não teriam absoluta responsabilidade diante das decisões tomadas em prol das empresas. O destaque para as cortes estaduais naquele País é a Suprema Corte do Estado de Delaware, com longa tradição

³⁰⁷ A primeira referência mas restritiva da BJR surgiu em decisão da Corte Suprema de Luisiana em 1829, envolvendo o caso *Percy vs. Millaudon*. Neste caso, a regra foi firmada com maior rigor, não podendo o administrador escusar-se do cumprimento das suas obrigações alegando ignorância ou inexperiência, exigindo-se que tivesse o preparo e conhecimento para gerir a empresa e resolver os problemas de gestão que lhe forem submetidos. (SABOGAL, 2012, p. 109).

no Direito Empresarial; bem como do Estado de Delaware instituir políticas públicas visando atrair a instalação de diversas companhias visando aumentar sua arrecadação, justificando uma perspectiva mais permissiva na atuação dos administradores empresariais. Chega-se mesmo a falar num *laissez faire* de Delaware. (PARGENDLER, 2015).

A Suprema Corte de Delaware assumiu protagonismo na BJR em decisões como *Graham vs. Allis-Chalmer*³⁰⁸ (onde entendeu-se não incidir os pressupostos para responsabilização, mas estabeleceu-se que o dever de cuidado integra da BJR), ou em *Smith vs. Van Gorkom*³⁰⁹ de 1985 — dos mais famosos precedentes a consagrar a *Regra* — onde a Corte de Delaware entendeu pela responsabilização dos administradores por entender terem atuado com grave negligência.

Para evitar que um regime mais gravoso de responsabilização fosse implementado a partir de *Smith vs. Gorkom*, o Estado de Delaware inseriu no *General Corporation Law* a regra da seção 102 (b) (7) que autorizou a inserção de cláusulas estatutárias que visassem a exclusão da responsabilidade dos administradores por seu dever de diligência³¹⁰, visando proteger estatutariamente os administradores por suas decisões.

A Suprema Corte de Delaware após *Smith vs. Gorkom* passou a restringir a responsabilização dos administradores mediante aplicação da BJR, também incorporada à Regra pelo *American Law Institute* – ALI nos seus *Principles of Corporate Law*, que são importantes fontes *persuasivas* da incidência da BJR, eis que curiosamente a BJR não é objeto de regulação pelo direito positivo de nenhum dos estados norte-americanos, mas sua construção

³⁰⁸ No precedente *Graham vs. Allis-Chalmer* de 1963 a Corte de Delaware entendeu que os Diretores não tinham conhecimento da atividade ilegal de seus empregados em violação da lei antitruste.

³⁰⁹ No caso em questão alguns acionistas se opuseram à venda de ações da sociedade *Trans Union Corporation*, que na ocasião era comandada por Van Gorkom. A companhia planejou operação de venda de ações. Neste período as ações variaram de 24 a 39 dólares. Van Gorkom estimou que o valor de venda seria de 55 dólares e solicitou urgência do conselho de administração para aprovar a venda, que foi aprovada com a maioria de 70%. Os acionistas entenderam que o preço era baixo e demandaram judicialmente contra membros do *board of directors*. (SABOGAL, 2012, p. 111). A Suprema Corte de Delaware entendeu que os membros da Diretoria atuaram com negligência grave (*gross negligence*) por não obter informações necessárias.

³¹⁰ A matéria está regrada no § 102 b (7) do *General Corporation Law*: “§ 102 Contents of certificate of incorporation [Effective until Aug. 1, 2019] (...) b) In addition to the matters required to be set forth in the certificate of incorporation by subsection (a) of this section, the certificate of incorporation may also contain any or all of the following matters: (...) 7) A provision eliminating or limiting the personal liability of a director to the corporation or its stockholders for monetary damages for breach of fiduciary duty as a director, provided that such provision shall not eliminate or limit the liability of a director: (i) For any breach of the director's duty of loyalty to the corporation or its stockholders; (ii) for acts or omissions not in good faith or which involve intentional misconduct or a knowing violation of law; (iii) under § 174 of this title; or (iv) for any transaction from which the director derived an improper personal benefit. No such provision shall eliminate or limit the liability of a director for any act or omission occurring prior to the date when such provision becomes effective. All references in this paragraph to a director shall also be deemed to refer to such other person or persons, if any, who, pursuant to a provision of the certificate of incorporation in accordance with § 141(a) of this title, exercise or perform any of the powers or duties otherwise conferred or imposed upon the board of directors by this title.” Disponível em: <https://delcode.delaware.gov/title8/c001/sc01/> Acesso em 13 de julho de 2019.

jurisprudencial tem profunda influência não apenas nos EUA, mas em todo o mundo — inclusive sendo positivada em diversos sistemas legais — em face do comércio internacional.

Nos *Principles of Corporate Governance*, encontramos alguns parâmetros consagrados pela jurisprudência estadunidense a delimitar a incidência da BJR. A seção 4.01 (c)³¹¹ do referido documento prescreve que o dever de diligência dos Administradores nas decisões empresariais, *devem ser realizados de boa-fé*, observando: i) *que não tomem a decisão com base em interesse pessoal*; ii) *que decidam com informação suficiente*; iii) *que atuem em prol dos interesses da empresa*.

Portanto, quando o administrador privado tomar decisões sob estas premissas, não deverá ser pessoalmente responsabilizado e nem o juiz poderá revisar judicialmente a razoabilidade (ou não) da sua decisão, salvo se manifestamente irracional e contrária a estes princípios, atribuindo assim certa margem de liberdade de atuação.

Dentre algumas razões que levaram a adoção da BJR no âmbito das relações societárias destaca-se: i) estimular a adoção de riscos empresariais razoáveis, visando a inovação e os ganhos das companhias; ii) atrair os administradores mais preparados e talentosos para a direção da empresa possibilitando que certa limitação de responsabilidade os incentive a exercer suas atribuições; iii) garantir maior segurança jurídica no processo de tomada da decisão, reduzindo a revisibilidade das suas decisões pelo poder judiciário; iv) evitar a substituição do juízo de conveniência e oportunidade do administrador pelo do juiz; v) a existência de mecanismos internos das companhias e do mercado para regular as margens de discricionariedade dos administradores para controlar seus excessos.

A BJR foi adotada em diversos ordenamentos positivos. Exemplo disso é Portugal que fez constar em 2006 no artigo 72º/2 do Código das Sociedades Comerciais³¹² a exclusão da responsabilidade dos administradores em caso de danos decorrentes de ações ou omissões caso i) demonstre ter agido em termos informados; ii) livre de interesses pessoais; iii) segundo critérios de racionalidade empresarial.

³¹¹ 4.01 (d) A director or officer does not violate his duty under this Section with respect to the consequences of a business judgment if he: (1) was informed with respect to the subject of the business judgment to the extent he reasonably believed to be appropriate under the circumstances; (2) was not interested in the subject of the business judgment and made the judgment in good faith; and (3) had a rational basis for believing that the business judgment was in the best interests of the corporation.

³¹² Art. 72º 1 - Os gerentes ou administradores respondem para com a sociedade pelos danos a esta causados por actos ou omissões praticados com preterição dos deveres legais ou contratuais, salvo se provarem que procederam sem culpa. 2 - A responsabilidade é excluída se alguma das pessoas referidas no número anterior provar que actuou em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial.

Em 2005 a Alemanha introduziu na sua Lei de Sociedades Anônimas (*Aktiengesetz*)³¹³ no número 1 do seu § 93 ao tratar do dever de diligência dos integrantes da direção societária, destacando que tal dever não resta violado quando o membro da Direção atuou no interesse da sociedade com base em informações adequadas ao benefício da empresa.

Nosso direito positivo alberga o conceito da BJR no art. 159, § 6^o³¹⁴ da Lei 6.404/1976 (Lei das Sociedades Anônimas). Todavia, trata-se de adaptação da temática ao nosso direito positivo, pois não há plena identidade com a BJR de matriz norte-americana. Dentre as principais diferenças podemos elencar: i) Nos EUA a BJR é construção jurisprudencial, diferentemente do Brasil que a matéria é legal (Lei 6.404/1976); ii) O art. 159, § 6^o da Lei das S.A. estabelece que se presentes os demais requisitos para responsabilização civil, poderá o magistrado excluir ou não o dever de indenizar. Já nos Estados Unidos, a BJR presume que a decisão foi tomada de boa-fé resta impossibilitada a análise do juiz quanto à decisão do administrador, salvo se violados seus deveres; iii) A expressão “administrador” contida no art. 159, §6^o da Lei das S.A. pode abranger os integrantes do Conselho de Administração e Diretores, já a BJR estadunidense é mais incerta para demais Diretores (*officers*), aplicando-se mais aos integrantes do Conselho (*Director or Board Members*) (PARGENDLER, 2015).

Mas as diferenças prosseguem. Por certo que ausência de positivação no Brasil de todos os aspectos desenvolvidos na BJR no plano internacional, impedem sua plena aplicação, ainda que possa influenciar hermeneuticamente a incidência do art. 159, §6^o da Lei da S.A. Além disso, em nossa tradição jurídica o Poder Judiciário é muito mais intervencionista que no Direito estadunidense (PARGENDLER, 2015).

No conceito da BJR, se o administrador que age em prol dos interesses da companhia e de boa-fé, não pode ser plenamente responsabilizado o que faz que consagremos no art. 156, §6^o da Lei da S.A. — com as devidas adaptações — a BJR em nosso sistema jurídico. Não é razoável que alguém que queira verdadeiramente atuar em prol do interesse de terceiros, ser plenamente responsabilizado quando as coisas não corram bem, o que, aliás, por vezes é inexorável.

³¹³ (1) Os membros do Conselho de Administração devem exercer a diligência de um gestor de negócios adequado e consciente em sua gestão. Uma violação do dever não existe se, no caso de uma decisão empreendedora, o membro da Diretoria tiver a expectativa razoável de agir com base em informações apropriadas para o benefício da Empresa. (tradução livre). No original: (1) Die Vorstandsmitglieder haben bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.

³¹⁴ Art. 159. Compete à companhia, mediante prévia deliberação da assembleia-geral, a ação de responsabilidade civil contra o administrador, pelos prejuízos causados ao seu patrimônio. (...) § 6^o O juiz poderá reconhecer a exclusão da responsabilidade do administrador, se convencido de que este agiu de boa-fé e visando ao interesse da companhia.

Diante deste quadro — que já lança desafios consideráveis na aplicação da BJR no direito privado e societário brasileiro — pretendemos ir um pouco mais longe e estabelecer diálogo entre a BJR e as regras da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (com as recentes alterações nela realizadas pela Lei 13.655/18), que no âmbito funcional visa justamente proteger o administrador público pelas decisões tomadas em prol da Administração Pública.

5.2.2 A *Business Judgment Rule* - BJR e a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB: correlações possíveis

Em um primeiro olhar, a interlocução entre a BJR e a LINDB parece um tanto difícil. Todavia, nos parece juridicamente sustentável a existência de correlações possíveis ou mesmo de similitudes na consagração da BJR no âmbito do Direito Privado e Societário, em cotejo com as normas que protegem o gestor público no processo de tomada de decisão nos moldes da Lei 13.655/18, especialmente nos artigos 22, *caput* e §1º e art. 28 da norma.

A principal constatação é que tanto a BJR como a LINDB visam certo nível de blindagem ou imunidade decisória do administrador dos riscos inerentes ao processo de tomada de decisão. As razões pelas quais consagrou-se a jurisprudência no desenvolvimento da BJR são muito similares às preocupações e tratamento normativo prescrito na LINDB. Vejamos:

A primeira correlação está na proteção decisória em face dos riscos assumidos na atividade de administração. No âmbito privado, a BJR possibilita ao administrador tomar decisões de risco visando maximizar lucros da empresa. No âmbito público a LINDB parte da premissa que decidir é naturalmente um risco e o gestor deve contar com certo grau de proteção para desempenhar função pública e atuar em prol do interesse público. No âmbito público a decisão nem precisa assumir explicitamente um risco. A própria Lei 13.655/2018 limita a responsabilização do agente (art. 28) aos casos de dolo ou erro grosseiro.

A segunda correlação é que a BJR surgiu para atrair os administradores de empresa mais qualificados, a convidar os talentos que — porventura fossem amplamente responsabilizados — deixariam de optar pela carreira de altos executivos, escolhendo outra que os expusessem a menores riscos de responsabilização. Afinal, não haveria atratividade que os administradores de empresas pudessem responder amplamente por seus erros, com poucos benefícios por seus acertos.

O raciocínio acima pode ser aplicado aos administradores públicos. A partir do alto risco de responsabilização a que estão submetidos os gestores, se não existirem regras que procurem

balizar o grau de responsabilização, a carreira pública deixa de ser atrativa, especialmente aos agentes políticos, que por ocuparem a máxima posição hierárquica e decisória nos respectivos poderes e órgãos, estão sujeitos a expressiva carga de responsabilização.³¹⁵

A terceira correlação é que a BJR visa evitar que o judiciário possa imiscuir-se no núcleo duro de conveniência e oportunidade da decisão do administrador, mormente quando a matéria exige alta especialização e o magistrado não detém o conhecimento técnico acerca das matérias que demandam expertise empresarial.

Com efeito, aspecto semelhante sucede na Administração Pública, pois vivemos em um sistema de controle externo pouco deferente ao administrador, não raro os juízos de conveniência e oportunidade dos administradores públicos são substituídos pelos do Judiciário ou dos tribunais de contas, razão pela qual foi editada a novel Lei 13.655/2018 que alterou a LINDB justamente para proteger o gestor e o processo de tomada de decisão administrativa, especialmente nos artigos 20, *caput* e parágrafo único³¹⁶ e art. 21, *caput* e parágrafo único,³¹⁷ da referida norma.

A quarta correlação é que a BJR nos EUA está alicerçada na existência de boa-fé do administrador, desde que observe as seguintes condições: i) não decida com base no seu interesse pessoal; ii) decida adequadamente informado; iii) que tenha racionalmente atuado nos interesses da empresa (SABOGAL, 2012. p. 113).

Categorias conceituais assemelhadas podem ser detectadas na LINDB visando a proteção decisória do administrador público. O art. 22³¹⁸ da LINDB exige que na interpretação das normas sobre gestão pública sejam considerados os obstáculos e dificuldades reais do gestor, o que certamente envolve aspectos quanto às *informações que detinha ao decidir*

³¹⁵ O ponto é bem abordado por Joel Niebuhr e Pedro Niebuhr: “Outra repercussão do medo é o afastamento de bons nomes dos quadros da Administração Pública. Temos vários amigos competentíssimos, graduados e pós-graduados, que sequer cogitam ou cogitaram ocupar posição de gestão na Administração Pública e, muito menos, participarem de eleições. Preocupam-se com o coletivo, querem ajudar, mas, fora do ambiente adequado, praticamente não ajudam. Não se sentem atraídos para construir uma carreira perante a Administração Pública. E muitos dos melhores quadros da Administração Pública não se sentem estimulados para prosseguirem. Ou procuram a iniciativa privada ou pretendem ingressar em algum órgão de controle. É melhor, sob qualquer aspecto que se possa cogitar atualmente, controlar do que ser controlado.” (NIEBUHR; NIEBUHR, 2017).

³¹⁶ 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.

³¹⁷ 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.

³¹⁸ 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 direitos dos administrados.

evitando que o ente controlador atue como “engenheiro de obra feita” ou “apite o jogo com consulta ao VAR”. O art. 22, *caput*, da LINDB impõe sejam considerados na atividade administrativa, controladora e judicial “os obstáculos e as dificuldades reais do gestor”, tal qual ocorreu no desenvolvimento da jurisprudência da BJR nos EUA. É o chamado *hindsight bias*³¹⁹ ou viés retrospectivo, que induz a fácil percepção dos desdobramentos de um evento já ocorrido exatamente porque já aconteceu, fazendo parecer que certas decisões se mostrem equivocadas exatamente por já terem dado errado, o que em verdade não seria facilmente perceptível quando do lapso temporal em que decisão foi adotada.

Apesar de semelhanças, o conceito de boa-fé do agente no direito brasileiro não é suficiente para eximir a responsabilidade por um dever fiduciário ou mesmo para isentar sua reponsabilidade. Quando muito serviria para atenuar a reponsabilidade (PARGENDLER, 2015). Todavia, a ideia de boa-fé na BJR implica em aspectos que vão além da subjetividade do agente, abrangendo atuação isenta, informada e racional podendo falar-se nesta hipótese de uma boa-fé com lastro em critérios objetivos.

A quinta correlação é que no desenvolvimento da BJR nem toda negligência leva à responsabilização do administrador, afinal, não é qualquer infração ao dever de cuidado que pode levar à responsabilização, mas negligência grave (*gross negligence*). Na mesma linha caminha o art. 28³²⁰ da LINDB, que expressamente exige para responsabilização do agente público que atua a nível decisório ou exare opinião técnica, a ocorrência de dolo ou erro grosseiro, comumente associado à ideia de culpa grave ainda no artigo 12³²¹ e incisos do Decreto

³¹⁹ Esta perspectiva dos efeitos perniciosos deste fenômeno é bem tratada por Daniel Kahneman: “O viés retrospectivo apresenta efeitos perniciosos nas estimativas dos tomadores de decisão. Leva os observadores a avaliar a qualidade de uma decisão sem considerar se o processo foi sólido, mas se o desfecho foi bom ou ruim. Imagine uma intervenção cirúrgica de baixo risco em que um acidente imprevisto ocorreu e levou à morte do paciente. O júri ficará propenso a acreditar, após o fato, que a operação era de fato arriscada e que o médico que a recomendou deveria ter pensado duas vezes. Esse viés de resultado torna quase impossível avaliar uma decisão do modo apropriado — em termos de crenças que eram razoáveis quando a decisão foi tomada.” (KAHNEMAN, 2012, p. 254).

³²⁰ Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

³²¹ 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 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.

9.830/2019 que detalha ainda mais profundamente os conceitos de dolo e erro grosseiro ao regulamentar a LINDB.

Como podemos perceber, os principais aspectos que fundamentam a construção teórica da BJR encontram seu corolário lógico nas normas inseridas pela Lei 13.655/2018 na LINDB, que passa a ser o principal referencial em nosso País para delimitar a extensão e o grau de responsabilização dos agentes públicos na atividade decisória (art. 28), além de estabelecer sejam consideradas as dificuldades reais do gestor (art. 22), o que importa em verificarmos qual o grau de informações disponíveis quando da tomada da decisão ou mesmo os obstáculos enfrentados no momento da decisão.

5.2.3 A limitação da responsabilidade pessoal dos agentes públicos por normas infraconstitucionais no ordenamento jurídico brasileiro.

O ponto desenvolvido neste tópico é saber se o art. 37, § 6º da CR — por não fazer qualquer espécie de gradação da culpa para fins de ação de regresso — limitaria a edição de normas infraconstitucionais visando o estabelecimento de distinções entre *culpa grave*, *leve* ou *levíssima*.

Referido “silêncio eloquente” do art. 37, §6º da CR poderia ser interpretado como espécie de responsabilização *ampliativa* nas ações de regresso contra os agentes públicos, como se referido enunciado semântico ao prever *dolo* e *culpa*, tenha optado pela ampla responsabilização dos agentes públicos em quaisquer circunstâncias?

Pensamos que não. A verdade é que o art. 37, § 6º da CR não se preocupou com o tema da gradação da culpa. Portanto, não se pode extrair do silêncio da norma constitucional consequência ampliativa ou restritiva da responsabilidade dos agentes públicos para fins de direito de regresso.

A principal questão é saber se o art. 37, § 6º da Constituição ao estabelecer para fins de ação de regresso a ocorrência de dolo ou culpa — sem especificar qual o nível de culpa exigível para fins de responsabilização (grave, leve ou levíssima) — admitiria pela via

§ 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.

infraconstitucional (a exemplo da Lei 13.655/2018) algum tipo de restrição ou delimitação da reponsabilidade?

Pensamos que sim. De longa data convivemos com restrições à responsabilização dos agentes públicos. O principal parâmetro para tal constatação desta assertiva está na restrição à responsabilidade pessoal de certos agentes públicos, há muito consagrada nas leis, na doutrina e na jurisprudência. Falamos especialmente da restrição para responsabilidade dos magistrados quando no exercício típico da função jurisdicional, para fins de ação de regresso. Se o art. 37, § 6º da CR prevê genericamente a possibilidade de ação de regresso a qualquer agente que tenha agido com dolo ou culpa, então seria igualmente inconstitucional o art. 143 do Código de Processo Civil - CPC, pois referido dispositivo limita a reponsabilidade dos magistrados apenas nas hipóteses de dolo ou fraude, excluindo a modalidade culposa.

Vejamos o teor do dispositivo: “Art. 143. O juiz responderá, civil e regressivamente, por perdas e danos quando: I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; (...)” Perceba-se que neste caso a norma infraconstitucional implementou restrição de responsabilidade bastante expressiva e muito superior a fixada no art. 28 da LINDB, pois sequer a *culpa* em quaisquer de seus graus pode gerar reponsabilidade pessoal do magistrado, mas apenas *dolo* ou *fraude*, que têm por premissa a *intenção* em causar dano.

Todavia, se desconhece que o art. 143 do CPC de 2015 ou sua versão anterior (art. 133 do CPC de 1973), tenham sido declarados inconstitucionais por limitar a responsabilidade civil dos magistrados em ação de regresso, tendo por norma parâmetro o art. 37, § 6º da CR.

A mesma limitação está prevista em outra norma infraconstitucional, o art. 49 da Lei Complementar 35/1979 que dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional: “Art. 49 - Responderá por perdas e danos o magistrado, quando: I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;” Referida norma igualmente jamais teve sua constitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal.

Tal limitação legal de responsabilização igualmente incide aos Ministros do Tribunal de Contas da União – TCU, por força do art. 73 da Lei Orgânica do TCU, que a eles estende as mesmas garantias e prerrogativas dos ministros do Superior Tribunal de Justiça – STJ. A saber: “Art. 73. Os ministros do Tribunal de Contas da União terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos ministros do Superior Tribunal de Justiça e somente poderão aposentar-se com as vantagens do cargo quando o tiverem exercido efetivamente por mais de cinco anos.”

Também os integrantes do Ministério Público gozam de limitação legal por sua responsabilidade pessoal, conforme prevê o Código de Processo Civil: “Art. 181. O membro

do Ministério Público será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções.”

A responsabilização mais restrita igualmente incide ao membro da Advocacia Pública, conforme consignado no art. 184 do Código de Processo Civil: “Art. 184. O membro da Advocacia Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções.” De igual modo, ao membro da Defensoria Pública, a responsabilização ocorre apenas nos casos de dolo ou fraude, como previsto no art. 187 do CPC: “Art. 187. O membro da Defensoria Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções.”

Portanto, não é de hoje que o direito brasileiro convive com regras de limitação de responsabilidade de agentes públicos. Na esteira de Gustavo Binbenbojm e André Cyrino não há qualquer inconstitucionalidade na delimitação da responsabilização dos agentes públicos em certas modalidades ou intensidade, desde que respeitas as balizas semânticas da Constituição (BINENBOJM; CYRINO, 2018)³²²

A limitação à responsabilização pessoal no exercício de típica função administrativa, também já foi objeto de reiterada análise do Supremo Tribunal Federal – STF, que limitou a responsabilização pessoal de parecer técnico-jurídico de natureza opinativa apenas quando presente a culpa ou erro grosseiro (MS 24631, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Pleno, DJe 1º.2.2008). Apesar deste precedente aduzir a culpa ou erro grosseiro, fica evidente da leitura do corpo do acórdão que a culpa em questão está associada ao erro grosseiro. Igual posicionamento tem sido adotado pelo STF, inclusive limitando a responsabilidade do parecerista em caso de *dolo* ou *erro grosseiro* (MS 36025 MC/DF, da relatoria da Min. Cármen Lúcia, DJe – 216 divulg. 09/10/2018 public. 10/10/2018).³²³

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal faz incidir a responsabilização em casos de dolo, erro grosseiro, ou se a opinião for vinculativa, posto que haveria nesta última hipótese corresponsabilidade do gestor.³²⁴

³²² Destacam Gustavo Binbenbojm e André Cyrino: “Por evidente, não existe uma interdição constitucional a que o legislador democrático densifique o conceito de culpa ou adote uma certa modalidade ou intensidade para a que a reponsabilidade reste configurada. Isso é uma decorrência da abertura semântica do termo e também um imperativo de construção democrática do sentido das normas constitucionais ao longo do tempo. Não há como pretender congelar um conceito específico de culpa, apenas por desejo da doutrina, impedindo a sua regulamentação legal dentro de certas balizas semânticas.” (BINENBOJM; CYRINO, 2018, P. 217).

³²³ Igualmente acerca da exigência de dolo ou erro grosseiro já se manifestou o Min. Luiz Fux, onde asseverou: “Da análise, na via estreita do mandado de segurança, do conteúdo do parecer, verifica-se a impossibilidade de se configurar o elemento subjetivo caracterizador da responsabilidade do parecerista. Não se comprovou que o parecerista agiu como dolo ou culpa grave, estando adstrito aos requisitos mínimos exigíveis de um advogado médio.” (MS 35196/DF Relator: Min. LUIZ FUX. Julgamento: 01/08/2018. Publicação DJe-159 DIVULG 06/08/2018 PUBLIC 07/08/2018).

³²⁴ A exemplo do MS 35196, Rel. Ministro Luiz Fux, j. 01.08.2018, DJe 06.08.2018.

Na mesma toada o art. 28 da Lei 13.655/2018 efetivamente restringiu normativamente a possibilidade de responsabilização pessoal dos agentes públicos que exerçam função tipicamente administrativa, apenas em caso de *dolo* ou *erro grosseiro*, apenas quando emanem *decisões* ou *opiniões técnicas*. Entendemos não se tratar de uma cláusula geral de restrição à responsabilidade dos agentes públicos em qualquer atividade. Relevante destacar que o citado art. 28 da LINDB deixa indiferente saber se no caso dos pareceres há ou não caráter vinculante.³²⁵

Nessa linha, o art. 28 da LINDB veio apenas consagrar o *princípio da isonomia*, posto que a exigência de responsabilização apenas nos casos de dolo ou fraude é adotada para magistrados, promotores públicos, ministros e conselheiros dos tribunais de contas,³²⁶ sendo isonômico e razoável aplicar a reponsabilidade por atividade decisória ou técnica no exercício de função administrativa apenas nos casos de dolo ou erro grosseiro.

Como visto, a atividade administrativa para gozar desta limitação à responsabilização pessoal deve, necessariamente, envolver *atividade decisória e técnica*. Portanto, quando a atividade não envolver estes parâmetros, mas tratar-se de dano decorrente do exercício do cargo (a exemplo de acidente automobilístico causado pelo servidor ao conduzir carro pertencente ao poder público, ou mesmo quando o agente público lesionar fisicamente terceiros na repartição pública), então não incidirá referida cláusula limitativa de responsabilização prevista na Lei 13.655/2018, cabendo o exercício do direito de regresso pela administração nos casos de culpa leve ou levíssima (nesta hipótese cabendo restrição do *quantum* indenizatório em face do parágrafo único do art. 944 do Código Civil),

A despeito do art. 28 da Lei 13.566/2018 limitar a responsabilidade em casos de dolo ou erro grosseiro para atividade decisória e opinativa, utilizando-se do mesmo exemplo anterior quando tratamos de possibilidade de ressarcimento por conduta meramente culposa em

³²⁵ Sobre o ponto elucidam Gustavo Binenbojm e André Cirino: “Pois bem. O art. 28 da LINDB vem em boa hora e elucidada que, independentemente do caráter vinculante, ou, ainda existindo ou não teor decisório extraível do parecer, o fato é que só haverá responsabilidade em caso de erro grosseiro ou dolo. De fato, o art. 28 refere-se a opiniões e decisões, de modo que se torna indiferente saber se há ou não caráter vinculante no parecer. O fundamental é verificar se há dolo ou erro grosseiro.” (BINENBOJM; CYRINO, 2018, p. 211).

³²⁶ Acerca da limitação da responsabilidade do agente público exercente de função administrativa e da necessidade de isonomia com outros agentes públicos, veja-se Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas: “Nossa Constituição consagra a *responsabilidade subjetiva*, a ser aferida em ação de regresso, nos termos do artigo 37, parágrafo 6º, da CRFB. A jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça (a exemplo do REsp 1.501.621) vai também nesse sentido. E que se apresentava anti-isonômica, na medida em que a maior parte dos estatutos funcionais sempre exigiu a perquirição do elemento subjetivo, para fins de responsabilização pessoal de seus agentes (a exemplo do disposto no artigo 143, I, do CPC 2015, que dispõe sobre a responsabilização dos magistrados e do artigo 122, parágrafo 1º, da 8.112/1990, que dispõe sobre a responsabilização do servidor federal)”(MARQUES NETO; FREITAS, 2018).

acidentes automobilísticos, a casuística pode suscitar a necessidade de reflexão acerca dos graus de culpa não apenas nas atividades decisórias ou opiniões técnicas previstas na citada norma.

Um exemplo pueril permite ilustrar o que estamos a dizer. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina enfrentou na Apelação Civil 2008.081209-0³²⁷ interessante caso onde policial militar causou danos à viatura policial durante perseguição a assaltantes. O acidente decorreu de má condução do veículo pelo referido policial. A Corte Catarinense, já no ano de 2009, entendeu pela necessidade de gradação da culpa, pois não restou demonstrada a culpa grave ou dolo do agente público. A premissa que norteou os debates na referida decisão é que se os agentes policiais forem responsabilizados pelos danos causados em perseguição, por certo que isto levaria ao total desestímulo a que pudessem cumprir com seus deveres em outras oportunidades.

Sob o ângulo da Análise Econômica do Direito – AED igualmente se chega à mesma solução da Corte Catarinense, afinal sob o ângulo econômico a responsabilização dos agentes policiais nas circunstâncias acima narradas leva à absoluta inoperância da atividade policial.

A propósito da gradação da culpa o Código Civil de 2002 igualmente inovou em nosso ordenamento, porquanto é possível interpretar a expressão “gravidade da culpa e o dano” contida no art. 944, parágrafo único, como norma que suscita a possibilidade de gradação de culpa para fins de responsabilidade civil, a saber: “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver *excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano*, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.”

Ao analisar o tema do erro grosseiro em seu texto: *O Erro Grosseiro – Análise crítica do Acórdão nº 2.391/2018 do TCU*, Joel de Menezes Niebuhr³²⁸ traz três argumentos em prol

³²⁷ RESPONSABILIDADE CIVIL - ACIDENTE DE TRÂNSITO - VIATURA DA POLÍCIA MILITAR - DEMANDA PROPOSTA PELO ESTADO CONTRA O POLICIAL VISANDO O RESSARCIMENTO DO DANO - ACIDENTE OCORRIDO DURANTE PERSEGUIÇÃO - AUSÊNCIA DE CULPA GRAVE OU DOLO POR PARTE DO AGENTE PÚBLICO - RECURSO DESPROVIDO "O servidor público não responde pela reparação de dano causado a terceiro em decorrência de ato relacionado com o exercício de sua função, salvo se comprovado que procedeu com culpa grave ou dolo. A regra do § 6º, in fine, do art. 37 da Constituição Federal deve ser interpretada em consonância com a do § 1º do art. 462 da Consolidação das Leis do Trabalho' (TJSC, AC nº 2000.006852-7, Des. Newton Trisotto, julg. em 15.04.2002; AC nº 2002.012167-9, Des. Luiz César Medeiros, julg. em 29.09.2003; AC nº 2002.027574-9, Des. Rui Fortes, julg. em 10.10.2003; AC nº 2004.009447-7, Des. Volnei Carlin, julg. em 12.08.2004)" (AC nº 2007.027501-7, Des. Newton Trisotto). (TJSC, Apelação Cível n. 2008.081209-0, de São José, rel. Des. Newton Trisotto, Primeira Câmara de Direito Público, j. 06-10-2009).

³²⁸ Acerca do ponto bem esclarece Joel de Menezes Niebuhr: “Ninguém discute, especialmente magistrados, membros do Ministério Público e ministros do Tribunal de Contas da União, que é permitido ao legislador infraconstitucional restringir as suas responsabilidades por perdas e danos, inclusive afastando a possibilidade de responderem por conduta meramente culposa, ainda que por culpa grave. Por coerência, utilizando a mesma régua, também deveriam prestigiar a constitucionalidade do artigo 28 da LINDB no tocante aos demais agentes públicos, sem reduzir o alcance do dispositivo às sanções e retirar da incidência dele a responsabilidade por perdas e danos. O legislador, no artigo 28 da LINDB, tratou da responsabilidade dos agentes públicos de forma ampla, sem qualquer restrição. Não cabe ao Tribunal de Contas da União fabular restrições não supostas pelo legislador.” (NIEBUHR, 2018).

da constitucionalidade da LINDB em restringir a responsabilização dos agentes públicos. O primeiro, é a já mencionada limitação da reponsabilidade dos magistrados, integrantes do Ministério Público e dos tribunais de contas, fazendo inclusive menção a este entendimento ao Professor Clovis Beznos³²⁹; A segundo argumento, é que em face da incompetência dos tribunais e contas em realizarem controle de constitucionalidade, por reserva do tema ao Poder Judiciário (cf. MCMS 35.410/DF da relatoria do Min. Alexandre de Moraes), não seria possível ao TCU restringir o alcance do art. 28 da LINDB em face do art. 37, § 6º da CR para fins ressarcitórios; O terceiro argumento — fazendo menção às ideias de Luciano Ferraz — é que o art. 37, § 6º da CR trata de danos causados pelos agentes públicos a terceiros, não aos danos causados a própria Administração.

Dos argumentos acima, nos parece especialmente relevante o tema da possibilidade de restrição pela via infraconstitucional da responsabilidade pessoal de certos agentes públicos, sem que isto implique em qualquer ofensa ao art. 37, § 6º da CR como vimos anteriormente.

Não devemos esquecer que a restrição da responsabilização no âmbito da ação de regresso para hipóteses de dolo ou erro grosseiro por decisões ou opiniões técnicas nos termos do art. 28 da LINDB, não implica limitar o direito ao ressarcimento a terceiros pelos danos cometidos pelo Estado. Trata-se de responsabilidade objetiva e igualmente constitui inarredável direito fundamental dos cidadãos. A restrição é apenas a responsabilização pessoal dos agentes, não servindo de cláusula limitadora de responsabilidade para a própria Administração Pública por suas ações ou omissões, nos termos do art. 37, §6º da CR.

5.2.4 A limitação da responsabilização pessoal de certos agentes públicos por dolo ou culpa grave no direito comparado

A gradação da culpa para fins de responsabilização dos agentes administrativos pela via infraconstitucional, ocorre também em outros países. O direito comparado trata tanto da exigência de dolo ou culpa grave do agente público para ação de regresso, como da restrição da sua responsabilidade mesmo quando cause danos a própria Administração, ainda que não envolva terceiros.

O Brasil tardou em instituir regime de limitação à responsabilidade dos seus agentes públicos. Os países destacados em nossa pesquisa, o foram quer por sua influência no Direito

³²⁹ Clovis Beznos esclarece que a limitação de responsabilidade de certos agentes públicos nada tem de novo: “A limitação de responsabilidade de Agentes Públicos pela lei não se constitui novidade entre nós. Tenha-se presente que os membros da Magistratura e do Ministério Público não respondem civilmente, senão por dolo ou fraude, conforme o prevê o Estatuto Processual Civil, artigos 143 e 181.” (BEZNOS, 2019, p. 88).

Brasileiro, proximidade geográfica na América Latina ou mesmo por terem tratado diretamente do tema. Não foi nossa intenção fazer análise exaustiva dos sistemas jurídicos dos países que adotam regime mais exigente para impor responsabilidade aos agentes públicos. Nosso objetivo foi trazer exemplos de normas (apenas como ponto de partida) que preveem a responsabilização por dolo ou culpa grave, citando dispositivos legais que contemplam tais hipóteses. Além disso, não consideramos países que apesar da proximidade geográfica com o Brasil, não trataram da temática, a exemplo da Argentina.

Por serem meramente expressão da literalidade do Direito positivo de cada país, nossa exemplificação carece do necessário contexto em que tais normas foram editadas, bem como aspectos culturais que possam aclarar como o direito posto, ou mesmo reflexões doutrinárias e jurisprudenciais que forneçam adequada compreensão dos limites em que concebidas as noções de dolo ou culpa grave em cada um destes sistemas jurídicos.³³⁰

Nossa intenção não é apresentar visão sistêmica acerca dos conceitos de *dolo* ou *culpa grave* como adotadas nos ordenamentos jurídicos destes países, mas demonstrar que a despeito das diferenças com o Direito brasileiro, há a preocupação de certos sistemas jurídicos objeto de comparação em limitar o grau de responsabilização dos agentes públicos, e esse aspecto é o que nos interessa. Portanto, as ilustrações normativas com o direito positivo estrangeiro, não pretendem, metodologicamente, fazer uso do direito comparado. (PASOLD, 2018, p. 109).

5.2.4.1 Portugal

Em Portugal a Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro que aprovou o regime de responsabilidade civil extracontratual do estado – RRCEE. O art. 10.º/1 da Lei n.º 67/2007³³¹

³³⁰ Acerca dos limites impostos aos comparatistas que partem apenas do direito positivo como ponto de partida e de chegada, vale a crítica trazida por Pierre Legrand: “Para o positivista, o Direito ‘posto’ é ao mesmo tempo o ponto de partida e o ponto de chegada da pesquisa comparativa, ao passo que para o culturalista, o Direito ‘posto’ nunca pode significar algo além de um ponto de partida e certamente não será um ponto de chegada. Segundo o culturalista, o Direito posto é, pois, um lugar a partir do qual se parte para um procedimento de escavação, para revelar o que este Direito ‘posto’ esconde, para expor o que ele omite (complicamos um pouco as coisas: para o culturalista, o ‘Direito ‘posto’ é apenas uma posição, isto é um ponto de vista – e são os meandros desse ponto de vista que cabe a ele aclarar).” (LEGRAND, 2018, p. 71).

³³¹ Art. 10.º Culpa.

1 - Os titulares de órgãos, funcionários e agentes são responsáveis pelos danos que resultem de acções ou omissões ilícitas, por eles cometidas com dolo ou com diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que se encontravam obrigados em razão do cargo.

2 - O Estado e as demais pessoas colectivas de direito público são responsáveis de forma solidária com os respectivos titulares de órgãos, funcionários e agentes, se as acções ou omissões referidas no número anterior tiverem sido cometidas por estes no exercício das suas funções e por causa desse exercício.

3 - Sempre que satisfaçam qualquer indemnização nos termos do número anterior, o Estado e as demais pessoas colectivas de direito público gozam de direito de regresso contra os titulares de órgãos, funcionários ou agentes responsáveis, competindo aos titulares de poderes de direcção, de supervisão, de superintendência ou de tutela

estabelece a responsabilidade pelos danos decorrentes de ações ou omissões cometidas por titulares de órgãos, funcionários ou agentes, praticadas com dolo ou com diligência e zelo manifestamente inferiores a que se encontravam em razão de seus cargos.

Pelo art.10º/2 da Lei 67/2007, se não restar provado o *dolo* ou *culpa grave*, se presume a culpa leve em caso de atos ilícitos e de omissões *in vigilando*, cujo ressarcimento é exclusivo pela entidade pública, posto que o agente responde apenas em caso de dolo ou zelo manifestamente inferior ao esperável (GOMES, 2008, p. 90). Tal hipótese de culpa leve consagra responsabilidade apenas do ente público, escusando o funcionário de responder solidariamente. Apenas se tiver agido com dolo ou culpa grave é que haverá responsabilidade solidária³³² (ALMEIDA, 2017, p. 500-507).

Referido art. 10º deve ser lido com o art. 8º³³³ da Lei nº 67/2007 que no n. 4 exige apuração do *grau de culpa* (caso já não tenha sido realizada) do titular de órgão, funcionário ou

adoptar as providências necessárias à efectivação daquele direito, sem prejuízo do eventual procedimento disciplinar.

4 - Sempre que, nos termos do n.º 2 do artigo 10.º, o Estado ou uma pessoa colectiva de direito público seja condenado em responsabilidade civil fundada no comportamento ilícito adoptado por um titular de órgão, funcionário ou agente, sem que tenha sido apurado o grau de culpa do titular de órgão, funcionário ou agente envolvido, a respectiva acção judicial prossegue nos próprios autos, entre a pessoa colectiva de direito público e o titular de órgão, funcionário ou agente, para apuramento do grau de culpa deste e, em função disso, do eventual exercício do direito de regresso por parte daquela

³³² Esclarece Mário Aroso de Almeida: “Como estabelece o n.º 1 do art. 7º, para que as entidades públicas respondam a título exclusivo por ações ou omissões ilícitas cometidas pelos seus servidores no exercício da função administrativa e por causa desse exercício, sem que os servidores envolvidos possam ser chamados, eles próprios, a responder, seja diretamente perante o lesado, seja, pelo menos, perante a própria entidade pública, em via de regresso, é, entretanto, necessário que a conduta funcional em causa tenha sido adotada ‘com dolo ou diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que se encontravam obrigados em razão do cargo’, o próprio servidor público já incorre, ele próprio, em responsabilidade, sendo a entidade pública responsável, de forma solidária, com ele, mas com o dever de sobre ele exercer o correspondente direito de regresso. É o que resulta dos n.ºs 1, 2 e 3 do artigo 8º, em conjugação com o disposto no artigo 6º. No primeiro caso, a responsabilidade é própria e exclusiva da entidade pública; no segundo, pelo contrário, ela figura apenas em posição de garante.” (ALMEIDA, 2017, p. 502).

³³³ Artigo 8º Responsabilidade solidária em caso de dolo ou culpa grave. 1 - Os titulares de órgãos, funcionários e agentes são responsáveis pelos danos que resultem de acções ou omissões ilícitas, por eles cometidas com dolo ou com diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que se encontravam obrigados em razão do cargo.

2 - O Estado e as demais pessoas colectivas de direito público são responsáveis de forma solidária com os respectivos titulares de órgãos, funcionários e agentes, se as acções ou omissões referidas no número anterior tiverem sido cometidas por estes no exercício das suas funções e por causa desse exercício.

3 - Sempre que satisfaçam qualquer indemnização nos termos do número anterior, o Estado e as demais pessoas colectivas de direito público gozam de direito de regresso contra os titulares de órgãos, funcionários ou agentes responsáveis, competindo aos titulares de poderes de direcção, de supervisão, de superintendência ou de tutela adoptar as providências necessárias à efectivação daquele direito, sem prejuízo do eventual procedimento disciplinar.

4 - Sempre que, nos termos do n.º 2 do artigo 10.º, o Estado ou uma pessoa colectiva de direito público seja condenado em responsabilidade civil fundada no comportamento ilícito adoptado por um titular de órgão, funcionário ou agente, sem que tenha sido apurado o grau de culpa do titular de órgão, funcionário ou agente envolvido, a respectiva acção judicial prossegue nos próprios autos, entre a pessoa colectiva de direito público e o titular de órgão, funcionário ou agente, para apuramento do grau de culpa deste e, em função disso, do eventual exercício do direito de regresso por parte daquela.

agente, sendo a aferição do grau de culpa indispensável para o exercício do direito de regresso pela Administração.

Portanto, o regramento português faz distinção de graus de culpa e responsabiliza os agentes públicos nos casos de dolo ou de diligência e zelo manifestamente inferiores aos que encontravam-se obrigados.

5.2.4.2 Uruguai

No caso do Uruguai, a limitação da reponsabilidade dos funcionários exclusivamente nas hipóteses de *dolo* ou *culpa grave* está prevista na própria Constituição, conforme dispõe o artigo 25:

Artículo 25.- Cuando el daño haya sido causado por sus funcionarios, en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ese ejercicio, en caso de haber obrado con culpa grave o dolo, el órgano público correspondiente podrá repetir contra ellos, lo que hubiere pagado en reparación.

Esclarece Carlos E. Delpiazzo que “una vez hecha efectiva la responsabilidad de la entidad estatal correspondiente, será esta la única legitimada para hacer valer la responsabilidad del funcionario, por vía de repetición, basada en un criterio definidamente subjetivo: se debe haber obrado con culpa grave o dolo; se excluyen la culpa simple, la mera negligencia o el error excusable.” (DELPIAZZO, 2008).³³⁴ Portanto, o direito uruguaio faz adequada distinção entre dolo e culpa grave.

5.2.4.3 Colômbia

Ainda na américa-latina a Colômbia igualmente prevê regra de limitação à responsabilidade de seus servidores públicos, limitada à hipótese de *conduta dolosa* ou *gravemente culposa*, nos termos da Lei 678/2001, que regulamenta a responsabilidade patrimonial dos agentes do Estado, através da ação de regresso (acción de repetición), conforme o art. 2º da citada norma:

Artículo 2º. Acción de repetición. La acción de repetición es una acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena,

³³⁴ Disponível em: <<https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/839/842>> Acesso em 21 de novembro de 2019.

conciliación u otra forma de terminación de un conflicto. La misma acción se ejercitará contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial.³³⁵

5.2.4.4 Costa Rica

A Costa Rica tanto estabelece a necessidade de dolo ou culpa grave de seu servidor para fins de ação de regresso, bem como expressamente para os danos causados diretamente à Administração, regrado o tema na Lei n° 6.227/1978 (Lei Geral da Administração Pública – LGAP)³³⁶, nos artigos 203 e 210, respectivamente:

Artículo 203.

1. La Administración deberá recobrar plenariamente lo pagado por ella para reparar los daños causados a un tercero por dolo o culpa grave de su servidor, tomando en cuenta la participación de ella en la producción del daño, si la hubiere.

Artículo 210.-

1. El servidor público será responsable ante la Administración por todos los daños que cause a ésta por dolo o culpa grave, aunque no se haya producido un daño a tercero.

5.2.4.5 Espanha

Destacam-se duas normas limitadoras da responsabilização das autoridades da Administração Pública espanhola. A primeira, a Lei 30/1992 que trata do Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum. O Capítulo II ao tratar da responsabilidade das autoridades e pessoas a serviço da Administração Pública, estabelece em seu art. 145 a presença de dolo, ou culpa ou negligência grave:

Artículo 145. Exigencia de la responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas.

1. Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere el capítulo I de este Título, los particulares exigirán directamente a la Administración pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio.

2. La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad

³³⁵Disponível em <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0678_2001.html> Acesso em 19 de novembro de 2019.

³³⁶ Disponível em:

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=13231 Acesso em 19 de novembro de 2019. Acesso em: 21 nov. 2019.

en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca.³³⁷

Igualmente a Lei 47/2003 (Ley General Presupuestaria y Normas Complementarias – LGP) restringe no seu art. 176 a reponsabilidade apenas em caso de dolo ou culpa grave:

Artículo 176. Principio general. Las autoridades y demás personal al servicio de las entidades contempladas en el artículo 2 de esta ley que por dolo o culpa graves adopten resoluciones o realicen actos con infracción de las disposiciones de esta ley, estarán obligados a indemnizar a la Hacienda Pública estatal o, en su caso, a la respectiva entidad los daños y perjuicios que sean consecuencia de aquellos, con independencia de la responsabilidad penal o disciplinaria que les pueda corresponder.³³⁸

5.2.4.6 Alemanha

A Alemanha estabelece diretamente em sua Constituição (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*) a limitação da responsabilidade dos que exercem função pública, nas hipóteses de danos causados a terceiros e exercício do direito de regresso. Para tanto, a constituição alemã exige que o agente público tenha agido com *falta intencional* ou *negligência grave*. Vejamos o teor do art. 34:

Artigo 34 - Se uma pessoa, no exercício de um cargo público que lhe foi confiado, infringir em relação a terceiros os deveres que o cargo lhe impõe, a responsabilidade recaí, em princípio, sobre o Estado ou órgão público ao qual esta pessoa esteja servindo. No caso de falta intencional ou negligência grave, preserva-se o direito de regresso. Para reivindicações de indenização e para o exercício do direito de regresso não poderá ser excluída a via judicial ordinária.³³⁹

³³⁷ Disponível em <<https://www.boe.es/buscar/pdf/1992/BOE-A-1992-26318-consolidado.pdf>> Acesso em 21 de novembro de 2019.

³³⁸ Disponível em: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/codigos/codigo.php?id=033_Ley_General_Presupuestaria_y_normas_complementarias&modo=1. Acesso em: 21 nov. 2019.

³³⁹ A versão em português da Constituição Alemã está disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>> Acesso em 04.01.2020. No original: “Artikel 34 - Verletzt jemand in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft die Verantwortlichkeit grundsätzlich den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst er steht. Bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit bleibt der Rückgriff vorbehalten. Für den Anspruch auf Schadensersatz und für den Rückgriff darf der ordentliche Rechtsweg nicht ausgeschlossen werden.” Disponível em: https://www.bundestag.de/parlament/aufgaben/rechtsgrundlagen/grundgesetz/gg_02-245124 Acesso em 18 de agosto de 2019.

5.2.4.7 Itália

A lei n° 639/1996 disciplina matérias relativamente ao Tribunal de Contas, dispendo inclusive acerca da ação de responsabilidade dos sujeitos submetidos à jurisdição daquela Corte, limitando as hipóteses de responsabilidade aos casos de dolo ou culpa grave, conforme determina o art. 3 do referido diploma:

Art. 3.

Azione di responsabilità

1. All'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) il comma 1 è sostituito dal seguente: "1. La responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica è personale e limitata ai fatti ed alle omissioni commessi con dolo o con colpa grave, ferma restando l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali. Il relativo debito si trasmette agli eredi secondo le leggi vigenti nei casi di illecito arricchimento del dante causa e di conseguente indebito arricchimento degli eredi stessi".³⁴⁰

5.2.4.8 França

O tema da limitação à responsabilização não é objeto de legislação específica, mas encontra ressonância na jurisprudência do Conselho de Estado que em diversas oportunidades já manifestou-se sobre o tema, limitando a responsabilização dos agentes às hipóteses de dolo ou culpa grave.

A responsabilidade dos funcionários na França é distinguida se é praticada ou não no exercício de suas funções. Quando o funcionário causa dano por ato destacável (*détachable*) das suas funções, está-se diante de culpa pessoal (*faute personnelle*), de competência da justiça comum (RIVERO, 1981, p. 332-338), como bem tratou do tema o famoso *Arrêt Pelletier*. (MORAND-DEVILLER, 2015, p. 708).

Já a tradicional culpa do serviço (*faute de service*) decorre de atuação relacionada ao exercício de suas funções. É aplicável de modo amplo, tendo a jurisprudência francesa construído vasta teoria visando tutelar os interesses das vítimas (MORAND-DEVILLER, 2015, p. 708).

Pode ocorrer um cúmulo de responsabilidades *faute personnelle* ou *faute de service*, sendo o tema enfrentado no *Arrêt Anguet* e *Arrêt Lemonnier*. Assim, em certas situações as ações danosas dos funcionários podem ser cumuladas com outras imputáveis ao serviço, a exemplo do particular ferido por funcionários quando saía do posto dos correios cujo horário de

³⁴⁰ Disponível em <<http://www.parlamento.it/parlam/leggi/96639l.htm>> Acesso em 21 de novembro de 2019.

fechamento deu-se antes do horário normal (*Arrêt Anguet*). A doutrina francesa esclarece que neste caso, a vítima pode escolher entre ambas as responsabilidades.

No direito francês a ação regressiva (*action récursoire*) contra o agente causador do dano, ocorre apenas se o agente tiver agido com culpa grave (*faute grave*).

5.2.5 Breves considerações acerca da necessidade de limitação legal da responsabilização dos agentes públicos, em face dos riscos a que estão submetidos: parâmetros para tolerabilidade ao erro do administrador

Apontados no Direito Comparado exemplos de restrição da responsabilidade pessoal dos agentes públicos, fica evidente que entramos tarde no rol de países que a implementaram. A limitação da responsabilidade civil dos funcionários que agem com culpa leve, quer porque sujeitos ao risco e ao erro em suas atividades, desde que escusável e não reiterado; quer para atender ao princípio da eficiência; é necessária para o bom funcionamento da Administração Pública. A ampla responsabilização por quaisquer faltas leva inexoravelmente à paralisação da atividade administrativa. Acerca do ponto calham as lições de Carla Amado Gomes ao analisar o ordenamento português:

A imputação às entidades (e só às pessoas colectivas) com funções administrativas dos danos gerados na sequência da prática de faltas leves é um imperativo constitucional (uma vez que o artigo 22.º da CRP não distingue graus de ilicitude) e uma decorrência lógica dos princípios do Estado de Direito, da dignidade da pessoa humana, da protecção dos direitos fundamentais pessoais e patrimoniais. E faz para nós sentido que o funcionário seja eximido de responder (civilmente, pelo menos) por danos ocorridos por efeito da prática de faltas cometidas com culpa leve, por força da concorrência de dois argumentos: em primeiro lugar, em nome de uma ideia de proporcionalidade — só faltas com um determinado grau de culpa devem penalizar o funcionário porque ele é humano, sujeito ao erro, desde que desculpável e não reiterado, e o serviço tem que contar com esse dado objectivo; em segundo lugar, em nome dos princípios da prossecução do interesse público e da eficiência administrativa (artigos 266.º/1 e 267.º/2 da CRP) — a responsabilização directa do funcionário por qualquer falta poderia conduzir à paralisação da actividade administrativa, devido ao espectro do ressarcimento de danos. (GOMES, 2008, p. 81).

Esse ponto é fundamental para adequada compreensão da limitação da responsabilização dos agentes públicos no Brasil. A verdade é que partimos de um modelo idílico de Administração, onde não pode haver falhas, erros, tampouco equívocos. Uma vez constatadas irregularidades pelos órgãos de controle, de regra incide a pesada mão do estado repressor que parte da simples (e equivocada) premissa que o mero descumprimento das normas

já deve levar à ampla responsabilização, tal qual nas ações de improbidade, como teremos a oportunidade de analisar no último Capítulo.

Parte destes excessos decorrem da análise pelos órgãos de controle de atos já praticados, cujo exame ocorre por vezes tardiamente, dificultando ainda mais a percepção das dificuldades reais que contextualizaram a decisão do gestor; não considerando-se as limitações estruturais da Administração Pública brasileira (o Brasil conta com 5.568 municípios); nem tampouco o grau de formação de servidores (que varia drasticamente do âmbito federal ao municipal); ou mesmo a complexidade normativa que impõe reais dificuldades em aplicar a lei num país cuja profusão de diplomas legais desafia o mais hábil dos juristas.³⁴¹

Estamos a caminho da paralisia administrativa o proplado: “apagão das canetas”, pois decidir passou a ser atividade de alto risco. A adoção de graus mais severos de culpa para responsabilização dos agentes públicos é medida imperativa ao exercício ativo e independente de funções administrativas. Faltas leves são praticadas diuturnamente diante da falibilidade humana. O mero descumprimento da norma jurídica (de regra não intencional) não pode ser autorização para que se possa impor ônus moral, financeiro, político ou criminal aos agentes públicos que desempenham função pública.

Tal assertiva não implica reconhecer espaço para imunidade ao exercício de funções públicas ou mesmo imunidade ao Poder. O direito administrativo travou longa batalha contra as imunidades do poder, cuja tônica marcou profundamente o desenvolvimento do Direito Administrativo, bem como a gradativa implantação e um sistema de controle da Administração mais sofisticado e profundo, inexistindo espaço para os atos *arcana imperii*, ensimesmados e insuscetíveis ao controle, ainda que respeitado, de modo deferencial, o núcleo duro de conveniência e oportunidade típico de cada função estatal.

³⁴¹ Se ainda considerarmos os influxos do *administrative constitutionalism* o tema resta ainda mais difícil, pois a aplicação direta da Constituição pela Administração Pública, pode ser apequenada pela interferência indevida e limitadora dos órgãos de controle externo. Acerca do *administrative constitutionalism*, oportunas as considerações de Ana Raquel Gonçalves Moniz: “Sem prejuízo das inelimináveis diferenças assumidas pela vinculação exercida” pela Constituição relativamente às diferentes funções do Estado, afigura-se-nos adequado afirmar que, também ao nível da Administração, a Constituição tem uma «vida vibrante e consequencial». E com esta asserção — corolário das questões que enfrentámos nos pontos anteriores — não pretendemos menosprezar a relevância que, no quadro da actuação administrativa, assume o princípio da legalidade (*stricto sensu*), em total consonância com a natureza de segundo grau caracterizadora da função administrativa, enquanto elemento desonerador do recurso directo às normas e princípios constitucionais; contudo, trata-se de assinalar agora a dupla percepção de que a Lei Fundamental demanda que a actividade administrativa a tenha sempre como pano de fundo e de que, por si só (i. e., independentemente de, e, sob determinado circunstancialismo, contra qualquer mediação legislativa), a Constituição obriga a Administração. (MONIZ, 2012, p. 405). Ana Moniz elenca uma série de domínios que permitem o “resgate” da Constituição pela Administração Pública, a saber: i) Interpretação conforme a constituição; ii) Discricionariedade; iii) Implementação de políticas públicas através da promoção de valores constitucionais; iv) Atuação com base direta na Constituição; v) Desaplicação de normas inconstitucionais. (MONIZ, 2012, p. 405-411).

Trata-se de reconhecer que os agentes públicos estão submetidos a um sistema especial de riscos que lhes é imposto pelo mero exercício de suas funções. Esta a razão pela qual não pode qualquer nível de culpa ou de erro atrair a responsabilização pessoal destes agentes. A própria ideia de risco administrativo como inerente a proteção do cidadão nos casos de danos decorrentes da atuação estatal, deve ser igualmente estendida aos agentes públicos, pois se é inexorável que o Estado ao desenvolver suas atividades cometa danos, por certo a maioria deles são imputáveis aos agentes públicos que representam este mesmo Estado, impondo-se regime diferenciado de responsabilização pessoal que preserve o agente público do risco especial que lhe é imposto.

Nesse sentido, se a atividade administrativa é intrinsecamente perigosa não apenas para terceiros mas aos agentes que atuam em nome da Administração, um sistema de distribuição de riscos deve considerar o grau de culpa exigível do agente, para tanto impondo-se sua responsabilização apenas em casos mais graves e de tolerabilidade ao erro, eis que submetido a nível de risco decorrente do próprio exercício de suas funções.

A limitação da responsabilização dos agentes quando causem danos a terceiros ou diretamente a Administração não significa limitação da responsabilização estatal perante terceiros. Nesta hipótese, os danos por eles sofridos deverão ser ressarcidos pelo risco da atividade (presentes os demais pressupostos da responsabilização objetiva), o que não significa consequente responsabilização dos agentes públicos que causaram o dano.

Acerca do tema da tolerabilidade ao erro, relevantes as reflexões de Pedro de Hollanda Dionísio, que procura traçar parâmetros objetivos para que os erros dos administradores sejam tolerados. Para tanto, o autor apresenta quatro parâmetros operacionais para se aferir a escusabilidade do erro (DIONISIO, 2019).

O primeiro, i) a diligência: “Quanto mais intenso for o nível de diligência do gestor na instrução de seu processo decisório, maior será o espaço de tolerância ao cometimento de erros.” A diligência está ainda atrelada a outros elementos, tal qual a *urgência da decisão*; a *relevância da decisão*; e, por fim, as *circunstâncias fáticas relativas a obtenção das informações relevantes* (DIONISIO, 2019. p. 130-144).

O segundo parâmetro para aferibilidade do erro escusável, diz respeito às ii) exigências do cargo ocupado: “O *standard* que se propõe obedece à seguinte lógica: quanto menos próximo for o equívoco cometido pelo gestor das funções e conhecimentos exigidos pelo cargo ocupado, maior será o espaço de tolerância jurídica.” (DIONISIO, 2019, p. 144).

O terceiro parâmetro, iii) o grau de incerteza fática ou jurídica envolvida na decisão: “Quanto maior o nível de incerteza, maior também deve ser o espaço de tolerância ao cometimento de equívocos por parte do gestor.” (DIONISIO, 2019, p. 148).

O quarto parâmetro diz respeito ao iv) grau de aderência da decisão em relação as informações coletadas: “Quanto mais coerente for a decisão em relação às informações obtidas, maior também deverá ser o espaço de tolerância ao cometimento de equívocos.” (DIONISIO, 2019, p. 151).

Além dos critérios acima indicados, por certo existem outros que podem levar a tolerabilidade ao erro, a exemplo das dificuldades estruturais da Administração Pública para tomada de decisão, sejam relativas às condições materiais mínimas para os agentes públicos desempenharem suas funções (a exemplo de instalações físicas e equipamentos adequados) e de corpo de servidores com formação capaz de auxiliar o gestor na atividade decisória.

Estes parâmetros podem servir de baliza para estabelecer o nível de tolerabilidade aos erros cometidos pelo administrador público, devendo integrar a motivação das decisões exaradas pelos órgãos de controle, apresentando critérios objetivos a justificar a responsabilização do gestor em determinado caso concreto.

Em seguida, vamos analisar o conceito de *erro grosseiro* trazido no art. 28 da LINDB, como forma qualificada de erro para fins de responsabilização dos agentes públicos.

5.2.6 A conceituação de erro grosseiro e suas correlações com a culpa grave nos termos do art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB

Uma vez admitida — nos termos do art. 28 da LINDB — a possibilidade de restrição infraconstitucional da reponsabilidade pessoal do agente por opiniões técnicas ou atividade decisória, tal restrição ficou adstrita aos casos de *dolo* ou *erro grosseiro*. Referido dispositivo deveria ter se referido à *culpa grave*, em vez de *erro grosseiro*. De toda sorte, o Supremo Tribunal Federal já utilizou-se da expressão *erro grosseiro* quando da responsabilização de advogado parecerista, conforme já tratado.

O Acórdão nº 2.391/2018 do Tribunal de Contas da União - TCU procurou estabelecer alguns parâmetros para que se possa identificar a ocorrência de *erro grosseiro* para fins de aplicação do art. 28 da Lei 13.655/2018. Para tanto, alude ao Capítulo IV do Código Civil que trata “Dos Defeitos do Negócio Jurídico”. O art. 138 do Código Civil estabelece o seguinte:

Art. 138. São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio.

A partir deste dispositivo o Acórdão nº 2.391/2018 do TCU aduz que:

83. Tomando como base esse parâmetro, o erro leve é o que somente seria percebido e, portanto, evitado por pessoa de diligência extraordinária, isto é, com grau de atenção acima do normal, consideradas as circunstâncias do negócio. O erro grosseiro, por sua vez, é o que poderia ser percebido por pessoa com diligência abaixo do normal, ou seja, que seria evitado por pessoa com nível de atenção aquém do ordinário, consideradas as circunstâncias do negócio. Dito de outra forma, o erro grosseiro é o que decorreu de uma grave inobservância de um dever de cuidado, isto é, que foi praticado com culpa grave.

A despeito da impossibilidade de se transplantar plenamente as categorias de *erro substancial* para fins e anulação do negócio jurídico prevista no Código Civil, para a ideia de *erro grosseiro* previsto na Lei 13.655/2018, afinal, na primeira hipótese estamos diante de norma regrado a anulação de negócio jurídico e noutra para fins de responsabilização pessoal, o fato é que é inerente ao conceito de *erro grosseiro* que este não seja erro trivial; demandando grau de diligência abaixo do esperável de alguém em situação análoga; evidentemente desbordando para grave inobservância dos deveres de cuidado.

Doutra banda, é possível associar os conceitos de *erro grosseiro* à *culpa grave*. Afinal, a *culpa* não deixa de ser “um erro de conduta, cometido pelo agente que, procedendo contra direito, causa dano a outrem, sem a intenção de prejudicar, e sem a consciência de que seu comportamento poderia causa-lo.” (PEREIRA, 1994, p. 98). Tanto a *culpa* quanto o *erro* podem implicar em erro de conduta do agente, afetando direito ou bem jurídico de outrem.

Se o agente deveria observar fielmente o cumprimento da norma jurídica, e porventura deixa de fazê-lo quer por imperícia, negligência ou imprudência, terá incidido em *erro de conduta*, agindo culposamente.

O art. 12 do Decreto nº 9.830/2019 que regulamentou o artigo 28 da LINDB, veio a associar diretamente o erro grosseiro à culpa grave, fazendo ainda importantes ressalvas com o fito de proteger o gestor em sua atividade decisória.³⁴²

³⁴² A associação direta entre *erro grosseiro* e *culpa grave* restou assim regulamentada pelo artigo 12 e parágrafos do Decreto 9.830/2019:

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.

Na regulamentação procedida pelo Decreto 9.830/2019 no art. 12 e incisos, o *erro grosseiro* além de estar associado à *culpa grave*, é caracterizado por elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia (art. 12, §1º); igualmente tanto o dolo como o erro grosseiro demandam a comprovação, nos autos do processo, de circunstâncias fáticas que os caracterizem (art. 12, § 2º); Não basta o mero nexos causal, exige-se dolo ou erro grosseiro (art. 12, § 3º); A complexidade da matéria e o plexo de atribuições devem ser considerados para fins de responsabilização (art. 12, § 4º); a vultosidade do dano não é suficiente para caracterização do erro grosseiro ou dolo (art. 12, §5º); impossibilidade de automática responsabilização por opinião técnica, salvo erro grosseiro, dolo ou conluio (art. 12, § 6º); a culpa *in vigilando* também deve ser aferida com a concomitância de erro grosseiro ou dolo (art. 12, §7º); o agente deve atuar de modo diligente e eficiente (art. 12, §8º).

A associação do erro grosseiro à culpa grave leva a necessidade de adequada compreensão da culpa grave como categoria jurídica. *Culpa grave* é o cometimento de negligência, imperícia ou imprudência em níveis elevados, o que não a faz equivaler ao *dolo*, como o faz o velho brocardo: *culpa lata dolo aequiparatur*, pois há evidente contradição lógica entre comportar-se como se tivesse querido e realmente querer algo³⁴³ (PEREIRA, 1994, p.100).

Como assevera Pontes de Miranda, a *culpa grave* pode ser definida como: “a culpa crassa, magna, nímia, como se dizia, que tanto pode haver no ato positivo como no negativo, é a culpa ressaltante, a culpa que denuncia descaso, temeridade, falta de cuidados indispensáveis. Quem devia conhecer o alcance do seu ato positivo ou negativo incorre em culpa grave” (PONTES DE MIRANDA, 1958, p. 72).

Na esteira de Gustavo Binjenbojm e André Cyrino o erro grosseiro não afasta a incidência de culpa, pois dentro do conceito de erro grosseiro estão abrangidas a imprudência, negligência e imperícia, quando seja supina a gravidade (BINENBOJM; CYRINO, 2018, p.213).

Destacamos ainda que a culpa grave enquanto graduação máxima da culpa, não demanda análise do elemento anímico, psicológico, ou subjetividade do agente. Trata-se de culpa objetiva ou normativa, que para ser aferida depende de parâmetros abstratos exigíveis de

³⁴³ Sobre a distinção entre dolo e culpa grave relevantes as reflexões de Letícia Marquez de Avelar: “Não se está afirmando – note-se bem – que a culpa grave é *igual* ao dolo. Se fosse essa a assertiva, faria sentido o argumento daqueles que sustentam terem natureza distinta os institutos. O que se intenta demonstrar é que a gravidade da falta *autoriza a sua equiparação* como o dolo, pois certamente a ordem pública não pode tolerar a exoneração ou limitação de um dever de indenizar que tem origem em culpa que, de tão grave, avizinha-se ao dolo.” (AVELAR, 2011, p. 201).

qualquer pessoa que estivesse em iguais condições. Isto não implica nossa aceitação do conceito de *homem médio*, típico do século XIX ou mesmo de um *administrador médio*. Trata-se de imaginar como alguém agiria se fosse colocado, hipoteticamente, nas mesmas condições do agente. Deve-se verificar o homem e suas circunstâncias.

Diante destas considerações, é lícito concluirmos que nosso ordenamento jurídico ao consagrar limitações de responsabilidade pessoal a exemplo de magistrados, promotores, ministros ou conselheiros dos tribunais de contas, também possa restringir a responsabilização pessoal dos agentes que exerçam típica função administrativa, nos termos do art. 28 da Lei 13.655/2018, que limita a responsabilidade pessoal do agente nas hipóteses de dolo ou erro grosseiro para quem exerça atividade decisória ou emane opinião técnica.

Todavia, algumas dificuldades se impõem no tocante à admissão pelos órgãos de controle da restrição prevista no art. 28 da LINDB.

A primeira é que art. 28 da LINDB é muito recente e necessitamos de tempo para seja adequadamente decantado pela doutrina e jurisprudência como parâmetro de controle dos agentes públicos. A tendência dos órgãos de controle é aplicar hermenêutica *old fashion way*, onde se procura responsabilizar amplamente os agentes públicos que tomam decisões em típica função administrativa, mesmo que sem existência de dolo ou erro grosseiro, mas mera culpa.

A segunda razão é mais complexa. Trata-se da constatação de que no *plano das mentalidades*³⁴⁴ os agentes administrativos são tratados pelo órgão de controle externo como algo diferente e mesmo subalternos às altas carreiras de estado, especialmente em cotejo com outros agentes, a exemplo dos magistrados, Ministros do TCU, conselheiros dos tribunais de contas ou integrantes do Ministério Público, por vezes fazendo-se desinibida e preconceituosa distinção.

Enquanto não existir adequada compreensão que não há qualquer distinção para fins de responsabilização decisória entre os que exerçam típica função administrativa, função jurisdicional ou função de controle (outra distinção que o art. 37 § 6º da CR igualmente não faz), prosseguirá o tratamento normativo desigual para fins de responsabilidade pessoal entre magistrados, ministros do TCU, conselheiros dos tribunais de contas e promotores, face os demais agentes administrativos sujeitos ao seu controle.

Tal postura reflete déficit de alteridade e deferência dos órgãos de controle aos demais agentes públicos que igualmente necessitam de independência na interpretação e aplicação das

³⁴⁴ Aqui utilizamos a expressão *plano das mentalidades* como referência historiográfica à Escola dos *Annales*, especialmente Lucien Febvre, com significativa repercussão no Brasil. O termo *mentalidade* é utilizado para designar estruturas duradouras de pensamento, de modo que mudanças de comportamento demoram para ocorrer, a despeito das alterações políticas ou sociais mais imediatas.

mais diversas normas no cotidiano da Administração, a se estabelecer parâmetros muito diversos de responsabilização, ignorando-se inclusive a novel limitação de responsabilidade pessoal do gestor prevista no art. 22 c/c 28 da LINDB.

A terceira dificuldade é que a culpa grave carece de elementos objetivos para ser caracterizada. O dolo, enquanto elemento anímico, não gera tantas controvérsias e sua demonstração demanda provas robustas. Já a culpa grave, especialmente em sua concepção objetiva, pode ensejar maior subjetividade do intérprete em identificá-la. É necessário aferir o grau de diligência do agente na situação concreta em que tomou sua decisão, devendo a autoridade controladora demonstrar — no plano argumentativo — que efetivamente o agente público incorreu em nível de culpabilidade grave, para tanto explicitando na atividade de controle os elementos fáticos e jurídicos levam a constatação de culpa grave.

Enquanto não resolvermos — especialmente no plano das mentalidades — a necessidade de respeito e deferência das instâncias controladoras aos administradores públicos (o que é mui diferente de imunidade ao controle), será difícil que as inovações da Lei 13.655/2018 sejam adequadamente absorvidas. Pior. Corremos o sério risco que sob o pretexto de se aplicar a limitação de responsabilidade contida no art. 28 da LINDB apenas nas hipóteses de dolo ou erro grosseiro, que elevemos o nível de decisionismo dos responsáveis pelo controle externo sobre os agentes administrativos, pois doravante todas as condutas passarão a ser “dolo” ou “erro grosseiro”, de modo a prosseguir na velha “interpretação retrospectiva”³⁴⁵ de cariz tipicamente punitivista, a despeito das inovações normativas.

A seguir, passaremos a tratar de outro tema que pode oferecer certo grau de blindagem decisória ao gestor público. Trata-se da gestão de riscos como ferramenta para estabelecer parâmetros que permitam incrementar a qualidade e prioridades a serem adotadas nos processos decisórios.

5.3 GESTÃO DE RISCOS NA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA: PARÂMETROS NORMATIVOS E TÉCNICAS PARA TRATAMENTO DOS RISCOS A QUE ESTÃO SUBMETIDOS OS AGENTES PÚBLICOS

Após enfrentarmos o tema da limitação legal à responsabilização dos agentes públicos através da Lei 13.655/2018, faz-se necessário enveredar por outros modos de evitar-se a responsabilização do agente público. Trataremos da gestão de riscos no âmbito da

³⁴⁵ A expressão “interpretação retrospectiva” é tributária a Barbosa Moreira.

Administração Pública como instrumento indispensável para evitar-se a ocorrência de impactos negativos decorrentes da atividade administrativa, protegendo, por consequência a responsabilização do gestor pelos riscos da tomada de decisão.³⁴⁶

No Direito Administrativo o conceito de risco para além de seus domínios mais tradicionais no âmbito da responsabilidade civil da Administração Pública³⁴⁷, tem sido mais recentemente estudado na chamada *gestão de risco*³⁴⁸, que envolve aspectos mais amplos no gerenciamento dos riscos de uma organização, a exemplo da elaboração de *matriz de risco*³⁴⁹, cuja finalidade é a distribuição de responsabilidades na execução dos contratos administrativos, especialmente na alocação ótima de riscos contratuais, devendo os riscos serem assumidos pela

³⁴⁶ Sabrina Nunes Iocken destaca a importância dos *insights* no processo de tomada de decisão: “Cada novo ator inserido na tomada de decisão introduz novos problemas e soluções, influenciando no resultado desse processo. E a partir da compreensão dessa sistemática, pode-se lançar o olhar para o agente identificando a forma como ele define política em termos de problemas e soluções, política de adoção, implementação e avaliação. Ressalta-se que esta abordagem direcionada a um ator central ajuda a compreender melhor não só a complexidade deste momento de tomada de decisão, como também proporciona novos *insights* sobre os padrões de interação usados nessa fase. Tal perspectiva põe em evidência a multiplicidade que envolve uma tomada de decisão. Diversas arenas políticas, momentos distintos e diversos autores contribuem para a *construção* de uma decisão.” (IOCKEN, 2018, p. 141).

³⁴⁷ A responsabilização pela atividade de risco da Administração impõe grandes desafios aos juristas na atualidade, sendo pertinentes as considerações de Carla Amado Gomes: “Em face da enorme incerteza gerada pela complexidade técnico-científica que envolve vastos domínios de actuação administrativa; da escassez de recursos para reparar danos actuais, quanto mais eventuais; e da dificuldade de determinar o quantum “indemnizatório” num cenário de dano puramente eventual, mantemo-nos fiéis à visão clássica: não há responsabilidade civil sem dano. Porém, como enquadrar uma acção de efectivação de responsabilidade em face de uma decisão autorizativa de gestão do risco que viabilizou o exercício de uma actividade que vem a gerar danos? Pela nossa parte, das duas, uma: Ou se prova défice de ponderação de circunstâncias de risco, ou implausibilidade manifesta da solução escolhida para suportar as medidas preventivas seleccionadas; Ou não se consegue provar que, em face dos melhores conhecimentos disponíveis no momento da concessão da autorização, a Administração tenha descuidado aspectos essenciais da avaliação e gestão do risco, nem se demonstra que as medidas impostas ao operador tenham sido baseadas em teorias implausíveis.” (GOMES, 2015, p.232-233).

³⁴⁸ O conceito de gestão de risco pode ser bem compreendido na definição de Rodrigo Fontenelle de Miranda: “Gestão de riscos é a identificação, avaliação e priorização de riscos, seguida de uma aplicação coordenada e económica de recursos para minimizar, monitorar e controlar a probabilidade e o impacto de efeitos negativos, ou maximizar o aproveitamento de oportunidades. O objetivo da gestão de riscos é promover meios para que as incertezas não desviem os esforços da organização de seus objetivos” (MIRANDA, 2017, p. 38). Referido conceito também serviu-se do *Roteiro de Auditoria de Gestão de Riscos* organizado pelo Tribunal de Contas da União. (TCU, 2017, a).

³⁴⁹ Sobre a gestão de riscos fazemos menção aos estudos de Rodrigo Pironti Aguirre de Castro (CASTRO; GONÇALVES, 2018) e ainda Marco Aurélio Borges de Paula e Rodrigo Pironti Aguirre de Castro (PAULA; CASTRO, 2018). Acerca do tema da matriz de risco nos contratos administrativos, especialmente nos de concessão de obras públicas, fazemos alusão ao texto de Pedro Melo que assim resume seu ponto central: “... o *punctum crucis* das negociações que, regra geral, precedem a celebração de um contrato de concessão de obras públicas, radica na distribuição do risco entre as partes. É exactamente por essa razão, aliás, que um dos primeiros aspectos a determinar pelos potenciais concessionários é a designada “matriz de risco” do contrato a celebrar. Com efeito, é justamente com base nessa “matriz de risco” que aqueles ficam habilitados com o quadro global dos riscos que assumirão perante a Administração concedente e, por conseguinte, poderão gizar, a partir daí, embora numa primeira fase de modo embrionário, a equação económico-financeira subjacente ao contrato de concessão que pretendem que lhes seja adjudicado. É certo que a problemática da distribuição do risco é conatural a todos os contratos, independentemente da sua natureza pública ou privada; mas o assunto ganha especial acuidade, compreensivelmente, em contratos que se caracterizam por uma desigualdade estrutural entre as partes e tendem a ser de longo prazo ou de eficácia duradoura, como é o caso, por norma, dos contratos de concessão.” (MELO, 2011, p. 15).

parte que melhor pode geri-los (*critério funcional*), onde os riscos relativos a impactos ambientais e das desapropriações para viabilização dos respectivos contratos de concessão devem ficar a cargo do Poder Concedente e já riscos relativos a projetos, construção e exploração de infraestrutura e financiamento devem ficar a cargo do Concessionário (MELO, 2011, p. 178-181).

O processo de gestão de risco implica na definição de políticas, estratégias, procedimentos e práticas de gestão visando identificar, analisar, avaliar, tratar e monitorar os riscos (ISO 31000). Na esteira de Rodrigo Miranda, “a gestão de riscos preserva e agrega valor à organização, contribuindo fundamentalmente para a realização de suas metas de desempenho, objetivos e cumprimento de sua missão, representando mais do que um mero conjunto de procedimentos e políticas de controle.” (MIRANDA, 2017, p. 28).

A introdução da gestão de risco na Administração Pública certamente pode ser importante ferramenta com a finalidade de se evitar a responsabilização pessoal do gestor. Afinal, riscos bem identificados e tratados evitam não apenas problemas para a Administração Pública, mas ao próprio administrador na medida que o preserva de eventual discussão quando à sua responsabilidade.

Tal tarefa exige mudança cultural na Administração Pública (NOHARA, 2018), afinal, gerir riscos não é necessariamente agregar trabalho adicional, devendo ser adotadas nos processos da organização e com isso poupando muito trabalho adicional no sentido de tratar riscos que já causaram impactos.³⁵⁰

O estado contemporâneo está cercado de demandas sociais e a consecução destas finalidades levou ao crescimento de burocracias, bem como o dever de regular os mais diversos riscos: ambientais, sociais, segurança, financeiros, medicamentos, alimentares, controle de epidemias etc. A gestão de riscos no âmbito da Administração Pública adquire grande relevância e o contributo do Direito Administrativo é fundamental para análise de informações estratégicas, bem como o atingimento dos objetivos organizacionais.³⁵¹

³⁵⁰ Irene Nohara assim resume a importância do aspecto cultural na implementação da gestão de riscos: “Para que a gestão de riscos saia dos textos normativo e passe a ser realidade nas administrações públicas, é necessário que haja a adaptação da cultura organizacional às novas diretrizes de governança pública.” (NOHARA, 2018, p. 337).

³⁵¹ Como destaca José Figueiredo Faria: “A gestão do risco da função em apreço exige uma estratégia e a definição anual de objetivos das diferentes “áreas de negócio” das autarquias locais, determinando o apetite ao risco, estabelecendo uma cultura e valores, desenvolvendo políticas e procedimentos internos de controlo, monitorização e avaliação do risco. Exigirá a implementação de sistemas de medição e avaliação de risco como instrumentos de análise de dados e de informações estratégicas de suporte às decisões do todo organizacional. Tal surge, normalmente, como uma sequência natural do processo de planeamento estratégico e da gestão por objetivos, tendo como finalidade alimentar este processo através da recolha de dados e construção de indicadores de desempenho do risco organizacional. É pela análise dos resultados obtidos, medidos pelos indicadores de desempenho do risco, que as organizações buscam o alinhamento dos objetivos estratégicos com os objetivos individuais e com a execução prática das suas atividades. Denota-se, empiricamente, por parte de algumas

Nesse sentido, tarefas como prevenção de riscos públicos como: segurança alimentar; controle de epidemias; segurança da aviação civil; incêndios; controle da poluição ambiental; segurança do trabalho; segurança pública; entre tantas outras espécies de riscos enquadram-se como riscos próprios da atividade administrativa.

Acerca da gestão de riscos nas organizações, mas tendo por parâmetro a gestão de riscos de segurança (e.g. ameaças terroristas), pertinentes as considerações de José Emanuel de Matos Torres, que apesar de focar os riscos em matéria de segurança, podem ser utilizadas para a verificação de outros tipos de risco na Administração Pública, elencando o autor as seguintes fases para gestão de riscos: i) a identificação e valoração dos ativos críticos que necessitam de proteção; ii) avaliação das ameaças; iii) identificação e avaliação das vulnerabilidades; iv) avaliação dos riscos; v) incorporação do risco na decisão: definição de contramedida para lidar com o risco. (TORRES, 2015, p. 24-107).

A estratégia de gestão de risco pode compreender diversas atitudes, a saber: i) *assunção do risco*, de modo a aceitar o risco potencial e implementar medidas discretas para mitigá-lo; ii) *eliminação do risco*, que como modo antagônico ao primeiro tendem a reduzir o risco para o mínimo possível; iii) *limitação do risco*, que consiste na adoção de medidas que não o elimina, mas o reduz a níveis toleráveis; iv) *transferência do risco*, que implica na transferência do risco para outras partes. (TORRES, 2015, p. 72).

Por certo que a adoção de certas medidas estará também adstrita a questões relativas ao custo/benefício, exigindo escolha racional do gestor, e modo que a adoção de contramedidas não deve ser superior aos ganhos (TORRES, 2015, p. 80), além de naturais questões de ordem política que impõem a atenção a certos temas que são politicamente mais relevantes e que por chamarem mais a atenção da mídia acabam por impor certa prioridade.³⁵²

autarquias locais, uma falta de interiorização e de preparação para a cultura da gestão e mais propriamente para a governação de riscos, mas em particular uma falta de atenção/visão dos responsáveis da gestão para assumirem estes novos sistemas, não como meros instrumentos de cumprimento de formalismos burocratizantes, que urge contornar encontrando para o efeito soluções criativas, mas antes como ferramentas de estratégia, de apoio à gestão e de medição dos resultados do próprio organismo.” (FARIA, 2015, p. 104).

³⁵² A lógica do custo/benefício deve guiar a tomada de decisão, inequivocamente questões da racionalidade política onde por vezes pode haver predominância sobre a decisão racional, não é fator que possa ser olvidado, como bem destaca José Emanuel de Matos Torres: “Já vimos que a arquitetura da gestão de riscos assenta num processo metódico, racional, apenas «temperado» por uma maior ou menor subjetividade, que entronca nas características individuais do analista e/ou decisor. É por isso que especialmente nas etapas posteriores do processo - a decisão quanto às contramedidas de segurança mais eficazes e eficientes - se deve obediência à lógica ponderativa do custo/benefício. É evidente que mais uma vez estamos a falar da dimensão objetiva da gestão de riscos. A atitude que o decisor tem para com os riscos em geral ou o valor que o ativo em perigo tem para ele são também elementos a considerar e a respeitar do ponto de vista técnico, como vimos. Se a probabilidade de ocorrer uma eventualidade hostil para a esfera particular de alguém for de 20%, o que provocaria um prejuízo de 20.000 euros no seu património, matematicamente nunca deveria assumir contramedidas de mitigação desse risco superiores a 4.000 euros (0,20x20.000€). Mas o seu perfil de risco (maior ou menor aversão ao mesmo), a utilidade económica que dá ao ativo em perigo ou simplesmente a intuição pode levá-lo a suportar um custo superior. Essa situação é

A adoção de contramedidas dos riscos tendo em conta a temática da segurança pública e ameaças terroristas não guarda nenhuma dramaticidade se tomarmos o *risco de responsabilização* a que está sujeito o agente público. Por vezes estão em jogo questões que implicam tanto na perda do cargo, condenações patrimoniais de monta, perdas de reputação ou mesmo privação da liberdade, não sendo crível se possa imaginar que o gestor possa decidir qualquer coisa sem levar em conta estes riscos.

5.3.1 Regramento normativo da gestão de riscos

A alocação de riscos nos contratos administrativos teve início com a Lei 11.079/2004 (Lei das Parcerias Público-Privadas), ao exigir no seu art. 4º, VI a *repartição objetiva dos riscos entre as partes*, bem como a exigência no art. 5º, III que prevê como cláusula obrigatórias nos contratos de PPP a *repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária*.

No plano dos diplomas normativos aplicáveis ao setor público no tocante a gestão de riscos, destacamos a Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais); a Instrução Normativa Conjunta IN nº 01, do Ministério do Planejamento e da Controladoria Geral da União, a Instrução Normativa nº 05 do Ministério do Planejamento.

Começamos pela Lei 13.303/2016. Foi na Lei das Estatais que a temática da gestão de riscos ganhou destaque, exigindo-se nesse diploma como cláusula necessária nos contratos regrados pela 13.303/2016 a *matriz de riscos* no seu art. 69³⁵³ bem como definindo conceitos de alocação de riscos em seu art. 42, X³⁵⁴, de maneira que o ordenamento positivo brasileiro

frequente na área da segurança pública, em especial em situações de maior sensibilidade, onde a racionalidade política tem tendência a sobrepor-se à técnica. Aliás, recorde-se, se não fosse assim, ninguém subscreveria qualquer seguro!” (TORRES, 2015, p. 100).

³⁵³ Art. 69. São cláusulas necessárias nos contratos disciplinados por esta Lei:

(...)

X - matriz de riscos.

³⁵⁴ Art. 42. Na licitação e na contratação de obras e serviços por empresas públicas e sociedades de economia mista, serão observadas as seguintes definições:

X - matriz de riscos: cláusula contratual definidora de riscos e responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação, contendo, no mínimo, as seguintes informações:

- a) listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato, impactantes no equilíbrio econômico-financeiro da avença, e previsão de eventual necessidade de prolação de termo aditivo quando de sua ocorrência;
- b) estabelecimento preciso das frações do objeto em que haverá liberdade das contratadas para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas, em obrigações de resultado, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico da licitação;
- c) estabelecimento preciso das frações do objeto em que não haverá liberdade das contratadas para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas, em obrigações de meio, devendo haver obrigação de identidade entre a execução e a solução pré-definida no anteprojeto ou no projeto básico da licitação.

inovou consideravelmente na alocação e riscos contratuais, seu planejamento e forma mais eficiente de fazê-lo, trazendo assim maior segurança jurídica na execução do contrato.

A Lei 13.303/2016 faz ainda diversas menções à gestão de riscos nas empresas estatais já logo no art. 6º³⁵⁵, ao exigir práticas de gestão de risco, o que transcende a imposição normativa da obrigatoriedade da matriz de riscos, mas demanda efetivo planejamento decisório e avaliação de risco (*risk assessment*) nas organizações.³⁵⁶

Igualmente o art. 9º³⁵⁷ da Lei das Estatais prevê que a empresa pública e a sociedade de economia mista adotarão uma série de regras e práticas de gestão de risco, inclusive alocando estrategicamente a área responsável pela gestão de riscos diretamente ao diretor-presidente, assegurando-se atuação independente. Tais regras denotam que a gestão de riscos passa a ser elemento integrante da cultura das organizações, notadamente das empresas estatais.

A tendência descortinada na Lei das Estatais visando a gestão de riscos certamente será cada vez mais incorporada à Administração Pública direta, exigindo-se da União, estados e municípios através de leis próprias. Certamente veremos exponencial crescimento da temática, sendo uma tendência do controle nos próximos anos, inclusive com a exigências dos tribunais de contas na implementação de políticas e práticas de gestão de risco para toda Administração, especialmente quando forem editados os respectivos diplomas normativos.

Outra importante iniciativa foi Instrução Normativa Conjunta MP/CGU nº 01/2016, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e da Controladoria Geral da União, que adotou medidas para sistematizar práticas relacionadas à gestão de riscos, controles internos e governança.

³⁵⁵ Art. 6º O estatuto da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias deverá observar regras de governança corporativa, de transparência e de estruturas, práticas de gestão de riscos e de controle interno, composição da administração e, havendo acionistas, mecanismos para sua proteção, todos constantes desta Lei.

³⁵⁶ Acerca da distinção entre matriz de risco e gestão de risco fazemos referência a Rodrigo Castro e Francine Gonçalves: “De início, importante esclarecer que a Lei das Estatais prevê expressamente um processo de gestão de riscos estruturado (política de gestão de riscos) e não apenas a necessidade do estabelecimento de uma matriz de riscos como cláusula contratual. Essa afirmação é fundamental para, desde já, fixarmos a abrangência da nova lei ao prever a temática de *risk assessment*, uma vez que no novo contexto de governança corporativa não se admitirá que a gestão institucional esteja desconectada da análise de riscos, ao contrário, dela deverá se servir para tomada de decisões.” (CASTRO; GONÇALVES, 2018, p. 75-76).

³⁵⁷ Art. 9º A empresa pública e a sociedade de economia mista adotarão regras de estruturas e práticas de gestão de riscos e controle interno que abranjam:

I - ação dos administradores e empregados, por meio da implementação cotidiana de práticas de controle interno;
II - área responsável pela verificação de cumprimento de obrigações e de gestão de riscos;
III - auditoria interna e Comitê de Auditoria Estatutário.

(...)

§ 2º A área responsável pela verificação de cumprimento de obrigações e de gestão de riscos deverá ser vinculada ao diretor-presidente e liderada por diretor estatutário, devendo o estatuto social prever as atribuições da área, bem como estabelecer mecanismos que assegurem atuação independente.

Para tanto, destacamos o art. 2º, IV da IN nº 01/2016 que assim definiu o gerenciamento de riscos: “Art. 2º (...) VII – gerenciamento de riscos: processo para identificar, avaliar, administrar e controlar potenciais eventos ou situações, para fornecer razoável certeza quanto ao alcance dos objetivos da organização;”.

A IN nº 01/2016 ainda definiu risco em seu inciso XIII, a saber: “Art. 2º (...) XIII – risco: possibilidade de ocorrência de um evento que venha a ter impacto no cumprimento dos objetivos. O risco é medido em termos de impacto e de probabilidade;”

O art. 8º, VII³⁵⁸ da IN nº 01/2016 trata do desenho e implementação de “mapeamento de vulnerabilidades”. Seu art. 11, II³⁵⁹ do conceito de avaliação de riscos; o art. 13³⁶⁰, no sentido de estabelecer a implementação, manutenção, monitoramento e revisão do processo de riscos; art. 14³⁶¹, seus princípios; art. 15³⁶², os objetivos da gestão de riscos; art. 16³⁶³ a estrutura do

³⁵⁸ Art. 8º Os controles internos da gestão do órgão ou entidade devem ser desenhados e implementados em consonância com os seguintes princípios: (...) VII – mapeamento das vulnerabilidades que impactam os objetivos, de forma que sejam adequadamente identificados os riscos a serem geridos;

³⁵⁹ II – avaliação de risco: é o processo permanente de identificação e análise dos riscos relevantes que impactam o alcance dos objetivos da organização e determina a resposta apropriada ao risco. Envolve identificação, avaliação e resposta aos riscos, devendo ser um processo permanente;

³⁶⁰ Art. 13. Os órgãos e entidades do Poder Executivo federal deverão implementar, manter, monitorar e revisar o processo de gestão de riscos, compatível com sua missão e seus objetivos estratégicos, observadas as diretrizes estabelecidas nesta Instrução Normativa.

³⁶¹ Art. 14. A gestão de riscos do órgão ou entidade observará os seguintes princípios: I – gestão de riscos de forma sistemática, estruturada e oportuna, subordinada ao interesse público; II – estabelecimento de níveis de exposição a riscos adequados; III – estabelecimento de procedimentos de controle interno proporcionais ao risco, observada a relação custo-benefício, e destinados a agregar valor à organização; IV – utilização do mapeamento de riscos para apoio à tomada de decisão e à elaboração do planejamento estratégico; e V – utilização da gestão de riscos para apoio à melhoria contínua dos processos organizacionais.

³⁶² Art. 15. São objetivos da gestão de riscos: I – assegurar que os responsáveis pela tomada de decisão, em todos os níveis do órgão ou entidade, tenham acesso tempestivo a informações suficientes quanto aos riscos aos quais está exposta a organização, inclusive para determinar questões relativas à delegação, se for o caso; II – aumentar a probabilidade de alcance dos objetivos da organização, reduzindo os riscos a níveis aceitáveis; e III – agregar valor à organização por meio da melhoria dos processos de tomada de decisão e do tratamento adequado dos riscos e dos impactos negativos decorrentes de sua materialização.

³⁶³ Art. 16. Na implementação e atualização do modelo de gestão de riscos, a alta administração, bem como seus servidores ou funcionários, deverá observar os seguintes componentes da estrutura de gestão de riscos: I – ambiente interno: inclui, entre outros elementos, integridade, valores éticos e competência das pessoas, maneira pela qual a gestão delega autoridade e responsabilidades, estrutura de governança organizacional e políticas e práticas de recursos humanos. O ambiente interno é a base para todos os outros componentes da estrutura de gestão de riscos, provendo disciplina e prontidão para a gestão de riscos; II – fixação de objetivos: todos os níveis da organização (departamentos, divisões, processos e atividades) devem ter objetivos fixados e comunicados. A explicitação de objetivos, alinhados à missão e à visão da organização, é necessária para permitir a identificação de eventos que potencialmente impeçam sua consecução; III – identificação de eventos: devem ser identificados e relacionados os riscos inerentes à própria atividade da organização, em seus diversos níveis; IV – avaliação de riscos: os eventos devem ser avaliados sob a perspectiva de probabilidade e impacto de sua ocorrência. A avaliação de riscos deve ser feita por meio de análises qualitativas, quantitativas ou da combinação de ambas. Os riscos devem ser avaliados quando à sua condição de inerentes e residuais; V – resposta a riscos: o órgão/entidade deve identificar qual estratégia seguir (evitar, transferir, aceitar ou tratar) em relação aos riscos mapeados e avaliados. A escolha da estratégia dependerá do nível de exposição a riscos previamente estabelecido pela organização em confronto com a avaliação que se fez do risco; VI – atividades de controles internos: são as políticas e os procedimentos estabelecidos e executados para mitigar os riscos que a organização tenha optado por tratar. Também denominadas de procedimentos de controle, devem estar distribuídas por toda a organização, em todos os níveis e em todas as funções. Incluem uma gama de controles internos da gestão preventivos e detectivos, bem como a preparação

modelo de gestão de riscos; art. 17³⁶⁴, a política de gestão de riscos; art. 18³⁶⁵, a identificação dos tipos de riscos; art. 19³⁶⁶, a responsabilidade do gestor de riscos e art. 20³⁶⁷ que trata da identificação e associação dos riscos a certos agentes responsáveis por seu gerenciamento.

A IN nº 01/2016 procurou sistematizar importantes aspectos da gestão de riscos, incorporando do *Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission* – COSO, diversos de seus aspectos visando traduzir de modo objetivo a implementação da gestão de riscos no âmbito da Administração Pública Federal.

Outro importante parâmetro foi a edição da IN nº 05/2017 do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Referida Instrução Normativa reservou na Seção III

prévia de planos de contingência e resposta à materialização dos riscos; VII – informação e comunicação: informações relevantes devem ser identificadas, coletadas e comunicadas, a tempo de permitir que as pessoas cumpram suas responsabilidades, não apenas com dados produzidos internamente, mas, também, com informações sobre eventos, atividades e condições externas, que possibilitem o gerenciamento de riscos e a tomada de decisão. A comunicação das informações produzidas deve atingir todos os níveis, por meio de canais claros e abertos que permitam que a informação flua em todos os sentidos; e VIII – monitoramento: tem como objetivo avaliar a qualidade da gestão de riscos e dos controles internos da gestão, por meio de atividades gerenciais contínuas e/ou avaliações independentes, buscando assegurar que estes funcionem como previsto e que sejam modificados apropriadamente, de acordo com mudanças nas condições que alterem o nível de exposição a riscos. Parágrafo Único. Os gestores são os responsáveis pela avaliação dos riscos no âmbito das unidades, processos e atividades que lhes são afetos. A alta administração deve avaliar os riscos no âmbito da organização, desenvolvendo uma visão de riscos de forma consolidada.

³⁶⁴ Art. 17. A política de gestão de riscos, a ser instituída pelos órgãos e entidades do Poder Executivo federal em até doze meses a contar da publicação desta Instrução Normativa, deve especificar ao menos: I – princípios e objetivos organizacionais; II – diretrizes sobre: a) como a gestão de riscos será integrada ao planejamento estratégico, aos processos e às políticas da organização; b) como e com qual periodicidade serão identificados, avaliados, tratados e monitorados os riscos; c) como será medido o desempenho da gestão de riscos; d) como serão integradas as instâncias do órgão ou entidade responsáveis pela gestão de riscos; e) a utilização de metodologia e ferramentas para o apoio à gestão de riscos; e f) o desenvolvimento contínuo dos agentes públicos em gestão de riscos; e III – competências e responsabilidades para a efetivação da gestão de riscos no âmbito do órgão ou entidade.

³⁶⁵ Art. 18. Os órgãos e entidades, ao efetuarem o mapeamento e avaliação dos riscos, deverão considerar, entre outras possíveis, as seguintes tipologias de riscos: a) riscos operacionais: eventos que podem comprometer as atividades do órgão ou entidade, normalmente associados a falhas, deficiência ou inadequação de processos internos, pessoas, infraestrutura e sistemas; b) riscos de imagem/reputação do órgão: eventos que podem comprometer a confiança da sociedade (ou de parceiros, de clientes ou de fornecedores) em relação à capacidade do órgão ou da entidade em cumprir sua missão institucional; c) riscos legais: eventos derivados de alterações legislativas ou normativas que podem comprometer as atividades do órgão ou entidade; e d) riscos financeiros/orçamentários: eventos que podem comprometer a capacidade do órgão ou entidade de contar com os recursos orçamentários e financeiros necessários à realização de suas atividades, ou eventos que possam comprometer a própria execução orçamentária, como atrasos no cronograma de licitações.

³⁶⁶ Art. 19. O dirigente máximo da organização é o principal responsável pelo estabelecimento da estratégia da organização e da estrutura de gerenciamento de riscos, incluindo o estabelecimento, a manutenção, o monitoramento e o aperfeiçoamento dos controles internos da gestão.

³⁶⁷ Art. 20. Cada risco mapeado e avaliado deve estar associado a um agente responsável formalmente identificado. § 1º O agente responsável pelo gerenciamento de determinado risco deve ser o gestor com alçada suficiente para orientar e acompanhar as ações de mapeamento, avaliação e mitigação do risco. § 2º São responsabilidades do gestor de risco: I – assegurar que o risco seja gerenciado de acordo com a política de gestão de riscos da organização; II – monitorar o risco ao longo do tempo, de modo a garantir que as respostas adotadas resultem na manutenção do risco em níveis adequados, de acordo com a política de gestão de riscos; e III – garantir que as informações adequadas sobre o risco estejam disponíveis em todos os níveis da organização.

aspectos do gerenciamento de riscos, destacando-se o art. 25³⁶⁸ que enumera as atividades da gestão de riscos, bem como o art. 26³⁶⁹ e do art. 27³⁷⁰ que determina que uma vez concluídas as etapas relativas ao gerenciamento de riscos, que sejam encaminhados aos setores competentes.

Além disso, a gestão de riscos foi prevista no Decreto 9.203/2017, que dispõe acerca da política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, notadamente no art. 2º, IV³⁷¹ e 17³⁷²

Com efeito, à luz dos diplomas normativos acima, podemos observar a exigência de gestão de riscos na Administração Pública brasileira, o que irá descortinar desafios e mudança

³⁶⁸ Art. 25. O Gerenciamento de Riscos é um processo que consiste nas seguintes atividades:

I - identificação dos principais riscos que possam comprometer a efetividade do Planejamento da Contratação, da Seleção do Fornecedor e da Gestão Contratual ou que impeçam o alcance dos resultados que atendam às necessidades da contratação;

II - avaliação dos riscos identificados, consistindo da mensuração da probabilidade de ocorrência e do impacto de cada risco;

III - tratamento dos riscos considerados inaceitáveis por meio da definição das ações para reduzir a probabilidade de ocorrência dos eventos ou suas consequências;

IV - para os riscos que persistirem inaceitáveis após o tratamento, definição das ações de contingência para o caso de os eventos correspondentes aos riscos se concretizarem; e

V - definição dos responsáveis pelas ações de tratamento dos riscos e das ações de contingência.

Parágrafo único. A responsabilidade pelo Gerenciamento de Riscos compete à equipe de Planejamento da Contratação devendo abranger as fases do procedimento da contratação previstas no art.19.

³⁶⁹ Art. 26. O Gerenciamento de Riscos materializa-se no documento Mapa de Riscos.

§ 1º O Mapa de Riscos deve ser atualizado e juntado aos autos do processo de contratação, pelo menos:

I - ao final da elaboração dos Estudos Preliminares;

II - ao final da elaboração do Termo de Referência ou Projeto Básico;

III - após a fase de Seleção do Fornecedor; e

IV - após eventos relevantes, durante a gestão do contrato pelos servidores responsáveis pela fiscalização.

§ 2º Para elaboração do Mapa de Riscos poderá ser observado o modelo constante do Anexo IV.

³⁷⁰ Art. 27. Concluídas as etapas relativas aos Estudos Preliminares e ao Gerenciamento de Riscos, os setores requisitantes deverão encaminhá-los, juntamente com o documento que formaliza a demanda, à autoridade competente do setor de licitações, que estabelecerão prazo máximo para o envio do Projeto Básico ou Termo de Referência, conforme alínea "c" do inciso I, do art. 21.

Parágrafo único. A Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão poderá estabelecer regras e procedimentos para elaboração do Plano Anual de Contratações do órgão ou entidade, que será registrado em sistema informatizado.

³⁷¹ IV - gestão de riscos - processo de natureza permanente, estabelecido, direcionado e monitorado pela alta administração, que contempla as atividades de identificar, avaliar e gerenciar potenciais eventos que possam afetar a organização, destinado a fornecer segurança razoável quanto à realização de seus objetivos.

³⁷² Art. 17. A alta administração das organizações da administração pública federal direta, autárquica e fundacional deverá estabelecer, manter, monitorar e aprimorar sistema de gestão de riscos e controles internos com vistas à identificação, à avaliação, ao tratamento, ao monitoramento e à análise crítica de riscos que possam impactar a implementação da estratégia e a consecução dos objetivos da organização no cumprimento da sua missão institucional, observados os seguintes princípios:

I - implementação e aplicação de forma sistemática, estruturada, oportuna e documentada, subordinada ao interesse público;

II - integração da gestão de riscos ao processo de planejamento estratégico e aos seus desdobramentos, às atividades, aos processos de trabalho e aos projetos em todos os níveis da organização, relevantes para a execução da estratégia e o alcance dos objetivos institucionais;

III - estabelecimento de controles internos proporcionais aos riscos, de maneira a considerar suas causas, fontes, consequências e impactos, observada a relação custo-benefício; e

IV - utilização dos resultados da gestão de riscos para apoio à melhoria contínua do desempenho e dos processos de gerenciamento de risco, controle e governança.

de cultura administrativa para incorporá-la nos processos decisórios, elevando o nível de planejamento e da própria gestão pública. Estas normas foram elaboradas considerando as metodologias de gestão de riscos.

5.3.2 Metodologias de gestão de riscos

5.3.2.1 Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission - COSO

Algumas estruturas de gerenciamento de riscos têm servido de parâmetro para sua implementação no Brasil. Um dos mais conhecidos é o COSO (*Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission*)³⁷³ que reúne organizações do setor privado, criado em 1985 com o fito de combater fraudes e aferir confiabilidade dos relatórios financeiros, além e desenvolver linhas a serem seguidas nas áreas do risco e governança organizacional, bem como redução de fraudes.

Os componentes do COSO para gerenciamento do risco compreendem diversos aspectos representados no chamado Cubo do COSO GRC ³⁷⁴, onde se visualiza graficamente o processo de gestão de riscos.

³⁷³ A história do COSO como entidade privada independente e seu papel no combate às fraudes nos relatórios financeiros pode ser verificada em seu site. Disponível em <<https://www.coso.org/Pages/aboutus.aspx>> Acesso em 21 de fevereiro de 2019.

³⁷⁴ COSO Gerenciamento de Riscos Corporativos - GRC Enterprise Risk Management - ERM – Matriz Tridimensional. Disponível em: <https://www.coso.org/Documents/COSO-ERM-Executive-Summary-Portuguese.pdf>. Acesso em: 4 ago. 2019.

Figura 1 - Cubo COSO-GRC:



Fonte: <https://www.coso.org/Documents/COSO-ERM-Executive-Summary-Portuguese.pdf>.

No âmbito do gerenciamento de riscos o cubo COSO destaca em sua face frontal: 1) Ambiente interno; 2) Fixação de Objetivos; 3) Identificação dos Eventos; 4) Avaliação de Riscos; 5) Resposta ao Risco; 6) Atividade de Controle; 7) Informações e Comunicações e 8) Monitoramento.

Já quanto às unidades da organização onde será realizada a gestão de risco, o cubo COSO em sua face lateral compreende: 1) Subsidiária; 2) Unidade de negócios; 3) Divisão; 4) Nível de organização.

Quanto aos objetivos da organização o cubo COSO em sua face superior compreende os seguintes: 1) Estratégico; 2) Operacional; 3) Comunicação; 4) Conformidade.

Para fins deste texto destacaremos a face frontal do Cubo COSO, que trata do gerenciamento de risco propriamente.

No 1) ambiente interno, está abrangida a cultura da organização e a percepção do risco por seus integrantes. Compreende a filosofia administrativa, o apetite para riscos³⁷⁵, a

³⁷⁵ Segundo a metodologia COSO: “O apetite a risco refere-se ao nível de riscos, que de forma ampla, uma organização dispõe-se a aceitar na busca de valor. O apetite a risco reflete na filosofia de gestão de riscos corporativos e, por sua vez, influencia a cultura e o estilo de operação. O apetite a risco é considerado no estabelecimento da estratégia, quando o retorno desejado de uma estratégia deve estar alinhado ao apetite a risco da organização. Diferentes estratégias expõem a organização a diferentes níveis de riscos, e o gerenciamento de

supervisão do conselho de administração, integridade, valores éticos e competência do pessoal da organização. (COSO, 2007, p. 27).

Na 2) fixação de objetivos o COSO CRC demanda que os níveis da organização fixem objetivos de modo prévio a própria identificação dos eventos, à avaliação e às respostas aos riscos. (COSO, 2007, p. 37).

Já na 3) identificação dos eventos se verificam potenciais eventos que poderão afetar o funcionamento da organização, constatando igualmente as oportunidades para o alcance dos objetivos organizacionais. (COSO, 2007, p. 45)

Para o modelo COSO risco é algo negativo³⁷⁶, mas se o risco traduzir-se em evento positivo, então estar-se-á diante de oportunidade³⁷⁷.

Na 4) avaliação de riscos é que efetivamente devem ser avaliadas a probabilidade e o impacto da ocorrência de certos riscos na realização de objetivos. Os riscos são analisados estabelecendo contextos e determinando-se a possibilidade (*likelihood*) para que um evento ocorra em termos qualitativos e probabilidade (*probability*) que indica a sua mensuração quantitativa, a exemplo de porcentagem. (COSO, 2007, p. 53-54)

A 5) resposta ao risco incluem evitar, reduzir, compartilhar ou aceitar riscos³⁷⁸. Faz-se correlação entre custos e benefícios para fins de melhor selecionar a resposta ao risco em cada caso. (COSO, p. 67-74).

A 6) atividade de controle são políticas e procedimentos para assegurar sejam executadas as respostas aos riscos como visto acima. A atividade de controle é igualmente responsável ao atingimento dos objetivos da organização (COSO, p. 67).

riscos corporativos aplicado à fixação da estratégia ajuda a administração a optar pela solução que seja consistente com o apetite a risco. As organizações consideram o apetite a risco de forma qualitativa, classificando-o em categorias como elevado, moderado ou baixo, ou adotam, ainda, uma abordagem quantitativa, que reflete e equilibra as metas de crescimento e retorno aos riscos". (COSO, 2007, p. 30).

³⁷⁶ Conforme a definição do COSO: "O risco é representado pela possibilidade de que um evento ocorrerá e afetará negativamente a realização dos objetivos". Disponível em: <https://www.coso.org/Documents/COSO-ERM-Executive-Summary-Portuguese.pdf>, Acesso em: 19 ago. 2019.

³⁷⁷ Para o COSO, a definição de oportunidade é: "Oportunidade é a possibilidade de que um evento ocorra e influencie favoravelmente a realização dos objetivos." Disponível em: <https://www.coso.org/Documents/COSO-ERM-Executive-Summary-Portuguese.pdf>, Acesso em: 19 ago. 2019.

³⁷⁸ Aqui vale trazer as definições do COSO acerca dos tipos de resposta aos riscos: "As respostas a riscos classificam-se nas seguintes categorias: Evitar – Descontinuação das atividades que geram os riscos. Evitar riscos pode implicar a descontinuação de uma linha de produtos, o declínio da expansão em um novo mercado geográfico ou a venda de uma divisão. Reduzir – São adotadas medidas para reduzir a probabilidade ou o impacto dos riscos, ou, até mesmo, ambos. Tipicamente, esse procedimento abrange qualquer uma das centenas de decisões do negócio no dia-a-dia. Compartilhar – Redução da probabilidade ou do impacto dos riscos pela transferência ou pelo compartilhamento de uma porção do risco. As técnicas comuns compreendem a aquisição de produtos de seguro, a realização de transações de *hedging* ou a terceirização de uma atividade. Aceitar – Nenhuma medida é adotada para afetar a probabilidade ou o grau de impacto dos riscos." (COSO, 2007, p. 61).

Após segue-se a etapa de 7) informações e comunicações cuja finalidade é permitir sejam cumpridas as responsabilidades relativas a informações e comunicações aferidas no processo de gerenciamento de riscos. Deve permear toda a organização e serem levadas a sério. Podem ser no âmbito interno ou externo da organização (COSO, p. 75-82).

Finalmente, segue-se o 8) monitoramento onde os riscos são monitorados e avaliando-se sua presença e funcionalmente ao longo do tempo. Respostas aos riscos que eram eficazes podem tornar-se inócuas, de modo que o monitoramento permite sejam feitos os ajustes gradativos. (COSO, p. 83)

5.3.2.2 ABNT NBR ISO 31000

Outra referência importante é a ISO 31000. A referida norma estabelece i) princípios e diretrizes para gestão de riscos; ii) termos e definições acerca do que seja risco, gestão de riscos, estrutura, política de gestão de riscos, proprietário do risco, processos de gestão de riscos, controle externo e interno, processo de avaliação de riscos, identificação, consequência, probabilidade, perfil de risco, análise de riscos, critérios de risco, nível de risco, avaliação, tratamento, controle, risco residual, monitoramento; iii) descrição dos princípios da gestão de riscos; iv) definição da estrutura de gestão de riscos, suas generalidades, interrelação entre os seus componentes, mandato e comprometimento, concepção estrutural, responsabilização, implementação, monitoramento; v) processo de gestão de riscos, comunicação e consulta, estabelecimento de contexto externo e interno, processo de avaliação de riscos: identificação. Análise, avaliação, tratamento, monitoramento, registro do processo. (ISO 31000)

Da estrutura ISO 31.000 de gerenciamento acima tratada, destacamos o processo de avaliação de riscos, com a respectiva 1) *identificação*, 2) *análise*, 3) *avaliação*, 4) *tratamento* e 5) *monitoramento de riscos*.

A primeira etapa trata da 1) *identificação do risco*. Para tanto, muitas técnicas poderão ser utilizadas, desde *brainstorm* como a consulta a especialistas (podendo-se utilizar do método Delphi)³⁷⁹, bem como utilizar-se de experiências anteriores e dos próprios colaboradores envolvidos no processo. Pode-se classificar o risco como *interno* ou *externo* e procurar fazer o registro das suas *causas*, qual seus *impactos* e *consequências* aos objetivos da organização.

³⁷⁹ O método Delphi pode ser definido como técnica que: “o facilitador prepara um questionário e o envia a diversos especialistas, também chamados de peritos, os quais responderão de forma anônima. A técnica Delphi é especialmente útil quando precisamos fazer previsões de longo prazo ou quando o que está em avaliação é uma situação nova e em relação à qual a opinião de especialistas é a única fonte de informação disponível.” (MIRANDA, 2017, p. 125).

Após, se pode realizar a 2) análise do risco. Esta etapa é de ordem qualitativa e evolue certa margem de subjetivismo na apreciação das causas e fontes do risco. A análise de riscos “também pode fornecer uma entrada para a tomada de decisões em que escolhas precisam ser feitas e as opções envolvem diferentes tipos e níveis de risco.” (ISO 31.000).

A 3) *avaliação dos riscos* tem por finalidade auxiliar o processo de tomada de decisão com o estabelecimento de critérios e definição de contexto. Como base nos seus resultados se pode priorizar certos riscos e seu conseqüente tratamento. Aspecto fundamental é a comparação do risco encontrado com os critérios previamente estabelecidos.

Nesse sentido, a utilização de matriz de riscos que classifica os riscos em termo de probabilidade e impacto, é útil para determinar a real dimensão dos riscos. Exemplo de matriz de risco 5 x 5 é a apresentada pelo Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, que bem elucida como quantificar os níveis de risco:

5.3.3 Tabela 1 - Matriz de Riscos

IMPACTO	PROBABILIDADE				
	1 Muito baixa	2 Baixa	3 Possível	4 Alta	5 Muito alta
5 Catastrófico	Risco Moderado	Risco Alto	Risco Crítico	Risco Crítico	Risco Crítico
4 Grande	Risco Moderado	Risco Alto	Risco Alto	Risco Crítico	Risco Crítico
3 Moderado	Risco Pequeno	Risco Moderado	Risco Alto	Risco Alto	Risco Crítico
2 Pequeno	Risco Pequeno	Risco Moderado	Risco Moderado	Risco Alto	Risco Alto
1 Insignificante	Risco Pequeno	Risco Pequeno	Risco Pequeno	Risco Moderado	Risco Moderado

Fonte: Brasil (2017)

A matriz de riscos acima exemplificada apresenta escala de impacto e probabilidade. A depender do peso atribuído a cada um destes elementos. No tocante à probabilidade, se pode atribuir os seguintes critérios para fins de determinar se esta varia de muito baixa a muito alta. Vejamos:

5.3.4 Tabela 2 - Escala de Probabilidade

Peso	Escala	Frequência observada/ esperada	Descrição
5	Muito Alta	$\geq 90\%$	O evento é esperado na maioria das circunstâncias.
4	Alta	$\geq 50\% < 90\%$	O evento provavelmente ocorre na maioria das circunstâncias.
3	Possível	$\geq 30\% < 50\%$	O evento deve ocorrer em algum momento.
2	Baixa	$\geq 10\% < 30\%$	O evento pode ocorrer em algum momento.
1	Muito baixa	$< 10\%$	O evento pode ocorrer apenas em circunstâncias excepcionais.

Fonte: Brasil (2017)

A segunda variante é a escala de impacto. Para tanto, se procura estabelecer qual o nível de comprometimento das ações de gestão. Vejamos:

5.3.5 Tabela 3 - Escala de Impacto

Peso	Escala	Descrição
5	Catastrófico	O impacto ocasiona colapso às ações de gestão, a viabilidade estratégica pode ser comprometida.
4	Grande	O impacto compromete acentuadamente às ações de gestão, os objetivos estratégicos podem ser fortemente comprometidos.
3	Moderado	O impacto é significativo no alcance das ações de gestão.
2	Pequeno	O impacto é pouco relevante ao alcance das ações de gestão.
1	Insignificante	O impacto é mínimo no alcance das ações de gestão.

Fonte: Brasil (2017)

Multiplicando-se na matriz de risco a escala o eixo probabilidade e impacto, se poderá definir qual o nível de risco a que está sujeita a organização. A pontuação abaixo depende da fixação do nível de apetite de risco, pois se forem definidos como crítico os riscos maiores ou iguais a vinte, teremos maior apetite de risco. Vejamos:

5.3.6 Tabela 4 - Escala de nível de risco

Nível	Pontuação
Risco crítico	$\geq 15 \leq 25$
Risco alto	$\geq 8 \leq 12$
Risco moderado	$\geq 4 \leq 6$
Risco pequeno	$\geq 1 \leq 3$

Fonte: Brasil (2017)

Uma vez avaliados os riscos, cabe realizar a etapa de 4) *tratamento dos riscos* cujas medidas podem consistir em: i) *evitar*, ii) *transferir*, iii) *mitigar* ou iv) *aceitar* os riscos.

Evitar riscos pode implicar na própria supressão da atividade que gera o risco, a exemplo da utilização de barragens mais seguras para resíduos de minérios, proibindo ou realizar descomissionamento de barragens a montante, que geraram os eventos de Mariana e Brumadinho, cujo impacto foi catastrófico.

Outro exemplo diz respeito à realização de dispensa ou inexigibilidade de licitação. As hipóteses de contratação direta são extremamente úteis e céleres em uma administração. Todavia, são tomadas com um grau de desconfiança tal pelos órgãos de controle, que mesmo sendo legal e legítima sua utilização, podem levar a graves sanções aos agentes públicos, fazendo com que sejam evitadas a realização de dispensa ou inexigibilidade pelos elevados riscos em sua adoção.

Transferir riscos implica no compartilhamento ou transferência total dos riscos de certa atividade a outrem, a exemplo da previsão de garantias contratuais nos contratos administrativos ou nos casos de terceirização de mão de obra.

Medida similar pode ser encontrada na estratégia de *delegação* que será tratada mais adiante. A estratégia de delegação é implementada quando há transferência de responsabilidades a outros servidores ou agentes políticos, a exemplo da deflagração de licitações não mais pelos prefeitos municipais, mas por seus secretários ou servidores de carreira.

Também se pode mitigar os riscos, normalmente utilizando tal tratamento com a finalidade de reduzir os impactos dos riscos. A implementação de sistema de controle interno mostra-se adequada para fins de mitigar-se uma série de riscos na Administração Pública.

Finalmente, *aceitar* os riscos pode ser a medida adequada de tratamento quando estiverem em nível aceitável pela organização. De regra, quando os riscos forem economicamente baratos podem ser tomados por aceitáveis. Doutra ponta, quando os custos

para evitar-se riscos forem tão elevados que inviabilizem seu tratamento, acabam por impor a aceitação do risco. Nesta última hipótese se passará a estabelecer plano de contingência para ligar com os efeitos do evento.

A última etapa no processo de gerenciamento de risco consiste no 6) *monitoramento* destes riscos ao longo do tempo. Para tanto, necessário estabelecer medidas de performance, medição comparativa e periódica dos riscos avaliando sua evolução, rever a política de gestão de riscos, reportar falhas e progressos do monitoramento dos riscos e reavaliar a estrutura de gestão de riscos.

5.4 CONSIDERAÇÕES FINAIS ACERCA DA GESTÃO DE RISCOS COMO MODO DE EVITAR-SE A RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS

Como vimos acima, a gestão de riscos é fundamental para uma gestão pública mais eficiente e atenta ao cumprimento de suas finalidades públicas. Mas não é apenas isto. Na linha defendida neste trabalho, a gestão de risco também serve como importante ferramenta para limitação e blindagem do gestor por suas decisões. Se as decisões forem precedidas de processo de gestão de riscos, especialmente quando incorporadas nos processos decisórios, as chances de responsabilização dos administradores públicos serão reduzidas e a própria Administração será menos exposta a riscos ou mesmo os riscos sejam inevitáveis, possibilitará um melhor enfrentamento dos problemas de modo transparente.

A vantagem da gestão de riscos é que sua implementação aprimora o planejamento e antecipa problemas, fazendo com que a gestão pública seja mais preparada e qualificada no exercício de suas funções e no atingimento dos seus objetivos.

Nesse passo, a identificação, as causas e impactos do risco são fundamentais à boa gestão pública. Se tomarmos por exemplo as *contratações públicas* no Brasil, sabemos que o planejamento deficiente pode ter sérias consequências na qualidade das aquisições. Assim, sob a óptica da gestão de risco, podemos constatar que a *causa* do planejamento deficiente, pode ser a urgência da contratação; a falta de estudos preliminares e a ausência de coordenação entre as áreas. Suas *consequências* danosas podem ser o não atendimento das necessidades da Administração; a posterior correção com aditivos contratuais que podem incrementar custos; desperdício; má qualidade; preço incompatível ou mesmo inadequação da solução. O *tratamento* destes riscos pode residir na formalização de processos de trabalho e gestão de contratos ou mesmo num plano de aquisições durante o exercício financeiro.

Outro exemplo frequente é o risco de *orçamento incompatível com o mercado*. Suas *causas* podem ser a ausência de pesquisa adequada ou mesmo a não utilização de sistema de referências (ex: SICRO/SINAPI). As *consequências* destas causas são o jogo de planilhas; o sobrepreço ou mesmo superfaturamento. O *tratamento* passa pela construção de banco de dados com preços já utilizados; definição de rotinas para pesquisa de preços; utilização de sites especializados (Compras Net) ou pesquisa de contratações similares em outros órgãos públicos.

Todavia, uma advertência se impõe. Se é inerente à gestão de riscos o registro do processo de tomada de decisão, evidentemente que as razões que levaram a esta ou aquela medida para tratar riscos poderão ser objeto de fiscalização pelos órgãos de controle, que terão acesso às razões pelas quais o gestor optou por este ou aquele caminho.

Ora, se as razões utilizadas pelo gestor de modo transparente e honesto forem interpretadas pelos órgãos de controle contra o próprio gestor, especialmente porque a atividade de controle quando exercida *a posteriori* é realizada com o conhecido “viés retrospectivo” (*hindsight bias*), isto poderá desencorajar o gestor a exteriorizar suas razões de decidir e tratar riscos adequadamente.

Afinal, quando ocorre algo errado, é natural que quem fiscalize pense que as decisões tomadas anteriormente foram equivocadas, e se tais decisões estiverem exteriorizadas no processo de gestão de riscos, poderão ser utilizadas não para justificar, mas para condenar o gestor por suas decisões.

Nesse passo, para adoção do gerenciamento de riscos é fundamental que os órgãos de controle estejam imbuídos de outra mentalidade, que se coloquem no lugar do gestor público ao tempo em que tomadas suas decisões (tal qual preconizado pelo art. 22 da Lei 13.655/18 – LINDB). Se o controle externo utilizar da gestão de riscos como modo de coletar dados para impor sanções aos agentes públicos, poderá redundar no fracasso da implementação da cultura de gestão de riscos no Brasil.

O desafio é implementar no cotidiano da Administração a cultura da gestão de riscos em cada realidade administrativa e adaptável às peculiaridades de cada ambiente interno ou externo. Não há respostas completamente certas ou erradas na gestão de riscos. O intuito é melhorar a qualidade da gestão pública e o processo de tomada de decisão, aumentando a eficiência.

Neste Capítulo analisamos dois aspectos importantes para proteção decisória do gestor público dos riscos inerentes ao processo de tomada de decisão. O primeiro a limitação ou blindagem decisória atualmente conferida pela Lei 13.655/18 e suas correlações com a *Business Judgment Rule – BJR*. O segundo, no tocante à gestão de riscos como ferramenta de gestão apta

a reduzir ou evitar riscos aos administradores seja identificando, analisando, avaliando, tratando ou monitorando riscos.

Mas nem sempre isto será suficiente. Quer porque carecemos de adequada cultura dos órgãos de controle para com os administradores públicos no sentido de flexibilizar ou tolerar certo grau de risco inerente a qualquer decisão, seja porque mesmo com a gestão de riscos ainda poderão ocorrer eventos danosos que poderão levar à responsabilidade do gestor.

Por esta razão, a proteção legal do gestor ou a adoção da gestão de riscos por vezes não se mostram plenamente confiáveis quanto ao efetivo grau de blindagem decisória do administrador. Isto decorre das inseguranças de nosso sistema de controle externo que não oferece certezas ao gestor público de como suas decisões serão avaliadas e se estará sujeito a imposição de sanções.

As principais razões desta insegurança residem em dois pontos principais:

O primeiro, na dificuldade dos órgãos de controle em bem interpretarem e aplicarem o grau de proteção legal na novel redação da LINDB, quer porque a lei é muito recente, quer porque no plano das mentalidades os órgãos de controle externo podem não estar muito preocupados com este tipo de restrição legal, passando a responsabilizar — mesmo que sem fundamento — por pretensão dolo ou culpa grave, tendência esta que já detectamos em diversas decisões de controle externo após a edição da Lei 13.655/2018, visando “contornar hermeneuticamente” o regime agora mais gravoso de responsabilização dos gestores públicos.

O segundo motivo aqui já mencionado, porque a adoção de gestão de riscos, justamente por exigir rigoroso registro do processo de tomada de decisão, por paradoxal que seja, pode ser utilizada pelos órgãos de controle não para reconhecer certo grau de tolerabilidade ao erro, mas justamente para tomar as razões da decisão de modo desfavorável ao gestor, alegando que diante dos elementos e informações que detinha, deveria ter adotado outra decisão, o que sempre é inglório ao administrador público, pois analisar retrospectivamente algo já ocorrido (*hindsight bias*) é muito mais fácil que fazê-lo em tempo real.

Por esta razão, de modo paralelo, o gestor tende a adotar técnicas de fuga da responsabilização (quer intuitiva ou adrede pensadas), cuja finalidade é evitar a responsabilização pessoal dos agentes públicos, quer na esfera civil, política, disciplinar ou penal. Quando se parte para tais estratégias de fuga (por vezes disfuncionais), se está no plano medo de responsabilização muito mais dramático que a mera exposição aos fatores de risco inerentes à gestão pública.

O risco transmuta-se em medo pois não importa o que faça o gestor público é certo que cedo ou tarde será responsabilizado, colocando em risco seu patrimônio, sua liberdade e seu

cargo. Quando isto ocorre, o agente público se comporta de modo instintivo ou de modo planejado para assegurar a fuga da responsabilização. É o que veremos no próximo Capítulo ao tratarmos do risco na Administração Pública e as estratégias de fuga da responsabilização.

6 RISCO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E ESTRATÉGIAS DE FUGA DA RESPONSABILIZAÇÃO

6.1 CONCEITO OPERACIONAL DE RISCO E CONCEITOS AFINS: PERIGO, RISCO RESIDUAL, PROBABILIDADE E POSSIBILIDADE

Para bem compreendermos o contexto do risco na administração pública, especialmente o *risco de responsabilização*, se faz necessário compreendermos o que entendemos por risco e seus conceitos afins.

O conceito de risco tem acompanhado e se desenvolvido nas mais diversas áreas do conhecimento humano. A crescente percepção do risco de toda atividade humana e mesmo os riscos naturais a que estamos sujeitos têm impulsionado seu estudo nas mais diversas ciências, Da astronomia, geologia, sociologia, engenharia, medicina, etc. nenhum ramo do saber está imune à noção de risco e as mudanças comportamentais e técnicas dele decorrentes.³⁸⁰

Como nosso objetivo é trabalhar o risco dentro das ciências sociais, especialmente o Direito — que cada vez mais tem se ocupado do conceito de risco — impõe-se a referência ao trabalho do sociólogo Ulrich Beck como importante marco teórico na contextualização do risco naquilo que designou de *sociedade de risco* (BECK, 1992)³⁸¹. O fenômeno do risco é velho

³⁸⁰ Acerca do aumento dos riscos na sociedade contemporânea e da convergência de riscos valem as considerações de Richard Posner: “The risks of global catastrophe are greater and more numerous than is commonly supposed, and they are growing, probably rapidly. They are growing for several reasons: the increasing rate of technological advance—for a number of the catastrophic risks are created or exacerbated by science and its technological and industrial applications (including such humble ones as the internal combustion engine); the growth of the world economy and world population (both, in part, moreover, indirect consequences of technological progress); and the rise of apocalyptic global terrorism. And the risks are, to a degree, convergent or mutually reinforcing. For example, global warming contributes to loss of biodiversity, an asteroid collision could precipitate catastrophic global warming and cause mass extinctions, and cyberterrorism could be employed to facilitate terrorist attacks with weapons of mass destruction.” (POSNER, 2004, p. 245).

³⁸¹ Como bem esclarece José Esteve Pardo a obra de Beck não faz uma abordagem direta do Direito Público ou do Direito Administrativo mas centra sua análise nas transformações da sociedade contemporânea, o que certamente afeta nosso sistema jurídico: “No existe propiamente una aportación de Ulrich Beck al Derecho público, menos aún al Derecho administrativo, si por tal aportación entendemos estudios o análisis suyos centrados en estas materias. (...) No hay en su obra una sociología del Derecho ni de la Administración, porque ha de centrar su atención en esas transformaciones profundas de la sociedad y sus referencias de las que habrá de salir una nueva configuración de sujetos y relaciones que apenas podemos avizorar. La principal y relevante aportación de Ulrich Beck se sitúa precisamente ahí, en hacernos bien visibles las profundas transformaciones de la sociedad y en ofrecernos una perspectiva desde la que podemos contemplar como esas transformaciones están afectando a

conhecido do Direito (v.g. responsabilidade civil do estado pelo *risco administrativo*), mas hodiernamente vem apresentando novas facetas³⁸², mormente no Direito Ambiental que se ocupa do risco ambiental em face das profundas intervenções do homem nos bens ambientais naturais.³⁸³

O trabalho de Beck revelou não apenas o lado progressista, mas também o lado mais ameaçador da modernidade³⁸⁴ com o aumento dos perigos com que a nossa sociedade depara-se cotidianamente. Ao lado dos efeitos benéficos da técnica, também nos confrontamos com a crescente escalada de riscos, dantes inimagináveis, dando início a uma nova percepção de modernidade (MENDES, 2016, p. 118).

O conceito de risco no direito é um conceito jurídico indeterminado, pois seu conteúdo e extensão não são identificáveis *a priori*.³⁸⁵ Sua polissemia (multiplicidade de sentido), vaguidade (informação ampla e compreensão escassa); ambiguidade (refere-se a vários elementos no contexto que inserido) e porosidade (trata-se de um conceito que pode ser preenchido ou esvaziado a depender do caso concreto) fazem do risco um conceito jurídico indeterminado.³⁸⁶

muchas instituciones y principios de nuestro sistema jurídico y constitucional al variar los presupuestos y referencias sobre los que se levantaron.” (PARDO, 2016, p. 96-97).

³⁸²O conceito de *sociedade de risco* proposto por Beck, faz referência a uma sociedade sujeita ao aumento e surgimento de novos perigos, cujas dimensões podem abalar sua sobrevivência.

³⁸³ Acerca do tema calham as reflexões de Frank Furedi: “Safety consciousness is not simply the direct consequence of the growth of prosperity. Society's obsession with safety has also gained momentum through the growth of scepticism towards innovation, change, and experimentation. Throughout modern times, people looked to medicine, science, and technology to make their lives safer. They still do, of course. But there is now a powerful mood of suspicion towards innovation and change. The very term 'human intervention' has acquired negative connotations. Terms like 'human impact', 'human intervention', and 'ecological footprint' convey a negative sense of folly and destruction. Human intervention has always been associated with the belief that its positive consequences outweighed its downside. This modernist orientation has given way to a more pessimistic account wherein human intervention is associated with loss as much as gain, and the former is increasingly seen to outweigh the latter. Rather than serving as a solution to our problems, new technology is often indicted for its potential to increase the power of human destructiveness. Former American Vice-President Al Gore expressed this concern when he warned that the 'power of technologies now at our disposal vastly magnifies the impact each individual can have on the natural world'.”(FUREDI, 2009, p. 217).

³⁸⁴ Acerca dos riscos da modernidade destaca Ulrich Beck: “The concept of risk is directly bound to the concept of reflexive modernization. Risk may be defined as a systematic way of dealing with hazards and insecurities induced and introduced by modernization itself. Risks, as opposed to older dangers, are consequences which relate to the threatening force of modernization and to its globalization of doubt. They are politically reflexive.” (BECK, 1992, p. 21).

³⁸⁵ Para adequada delimitação da ideia de conceito indeterminado no servimos do entendimento de António Manuel Cordeiro: “A ideia de conceito indeterminado foi utilizada já neste estudo. Tal característica ocorre sempre que um conceito não permita comunicações claras quanto ao seu conteúdo, por polissemia, vaguidade, ambiguidade, porosidade ou esvaziamento: polissemia quando tenha vários sentidos, vaguidade quando permita uma informação de: extensão larga e compreensão escassa, ambiguidade quando possa reportar-se a mais de um dos elementos integrados na proposição onde o conceito se insira, porosidade quando ocorra uma evolução semântica com todo um percurso onde o sentido do. Termo se deva encontrar e esvaziamento quando falte qualquer sentido útil.” (CORDEIRO, 2013, p 1.176-1.177).

³⁸⁶ Nesse sentido caminha Pedro Melo: “Atento o exposto, isto é, por um lado, em face da ausência de um conceito normativo de risco genérica e uniformemente aplicável em todos os domínios do Direito e, por outro lado, em

A respeito do tema dos conceitos indeterminados, importantes as considerações de Sérvulo Correia, no sentido que não se deve confundir conceitos indeterminados com conceitos que suscitem dificuldade de interpretação. Afinal, todo conceito tem certa imprecisão condicionada pela linguagem, que demanda argumentação para explicitar seu conteúdo. A verdadeira indeterminação consiste na *avaliação* e *valoração* da situação concreta. Trata-se de juízo de *prognose* sobre como uma pessoa poderá atuar futuramente, *a futura utilidade de uma coisa ou o futuro desenrolar de um processo social*. Desse modo o conceito jurídico indeterminado está fundado em método *causal-teorético* e não *teorético-discursivo*, de modo que para se aplicar a norma jurídica, deve-se avaliar a situação concreta (CORREIA, 1987, p. 474).

Com assevera Carla Amado Gomes o conceito de risco passa pela *probabilidade* da sua ocorrência e seu *potencial lesivo*:

O risco é um perigo pressentido, mas não comprovado; o perigo é um risco de altíssima probabilidade. A fronteira entre os dois é, teoricamente, a da previsibilidade, que se debate com o ineliminável obstáculo da finitude do conhecimento humano. Falar de risco é, por isso, falar de incerteza. Incerteza introduzida pela técnica, incerteza geradora de imprevisibilidade, incerteza convertida em problema jurídico. A dificuldade de previsão pode incidir sobre a verificação do próprio fenómeno, sobre o momento da sua eclosão, sobre o tipo de efeitos que esta provocará, sobre o alcance destes efeitos, sobre o seu potencial lesivo. Por outras palavras, pode dizer-se que o risco se desdobra em dois elementos: a probabilidade de ocorrência de um evento, por um lado, e o potencial lesivo deste, por outro lado” (GOMES, 2007, p. 226-227)

Concordamos com a ideia que quando estamos diante de uma probabilidade elevada estamos mais próximos da noção de perigo.³⁸⁷ Portanto, o conceito de risco implica em menor probabilidade que o de perigo. (GOMES, 2007, p. 228).

Richard Posner realiza a distinção entre *risco* e *incerteza*³⁸⁸. O primeiro pode ser estimado tendo por base a frequência em que pode ocorrer, já a incerteza não pode ser estimada

face das diversas configurações doutrinárias sobre a noção de risco, não apenas se reforça a ideia inicial de que o I conceito de risco é multifacetado e, nessa medida, difuso, ambíguo, desconhecido, como se robustece consequentemente a importância de ser recortado um conceito jurídico operativo de risco. (MELO, 2011, p. 65).

³⁸⁷ Sobre o tema posiciona-se Pedro Melo: “Ainda assim, apesar da fronteira entre estes conceitos ser ténue, parecem existir uma diferença de natureza ou, pelo menos, de grau, que habilita a uma distinção conceptual entre “risco” e “perigo”. Nesta conformidade, dir-se-á que se em ambos os casos estamos perante eventos incertos, no caso do risco existe apenas uma possibilidade de ocorrência dos mesmos, enquanto que no caso do perigo essa ocorrência prefigura-se como provável ou até como muito provável. Assim, num caso (risco) temos um evento incerto e de concretização (apenas) possível, e, noutra caso (perigo), temos um evento incerto e de concretização provável ou inclusivamente muito provável (probabilidade esta que se baseará em juízos de experiência de situações semelhantes, “lugares paralelos”, ou em dados factuais e científicos relativamente seguros). (MELO, 2011, p. 72).

³⁸⁸ This point is illuminated by the old distinction between “risk” and “uncertainty,” where the former refers to a probability that can be estimated, whether on the basis of observed frequency or of theory, and the latter to a probability that cannot be estimated. Uncertainty in this sense does not, as one might expect, paralyze decision making. We could not function without making decisions in the face of uncertainty. We do that all the time by assigning, usually implicitly, an intuitive probability (what statisticians call a “subjective” probability) to the

em termos probabilísticos. Portanto, a incerteza gera paralisia decisória, pois não se sabe o que esperar. Mas uma coisa é agir e outra estabelecer a necessidade de agir tendo por parâmetro a relação de custo-benefício (POSNER, 2004, p. 171-172).

Diante da proximidade dos conceitos de *risco* e *perigo*, ora deparamo-nos com um critério quantitativo, ora com uma perspectiva qualitativa. Na óptica quantitativa, o grau de probabilidade do evento é o grande diferenciador entre perigo e risco. Já na tese qualitativa, tem-se duas vertentes. Uma tripartite: 1) *perigo = risco intolerável*; 2) *risco em sentido estrito* -= *risco intolerável*; 3) *risco residual = risco tolerável*. Outro modelo é o bipartite: *riscos toleráveis versus riscos intoleráveis*. De toda sorte, a diferenciação quantitativa não é de todo excluída da perspectiva qualitativa, sendo mais defensável a tese que não há oposição entre risco e perigo, mas apenas graus de probabilidade distintos (GOMES, 2007, p. 226-234).³⁸⁹

Também importante trazermos o conceito de risco residual, que reside num risco de *baixa potencialidade lesiva*, desobrigado da adoção de medidas de prevenção de riscos, devendo ser socialmente tolerado (GOMES, 2007, p. 234).

A despeito da multifacetada compreensão do conceito de risco a depender de cada ramo do saber em que esteja inserido, neste trabalho adotamos o seguinte conceito operacional: *Risco na Administração Pública é toda incerteza que pode afetar a atividade administrativa tendo por consequência impactos negativos ou positivos nos objetivos por ela pretendidos*.

Outro ponto a merecer atenção, é que embora no Direito nos ocupemos mais dos efeitos “negativos” do risco — e de fato aí reside o fio condutor de nosso trabalho — ao enfrentar as disfunções e o medo com que se deparam os gestores públicos em face do risco de sua decisão, nada impede que possamos abordar efeitos “positivos” ou favoráveis do risco, que especialmente nos contratos de obra pública podem ter efeitos muito interessantes para fins de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos. Os riscos positivos permitem maximizar as oportunidades.

uncertain event. But it is one thing to act, and another to establish the need to act by conducting fruitful cost-benefit analyses, or using other rational decision-making methods, when the costs or benefits (or both) are uncertain because they are probabilistic and the probabilities are not quantifiable, even approximately.” (POSNER, 2004, p. 171-172).

³⁸⁹ Nesse sentido, a contribuição de Carla Amado Gomes: “Propendemos, pois, para concordar com OSSENBUHL, quando afirma que a noção de risco não se opõe à de perigo, mas antes constitui uma evolução desta para domínios de crescente incerteza da determinação dos pressupostos de facto. Esta adesão não põe em causa a reserva de lei, na medida em que só aceitamos a utilização da norma habilitante de defesa de perigos em situações de risco quando o grau de probabilidade seja suficientemente alto e na medida em que o poder de ingerência não fira intoleravelmente a esfera jurídica dos particulares. Claro que esta solução, especialmente útil em períodos de transição, tende a esbater-se no médio e longo prazos, assim que o legislador identifique os riscos e proponha abordagens procedimentais específicas para os avaliar e gerir.” (GOMES, 2007, p. 233).

Exemplo de risco positivo pode ocorrer nas obras de infraestrutura, onde durante a perfuração de um túnel a rocha pode apresentar grau de dureza inferior as indicadas nas amostras geológicas iniciais, implicando em “risco positivo” da execução do contrato por ser mais favorável ao contratado e demandar reequilíbrio contratual em prol da Administração. (MELO, 2011, p. 72-74).

Também não há que confundir-se a *probabilidade* com *possibilidade* de risco. Afinal, o conceito de probabilidade ocorre numa escala de até 100%. Já o conceito de possibilidade é binário, ou 0 ou 1, correspondendo a extremos e com pouca utilidade para fins de estabelecimento de estratégias de prevenção e riscos (TORRES, 2015, p. 12-13). Nessa senda, os gestores dedicam maior atenção a riscos que têm alta probabilidade de ocorrerem, com altos impactos deles decorrentes, pois são riscos de grau de incerteza mais baixo diante da alta probabilidade de ocorrerem (TORRES, 2015, p. 10).³⁹⁰

Na esteira da ISO 31.000, *risco é o efeito da incerteza em determinada atividade, traduzindo-se no binômio probabilidade versus impacto. Risco envolve a quantificação e qualificação da incerteza, tanto para perdas como para ganhos.*

6.2 O RISCO DE RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS

Este trabalho quer chamar a atenção a um tipo de risco pouco estudado no âmbito da Administração Pública e do Direito Administrativo. Trata-se do *risco de responsabilização dos agentes públicos*. Esta espécie de risco pode ser definida como: *toda incerteza que pode implicar na responsabilização administrativa, civil, penal ou política dos agentes públicos pelo exercício de suas funções, especialmente as decorrentes da atividade decisória.*

Se fôssemos compreender este tipo de risco na concepção de Ulrich Beck, poderíamos enquadrá-lo na noção de risco *tradicional* (enquanto risco pessoal), eis que não se trata de risco

³⁹⁰ Elisabeth Fischer destaca o relevante papel da Administração na avaliação de riscos num contexto entre uma perspectiva ciência (racional-instrumental) e democracia (deliberativo-constitutivo), alertando que este debate polarizado por vezes oblitera a adequada percepção do tema: “What the science/democracy dichotomy has really blinded us all to is that technological risk evaluation is an activity of public administration. In other words, what this book has shown is that the science/democracy dichotomy is not only irrelevant but also an obstructive dichotomy. Thus, for example, much of the analysis of the BSE crisis has been so focused on demarcating the line between science and democracy that most commentators have ignored the fact that decisionmaking was the product of public administration and that there exists one of the most comprehensive studies of administrative decision-making to prove that fact. Likewise, in chapter five I illustrated how the dichotomy is distorting understandings about the World Trade Organization (WTO) Sanitary and Phytosanitary Agreement (SPS Agreement). If I have one hope for this book it is that it moves debate beyond much of the fruitless discourse that is presently being carried out. That leads me on to the real starting point of this book-public administration. What can be seen in each of these case studies is that some form of public administration plays a central role in technological risk evaluation.” (FISHER, 2007, p. 245-246).

moderno que afeta globalmente nossa civilização e cujos processos causais são de difícil identificação e frutos dos avanços tecnológicos. Trata-se da transformação da sociedade industrial na modernidade reflexiva que afeta os mais variados campos do saber e da vida social (BECK, 1992, p. 21).

Não temos por objetivo pesquisar as manifestações mais usuais do risco ou sua prevenção no campo da técnica ou os impactos das novas tecnologias na sociedade contemporânea. Tampouco os riscos ambientais — terreno onde a noção de risco está assaz desenvolvida — será por nós abordado.

É certo que há riscos nas decisões administrativas inerentes por adotar-se esta ou aquela política pública; também há riscos em implementar medidas de prevenção que possam evitar ou minimizar riscos a que está exposta a sociedade; nestas hipóteses se está diante de *riscos públicos* pois trata-se de tarefas típicas do Estado pós-liberal, quer como fiscal das atividades desenvolvidas por particulares quer de suas próprias atividades.

O *risco de responsabilização dos agentes públicos* que ora investigamos não é costumeiramente tratado na temática dos riscos públicos, nem na gestão de riscos. Os chamados *riscos legais*³⁹¹ a que estão sujeitas as organizações pelo malferimento das normas jurídicas no exercício de suas atividades ou funções e a consequente responsabilização dos seus integrantes, tangenciam nossa abordagem teórica sobre o tema, visto que riscos legais podem ser detectados no processo de gestão de riscos e podem implicar em responsabilização dos agentes envolvidos.

Mas não há que se confundir o *risco de responsabilização dos agentes públicos* e suas interações com o *medo e técnicas de fuga da responsabilização*, com os riscos legais normalmente identificados no processo de gestão de riscos. Todavia, isto não impede que vejamos pontos de contato entre estas categorias. Com efeito, a adequada identificação de riscos

³⁹¹ Sobre o conceito de riscos legais, esclarece Tobias Mahler: “In summary, risk is the combination of the probability of an event and its consequences. A risk is a legal risk if its source involves a legal norm. Thus, the risk needs to be the manifestation of a legal norm's potential detriment. Both factual and legal uncertainty may influence legal risk.” (MAHLER, 2007, p. 21). Igualmente define Roger McCormick: “Legal risk is a particular kind of risk. It is commonly understood to relate to the risk of being sued or being the subject of a claim or proceedings due to some infringement of laws or regulations, or the commission of a tort such as negligence or some other act giving rise to civil liability (referred to as ‘Type 1 risks’ in this book). However, in the context of the financial markets, the phrase is also frequently used to mean the risk of technical defects in the manner in which a transaction is carried out, resulting in loss, sometimes very serious financial loss, for those that put money at risk in the transaction. (We shall call that kind of risk a ‘Type 2 risk’.)” (MCCORMICK, 2006, p. 10). Acerca da definição de risco legal na União Européia valem as considerações de Aurélien Raccach: “... we may sketch a definition of legal risk as the prejudicial occurrence arising from an unclear, imprecise or uncertain normative provision imposing obligations to an individual, a company or an authority, which would be inequitable or financially unreliable. The legal risk management done by public authorities and companies consists, therefore, in identifying, assessing and anticipating any potential legal risk before it occurs. Once it occurs, it becomes an infringement that may be judged by the competent jurisdictions to determine the respective liabilities. Decision makers are thus raising a major issue to ensure the compliance and effectiveness of EU law. (RACCAH, 2016, p. 20-21).

legais pode evitar a responsabilização tanto da organização como daqueles envolvidos no processo decisório. Nesse sentido, *a adoção nas organizações de gestão de riscos legais, pode fazer parte das estratégias de evasão da responsabilização* do modo que estamos a enfrentar.

Mas há claras diferenças. No processo de gestão de riscos a identificação, avaliação e tratamento e monitoramento dos riscos legais nada têm de disfuncional. Muito pelo contrário. No processo de gestão de riscos no âmbito do setor público — mormente dos *riscos legais* que podem redundar em responsabilização individual — os riscos são enfrentados abertamente e através de uma política e sistema de gestão de riscos se pode implementar mecanismos visando definir a competência e reponsabilidade dos gestores de modo organizado, permitindo adequada tomada de decisão e mesmo da corresponsabilidade dentro de determinada hierarquia funcional.

Já o fenômeno do risco de responsabilização dos agentes públicos decorrente do controle externo disfuncional e as respectivas estratégias dissuasórias aqui tratadas, por vezes são enfrentados de modo intuitivo e instintivo, pouco ou nada transparente, cuja finalidade precípua não é a gestão de riscos, mas evitar a possibilidade de responsabilização individual pela tomada de decisão, nem que para isso se procure nada decidir, ou transferir a terceiros os ônus da decisão, sem a preocupação de tratar riscos sistematicamente.

Como se pode perceber, muitas das estratégias de fuga da responsabilização são disfuncionais, e o são porque ainda carecemos de uma cultura de gerir de modo transparente e republicano estes riscos a exemplo de um sistema de gestão de riscos. Ainda que adequadamente implementada a gestão de riscos, esta mostra-se insuficiente para garantir ao agente público segurança para definir os limites de sua responsabilização. Isto decorre diretamente do exercício do hipercontrole externo, cuja racionalidade não é previsível, maximizando o medo do agente em ser responsabilizado.

Tentaremos demonstrar que o risco da responsabilização pessoal do agente público por decisões administrativas é muito mais relevante do que normalmente pensam os estudiosos da temática do risco. Seu impacto na decisão administrativa é certamente muito maior do que se imagina, pois dificilmente o agente consegue dissociar de sua situação pessoal e eventuais consequências jurídicas em sua esfera de direitos subjetivos.³⁹² Em certas situações limite, tendo

³⁹² Acerca do ponto parecem-nos muito interessantes as reflexões de Cass Sunstein. Além de fazer uma crítica quanto a incoerência do princípio da precaução e o imobilismo dele decorrente, coloca em evidência exatamente o que estamos a destacar em nosso trabalho: que as pessoas têm aversão ao risco que lhes dizem respeito, não a riscos gerais: “My initial argument is that in its strongest forms, the Precautionary Principle is literally incoherent, and for one reason: There are risks on all sides of social situations. It is therefore paralyzing; it forbids the very steps that it requires. Because risks are on all sides, the Precautionary Principle forbids action, inaction, and everything in between. Consider the question of what societies should do about genetic engineering, nuclear power, and terrorism. Aggressive steps, designed to control the underlying risks, seem to be compelled by the Precautionary Principle. But those very steps run afoul of the same principle, because each of them creates new

de escolher entre seu próprio bem e o da coletividade, o agente até pode decidir em prol do bem comum assumindo riscos pessoais, mas há sérias controvérsias sobre se tal proceder seja a regra.

Exemplo de decisão em prol da coletividade em detrimento do próprio bem foi a decisão tomada por Stanislav Petrov, conhecido como: *o homem que salvou o mundo*, no episódio onde ignorou o alerta de ataque nuclear norte-americano em 1983 indicado pelos equipamentos soviéticos, deixando deflagrar conflito nuclear. Inicialmente recebeu reprimenda do governo soviético, mas depois foi reconhecido como herói. Igualmente é possível identificar situações envolvendo agentes da segurança pública que colocam em risco a própria vida na defesa de civis. Mas isto não é a regra nas decisões tomadas nas estruturas burocráticas. Nesses casos, o agente sopesa os riscos de responsabilização a que está sujeito, pois isto pode custar-lhe seus bens por demais valiosos: a liberdade, o patrimônio e o cargo.

Os agentes já estão ou deveriam estar acostumados a arcar com o ônus da responsabilização por seus atos, o que leva — ao menos aparentemente — a concluir que não estamos diante de qualquer novidade. Afinal, não se pode presumir que o exercício de qualquer múnus público possa dar-se de modo irresponsável. Qualquer agente público na forma republicana de governo exerce suas funções alicerçada na ideia de *periodicidade, eletividade e responsabilidade* (ATALIBA, 1998). Se esta premissa é verdadeira, o que há de novo?

É que no Brasil o risco de os agentes públicos ordenarem despesas públicas ou tomar decisões administrativas é muito mais elevado do que em outros países. A probabilidade de eventual responsabilização por estas decisões é extremamente elevada. Isto decorre diretamente do controle externo disfuncional. Este trabalho procura demonstrar que hipertrofia da responsabilidade civil dos gestores públicos está a adquirir aspectos dantes inobservados ou mesmo inexistentes.

O incremento da responsabilidade civil e administrativa está inserida num ambiente bem mais amplo da *modernidade reflexiva* — no sentido de *autoconfrontação* e não no sentido de *meditação* ou *reflexão* (BECK, 1997, p. 16) — que alterou os parâmetros tradicionais da sociedade como concebidos no início do século XX. A expansão e aumento da responsabilidade civil não apenas dos agentes públicos, mas da adoção e ampliação da responsabilidade objetiva mesmo nas relações privadas (a exemplo da *teoria do risco* decorrente da atividade empresarial), mas que hodiernamente está a criar um cenário de hiperresponsabilização (v.g.

risks of its own. It follows that many people who are described as risk averse are, in reality, no such thing. They are averse to particular risks, not to risks in general. Someone who is averse to the risks of flying might well be unconcerned with the risks of driving; someone who seeks to avoid the risks associated with medication probably disregards the risks associated with letting nature take its course; those who fear the risks associated with pesticides are likely to be indifferent to the risks associated with organic foods. (SUNSTEIN, 2003, p. 4-5).

indenizações punitivas)³⁹³ cujas consequências ainda são de difícil apreensão, mas que produz alguns efeitos deletérios.

Esta mudança de parâmetros aliada a uma perspectiva de controle punitivista dos agentes públicos, está a gerar um novo fenômeno em termos de responsabilização. Passa-se a adotar parâmetros muito próximos da responsabilidade objetiva para sancionar-se os agentes públicos, em clara violação ao art. 37, § 6º da CR, que tradicionalmente impõe a responsabilidade subjetiva para fins de regresso nos casos de dolo ou culpa.

Uma vez adotadas as equívocas premissas de responsabilização objetiva dos agentes públicos, simplesmente toma-se a ação ou omissão do agente, aponta-se o dano e “cria-se” o nexo causal³⁹⁴, desprezando-se os parâmetros muito mais seletivos da responsabilidade subjetiva (dolo ou culpa por imperícia, negligência ou imprudência). Por vezes o fundamento normativo para responsabilização está assentado em princípios jurídicos, cujo elevado grau de abstração não poderia ensejar aplicação de sanções sem que fossem cotejadas sistematicamente as demais regras do ordenamento, nem tampouco descuidar das peculiaridades do caso concreto.

Nesse cenário, há elevado risco pelo exercício da função administrativa. Com efeito, já sabendo que as probabilidades de sofrer ações de ressarcimento ou improbidade com grandes chances de êxito, o agente público passa a atuar de modo a gerir estratégias preventivas de fuga da responsabilização.

³⁹³ Preferimos o termo “indenização punitiva” em vez de “danos punitivos” por guardar melhor precisão semântica ao traduzir-se os *punitives damages* da tradição anglo-saxã. Igualmente não há que confundir-se a ideia de *punitive damages* com o caráter punitivo ligado à responsabilidade extrapatrimonial. Sobre o tema fazemos remissão ao texto: *Usos e abusos da função punitiva: (punitive damages e o Direito brasileiro)*, onde Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler enfatizam: “Também chamados *exemplar damages*, *vindictive damages* ou *smart money*, consistem em soma de dinheiro conferida ao autor de uma ação indenizatória em valor expressivamente superior ao necessário à compensação do dano, tendo em vista a dupla finalidade de punição (*punishment*) e prevenção pela exemplaridade da punição (*deterrence*) opondo-se – nesse aspecto funcional – aos *compensatory damages*, que consistem no montante da indenização compatível ou equivalente ao dano causado, atribuído com o objetivo de ressarcir o prejuízo.” (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 16). Também sobre uma perspectiva restritiva, de *lege lata*, da indenização punitiva no Direito Brasileiro, está Maria Celina Bodin de Moraes no seu texto: *Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas* (MORAES, 2004).

³⁹⁴ Já pudemos aprofundar o tratamento do nexo causal no texto: *Nexo causal e excludentes da responsabilidade extracontratual do estado*, onde esclarecemos: “o estudo do nexo causal é de igual relevância tanto na responsabilidade subjetiva como na objetiva. Em sede de responsabilidade estatal, o dano deve ser necessariamente ligado a uma ação ou omissão estatal, e essa tarefa é exercida pelo nexo causal. Este deve ser efetivamente demonstrado e, dependendo das premissas teóricas do nexo, podemos chegar a resultados diametralmente opostos em matéria de responsabilidade extracontratual do Estado. Nesse contexto é possível falar em um nexo causal mais ou menos elástico, dependendo dos pressupostos teóricos que balizam a análise de qualquer caso concreto. Justamente pelo fato de ser o caso concreto indispensável à boa inteligibilidade da ocorrência ou não do nexo causal, é que a jurisprudência pátria se mostra tão rica e ao mesmo tempo tão contraditória em matéria de responsabilidade do Estado. Em parte, acreditamos que tais divergências encontram fundamento não apenas no modo de apreciar os fatos, mas na compreensão teórica do tema, nem sempre abordada com a profundidade desejável, principalmente se considerarmos a aplicação das teorias que dão fundamento ao nexo causal, por vezes não tratadas com o rigor técnico necessário.” (SANTOS, 2006b).

Como vimos no Capítulo antecedente, este contexto estimulou a primeira tentativa legal de limitação da responsabilização dos agentes públicos estrategicamente inserida na Lei 13.655/18, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB. Diante da responsabilização indiscriminada do agente público, o legislador tentou fixar certos parâmetros para que o controle externo seja exercido. O principal argumento foi a busca da segurança jurídica (e de fato é um dos pontos centrais para edição da referida norma), mas em nossa percepção seu principal intento foi tentar dar um basta na responsabilização indiscriminada dos agentes públicos através da imposição de critérios mais objetivos para o exercício do controle externo, bem como de limitação à sua responsabilização pessoal, como veremos mais adiante.

Mas nem sempre a limitação legal da responsabilidade do gestor será suficiente para protegê-lo. Diante da alta probabilidade de responsabilização, passa ser natural que o gestor adote medidas de *prevenção de riscos* a que está sujeito. No *plano organizativo* tal intento pode ser realizado tanto pela adoção de *compliance* (aqui adotada em sentido amplo para abranger a ideia de conformidade com normas legais e regramentos internos ou externos) com vistas à prevenção, que podem ser editados sem necessidade de lei específica, eis que a matéria pode ser editada por atos administrativos infralegais. Já no *plano estratégico*, a proteção contra riscos pode utilizar-se de estratégias de gestão de risco ou ainda da evasão de responsabilização como veremos mais adiante.

No *plano organizativo* a prevenção pode implicar na elaboração de plano de prevenção de riscos, podem ser estruturados considerando: i) as atribuições e missão da instituição ii) o contexto em que é desenvolvida a atividade; iii) a forma que está organizada; iv) e estabelecimento de objetivos estratégicos e operacionais (TAVARES; CÂMARA, 2010, p. 37)

Não é objeto de nossa pesquisa nos determos na estruturação de *mecanismos de integridade* (como modo de densificação prática da ideia de *compliance*). Também há que distinguir-se entre programa de integridade e programa de gestão de riscos. O *programa de integridade* é mais amplo que a *gestão de riscos*, envolvendo aspectos da cultura da organização no sentido de *fazer o certo por convicção* (GIOVANINI, 2018, p. 74). Com a adoção de um programa de integridade a organização ficará seguramente mais protegida no desempenho de suas atividades.

Já o programa de gestão de riscos, como pudemos verificar no Capítulo anterior, visa estabelecer mecanismos para gerir especificamente os riscos da atividade desempenhada, donde destacamos a metodologia COSO e ISO 31000.

A responsabilidade do agente público, especialmente o agente político, ao gerir e prevenir possível responsabilização não é fenômeno exclusivamente brasileiro, ainda que sejamos forçados a reconhecer que o caso brasileiro oferece peculiaridades que não existem noutros países, especialmente na alta judicialização das decisões tomadas pelos gestores públicos, seja como ordenadores de despesas públicas ou mesmo quando julgados administrativamente pelos tribunais de contas, importando em grande probabilidade de condenação.

Importante ainda distinguir a diferença na cultura da organização e seus dirigentes da adoção de mecanismos de integridade no sentido de agir conscientemente de modo correto e a e a mera proteção do gestor, cujo foco passa a ser apenas a autoproteção da organização e seus gestores diante dos riscos a que está sujeita.

Nessa senda Wagner Giovanini destaca que a mera prevenção da ocorrência de ilicitudes e proteção da organização sem que haja um compromisso cultural em fazer o certo por convicção, aproxima-se do conceito “*compliance*” como arma de proteção. Já a adoção de efetivos mecanismos de integridade vai muito além do cumprimento de normas e proteção dos agentes, pois revela efetivo compromisso em atuar corretamente (GIOVANINI, 2018, p. 74-75). Tendemos a concordar com o autor, mas referida distinção entre proteção da organização e efetivo programa de integridade tem maior complexidade e uma coisa não exclui a outra.

Ocorre que todo programa de integridade, ainda que leve em conta os melhores fins e intenções da organização e seus integrantes, não deve ser visto como algo de todos alheio a estratégias de blindagem decisória e mera proteção da organização e seus agentes.

A despeito do apelo romântico de efetivamente fazer-se o certo por convicção na cultura de uma organização privada ou pública, não podemos dela fazer um *silly duck*. O compromisso da organização é com sua existência e atingimento de seus objetivos e sem dúvida blindar-se e proteger-se para atingir estes objetivos, ainda que conciliáveis com valores éticos e comprometida em *fazer a diferença*, para usar uma expressão corrente na atualidade.

Neste Capítulo iremos nos ocupar das estratégias de evasão de responsabilização, relativamente às quais nosso propósito é fazer uma abordagem meramente descritiva e não propriamente sua defesa, pois muitas dessas estratégias podem ser altamente negativas no sentido de agravar ainda mais a ocorrência de riscos para as organizações pública ou privadas por implicar, assumidamente, apenas na blindagem do agente sem qualquer compromisso com a organização.

Essas estratégias de fuga da responsabilização consistem em fenômeno novo cuja reflexão, especialmente na doutrina estrangeira, se debruça sobre os riscos da atividade política

em face de sua eventual responsabilização. Trata-se dos denominados: *blame games* ou jogos de culpa, cuja finalidade é desviar a responsabilidade do gestor por intermédio de estratégias adrede escolhidas para evitar as consequências políticas e jurídicas da responsabilização.

Com efeito, o “*blame risk*” ou “risco da culpa” (HOOD, 2014), que pensamos melhor denominar de *risco de responsabilização*, trata de risco muito diferente daqueles a que estamos acostumados, *v.g.* os tradicionais riscos da atividade administrativa para sociedade ou para a atividade empresarial, corporificados em riscos ambientais, de segurança ou riscos alimentares.³⁹⁵

O que está em relevo é o risco do próprio agente público ser responsabilizado por simplesmente decidir no exercício de cargo ou emprego público. Ao contrário do que poder-se-ia imaginar, a despeito do agente político ocupar o protagonismo — especialmente midiático — em termos de responsabilização, este tipo de risco não se restringe à classe política, atingindo todos os gestores públicos e mesmo os servidores mais subalternos. Este tema nem de longe ocupa qualquer prioridade nas escolas de gestão ou governança, mas seus impactos são tão expressivos que nos parece ser impossível atualmente compreender o próprio conceito de gestão pública sem considerá-los.

As decisões dos administradores orientadas à sua própria proteção têm efeitos drásticos sobre a Administração Pública, pois o objetivo primeiro do gestor passa a ser de ordem subjetiva-protetiva (de ordem pessoal) e não objetivo-finalística (busca do interesse público). Curiosamente, tal forma de proceder nem sempre é verbalizada ou expressada publicamente. Tal forma de administrar oblitera completamente o que se entende por boa administração pública³⁹⁶, pois o verdadeiro móvel do agente público é esquivar-se de eventual responsabilização mesmo que isto importe em má administração.

³⁹⁵ O texto condutor de nossa pesquisa neste ponto foi o trabalho de Christopher Hood, denominado *El juego de la culpa: manipulación, burocracia y autoconservación en el estado* (ou em inglês: *The blame game: spin, bureaucracy, and self-preservation in government*). Acerca do tema, bem resume o autor: “Toda esa actividad de gestión de riesgos en el gobierno actual y en los negocios se ha solido notar, documentar y comentar. Pero la mayor parte está preocupada oficialmente por los riesgos para la sociedad o para las organizaciones empresariales. Por el contrario, este libro pone de relieve el riesgo de culpa personal que afrontan los cargos públicos, incluidos los políticos, los gestores, los profesionales y los burócratas de primera línea. Ese es un tipo de riesgo y de gestión del riesgo que se identifica con bastante menos frecuencia en el circuito de los seminarios de gestión. Y curiosa o reveladoramente, no tiene ningún término o consabida etiqueta de última generación. Podríamos llamarlo «riesgo de reputación», una de las categorías convencionales del análisis moderno de riesgos, pero ese término se suele utilizar más para marcas corporativas que para cargos públicos individuales. Podríamos llamarlo «riesgo político», pero ese término se usa convencionalmente en la industria de la gestión del riesgo en el sentido de los riesgos a los que las empresas o los inversores se exponen por las decisiones del gobierno que sean adversas a ellos, por ejemplo, la posibilidad de expropiación, de imposición depredadora o de regulación obstructiva. Así que vamos a llamarlo simplemente «riesgo de culpa» para los fines de este libro.” (HOOD, 2014, p.22).

³⁹⁶ Acerca da boa administração pública, fazemos referência a Juarez Freitas que o define como: “direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com

6.3 INTERAÇÕES ENTRE RISCO E MEDO: AS CONSEQUÊNCIAS DO MEDO NO PROCESSO DE TOMADA DE DECISÃO

A alta probabilidade de ser responsabilizado pelo exercício de função pública, num sistema de controle disfuncionalizado, leva ao *medo de responsabilização* do agente público. Ao mesmo tempo que o medo é *consequência* dos excessos do controle, também é *causa* na medida que produz respostas disfuncionais visando a autoproteção dos agentes públicos, a exemplo do imobilismo decisório decorrente do medo em decidir, o que pode levar a uma postura mais firme dos órgãos de controle no exercício de sua atividade

Assumir riscos pode ser algo positivo. Em verdade, a humanidade convive com riscos desde os primórdios da sua evolução.³⁹⁷ Nesse sentido, a assunção de riscos passa ser algo desejável na medida nos impulsiona a novos desafios e novos riscos. Mas o mesmo não se passa com o medo. *O medo reflete nossa incapacidade de gerir riscos*, quer por limites pessoais, quer por fatores exógenos ao indivíduo; ou mesmo porque o grau de probabilidade de ameaça é tão alto, que naturalmente dá lugar ao medo. Os administradores públicos deparam-se com o medo porque não sabem o que fazer para evitar riscos; ou pior: mesmo que tudo façam para evitar riscos pessoais no processo decisório, ainda assim estarão sujeitos às mais diversas penalidades e responsabilidades.

Por *Direito Administrativo do Medo*, queremos significar: *a interpretação e aplicação das normas de Direito Administrativo e o próprio exercício da função administrativa pautadas pelo medo em decidir dos agentes públicos, em face do alto risco de responsabilização decorrente do controle externo disfuncional, priorizando a autoproteção decisória e a fuga da responsabilização em prejuízo do interesse público.*

A situação é especialmente grave porque o medo não apenas inibe uma atuação mais criativa e propositiva dos Administradores, mas mesmo no curial cumprimento das normas jurídicas os administradores sequer podem aplicar o Direito como lhes parece adequado. Primeiro, pensam em como os órgãos de controle agirão em caso de fiscalização, o que leva a absterem-se em decidir, decidirem de modo lento, ou decidirem de modo a antever as

transparência e sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas”(FREITAS, 2014, p. 21).

³⁹⁷ Sob a perspectiva que os riscos podem ser desejáveis e levam a evolução da espécie humana se encontra Frank Furedi: “The culture of fear estranges people from one another. It breeds an atmosphere of suspicion that distracts people from facing up to the challenges confronting society. This book is motivated by the conviction that risk-taking is, most of the time, a creative and constructive enterprise. Today’s sad attempt to stigmatize risk-taking has the effect of undermining the spirit of exploration and experimentation. There is indeed a major health threat facing our society. Even more than passive smoking - passive living can damage your health” (FUREDI, 2002, p.xvi).

expectativas dos órgãos de controle, postergando ao máximo a decisão com consulta a órgãos consultivos ou aos próprios órgãos de controle.

Em princípio, é de todo salutar que as decisões administrativas levem em conta os precedentes e entendimentos já exarados por órgãos de controle, orientando o administrador a bem decidir. Nesse contexto, é importante o papel do controle externo e o próprio sistema de pesos e contrapesos inerentes às funções estatais. Mas o fenômeno indesejável a que nos referimos trata de outra coisa. Não se trata de um salutar receio em decidir. Trata-se de algo mais grave. Falamos da *percepção dos agentes públicos que pouco importando o que decidam, mesmo que apresentem substanciosas razões de decidir, estarão, de qualquer modo, sujeitos à elevada responsabilização por suas decisões*. Tal percepção pode levar à cultura da não-decisão ou a outras disfuncionalidades visando a evasão da responsabilização.

O medo, enquanto expressão dos instintos mais primais, tanto na selva como na Administração Pública, pode implicar em comportamento muito conhecido: a paralisia³⁹⁸. Diante de uma grave ameaça, por vezes o ser humano comporta-se de modo não reativo. Fica em choque. Não sabe como agir. Em face do medo em decidir o agente público passa a adotar a cultura do imobilismo ou paralisia decisória, buscando formas de fuga da responsabilização.

Mas nem sempre o medo implica em imobilismo ou mesmo lentidão nas decisões tomadas pelos gestores públicos. Por vezes há resposta imediata e célere diante da ameaça, mas são respostas disfuncionalizadas, cujo propósito é livrar o gestor de qualquer risco de responsabilização, independentemente do custo para a Administração, a exemplo da transferência da responsabilidade a outros agentes públicos de modo a esquivar-se de sua própria responsabilização.

³⁹⁸ A paralisia pode ser uma das consequências de um medo que na dicção de Emilio Mira y López pode ser definido como medo *racionalsensato* : “Éste es el miedo que podríamos denominar "profiláctico"; el que generalmente se piensa cuando se habla de él sin calificación específica. Para nosotros se diferencia del anterior en que aquél se siente a posteriori (reacción ante el daño) y éste a priori (reacción ante el peligro, o sea, ante la señal anticipadora del daño). Es, pues, un miedo condicionado por la experiencia y va del brazo de la razón; por eso también puede designarse como un miedo "lógico". Su característica es la de ser comprensible para quien no lo siente directamente, pero es, no obstante, capaz de "figurarse" que lo sentiría si se hallase en las circunstancias en que se originó. Si por ejemplo, nos preguntan qué sentiríamos ante la presencia de un tigre, si estuviésemos solos e inermes, no hay duda que la respuesta sería unánime, porque el miedo en tal situación resulta racional (lógico, comprensible, sensato), ya que todos hemos sido capaces de condicionar la idea de "tigre" con la de "daño inminente". Ese miedo previsor se acusa, generalmente, en forma de tendencia a la huida previa. Su fórmula es "no te metas"; su ropaje eufónico es: la actitud de la prudencia que, como pronto veremos, constituye la forma más leve o menos intensa del "ciclo de invasión" de nuestro gigante. Por el hecho de ser pensado antes que sentido, el miedo racional dispone de tiempo para asegurar la puesta en marcha de los dispositivos funcionales que eviten al sujeto la presentación de la anterior modalidad descripta, o sea, el miedo instintivo orgánico. Surge, pues, primero en él lo que se llama la "intelección miedosa" —en forma de idea del posible daño— y es ella (no la directa percepción del daño) la que, desde las zonas de proyección de la corteza cerebral, difunde e irradia a todo el organismo, en un curso retrógrado y descendente (hacia los niveles mesencefálicos, protuberanciales y medulares) los impulsos creadores del malestar emocional y, a la vez, de las reacciones defensivas previas.” (MIRA Y LÓPEZ, 1994, p. 43).

Em certo sentido o risco faz parte do ônus decisório. Decidir implica na assunção de riscos. Todavia, *o risco transmuda-se em medo quando na percepção do agente público poderá ser punido pelo simples fato de decidir, ou, no mínimo, que estará sujeito a processos sancionadores no âmbito administrativo ou jurisdicional por sua decisão*. Como já vimos, as principais causas deste medo na realidade brasileira, residem na elevada insegurança jurídica: i) quer em decorrência de normas jurídicas que regem a atividade administrativa excessivamente abertas, fazendo que quaisquer agentes públicos possam incorrer em sua violação; ii) seja diante do fenômeno da hiperinflação legislativa que quase impossibilita o conhecimento de todas as normas pelos agentes públicos; iii) ou mesmo pela pouca deferência dos órgãos de controle externo às decisões administrativas tomadas pelos agentes públicos controlados.

Como vimos em nosso Capítulo 2 a fronteira entre o que é permitido e o que é proibido pela norma jurídica assume caráter patológico em razão de nossa alta insegurança jurídica³⁹⁹. O resultado disto é que o risco se transmuda em medo, e o medo, por natureza, é instintivo e irracional.

Por conseguinte, a miríade de decisões tomadas pelo administrador público visando esquivar-se da responsabilização nem sempre serão racionais. O ônus em decisório passa a ser muito menos uma questão de escolha da melhor decisão a ser adotada no caso concreto, para tornar-se forma de autoproteção do agente, que passa a agir de modo a transferir ou desviar-se dos riscos de responsabilização.

Quando o risco é excessivo e impossibilita sua gestão e enfrentamento, a resposta natural é o medo. Relutamos em tratar do medo como categoria a ser enfrentada sob o ângulo do Direito, bem como suas correlações com a gestão pública. Aparentemente estamos diante de algo *pouco* jurídico, de difícil conceituação e verificação no processo de tomada de decisão, o que, aliás, não deixa de ser parcialmente verdadeiro.

³⁹⁹ A bem da verdade a insegurança jurídica fruto da inflação legislativa é problema mundial, como esclarece Jacqueline Morand-Deviller: “A importância da jurisprudência do Conselho de Estado entre as fontes do Direito não é mais tão forte quanto antigamente. Como se verá mais adiante, a concorrência com outras jurisdições supremas é dura e sobretudo pelo fato de tais fontes terem se tornado cada vez mais normativas. A França, como a maior parte dos países, sofre uma inflação legislativa e regulamentar crescente, fenômeno recorrente que se acelerou nos últimos anos (aumento, em 30 anos, de 35% do número anual de leis e de 25% do número de decretos). A esse crescimento de documentos normativos se adiciona a mediocridade de sua redação, marcada por excessiva extensão, complexidades e obscuridades, suscitando o problema da segurança jurídica e da igualdade de acesso ao Direito. Aos princípios da acessibilidade e da inteligibilidade do Direito já se reconheceu hierarquia constitucional, mas seu respeito é dificilmente assegurado. O papel de censor vigilante desempenhado pelo Conselho de Estado na elaboração de um Direito famoso por sua qualidade de redação se enfraquece. Os projetos de lei ou de decreto que suas comissões consultivas tornam claros e coerentes perdem logo em seguida toda sua legibilidade por conta de emendas parlamentares cada vez mais numerosas e desordenadas” (MORAND-DEVILLER, 2012).

Por mais que tenhamos receio de enfrentar o medo sob a perspectiva jurídica, não há como escapar desta realidade. Quando nos propúnhamos a perguntar o por quê do agente público adotar estratégias de fuga da responsabilização, buscando blindar-se do processo de tomada de decisão, não nos vinha outra resposta: *medo das consequências decorrentes de um controle externo disfuncional*.⁴⁰⁰

O controle externo disfuncional — justamente por exacerbar qualquer previsão racional — só pode fomentar o medo. Nessa acepção, o medo é produto do risco não controlado ou incontrolável. Suas consequências na gestão pública são expressivas. Além de ser velho conhecido do Direito, o medo atualmente revela novas facetas que requerem análise jurídica do fenômeno.

Dentre as tradicionais aproximações entre Direito e medo, está o Direito Penal⁴⁰¹. O medo do crime e do processo de vitimização a que todos estamos sujeitos, tem levado a produção legiferante visando atender o clamor social por segurança e o consequente recrudescimento da legislação penal como tábua de salvação para os conflitos da sociedade contemporânea, evidenciando conexões entre Direito e medo.

O medo como condutor de políticas criminais, tende a valorizar a segregação do criminoso em detrimento da sua ressocialização e convívio social após o cumprimento da pena. De igual modo, as garantias do cidadão tributárias ao estado liberal são postas de lado, afinal, entre assegurar o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa e, doutra banda, a

⁴⁰⁰ Este aspecto foi bem percebido por Fernando Vernalha Guimarães que verificou no controle excessivo a causa do medo em decidir: “O administrador público vem, aos poucos, desistindo de decidir. Ele não quer mais correr riscos. Desde a edição da Constituição de 88, que inspirou um modelo de controle fortemente inibidor da liberdade e da autonomia do gestor público, assistimos a uma crescente ampliação e sofisticação do controle sobre as suas ações. 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*: acuados, os gestores não mais atuam apenas na busca da melhor solução ao interesse administrativo, mas também para se proteger. Tomar decisões heterodoxas ou praticar ações controvertidas nas instâncias de controle é se expor a riscos indigestos. E é compreensível a inibição do administrador frente a esse cenário de ampliação dos riscos jurídicos sobre suas ações. Afinal, tomar decisões sensíveis pode significar ao administrador o risco de ser processado criminalmente. Como consequência inevitável da retração do administrador instala-se a ineficiência administrativa, com prejuízos evidentes ao funcionamento da atividade pública.” (GUIMARÃES, 2016).

⁴⁰¹ Ao tratar do discurso do medo em nossa cultura destaca Sérgio Francisco Carlos Graziano Sobrinho: “Sob o primeiro ponto de vista, a violência e a cultura do medo exercem papel fundamental em nossa sociedade. Fundada a partir da lógica da dominação, a sociedade interpreta determinados fatos conforme a ideologia vigente naquele momento histórico, ou seja, a lógica hegemônica do grupo dominante deve prevalecer, difundindo a ideia principal através de pequenas justificações, as quais permitirão, ante a presença do fato indesejado, mas real, que parcelas da sua liberdade sejam reprimidas a fim de manter (ou restaurar) a ordem, ainda que em troca de arbitrariedade ou opressão. Diante disso, é notável o tratamento político a ser evidenciado nesta co-relação de forças, visto que o medo é traduzido como mecanismo de dominação política e social, tolhendo a liberdade do indivíduo e reduzindo direitos dos cidadãos. (GRAZIANO SOBRINHO, 2010, p. 147).

eliminação e encarceramento do criminoso, com rápida punição do infrator, fica-se com a última opção.

Portanto, conexões entre Direito e medo não são nenhuma novidade. Thomas Hobbes sempre viu no medo fator de cumprimento da lei, inclusive defendendo a compatibilidade entre medo e liberdade⁴⁰²

Categorias por vezes classificadas como pouco (ou nada) jurídicas podem tornar-se jurídicas a depender de como o fenômeno do Direito pode observá-las e problematizá-las. O Exemplo clássico é a categoria: *política pública*. O tema do controle das políticas públicas comporta viés inegavelmente jurídico, embora não o fosse há poucas décadas. Se há trinta anos alguém escrevesse sobre política pública o provável é que estaria a fazer um trabalho de ciência política ou gestão pública, jamais um trabalho jurídico.

Mas os desdobramentos do tema *política pública* e seu enfrentamento pelo Direito juridicizaram o assunto. Hoje falar em controle das políticas públicas pelo Direito e os parâmetros que norteiam seu controle jurisdicional é de inegável atualidade e juridicidade.

O mesmo se passa nas inter-relações entre Direito e medo. É perfeitamente possível abordarmos o *medo* como fenômeno jurídico, especialmente: i) na produção da norma jurídica visando proibir ou fomentar certos comportamento, a exemplo do que ocorre no Direito Penal ou na responsabilização por improbidade administrativa; ii) na adoção de estratégias de fuga da responsabilização pelo agente público visando evitar sua responsabilização; iii) na organização e implementação de processos decisórios de modo a distribuir ou alocar riscos de modo a reduzir o medo em decidir.

Como bem revela Zygmunt Bauman: “‘Medo’ é o nome que damos a nossa incerteza: nossa ignorância da ameaça e do que deve ser feito — do que pode e do que não pode — para fazê-la parar ou enfrentá-la, se cessá-la estiver além do nosso alcance”. (BAUMAN, 2008, p. 8). O sociólogo polonês ao enfrentar a questão do medo em sua obra: *Medo líquido*, assevera que o medo além de ser compartilhado com os animais, encontra na espécie humana um medo de segundo grau, que orienta suas escolhas e comportamentos. Mesmo que não haja uma ameaça diretamente presente, o medo secundário (rastros de uma experiência passada) modela a conduta humana mesmo que não haja ameaça visível. (BAUMAN, 2008, p. 9)

⁴⁰² Acerca das relações entre medo e liberdade assim tratou Hobbes: “Fear and liberty are consistent, as when a man throweth his goods into the sea for fear the ship should sink, he doth it nevertheless very willingly, and may refuse to do it if he will; it is therefore the action of one that was free; so a man sometimes pays his debt only for fear of imprisonment, which (because nobody hindered him from detaining) was the action of a man at liberty. And generally all actions which men do in commonwealths for fear of the law are actions which the doers had liberty to omit. (HOBBS, 1994, p. 136-137).

Se dantes assumir riscos era algo desejável, ousado e desafiante, hoje está cada vez mais associado a algo perigoso, sujeito à desaprovação social, de maneira que todo ser humano, quer desenvolvendo atividades privadas, quer esteja no exercício de função pública, vem adotando estratégias de evasão de responsabilização para se evitar expressivas condenações, como bem destaca Frank Furedi:

So today, when we speak of risk, what we have in mind is the danger of an adverse outcome. We describe less and less the decision we are likely to take as a 'good risk'. Not surprisingly, as risks become more and more equated with danger, there is a tendency to adopt strategies that are selfconsciously about risk avoidance. Indeed the positive connotations traditionally associated with 'risk-taking' have given way to condemnation. Consequently, in many situations, 'to take risks' is to court social disapproval. (FUREDI, 2002, p. 18).

Para ter medo dos órgãos de controle externo sequer é necessário comportamento ousado e inovador. Mesmo que o agente público se proponha a atuar de modo sóbrio e acanhado estará sujeito a riscos elevados. Ainda que se proponha a cumprir estritamente a norma jurídica em sua atuação administrativa, correrá o risco de ser responsabilizado por sua má aplicação e estará sujeito a prejuízos imaginários (a exemplo da responsabilidade *in re ipsa*) que lhe serão imputados. Portanto, têm boas razões para o medo não apenas os ousados mas também os tímidos.

As interações entre risco e medo atingem todos os agentes públicos, especialmente os agentes políticos. Se de um lado há crescente descrédito na política e nos políticos e uma tendência de encarmos a atuação política como algo suspeito, além da perspectiva cínica no sentido que as ações dos políticos não podem redundar em melhorias e resultados positivos⁴⁰³, de outro, os políticos têm receio do exercício disfuncional do controle externo, pois além de estarem envoltos neste cenário de descrença, podem receber as mais diversas sanções fazendo desta ameaça algo bastante real e factível.

Este temor fica ainda mais evidente a partir pluralidade de instâncias e órgãos de controle que geram inúmeras redundâncias, onde um mesmo fato é investigado seja pelos tribunais de contas, pelo Ministério Público, pela Controladoria Geral da União, pelas agências

⁴⁰³ A visão cínica e desacreditada da classe política pode levar a uma perspectiva fatalista, de modo que pouco importa o que façam os políticos, tudo dará errado, reforçando a ideia que os limites da humanidade nos obrigam a aceitar qualquer que seja nosso destino, como bem esclarece Frank Furedi: "Unfortunately, the growth of cynicism towards society's institutions benefits no one. Cynicism about politicians or any section of the elites does not on its own lead to any positive outcomes. In the absence of an alternative, such cynicism can lead to the conclusion that any form of human intervention is suspect. Cynical criticism does not strengthen critical thought. Rather, it can reinforce the view that there are no choices and that the limits of human effectiveness oblige us to accept our fate". (FUREDI, 2002, p. 169).

reguladoras, etc., gerando graves ineficiências e custos, pois a multiplicidade de órgão para investigar um mesmo fato evita que estes órgãos possam direcionar seu controle a outros fatos que demandariam investigação.⁴⁰⁴

Por todas estas razões, o medo tem reflexos na atividade administrativa fazendo com que os juristas passem a enfrentar a temática.⁴⁰⁵ As correlações entre risco e medo no processo decisório impõem a necessidade de tratarmos do tema perscrutando não apenas suas causas, como já visto anteriormente, mas identificando seus efeitos. Nessa linha, necessário compreender como se portam os agentes públicos nos mundos da fuga da responsabilização. É o que veremos a seguir.

6.4 OS AGENTES PÚBLICOS NOS MUNDOS DA FUGA DA RESPONSABILIZAÇÃO

Neste tópico trataremos das formas de evasão de responsabilização utilizadas para evitar a reponsabilidade civil, administrativa, política ou penal dos agentes públicos no exercício de

⁴⁰⁴ A respeito desta multiplicidade de instâncias controladoras, calham as observações de Priscilla de Souza Pestana Campana: “Não há, portanto, como se mostrar efetiva uma estratégia de controle fundada na presença de múltiplos atores, agindo de forma independente e controlando, retrospectivamente – e sem qualquer divisão de tarefas –, os mesmos fatos, principalmente quando de elevada relevância. Ou seja, nosso sistema de controle é formado por uma rede de diversos órgãos públicos especializados e descentralizados que atuam com pouca harmonia, ampliando os custos do exercício da fiscalização pelos controladores, assim como os custos dos próprios controlados. Sem dúvida, essa falta de coordenação compromete a efetividade da atuação estatal à medida que gera redundância e incoerência entre ações, dando oportunidade a graves lacunas no controle, já que, considerando a escassez de recursos e a limitação do tempo, enquanto se desperdiça esforços na fiscalização de determinado fato também investigado por outras instâncias, outros tantos deixam de ser investigados.” (CAMPANA, 2017, p. 196).

⁴⁰⁵ Acerca das relações entre *medo* e *Direito Administrativo*, importantes as considerações de Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas, donde indica os perigos do controle ameaçador na intimidação do agente público no processo de tomada de decisão, bem como a redistribuição do Poder no âmbito estatal, delegando aos órgãos de controle a prerrogativa de decidir: “E quais as consequências do medo de praticar tais atos? São duas consequências extremamente graves. A primeira é a perda manifesta de condições mínimas para a tomada serena de uma decisão, com evidente distorção dos seus motivos. Ora, à medida que órgãos de controle passam a adotar a estratégia da ameaça como metodologia corriqueira para alcance dos resultados por eles fixados, o agente passa a tomar a decisão – deixa de emitir a licença, deixa de fazer a contratação emergencial, manda retirar o cartaz que dizia “Fora Temer” –, não porque ela seja justa, necessária, legal, recomendada pela melhor técnica, mas sim por medo de ser punido. Com efeito, é difícil negar que alguém que, antes de decidir determinado processo, recebe aviso explícito de que, se decidir em sentido contrário àquele escolhido pelo órgão que o ameaça, será processado em duas esferas, não tem mais serenidade para tomar a decisão, não pode mais avaliar se aquela decisão era de fato necessária, e passará a avaliar, em especial, as consequências pessoais que aquela decisão pode lhe acarretar. Se a recomendação for por não praticar a medida – o que sempre pode ser (mal) justificado por uma interpretação extrema do princípio da legalidade – ainda mais fácil, afinal, como costumava lembrar o saudoso Marcos Juruena (crítico das interpretações que sempre conduziam ao imobilismo), “Dorme tranquilo quem indefere”. A segunda consequência, esta de inegável dimensão constitucional, é a de uma silenciosa redistribuição de Poder dentro do aparelho de estado. Com efeito, sem qualquer alteração da Constituição, nem de qualquer lei, decisões que a Constituição atribuiu ao Poder Executivo – órgão jurídica e politicamente responsável – passam, de fato, a ser tomadas por órgãos de controle, órgãos que, além de serem irresponsáveis politicamente (salvo num grau muito remoto de responsabilidade política difusa), raramente são juridicamente responsabilizados por seus excessos. (MASCARENHAS, 2016).

suas funções. O marco teórico de nossas reflexões sobre o tema foi Christopher Hood, que identifica e classifica os agentes públicos em diversos *mundos* de responsabilização.

No *primeiro mundo* estariam os “gerais”, que são os que estão na primeira posição de liderança, muitos deles agentes políticos ou mesmo os detentores de funções públicas diretamente ligadas aos agentes políticos, cuja responsabilidade vem à tona diante de uma crise que demanda culpados (HOOD, 2014, 46).

Já no *segundo mundo* da fuga ou evasão da responsabilização está a “infantaria”, os servidores da “linha de frente” aqueles que tratam diretamente com o público e sofrem as pressões dos cidadãos em seu cotidiano. (HOOD, 2014, p. 46).

Hood nos fala ainda de um *terceiro mundo* da fuga da responsabilização, que compreende aqueles que estão entre os *gerais* e a *infantaria*, a exemplo dos reguladores de serviços públicos, os administradores e gestores de recursos públicos (HOOD, 2014, p. 46).

Finalmente, no quarto mundo da fuga da responsabilização resta um grupo muito heterogêneo, que compreende todos que têm relação com o Poder Público, a exemplo dos concessionários de serviços públicos, clientes, usuários, pacientes, etc. Veja-se que estes personagens da sociedade civil estão em posição de cobrar responsabilidades, mas os titulares de cargos públicos podem imputar responsabilidade a integrantes da sociedade civil, quando então lhes é “passada a bola” no mundo da fuga da responsabilização (HOOD, 2014, p. 46).

Independentemente do acerto ou desacerto da classificação acima trazida sobre os agentes públicos nos mundos da responsabilização, sem dúvida podemos encontrar um grau hierárquico de agentes públicos alto, médio ou baixo que estão sujeitos à responsabilização e nela estarem envolvidos. Também interessante na classificação proposta que mesmo a sociedade civil pode estar envolvida no jogo da fuga da responsabilização quando a ela é atribuída a responsabilidade pelo mal funcionamento dos serviços públicos, a exemplo dos casos de depredação de bens públicos.

Traduzindo esta proposta para a realidade de nossa organização administrativa brasileira, podemos identificar como “gerais” no mundo da fuga da responsabilização o Presidente da República, Governadores e Prefeitos. Típicos exercentes de cargos políticos, são altamente visados pela mídia e opinião pública. Seu interesse em desviar a responsabilidade tem tanto um viés exclusivamente político, no sentido de evitar decisões ou atitudes que lhes causem desgastes que os impossibilitem ou dificultem sua reeleição, como uma preocupação na blindagem contra ações cíveis que busquem ressarcimento por alegado dano ao erário, ou ações de improbidade administrativa, evitar a cominação e inelegibilidades ou mesmo deflagração de processos-crime, especialmente porque em nosso sistema jurídico, um mesmo

fato pode ensejar processos judiciais e administrativos autônomos e com consequências distintas. Também os Ministros de Estado e Secretários Estaduais e Municipais podem ser alocados nesta categoria.

O segundo mundo da fuga da responsabilização no Brasil é composto pelos exercentes de cargo ou emprego responsáveis por fazer a “máquina funcionar”, atuando na *linha de frente* ou na *infantaria* da Administração Pública. Abrange servidores ou empregados que atendem diretamente ao público, como médicos; professores; policiais; etc., enfim, a grande massa de servidores que atua na prestação dos serviços públicos à sociedade. Igualmente pode abarcar estes servidores quando no exercício de funções de confiança ou cargos em comissão (art. 37, V, CR), nas funções de chefia, direção ou assessoramento. Nos “jogos da culpa”, em regra tentam desviar a responsabilização para os que estão acima deles, ou mesmo alegar problemas estruturais que impossibilitem o adequado exercício de suas funções pelas más condições de trabalho, podendo ainda responsabilizar os usuários dos serviços como os verdadeiros causadores dos problemas ou danos a eles imputados.

No terceiro mundo da fuga da responsabilização em nossa estrutura organizacional estão aqueles agentes públicos que de algum modo encontram-se entre o generalato e a infantaria, abrangendo, por exemplo, as chefias de gabinete do poder executivo; dirigentes de agências reguladoras; administradores de recursos públicos, etc. Em verdade esta categoria é ampla para abranger aqueles não previstos no primeiro e no segundo mundo.

Por fim, o quarto mundo da evasão da responsabilização em nosso sistema pode compreender os cidadãos, usuários de serviço público, estudantes, pacientes, etc., que à primeira vista seriam os que culpabilizam e não os culpabilizáveis. Contudo, no jogo da evasão da responsabilização, podem ser elencados como os responsáveis pelos danos ou mau funcionamento do aparato administrativo. Isto ocorre normalmente por atribuir-se ao comportamento da vítima a verdadeira causa dos males por ela sofridos; ou nas hipóteses de sabotagem ou deprecação de patrimônio público. (HOOD, 2014, p.62-65). Passemos a analisar os riscos de responsabilização e respectivas estratégias dos gestores para evitá-las:

6.5 ESTRATÉGIAS DE FUGA DA RESPONSABILIZAÇÃO: CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O tema da *fuga da responsabilização* está inserido no contexto das medidas de prevenção de danos. Mas em vez de falar-se em prevenção de danos externos ao agente público ou de formas da Administração Pública atuar preventivamente quanto as ameaças e riscos que

deve gerir no Estado pós-liberal, o enfoque da prevenção é proteger o próprio agente público e seus bens jurídicos.

O princípio da prevenção decorreu do surgimento do Estado Democrático e Social de Direito, pois os riscos e perigos que o Estado deveria intervir estão a aumentar *quantitativa e qualitativamente*.

Quantitativa, perigos cingiam-se à manutenção da ordem e segurança do Estado-polícia. *Qualitativamente*, porque houve aumento da atuação estatal deixando de atuar de modo absentéista e com autocontenção no tocante aos deveres do Estado contemporâneo (GOMES, 2007, p. 246).

Não trabalharemos as estratégias de fuga sob o ângulo do *princípio da precaução*⁴⁰⁶ (com inspiração na legislação ambiental alemã: *vorsorgegrundsatz*), pois a despeito da polissemia e alta fluidez do princípio da precaução⁴⁰⁷, pode ser compreendido como uma margem de segurança adicional à *prevenção* diante da mera possibilidade (e não probabilidade) do risco (GOMES, 2007, p. 253).

Mas se tomarmos o medo como aspecto imobilizante na tomada de decisão, curiosamente o princípio da precaução parece adquirir certa “densidade” pelos altos riscos a que está sujeito o agente público no Brasil, afinal, por vezes as estratégias de prevenção não são apenas *racionais*, mas beiram a total *irracionalidade*, pois o medo em decidir pode adquirir tal magnitude que afeta a qualidade das políticas de desenvolvimento nacional, o atingimento do interesse público e mesmo gerar paralisia administrativa.

Nesse passo, por vezes o agente público age não apenas preventivamente, mas precaucionariamente, pois não quer correr riscos; sua intenção é a autoblindagem total e absoluta, e, em nome do risco-zero, quer eliminar qualquer possibilidade (e não apenas

⁴⁰⁶ O princípio da precaução ganhou maior notoriedade com a Declaração do Rio de 1992: Princípio 15: Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>> Acesso em 18 de maio de 2018. Relevante ainda a adoção pelo atual art. 174, 2, do Tratado de Roma do princípio da precaução, a saber: Artigo 174 (...) 2. A política da Comunidade no domínio do ambiente terá por objectivo atingir um nível de protecção elevado, tendo em conta a diversidade das situações existentes nas diferentes regiões da Comunidade. Basear-se-á nos princípios da precaução e da acção preventiva, da correcção, prioritariamente na fonte, dos danos causados ao ambiente e do poluidor-pagador. Disponível em: <<https://respublicaeuropeia.wordpress.com/2002/12/24/tratado-de-roma-versao-consolidada/>> Acesso em 18 de maio de 2018.

⁴⁰⁷ Nesse sentido segue a crítica de Carla Amado Gomes: “A precaução afigura-se, assim, como uma noção perversa, potencialmente atentatória, quer da liberdade individual, quer da paz jurídica essencial à convivência no seio de uma comunidade democrática. Isto porque, apelando à corda sensível do público e alimentada pela imprensa, sempre em busca de notícias sensacionalistas — o risco “vende” bem —, a ideia subjacente à fórmula embrionária da precaução seduz a opinião pública enquanto a sequestra na armadilha da segurança.” (GOMES, 2007, p. 366-367).

probabilidade) de responsabilização. As restrições à liberdade e autonomia do agente público (obviamente balizadas pela Constituição), levam a novos perigos.

As estratégias de fuga da responsabilização são utilizadas consciente ou inconscientemente pelos gestores públicos. Todavia, com o aumento da insegurança jurídica, da irracionalidade do controle externo disfuncional e a efetiva percepção que os agentes públicos estão sujeitos a riscos políticos, jurídicos e patrimoniais de monta, fazem tais estratégias serem adotadas de modo mais planejado e consciente. Se considerarmos ainda o impacto de tais estratégias na Administração Pública, onde a autoproteção passa a ter primazia sobre a boa administração, estamos diante de um fenômeno intrigante, novo e pouco estudado⁴⁰⁸.

Estratégias de fuga da responsabilização podem ser previstas de modo transparente e institucional, nesse ponto aproximando-se da ideia de gestão de riscos, a exemplo da *estratégia de delegação*, onde a norma jurídica prevê a delegação ou mesmo a responsabilidade solidária dos envolvidos no processo decisório, o que equivale ao compartilhamento do risco enquanto espécie de tratamento do risco.

Todavia, muitas estratégias de fuga da responsabilização são disfuncionais. Afinal, a resposta ao controle externo disfuncional pode também ser igualmente disfuncional, a exemplo da estratégia da abstinência decisória, onde a despeito do dever de tomada de decisão, adota-se a inação como mecanismo visando adiar a decisão ou mesmo nada decidir.

Trataremos das estratégias de fuga da responsabilização no âmbito da Administração Pública, visto que a ideia de evadir de riscos é algo ínsito ao ser humano. Pesquisas demonstram que o ser humano prefere deixar de ganhar que correr o risco de perder. (HOOD, 2014, p. 27).

Este comportamento é conhecido por *aversão ao risco* ou *viés de negatividade*,⁴⁰⁹ onde se dá mais atenção às informações negativas que às positivas. No âmbito da política, os

⁴⁰⁸ Num certo sentido, o ser humano sempre buscou evitar riscos e precaver-se. Isto é natural e nada tem de novo. Mas a sociedade contemporânea tem elevado estes riscos e os institucionalizado, o que faz com que o fenômeno da evasão da responsabilização adquira novos contornos, como bem desta Frank Furedi: “Taking precautions is not in itself a novel phenomenon. People have always used their common sense to protect themselves from potential hazards. There have always been some individuals who are particularly cautious and devote their energies to shielding themselves and their families from dangers. However, such attempts to gain security should not be confused with developments in contemporary society. Today, caution has become institutionalized to cover every aspect of life. This institutionalization is often interpreted technically — as a responsible way of minimizing risk.” (FUREDI, 2002, p. 108).

⁴⁰⁹ Como assevera Cass Sunstein: “People tend to be loss averse, which means that a loss from the status quo is seen as more undesirable than a gain is seen as desirable. When we anticipate a loss of what we now have, we can become genuinely afraid, in a way that greatly exceeds our feelings of pleasurable anticipation when we look forward to some supplement to what we now have. So far, perhaps, so good. The problem comes when individual and social decisions downplay potential gains from the status quo, and fixate on potential losses, in such a way as to produce overall increases in risks and overall decreases in well-being.” (SUNSTEIN, 2003, p. 41).

fracassos acabam sendo mais lembrados que os êxitos, fazendo com que os agentes políticos sejam mais prejudicados pelos eleitores pelos erros que pelos acertos. Igualmente esta percepção é muito clara na mídia que tende a acentuar os fracassos em detrimento dos sucessos.(HOOD, 2014, p. 27-29).

Neste ponto reside um dos mais perversos efeitos das técnicas de fuga ou evasão da responsabilização que iremos tratar. Na dúvida entre buscar o melhor ao interesse público em cotejo com os riscos negativos da atividade decisória, o agente público acaba por escolher o caminho da mediocridade. Os agentes públicos que atuam no cotidiano das burocracias contemporâneas sofrem por nossa tradição de controle examinar não o que funciona (visando extrair exemplos de boas práticas administrativas), mas em valorizar o que não está a funcionar, sob o argumento — aparentemente correto — que o que funciona é mero dever, e o que não funciona é que deve ser fiscalizado e corrigido.

A despeito da necessidade de verificar-se os equívocos e erros administrativos, este sistema de controle leva a graves equívocos e efeitos perniciosos. O primeiro deles é que toda atuação administrativa passa a centrar-se em evitar erros — que aliás parece desejável — mas ao se fazer assim, as boas práticas administrativas, as ideias inovadoras, o constante repensar da Administração Pública ficam em segundo plano.

Já o segundo problema decorre da impossibilidade de um agente público não cometer erros. Evidente que se sua conduta decorre de atuação culposa ou dolosa, estará sujeito ao respectivo ressarcimento, mas este erro não poderá ser um erro qualquer, deve estar revestido de dolo ou culpa grave, posto que se toda atuação culposa dos agentes públicos resultar em responsabilidade civil ou perda do cargo, não restará qualquer incentivo para o desenvolvimento de sua atividade.

Diante da iminência de qualquer agente público sofrer responsabilidade por seus atos, e do medo que perpassa a realidade administrativa brasileira, é que coloca-se as *estratégias de fuga da responsabilização* (HOOD, 2014), a exemplo da estratégia de paralisia decisória, onde a *arte de não decidir* passa a ser modo de sobrevivência do gestor na Administração Pública. (CONESA, 2014).

6.6 TIPOS DE ESTRATÉGIAS DE FUGA DA RESPONSABILIZAÇÃO

Antes de adentrarmos especificidades das estratégias de fuga da responsabilização, necessário fazer algumas considerações acerca do que nos levou a eleger as estratégias tratadas neste trabalho. Primeiramente, os tipos de estratégias de fuga da responsabilização abaixo

elencadas não são exaustivas. É possível incluirmos outras estratégias aqui não tratadas. Isto decorre do fato que a pluralidade de atuações e peculiaridades do exercício de cada função administrativa, pode ensejar a utilização de novos tipos de estratégias visando a fuga da responsabilização. Portanto, não pretendemos apresentar um rol taxativo de estratégias de fuga da responsabilização, mas tão-somente elencar as que nos parecem mais relevantes.

Importante esclarecer que as estratégias de fuga da responsabilização aqui descritas decorreram de nossa pesquisa bibliográfica, especialmente — ainda que não exclusivamente — do trabalho de Christopher Hood (HOOD, 2014), que verificou a utilização destas estratégias de fuga da responsabilização (*blame avoidance*) no Reino Unido, que são adaptáveis ou utilizáveis integralmente na realidade brasileira. A segunda fonte das estratégias aqui mencionadas decorre de nossa observação empírica dos modos de evitar-se a responsabilização pelos agentes públicos no Brasil; observações decorrentes de nossa atuação no Direito Público na defesa de agentes públicos, bem como da verificação de como comportam-se os órgão de controle no exercício da sua atividade controladora. Portanto, importante que se diga que nossas observações não passaram por testes empíricos para saber se as estratégias por nós elencadas são utilizadas de forma generalizada, se funcionam, ou mesmo qual seu efetivo grau de proteção decisória.

E diga-se que a testagem destas estratégias não é tarefa simples. Primeiro, porque como muitas destas estratégias envolvem revelar o móvel do agentes públicos, o que implica em revelar intenções publicamente inconfessáveis. E quando dizemos inconfessáveis não é porque sejam ilegais (embora possam sê-lo), mas porque é muito difícil ou inconveniente assumir publicamente, que o gestor utilizou-se, por exemplo, da *estratégia de judicialização ou substituição decisória externa*, que consiste em deixar de decidir ou decidir contrariamente ao interesses do cidadão (mesmo que tenha direito), esperando possa o Judiciário decidir em lugar do administrador, como forma de blindar-se de decisões que na percepção do gestor tragam algum grau de risco.

É igualmente difícil ao agente público admitir que quando procura os órgãos de controle para trocar ideias sobre decisões a serem tomadas, ou de como deve conduzir certos projetos governamentais (*estratégia de relacionamento informal interadministrativo*), em verdade pode fazê-lo mais pela busca da autoproteção, com o fito de partilhar da sua responsabilidade decisória, que pela busca de soluções consensuais oriundas dos órgãos de controle.

Tampouco é provável que algum agente público assuma, publicamente, que transferiu todo seu patrimônio buscando valer-se da *estratégia de blindagem patrimonial*, antes mesmo

de tomar posse num cargo público, visando preservar seu patrimônio pessoal diante do elevado risco de ter declarado indisponíveis seus bens, pelo simples fato de ordenar despesa pública.

Tendo em conta estas considerações introdutórias, os principais tipos de estratégias utilizadas para evasão ou fuga da responsabilização tendo em conta nossa pesquisa bibliográfica e nossas observações empíricas são: i) *estratégias de manipulação da opinião pública*; ii) *estratégias de atuação* visando transferir a outros agentes a responsabilidade ou grau de exposição ao risco; iii) *estratégias de políticas públicas ou operacionais*; iv) *estratégias de judicialização ou substituição decisória externa*; v) *estratégia de relacionamento informal interadministrativo*; e finalmente vi) a *estratégia de blindagem ou proteção patrimonial*, onde antes mesmo de assumir função pública o gestor já realiza a proteção de seus ativos financeiros quer lícita ou ilicitamente.

6.6.1 Estratégias de manipulação

As estratégias de manipulação estão ligadas a técnicas de propaganda e divulgação da ação estatal de modo a acentuar seus aspectos positivos; ou, diante dos problemas enfrentados pela Administração e cobranças que lhes são legitimamente feitas, passar a impressões positivas para minimizar os efeitos negativos de determinado tema para o gestor. Por sua natureza não podem ser utilizadas por qualquer agente público, mas especialmente pelos agentes políticos, eis que sua posição hierárquica, institucional e sua relação com o eleitorado permite sua utilização, ainda que seja pouco efetiva para fins de minorar sua responsabilização perante órgãos de controle.

Pode também implicar na criação de “distrações” de modo a entreter a mídia e os cidadãos, a exemplo da iniciativa de projeto de lei polêmico com a finalidade de promover agentes públicos ou mesmo no anúncio de medidas administrativas controversas cuja principal e velada finalidade é desviar dos assuntos mais prementes para os menos importantes. (HOOD, 2014). É a chamada *administração do espetáculo* na feliz dicção de Marçal Justen Filho.⁴¹⁰

⁴¹⁰ Assim bem explica o autor: “A atividade administrativa de espetáculo consiste essencialmente na demonstração pública de grande azáfama governativa. Os administradores públicos produzem permanente informação à Platéia relativamente às ações imaginárias que desenvolvem. Essa atividade administrativa espetacular se produz por meio da utilização de conceitos aptos a manter o expectador na condição de um elemento passivo, ocupado em acompanhar a proliferação de notícias jurídicas. Trata-se de prender a atenção dos indivíduos comuns, neutralizando o seu senso crítico e impedir qualquer comparação entre a ação administrativa e o mundo real não imaginário. O Direito Administrativo do espetáculo é um instrumento essencial para o Estado do Espetáculo, eis que as ações imaginárias do governante envolvem a utilização de conceitos e expressões técnico-científicas, que são recepcionados pela Platéia com um misto de desconhecimento e espanto.” (JUSTEN FILHO, 2009).

Como bem destaca Marçal Justen Filho, o direito administrativo do espetáculo tem por pressupostos epistemológicos: 1) a posição do administrado como objeto e não sujeito, devendo conformar-se com sua posição inferior; 2) a preferência dos princípios em detrimento das regras, evitando controles mais precisos; 3) a consagração de princípios sem conteúdo material, que permitem preenchimento subjetivo pelo governante; 4) rígida organização administrativa permitindo que a vontade do governante prepondere sobre a da Administração (JUSTEN FILHO, 2009).

A estratégia de manipulação consiste em apresentar uma versão dos fatos com o fito de manipular a impressão que a opinião pública ou publicada dele tem. Christopher Hood destaca quatro modos diferentes: i) *fazer prevalecer seu ponto de vista*; ii) *arrepender-se publicamente*; iii) *enterrar más notícias*; iv) *manter perfil discreto*. (HOOD, 2014, p. 74-93).

Ao adotar a técnica de fazer i) *prevalecer seu ponto de vista*, ou *ganhar a discussão*, o agente público tenta fazer valer sua versão dos fatos, demonstrando que o alegado problema a ele atribuído não ocorreu, ou, mesmo admitindo sua existência, minimizando seus efeitos negativos. Também pode implicar em culpar fatores que aparentemente independem da vontade do agente público, a exemplo da falha de sistemas de informática; falta de pessoal ao longo de muitos anos; problemas crônicos herdados de outros governos; desconhecimento dos fatos, etc. (HOOD, 2014, p. 74-78).

Já a técnica de ii) *arrepender-se publicamente* ou *confessar seus erros*, tem por fito desarmar os críticos e angariar simpatias. Por vezes é utilizada antes mesmo que as críticas sejam levadas mais adiante, blindando o agente público. Em geral é empregada pelos agentes políticos de maior estatura, seja porque dificilmente alguém estará interessado em ouvir desculpas de servidores públicos de menor hierarquia, seja por não exercerem cargos políticos que necessitem do apoio de eleitores. Claro que tal estratégia tem seus riscos, pois poderá expor ainda mais o agente público, ou mesmo passar a impressão que as desculpas são pouco sinceras. (HOOD, 2014, p. 79-82).

A técnica de iii) *enterrar más notícias* é utilizada para não divulgar situações delicadas para os governos e que podem ensejar explicações da imprensa e da sociedade civil. Assim, aumento da violência, incremento de subsídio de parlamentares, avanço da poluição ambiental, em regra não são notícias ou informações que se priorize divulgar. Quando a divulgação é inevitável, em regra se aproveita um momento onde a cobertura midiática sobre calamidades ou graves eventos esteja em curso, de modo a distrair a opinião pública. (HOOD, 2014, p. 82-84).

Finalmente, no uso da estratégia de manipulação o agente pode valer-se da tática de *iv) manter perfil discreto*. Como diz o dito popular: *falar é prata, mas calar é ouro*. Ter uma atitude *low profile* e esperar que as coisas resolvam por si mesmas pode ser uma técnica de evadir-se da responsabilização. Como acentua Christopher Hood ao trazer as palavras do Presidente estadunidense Calvin Coolidge (1923-1928): “Nunca vaya al encuentro de los problemas. Si solo se sienta tranquilamente, en nueve de cada diez casos alguien lo interceptará antes de que le alcance.” (HOOD, 2014, p. 84-89). Por certo que há risco nesta estratégia (passar-se por omissos) mas ela também admite variantes, pois em vez de calar-se por completo, silencia-se parcialmente, esclarecendo fatos quando for inevitável fazê-lo. Nesta linha, por vezes se emite nota pública oficial e por escrito para evitar-se questionamentos diretos, ou mesmo aceitando dar entrevistas apenas sobre perguntas previamente formuladas ou não atendendo certos meios de comunicação (HOOD, 2014, p. 86), a exemplo do que tem feito o presidente norte-americano Donald Trump.

6.6.2 Estratégias de atuação

As *estratégias de atuação* (HOOD, 2014), diferentemente das *estratégias de manipulação* que vimos anteriormente, são amplamente manejáveis por qualquer nível hierárquico de agentes públicos. Enquanto a *manipulação* é amplamente utilizada por agentes políticos, as de *atuação* estão ao alcance de todos.

Por *estratégias de atuação*, quer-se significar a atribuição ou desvio da responsabilização a outros agentes públicos ou a pessoas estranhas à Administração. A partir da percepção da elevada probabilidade de responsabilização do gestor público, é natural que este tenda a responsabilizar outrem quando as coisas não corram bem, passando a utilizar a técnica de eleger *bodes expiatórios* ou, em nosso universo tupiniquim: *bois de piranha*.⁴¹¹

O interessante da tática de *atuação* é que diferentemente da *manipulação* seus resultados são obtidos tanto no universo da política, como na responsabilização jurídica *stricto sensu*, quer nas ações de improbidade, processo crime ou perante a apuração administrativa no âmbito dos

⁴¹¹ Apenas para esclarecer os que desconhecem esta antiga prática pecuarista, a escolha do “boi de piranha” consiste em estratégia para atravessar rebanhos nos rios cheios de piranhas (vorazes peixes cujo *habitat* são a Amazônia e o centro-oeste brasileiro). Para tanto, elege-se um boi solitário para fazer a travessia do rio. Ao fazê-lo, o boi é devorado pelo cardume de piranhas em frenesi e os demais integrantes da manada podem atravessar ilesos noutro ponto do rio. A metáfora traduzida para o âmbito da Administração Pública é ainda mais feliz que a mundialmente conhecida expressão “bode expiatório”, de origem judaica.

tribunais de contas. Com efeito, a estratégia de atuação e seus consectários podem efetivamente blindar o agente público da responsabilidade civil, política, criminal ou administrativa.

Com o fito de obter-se o desvio de responsabilização, estas técnicas podem valer-se da delegação organizativa de responsabilidades, ou mesmo na privatização ou terceirização⁴¹² de certas atividades que passam a ser executadas pela iniciativa privada e não mais diretamente pelo Poder Público. A partir disto, a lógica da organização funcional da Administração Pública passa a ser a proteção de certos agentes políticos ou servidores, instaurando assim um novo e inquietante modelo organizativo.

Para melhor compreender esta eficácia, vamos analisar mais detidamente as variantes da técnica de atuação. Quatro tipos destacam-se: i) delegação; ii) reorganização defensiva; iii) associação coletiva nas decisões; iv) governo pelo mercado. (HOOD, 2014, p.98).

6.6.2.1 Delegação

A primeira delas: *i) delegação*, pode ser extremamente eficaz em nosso modelo organizativo e no modo de responsabilização dos agentes público no Brasil. Consiste na estruturação formal da cadeia decisória longe das mãos daqueles que estejam em posição hierarquicamente superior, e que poderiam ser responsabilizados pela prática de atos administrativos.

Um exemplo permite a clara compreensão do que estamos a dizer. É muito comum que nos municípios brasileiros as autoridades que deflagram e homologam (art. 38, VII da Lei 8.666/93) procedimentos licitatórios sejam os prefeitos municipais. Tal função é inglória porque estes agentes políticos de regra não têm a mínima ideia daquilo que estão assinando, tanto por confiarem nos seus assessores que dizem estar tudo regular, como por carecerem de formação jurídica, sem condições técnicas de compreender o acerto ou desacerto dos referidos procedimentos ou atos administrativos que estejam a subscrever. Aliás, mesmo que tivessem formação técnica, isto ainda seria difícil, pois a proliferação de entendimentos sobre os temas de licitação no Brasil beira a insanidade.

Dentro destas disfuncionalidades do sistema de controle em nosso País, uma vez que surja qualquer irregularidade ou ilegalidade nestes procedimentos licitatórios, os órgãos de controle partem da premissa que como o agente político assinou a deflagração ou homologação do certame, que a responsabilidade é sua. É bem verdade que mais recentemente os integrantes

⁴¹² Sobre o tema da terceirização na Administração Pública, Carolina Zancaner Zockun discorre sobre seus aspectos constitucionais e a sua instrumentalização para consecução das atividades estatais. (ZOCKUN, 2014).

das Comissões Permanentes de Licitação ou Pregoeiros vêm sendo indicados como litisconsortes passivos nestas demandas, mas a regra ainda é incluir ou chamar exclusivamente os prefeitos como responsáveis.⁴¹³

Para prevenir estes efeitos danosos, a *estratégia de delegação* consiste em delegar a outros servidores ou agentes públicos (ex: secretário municipal de administração) a responsabilidade por deflagrar ou homologar procedimentos licitatórios. Para tanto, se pode ou enviar projeto de lei ao parlamento municipal visando alterar a norma de competência quanto a subscrição destes atos administrativos por outras autoridades, ou mesmo editar decretos (se assim as leis orgânicas ou demais normas municipais assim permitirem) para elegerem outros ocupantes de cargos em comissão ou função de confiança para exercerem este espinhoso mister nas licitações públicas. Utilizando da metáfora aqui já utilizada, servem de verdadeiros *bois de piranha* para que certos agentes públicos possam cruzar indenes as turbulentas águas da Administração Pública brasileira.

Veja-se que esta estratégia nada tem de ilegal. Muito pelo contrário. Pode ser utilizada pelos agentes políticos para protegerem-se de quaisquer consequências jurídicas desfavoráveis, especialmente no âmbito do Judiciário e dos tribunais de contas, eximindo sua responsabilidade por nunca ter “tocado” nestes procedimentos administrativos. Tal estratégia também pode ser utilizada por servidores públicos de segundo escalão, para delegar a outros servidores tais responsabilidades, desde que a lei assim o possibilite.

Claro que do modo disfuncional que exercido o controle externo no Brasil, nem mesmo tal estratégia poderá assegurar de todo a irresponsabilidade dos agentes políticos, pois sempre poder-se-á utilizar da premissa — equivocada — que o agente público que ocupa o ápice da estrutura administrativa, não poderia “desconhecer” tais irregularidades aduzindo-se culpa *in eligendo* ou *in vigilando*.

A despeito disso, a estratégia de delegação pode revelar-se poderosa armadura na proteção de certos agentes em desviar os golpes que lhes são desferidos a outros de hierarquia inferior. Por certo que esta estratégia não elimina a responsabilização apenas a transfere a outros agentes públicos. Este aspecto leva a maior eficácia da estratégia, porque de toda sorte (ou azar)

⁴¹³ As razões desta predileção são de difícil explicação. A primeira hipótese é que como o prefeito é agente político com visibilidade midiática, isto destacaria o trabalho dos agentes de controle externo no Brasil e a valorização do seu papel perante a sociedade civil e a mídia. A segunda hipótese é que os servidores efetivos de segundo escalão contam com maior beneplácito dos órgãos de controle, se comparamos aos agentes políticos, como já vimos anteriormente, além de não chamarem tanto à atenção em comparação aos agentes políticos. Estes fatores levam a maior apetência dos órgãos de controle externo pela “carne” dos prefeitos, mais que a qualquer outro cargo da República, especialmente porque aos demais chefes do executivo (governadores e Presidente) é bem mais difícil ou restrito o exercício o controle externo, quer pela importância política de tais cargos, quer pela limitação de competência das autoridades que podem processá-los.

alguém será condenado e os órgãos de controle poderão ficar com a sensação de dever cumprido por terem condenado alguém.

6.6.2.2 *Reorganização defensiva*

Também a estratégia de ii) *reorganização defensiva* consiste na organização da administração pública de modo desordenado ou de modo a confundir quem efetivamente deve ser responsabilizado, em face de constantes mudanças organizativas e com conseqüente dificuldade em encontrar responsáveis. Um dos tipos mais frequentes desta estratégia é a instituição de constantes mudanças nos cargos governamentais (ministros ou secretários) de modo que quando surja a crise, já não se possa mais culpar os agentes públicos que estejam efetivamente à frente da pasta. Também pode ocorrer com a impessoalização dos atendimentos aos cidadãos, de modo que quando são atendidos por um servidor, já não o serão posteriormente, dificultando saber de quem efetivamente é a responsabilidade pelo mau funcionamento dos serviços públicos. (HOOD, 2014, p. 108-110).

6.6.2.3 *Coletivização das decisões*

Ainda dentro das estratégias de atuação, encontramos a utilização da iii) *coletivização das decisões*, onde a ideia é coletivizar e compartilhar ao máximo a tomada de decisão, de modo a desviar-se individualmente de qualquer responsabilização. Tal medida permite que a decisão seja adotada não de modo unipessoal, mas através de conselhos ou grupos, visando compartilhar responsabilidades entre seus integrantes ou dentre aqueles que atuam de modo cooperativo nas organizações.

Nessa linha, observamos que no Brasil já se começa a utilizar desta técnica, a exemplo dos advogados públicos que atuam na atividade consultiva de estados⁴¹⁴ ou municípios, através da subscrição coletiva de pareceres jurídicos por todos os integrantes das respectivas procuradorias, ou mesmo na exigência de unanimidade do corpo de procuradores no entendimento jurídico a ser adotado, de modo — senão para eximir — a compartilhar os riscos decisórios na atuação do parecerista.

⁴¹⁴ Durante certo tempo a Procuradoria da Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina - ALESC, adotou esta técnica de compartilhamento e subscrição dos pareceres jurídicos pelo Colégio dos Procuradores, ainda que seja escolhido um parecerista para ser o relator da matéria, de modo a pulverizar responsabilidades pela emissão de parecer.

As licitações públicas novamente podem ilustrar a prática da autoridade apenas subscrever atos que sejam da sua competência se amparados pelo respectivo parecer jurídico, de modo que a autoridade possa dizer — caso venha a responder juridicamente — que apenas o fez por conta da orientação de sua equipe, e equipe qualificada e dos quadros permanentes da Administração.⁴¹⁵

⁴¹⁵ A jurisprudência vem justamente ao encontro desta efetiva estratégia de desvio de responsabilização, pois é sabido que quando o administrador decide com base em parecer ou orientação jurídica que não poderia ser responsabilizado. Como decidiu pelo Ministro Luiz Fux no Supremo Tribunal Federal: PROCESSO PENAL. INQUÉRITO. ENVOLVIMENTO DE PARLAMENTAR FEDERAL. CRIME DE DISPENSA IRREGULAR DE LICITAÇÃO (ART. 89 DA LEI Nº 8.666/93). AUDIÇÃO PRÉVIA DO ADMINISTRADOR À PROCURADORIA JURÍDICA, QUE ASSENTOU A INEXIGIBILIDADE DA LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO DOLO. ART. 395, INCISO III, DO CPP. INEXISTÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. 1. A denúncia ostenta como premissa para seu recebimento a conjugação dos artigos 41 e 395 do CPP, porquanto deve conter os requisitos do artigo 41 do CPP e não incidir em nenhuma das hipóteses do art. 395 do mesmo diploma legal. Precedentes: INQ 1990/RO, rel. Min. Cármen Lúcia, Pleno, DJ de 21/2/2011; Inq 3016/SP, rel. Min. Ellen Gracie, Pleno, DJ de 16/2/2011; Inq 2677/BA, rel. Min. Ayres Britto, Pleno, DJ de 21/10/2010; Inq 2646/RN, rel. Min. Ayres Britto, Pleno, DJ de 6/5/010. 2. O dolo, consubstanciado na vontade livre e consciente de praticar o ilícito penal, não se faz presente quando o acusado da prática do crime do art. 89 da Lei nº 8.666/93 (“Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade”) atua com fulcro em parecer da Procuradoria Jurídica no sentido da inexigibilidade da licitação. 3. *In casu*, narra a denúncia que o investigado, na qualidade de Diretor da Secretaria Municipal de Esportes e Lazer, teria solicitado, mediante ofício ao Departamento de Controle e Licitações, a contratação de bandas musicais ante a necessidade de apresentação de grande quantidade de bandas e grupos de shows musicais na época carnavalesca, sendo certo que no Diário Oficial foi publicada a ratificação das conclusões da Procuradoria Jurídica, assentando a inexigibilidade de licitação, o que evidencia a ausência do elemento subjetivo do tipo no caso sub judice, tanto mais porque, na área musical, as obrigações são sempre contraídas *intuitu personae*, em razão das qualidades pessoais do artista, que é exatamente o que fundamenta os casos de inexigibilidade na Lei de Licitações – Lei nº 8.666/93. 4. Denúncia rejeitada por falta de justa causa – art. 395, III, do Código de Processo Penal. (Inq 2482, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 15/09/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-035 DIVULG 16-02-2012 PUBLIC 17-02-2012).

Idêntica orientação tem sido prestigiada pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ: PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DISPENSA IRREGULAR DE LICITAÇÃO. ART. 89, DA LEI N. 8.666/93. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE DOLO E DE ELEMENTAR DO TIPO. CONFIGURAÇÃO. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO.

I - A jurisprudência do excelso Supremo Tribunal Federal, bem como desta eg. Corte, há muito já se firmaram no sentido de que o trancamento da ação penal por meio do habeas corpus é medida excepcional, que somente deve ser adotada quando houver inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito.

II - O recorrente foi denunciado por dispensa irregular de licitação, prevista no art. 89, da Lei n. 8.666/93, em razão da contratação direta de artistas para as comemorações do centenário de emancipação do Município de Conceição do Rio Verde/MG.

[...]

IV - Ademais, não se verifica a existência de vontade livre e consciente dirigidas à prática da conduta de dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses legais, uma vez que o recorrente acautelou-se, consultando previamente o órgão competente sobre a inexigibilidade de licitação para depois promover a contratação direta dos artistas. "O dolo, consubstanciado na vontade livre e consciente de praticar o ilícito penal, não se faz presente quando o acusado da prática do crime do art. 89 da Lei nº 8.666/93 atua com fulcro em parecer da Procuradoria Jurídica no sentido da inexigibilidade da licitação" (STF - Inq n. 2482/MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, Rel. p/ Acórdão, Min. Luiz Fux). Recurso ordinário provido para trancar a ação penal n. 0000181-64.2013.8.13.0177, em trâmite perante o Juízo da Comarca de Conceição do Rio Verde/MG, pela atipicidade da conduta. (RHC 48.916/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 04/12/2014, DJe 12/12/2014)

Com efeito, no âmbito criminal se revela importante que o administrador tenha decidido com base em parecer jurídico, posto que não há nestas hipóteses consciência dos elementos subjetivos e objetivos do tipo penal, como destaca Cezar Roberto Bittencourt: “Em outros termos, a consciência dos elementos objetivos e subjetivos do tipo

6.6.2.4 Governo pelo mercado

Por fim, ainda nas estratégias de atuação, a técnica de *iii) governo pelo mercado* se demonstra hábil estratégia de atuação para fuga da responsabilização. Neste caso os governos partem para privatizações e subcontratações de modo a repassar a responsabilidade pelo mau funcionamento dos serviços públicos à iniciativa privada. Evidente que não se está a sustentar que o mote primeiro das privatizações e subcontratações seja a fuga da responsabilização, posto que questões econômicas quanto a eficiência e adequada prestação dos serviços podem ser a principal causa de delegação destes serviços públicos.

Todavia, é inegável que a atribuição destas atividades econômicas ao setor privado, traz consigo a conveniência do Estado e seus dirigentes não assumirem diretamente os ônus da prestação de serviços, ainda que permaneça a sua titularidade. A terceirização de serviços é um modo de eximir-se — senão juridicamente — ao menos politicamente da responsabilização, pois sempre se poderá atribuir a terceiros a responsabilidade pelos danos causados a terceiros.

Pesquisas apontam que a dispersão institucional de responsabilidade implica em menor atribuição de culpa pelos cidadãos aos governos e seus fracassos (HOOD, 2014, p. 116). Igualmente no âmbito da responsabilização jurídica, parece-nos evidente que o governo pelo mercado pode implicar na responsabilização de terceiros detrimientos dos agentes públicos, especialmente os agentes políticos, funcionando esta estratégia como anteparo ou escudo protetor.

Todavia, as estratégias de atuação também encontram limites. Evidente que há decisões que não podem ser delegadas a terceiros e mesmo as delegáveis podem não isentar de todo a responsabilidade da autoridade delegante, senão juridicamente (onde parece funcionar melhor), ao menos politicamente, pois nem sempre um chefe do poder executivo poderá isentar-se de responsabilidade política por decisões delegadas seus ministros ou de concessionárias que prestam serviços públicos.

deve ser real, efetiva, concreta, no momento da ação, sendo insuficiente mera possibilidade ou potencial consciência de tais elementos. Nesse sentido, fica completamente afastada essa consciência quando, por exemplo, o agente age respaldado em fundamentado parecer técnico-jurídico de assessoria especializada. Aliás, o parecer é, por si mesmo, a demonstração da ausência de consciência (e também de vontade) de infringir a norma proibitiva, é a comprovação do desejo de agir *secundum legis*, afastando, por conseguinte, o elemento subjetivo, ou seja, o *dolus*, e, por extensão, a tipicidade subjetiva. Eventual conclusão, posterior, em outras instâncias, de que a decisão foi equivocada e que era exigível licitação ou as formalidades dispensadas, não tem o condão de atribuir tipicidade ao comportamento que se respaldou em fundamentado parecer jurídico, pois, por óbvio, esbarra na ausência de dolo, na medida em que quem age escudado em estudos de experts não pretende violar a norma proibitiva, mas adequar-se a ela. Na verdade, admitindo que a conclusão posterior esteja correta, demonstrará somente que houve uma irregularidade (ou até mesmo uma ilegalidade) puramente administrativa, mas jamais uma infração penal, por falta de tipicidade subjetiva [...]” (BITTENCOURT, 2012, p. 161).

6.6.3 Estratégias de política pública ou estratégias operacionais

As estratégias de políticas públicas ou operacionais visam organizar e estruturar a organização administrativa de modo a eliminar potenciais causas da responsabilização. Trata-se de manter processos operacionais que compreendem: i) *protocolização*, estabelecendo rotinas a serem cogentemente seguidas pelas autoridades; ii) o *gregarismo*, que consiste em decidir de modo coletivo, evitando a individualização da responsabilidade; iii) a individualização da responsabilização para *elementos externos*, a exemplo da sociedade civil, usuários, prestadores de serviço público e iv) a *inação* ou *imobilismo decisório*. (HOOD, 2014, p. 123-124).

6.6.3.1 Protocolização

A i) *protocolização* é largamente utilizada pela Administração Pública, mormente pelo avanço das tecnologias de informática que fazem com que o cidadão tenha de seguir procedimentos padrão com vista a obter informações ou exercer seus direitos perante a Administração Pública.

A vantagem da estratégia para o gestor público é que a impessoalização do atendimento ao cidadão pela protocolização de requerimentos padronizados e a redução do exercício de competência discricionárias permitem que sempre se possa culpar (literalmente) o “sistema” de informática pelas decisões administrativas, reduzindo o risco ao administrador pela tomada de decisão.

Evidentemente que um elevado grau de ineficiência do sistema de protocolização leva a ineficácia desta estratégia, podendo mesmo potencializá-la, na medida que as rotinas pré-estabelecidas não consigam atender minimamente as demandas dos cidadãos

6.6.3.2 Gregarismo

A o ii) *gregarismo*, implica na adoção de decisões grupais, de modo a pulverizar a responsabilização. Não raro pode ser detectado em situações onde a autoridade decisora pode deliberar por si, mas prefere “colegiar” o processo decisório, quer formal ou mesmo informalmente. Evidente que para fins de evitar a responsabilização judicial, o ideal é que estes processos coletivos de decisão estejam formalmente regrados, de modo eximir eficazmente a responsabilidade do gestor. Mas isto não impede a prática de medidas informais de decisão que

visem demonstrar — em caso de questionamento da impessoalidade do administrador — que tomou sua decisão de modo isento e impessoal.

Exemplo disso é a prática dos agentes públicos atenderem os administrados, literalmente, de “portas abertas”, de modo que toda a equipe de servidores de apoio participe informalmente da conversa escutando seu inteiro teor. Tal técnica tem sido adotada inclusive por integrantes do Poder Judiciário. A publicidade destes diálogos, em última análise visa a blindagem do agente público quanto à honestidade da sua conduta, tendo por testemunhas aqueles que o cercam, o que não deixa de ser espécie de estratégia de desvio de responsabilização. Como diz o adágio popular: “À mulher de Cesar não basta ser honesta, deve parecer honesta”.

6.6.3.3 *Individualização da responsabilização ou eleição de bode expiatório*

A técnica de iii) *individualização da responsabilização* ou eleição de um *bode expiatório*, compreende importante técnica de fuga da responsabilização, ao eleger-se grupo ou indivíduo sobre o qual deverá cair a responsabilidade. Pode ser utilizada de cima para baixo (do superior hierárquico aos seus subordinados) ou mesmo de baixo para cima (dos subordinados ao superior hierárquico) (HOOD, 2014, p. 132-133).

Esta técnica para sua plena eficácia em geral é conjugada com outras, a exemplo das *técnicas de manipulação* por *delegação* administrativa, onde estruturalmente (pela via legal ou infralegal), se organiza previamente a Administração Pública com vistas a escolher qual o agente público será responsabilizado caso surja algum problema que demande reparação.

Tal técnica é a princípio intuitiva, com a negação da responsabilização e atribuição a outra pessoa ou grupo. Mas o que chama a atenção na atualidade é que em um cenário de hiperresponsabilização dos agentes públicos, a técnica já é pensada antes mesmo que venha a ocorrer qualquer problema, pois a eleição de bodes expiatórios passa a ser considerada na organização administrativa e pensada na modelagem organizativa do ente.

6.6.3.4 *Inação ou imobilismo decisório: a paralisia administrativa*

A técnica da iv) *inação ou imobilismo decisório* vem crescendo cada vez mais em importância, Trata-se de fenômeno antigo, mas que atualmente assume novos contornos, consistindo simplesmente em negar atender demandas dos cidadãos ou situações que

impliquem em elevado risco. Ao deliberar sobre tema de elevado grau de responsabilização, a autoridade simplesmente “diz não” (HOOD, 2014, 134-137).

O assunto também foi tratado por Pierre Conesa no livro: *Surtout ne rien décider: manuel de survie em milieu politique avec exercices pratiques corrigés* (CONESA, 2014)⁴¹⁶. O texto é ácido, provocante e atual. Ainda que o enfoque do autor tenha sido a sobrevivência no meio político pela arte da não-decisão, e por isso mesmo sem maior aprofundamento quanto à responsabilização *jurídica* dos políticos, o texto chama a atenção por diversas razões. A primeira delas que a percepção que o fenômeno da paralisia decisória não acontece apenas em solo tupiniquim, mas também na França.

A despeito de Conesa tratar mais detidamente do tema, não podemos deixar de fazer menção do texto de Pierre Affuzzi: *Pour une théorie politique de la non-décision*, que antes mesmo de Conesa já delineou aspectos fundamentais do imobilismo decisório em matéria de reformas administrativas (AFFUZZI, 2001).

O livro de Conesa pode ser resumido no seguinte parágrafo: “*Apprendre l’art suprême de la non-décision en laissant une trace dans l’histoire, tel est l’objet de ce petit ouvrage qui livre clés en main les techniques à connaître pour donner l’illusion de l’action sans jamais rien décider.*” (CONESA, 2014, p. 17).

Conesa enfatiza a procrastinação das reformas administrativa como forma de sobrevivência no mundo da política. Mas este adiamento decisório — por razões óbvias — não pode ser assumido explicitamente, pelo contrário, se deve dar permanentemente impressão de se estar em constante ação e movimento. A ideia é deixar que as coisas “resolvam-se” por si, deixando temas espinhosos como reformas administrativas, previdenciárias ou quaisquer outros temas polêmicos, para o respectivo sucessor (CONESA, 2014).

Com efeito, uma vez adotada a técnica de não-decisão, deve-se dar a ilusão da ação. Mas como a inação aberta é politicamente arriscada e ilegal, fundamental o papel da comunicação para dar a ilusão da ação, seja através da progressividade ou aprofundamento do estudo da matéria controversa que aguarda decisão administrativa (AFFUZZI, 2001, p. 45)⁴¹⁷

⁴¹⁶ A indicação deste texto decorreu da leitura do artigo O medo o ato administrativo de Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas (MASCARENHAS, 2016).

⁴¹⁷ Como assevera Pierre Affuzzi: “Une fois la non-décision « adoptée », il est important de donner l’illusion de l’action. Une inaction avouée est politiquement risquée. Il faut que le politique conserve son apparente capacité de décision de crainte de perdre sa crédibilité. La communication joue alors pleinement son rôle. Différentes techniques peuvent être recensées. Considérons d’abord celle du report pour motif technique, qui prend habituellement deux formes: la progressivité ou l’approfondissement de la réflexion” (AFFUZZI, 2001, p. 45).

Também não se deve confundir a arte da não-decisão com a indecisão. São coisas muito diferentes. Quem não quer decidir sabe muito bem o que está a fazer. Nada tem de indeciso. Utiliza-se da *não-decisão* como tática planejada e programada.⁴¹⁸

Dentre estas técnicas, podem ser destacadas: i) a demonstração da falta de urgência das reformas administrativas; ii) o anúncio de medidas ambiciosas; iii) a demonstração que as medidas a serem adotadas exigem aprofundados estudos; iv) comunicação diária do governo para dar a impressão de permanente ação; v) quando todas as rotas de fuga para ação já tiverem sido esgotadas, sempre será possível criar a complexidade. (CONESA, 2014, p. 29-45).

Nesta perspectiva de não-ação, importante a utilização da participação popular como forma de se adiar as reformas ou decisões importantes, mas que podem trazer elevado ônus político à autoridade. Tal prática pode ser vista como deboche ao instituto da consulta pública enquanto forma de inserir o cidadão nas decisões da Administração, de modo a bloquear a possibilidade de decisão, razão pela qual não pode ser assumido abertamente. (CONESA, 2014, p. 57-58). Mas a questão é mais complexa. Se de um lado podemos enxergar tal proceder como escárnio à participação popular, de outro, trata-se de efetivo medo em adotar decisões que possam repercutir na sua esfera política ou patrimonial do agente.

Neste contexto, cunhou-se a expressão *Not In My Term Of Office – NIMTO* ou *NIMTOO*⁴¹⁹ (não em meu mandato), utilizada para decisões que não devem ser tomadas no curso do mandato.⁴²⁰ Esta expressão é a versão política da fórmula *Not In My Back Yard – NIMBY* (não em meu quintal), utilizada no Direito Ambiental para fazer alusão ao fato das populações não aceitarem projetos polêmicos em seus entornos, a exemplo de aterros sanitários.

O imobilismo decisório também está ligado ao viés retrospectivo (*hindsight bias*) com que são escrutinados os atos administrativos pelos órgãos de controle externo. Diante dos riscos

⁴¹⁸ Sobre a distinção entre indecisão e não-decisão assim resume Pierre Conesa: “Un décideur indécis qui hésite entre plusieurs options peut finalement exprimer un choix. Le bonheur d'hésiter est de croire que l'on prend une décision avec la rassurante perspective de pouvoir ne pas en prendre. En revanche, la non-décision est un acte positif de refus, d'immobilisme, de contournement, mêlant technicité politique, communication habile, câlinothérapie et traitement symptomatique. L'art de la non-décision se pratique comme la boxe chinoise, le tai-chi-chuan (la « boxe contre son ombre »). Le combat est simulé contre plusieurs adversaires imaginaires, les coups portés dans différentes directions doivent être élégants et parfaitement enchaînés. La satisfaction réside dans l'exécution la plus précise de la gestuelle.” (CONESA, 2014, p. 22-23).

⁴¹⁹ A terminologia NIMTO chamou a atenção a partir do artigo: O medo o ato administrativo, de Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas. (MASCARENHAS, 2016).

⁴²⁰ Acerca do tema fazemos menção ao texto de Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas: “Este fenômeno ganhou até uma sigla em inglês “NIMTO” (*not in my term of office*) para expressar exatamente a situação em que decisões sobre temas importantes, mas de extrema delicadeza política, são postergadas por agentes políticos, que consideram “melhor” (para si e não para o interesse público) deixar que seu sucessor resolva o problema. Trata-se, portanto, de um medo de dupla face, que merece a atenção da doutrina. (MASCARENHAS, 2016).

inerentes ao processo decisório, o agente público tende a tomar decisões burocráticas que o preserve sua integridade patrimonial e pessoal.⁴²¹

Trata-se de fenômeno global mas que varia no tempo e no espaço. No caso brasileiro não se trata de mera arte da política ou em como sobreviver no meio político e alcançar altos cargos. Aqui se trata da própria sobrevivência civil, política e penal do agente público. A arte da não-decisão no Brasil tem temperamentos inimagináveis noutros cantos do planeta. Ela passa a ser cogente, determinante e fundamental para a preservação do patrimônio pessoal, da honorabilidade e da liberdade do agente público.

A estratégia do imobilismo decisório brasileiro afeta a todos os agentes públicos, mesmo os servidores de carreira que por vezes passam a ter mais medo que os próprios agentes políticos das consequências das suas decisões. Isto se explica porque o agente político por vezes está a pouco tempo na política e ainda não faz a mínima ideia dos riscos a que está sujeito em sua liberdade e patrimônio. Já os servidores de carreira, mais “calejados” dos perigos a que estão expostos, evitam a todo custo decidir ou subscrever qualquer documento que possa lhes trazer alguma responsabilização decisória.

O exemplo clássico é a assinatura dos aditivos contratuais. Encontrar agentes públicos dispostos a assinar aditivos contratuais não é tarefa fácil.⁴²² O tema das licitações públicas é deveras ilustrativo do que estamos a dizer, pois além muitos controladores presumirem irregularidades nos processos licitatórios, é nas licitações que são alocadas boa parte das verbas públicas, impondo um alto ônus a quem de algum modo está envolvido no processo licitatório.

Este imobilismo total ou parcial pode refletir-se em pareceres técnicos ambíguos, onde se aponta o caminho legal a resolução dos problemas, mas ao mesmo tempo coloca em dúvida a solução técnica adotada, de modo a resguardar-se quando surgirem questionamentos quanto ao teor do parecer.

Outro efeito deletério é a consagração do indeferimento generalizado como forma de autoproteção dos agentes públicos. A estratégia de imobilismo decisório, paralisia decisória, ou

⁴²¹ Este fenômeno foi bem abordado por Daniel Kahneman, onde esclarece que o controle com viés retrospectivo leva a soluções burocráticas: “Com a adesão a procedimentos operacionais padronizados é difícil de ser analisada *a posteriori*, os tomadores de decisão que esperam submeter suas decisões a um exame retrospectivo são motivados por soluções burocráticas — e a uma relutância extrema em assumir riscos. Como processos por negligência se tornariam mais comuns, os médicos mudaram seus procedimentos de múltiplas formas: pedindo mais exames, encaminhando mais casos para especialistas, aplicando tratamentos convencionais mesmo quando há pouca probabilidade de serem de alguma ajuda. Essas atitudes protegeram mais os médicos do que beneficiaram os pacientes, criando o potencial para conflito de interesse. O aumento de responsabilidade é uma faca de dois gumes.” (KAHNEMAN, 2012, p. 256).

⁴²² Acerca das dificuldades burocráticas nas alterações contratuais e do risco que isto gera aos agentes públicos, fazemos referência a Joel de Menezes Niebuhr, no seu: *Licitação pública e contrato administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 893-901.

técnicas de não-decisão pode ter efeitos devastadores sobre a boa gestão pública, mas que podem preservar com grande vantagem os bens jurídicos do gestor ou do ordenador de despesas e dos demais públicos que atuam na Administração.

Como dizia Marcos Juruena: “dorme tranquilo quem indefere”⁴²³ Esta mesma lógica já fora percebida por Roberto Dromi, ao estabelecer seu *Código do Fracasso da Administração Pública*, cujos artigos são os seguintes: “*artículo 1º: no se puede; artículo 2º: en caso de duda, abstenerse; artículo 3º: si es urgente, esperar; artículo 4º: siempre es más prudente no hacer nada*” (DROMI, 1995, p. 35).

O fenômeno da não-decisão na Administração Pública não é novo. Mas é lícito concluir que há novidades na estratégia. É que a implementação maciça dos controles da Administração Pública, implica em aumento exponencial dos riscos. Se antes era uma mera cogitação o gestor público ser cobrado e responsabilizado por suas decisões, hoje isto é muito mais intenso; quer pelo aumento da informatização e grau de acuidade dos sistemas de controle; quer pela participação mais intensa do cidadão no controle social; seja por cobertura midiática cada vez mais intensa; ou ainda pela comunicação instantânea das redes sociais.

Mais uma vez salientamos que o problema não está em ser “cobrado” pela sociedade ou controlado. É óbvio que o exercício de função administrativa implica em *accountability* e eventual responsabilização. Afinal, não se imagina que alguém possa exercer tais funções sem ônus. O problema desenvolvido ao longo deste texto está no *ônus disfuncional*.

No caso brasileiro, a possibilidade de ações de improbidade, processos crime ou decisões condenatórias dos tribunais de contas, fazem que o gestor tenha não apenas aversão, mas pânico em decidir, pois não se trata de mera reprimenda social ou administrativa, mas de pesadas consequências ao patrimônio pessoal, aos direitos políticos fundamentais ou mesmo à própria liberdade ambulatoria decorrentes de erros que deveriam ser escusáveis.

Demais disso, a técnica de indeferimento e consequente paralisia administrativa adquire importante variante no Brasil, ligada ao desequilíbrio entre as funções estatais por qual passamos. É que o gestor público, mesmo sabendo que é da sua competência decidir, prefere indeferir justamente para que o administrado busque o atendimento de seu pleito pela via judicial. Como veremos em seguida, o agente público sabendo que estará sujeito à responsabilização disfuncional, pouco importando o que decida, prefere deixar ao Judiciário, o ônus em decidir e substituir por via oblíqua o lícito exercício da função administrativa.

⁴²³ 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: 15 de outubro de 2018.

6.6.4 Estratégias de judicialização ou substituição decisória externa

As estratégias de judicialização ou substituição decisória externa significam a atribuição a outros poderes ou órgãos constitucionais do poder de decisão exclusivo do administrador com o fito de proteger-se jurídica e politicamente. De certo modo esta estratégia é o reconhecimento da falência da divisão funcional dos poderes e a tentativa de utilizar-se desta disfunção para blindagem do agente ou autoridade decisora.

Este fenômeno também é observável na política, como bem assinala Ran Hirshl⁴²⁴ tendo sido intuitivamente utilizada esta técnica pela classe política de modo a *redirecionar a culpa* e de maneira a terceirizar os problemas ao Judiciário, quer porque pode oferecer saída conveniente, quer porque os políticos não tem capacidade ou mesmo interesse em resolver certos problemas na esfera da política (HIRSCHL, 2013, p. 165). A utilização desta técnica pelas autoridades políticas e administrativas prolifera-se cada vez mais em solo brasileiro. Trata-se de fenômeno conhecido por qualquer administrador, mas que nunca foi tratado como estratégia típica de fuga da responsabilização nos termos aqui propostos. Vejamos como funciona. Imaginemos que um cidadão ou mesmo alguém que mantenha contrato com a Administração Pública venha a pleitear algum direito subjetivo. Para tanto expõe suas razões de direito e estando a matéria dentro do núcleo de competência da Administração (ex: outorga do direito de construir ou mesmo reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos).

Na premissa que o Direito claramente agasalhe o pleito do cidadão ou contratado, dever-se-ia esperar o pronto atendimento do requerimento e o conseqüente deferimento do pedido. Todavia, a depender do grau de risco de responsabilização pela decisão, a autoridade pública, sem qualquer pudor, por vezes revela informalmente que concorda plenamente com as razões

⁴²⁴ Vale trazeremos a íntegra do pensamento de Ran Hirshl: “Do ponto de vista dos políticos, a delegação de questões políticas controversas para os tribunais pode ser um meio eficaz de transferir responsabilidade, reduzindo os riscos para eles mesmos e para o aparato institucional no qual operam. O cálculo dessa estratégia de “redirecionamento de culpa” é bastante intuitivo. Se a delegação de poderes é capaz de aumentar a legitimidade e/ou diminuir a culpa atribuída aos atores políticos pelo resultado da decisão da instituição delegada, então tal delegação pode beneficiar os atores políticos. No mínimo, a transferência de “abacaxis” políticos para os tribunais oferece uma saída conveniente para políticos incapazes ou desinteressados em resolver essas disputas na esfera política. Essa transferência também pode representar um refúgio para políticos que buscam evitar dilemas difíceis, nos quais não há vitória possível, e/ou evitar o colapso de coalizões de governo em estado de fragilidade ou de impasse. Da mesma forma, a oposição pode buscar judicializar a política (por exemplo, peticionando contra políticas públicas do governo) para dificultar a vida do governo da vez. Políticos da oposição podem recorrer ao Judiciário na tentativa de aumentar sua exposição na mídia, independentemente de o resultado final da disputa ser ou não favorável. Com frequência, por trás da transferência para o Judiciário de questões envolvendo mudanças de regime encontraremos uma busca política por legitimidade (considere, por exemplo, a já mencionada legitimação do golpe de Estado militar pela Suprema Corte do Paquistão, em 1999). Estudos empíricos confirmam que, na maioria das democracias constitucionais, tribunais superiores têm mais legitimidade e mais apoio da opinião pública do que virtualmente todas as outras instituições políticas. Isso é verdade mesmo quando os tribunais se engajam em manifestações explícitas de jurisprudência política. (HIRSCHL, 2013, p. 165).

apresentadas, mas esclarece que dados os riscos ou problemas que tal decisão poderá fazê-lo incorrer e que seria melhor que o contratado procurasse resolver judicialmente o problema. É dizer: se o Judiciário mandar, cumpro.

Mesmo situações mais curiais que demandariam imediata reparação por danos causados aos particulares pela Administração e que poderiam ser ressarcidas administrativamente, encontram enorme resistência, pois se o ordenador primário de despesas ordenar seu pagamento estará sujeito às ações de improbidade que questionam o *quantum* indenizatório pago ou mesmo discussões quanto à extensão do efetivo prejuízo sofrido pelo particular e o que fora efetivamente por ele percebido.⁴²⁵

Por mais que tal modo de pensar seja paradoxal e absolutamente desconcertante, do ponto de vista da fuga da responsabilização, a autoridade está absolutamente correta. Afinal, se a decisão sobre temas mais sensíveis for adotada ou homologada em processo judicial pelo Judiciário, rigorosamente nada poderá lhe acontecer. Terá simplesmente cumprido a decisão judicial.

A grande vantagem é que a “terceirização” da decisão ao Judiciário, de uma só vez libera o administrador dos ônus de decidir. Curiosamente, o acerto ou desacerto daquilo que será decidido pelo Judiciário, não sujeitará este Poder a qualquer ônus ou responsabilidade por sua decisão, pois o exercício disfuncional de funções administrativas por outros poderes no Brasil não gera na casuística qualquer dever de reparação.

Mas não é apenas ao Judiciário que delega-se a decisão que caberia fundamentalmente ao administrador. Os demais órgãos de controle estão cada vez mais decidindo em nome da Administração, exercendo obliquamente função administrativa que lhe seria defesa.

Se tomarmos por exemplo o Ministério Público verificaremos — com preocupação — que muitas “recomendações” ou Termos de Ajuste de Conduta - TAC por ele encetados, em geral visam definir políticas públicas e decisões que competiriam apenas à Administração. Não que tais atuações ministeriais não sejam possíveis ou desejáveis. Por vezes o são. Mas tem-se percebido que tais recomendações ministeriais em alguns casos são seguidas da explícita ameaça da interposição ações civis públicas ou ações de improbidade, se não forem seguidas à risca.

Nesta hipótese tem-se a substituição decisória pelo Ministério Público sem que haja efetiva vontade do agente em fazê-lo, mas diante das circunstâncias do caso e da possibilidade de sofrer ações que podem repercutir nos seus direitos políticos fundamentais e das

⁴²⁵ Exemplo de norma que prevê o pagamento administrativo dos danos sofridos pelos particulares é o disposto nos artigos 65 a 71 da Lei Estadual Paulista de Processo Administrativo, a Lei 10.177/98.

consequências patrimoniais, o agente prefere a substituição decisória externa “coercitiva” como modo de autoproteção.

6.6.5 Estratégia de relacionamento informal interadministrativo

Esta estratégia é mais uma daquelas amplamente adotadas na Administração Pública brasileira, mas até hoje não sistematizadas enquanto estratégia formal visando a fuga da responsabilização. É praticada amplamente por chefes de poderes visando blindar-se quanto a eventual atuação controladora. Por estratégias de relacionamento informal interadministrativo⁴²⁶, queremos significar a adoção por parte do agente público — mormente o agente político — de atuação informal junto aos órgãos de controle externo que poderão, potencialmente, interferir no julgamento de processos que lhe digam respeito, ou nos atos administrativos a serem emanados pela Administração Pública, visando tanto demonstrar o acerto de sua decisão, como buscar a orientação, consulta⁴²⁷ ou aprovação informal daqueles atos administrativos, numa relação jurídica concertada⁴²⁸.

⁴²⁶ O conceito de relação interadministrativa nos parece adequado para demonstrar que tais relações jurídicas envolvem entidades administrativas distintas, que não deixam de ser espécies de relação jurídica administrativa. As relações interadministrativas podem envolver atividades entre entes dotados de personalidade jurídica própria a exemplo da União, Distrito Federal, Estados e Municípios, como entre órgãos despersonalizados com particulares, no sentido mais amplo de Administração concertada, a exemplo dos termos de ajuste de conduta firmados com o Ministério Público e particulares. (BITENCOURT NETO, 2017, p. 202). Estas relações interadministrativas, quando ocorrem entre órgãos, constituem relações interorgânicas. Nesse sentido caminha a doutrina de Alexandra Leitão: “O conceito de relação jurídica administrativa proposto aplica-se às relações jurídicas interadministrativas, com a particularidade de estas se estabelecerem entre duas ou mais entidades administrativas, sendo, por isso, definidas em função de um critério subjectivo. Aliás, alguns dos Autores citados salientam a circunstância de as relações administrativas se poderem estabelecer quer entre a Administração e um privado, quer entre dois pólos dentro da Administração Pública. Por outro lado, as relações interadministrativas podem constituir-se não só entre pessoas colectivas públicas, mas também entre órgãos, dando lugar, respectivamente, a relações intersubjectivas e a relações interorgânicas. Assim, cumpre, nesta fase, analisar dois problemas distintos: por um lado, a questão das relações jurídicas interorgânicas; e, por outro lado, o conceito de pessoa colectiva pública.” (LEITÃO, 2015, p. 29).

⁴²⁷ O fenómeno das consultas pelos administradores ao Tribunal de Contas da União de modo a procurar a aquiescência prévia do TCU já foi tratado por André Braga, que revela perfeitamente o fenómeno da estratégias de relacionamento informal interadministrativo: “No fim de 2018, em julgamento sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal, o ministro Bruno Dantas afirmou que, em algumas situações, o governo federal apresenta consultas ao TCU com o intuito de obter um mero “conforto espiritual” (sessão plenária de 12/12/2018).” (...) Mas o receio da sanção parece não ser a única explicação. Consultas aparentemente sem sentido também podem ser um efeito colateral da expansão das atividades do TCU nos últimos 25 anos. (...) Nesse ambiente, obter manifestação prévia do TCU – por meio de consulta formal ou de alinhamento informal – é o caminho mais racional para se garantir segurança jurídica às partes envolvidas. (...) Ao buscar livrar a administração pública de todo e qualquer pecado, o TCU convida os fiéis gestores à sua porta.” (BRAGA, 2019).

⁴²⁸ Sobre o conceito de administração concertada, calham as considerações de André de Laubadère: “Ainsi entendue, la concertation est volontiers présentée comme une caractéristique nouvelle de l'administration économique d'aujourd'hui. En particulier, selon ses promoteurs et théoriciens, elle se distingue, en la dépassant, de la technique classique de la représentation des intérêts, en ce qu'elle voudrait ne pas se contenter de permettre aux ‘gens de métier’ de faire entendre leur voix mais atteindre, de manière plus permanente et plus profonde, par un travail collectif, une élaboration en commun des objectifs et des moyens.” (LAUBADÈRE, 1974, p. 413).

É que o agente público, sabedor de que seus atos administrativos serão objeto de controle externo, precisa sensibilizar e esclarecer ao agente público controlador sobre as peculiaridades do seu caso e chamar a atenção das razões que o levaram a decidir desse ou daquele modo. Em regra, isso pode ser realizado formalmente, mas, no âmbito das relações informais, se pode justificar, esclarecer e precaver-se quanto à legalidade dos atos.

Como exemplo de relacionamento informal interadministrativo, mencionamos o contato junto aos órgãos de controle para prestar informações e buscar orientações de como melhor proceder. O exemplo clássico são os editais de licitação. É sabido que, antes mesmo de seu lançamento, os editais de licitação são submetidos informalmente aos órgãos de controle de modo a melhor depurar e lapidar o edital a ser lançado. Tal estratégia visa prevenir que as decisões administrativas sejam bloqueadas pelos órgãos de controle, pois, se não houver tais tratativas informais, o edital será fatalmente impugnado⁴²⁹, impondo, assim, a necessidade de se interagir com vistas à obtenção da colaboração dos controladores.

O conceito de atividade administrativa informal pode compreender diversos sentidos. Segundo Carla Amado Gomes, numa primeira acepção: *informal pode ser todo o acto ou regulamento destituído de imperatividade, ou qualquer acordo desprovido de vinculatividade formal recíproca*. Numa segunda acepção, *informal pode ser todo acto resultante de um desprocedimentalização, total ou parcial, eventual ou habitual, real ou virtual*. Já em uma terceira acepção seria *o acto/actuação gerador de efeitos puramente psicológicos (...) de um acto em tudo idêntico ao administrativo todavia destituído de imperatividade (...) constitui uma expectativa sustentada no princípio da proteção da confiança*. Finalmente, numa quarta acepção, informal seria *a aproximação entre actuações informais e operações materiais, decorrentes da ausência de efeitos jurídicos imediatos de ambas* (GOMES, 2013, p. 382-391).

⁴²⁹ A suspensão dos editais de licitação pelos tribunais de contas tem por fundamento a teoria dos poderes implícitos. A esse propósito, fazemos alusão à decisão do STF no MS 24.510, da relatoria da Min. Ellen Gracie: “(...) a atribuição de poderes explícitos, ao Tribunal de Contas, tais como enunciados no art. 71 da Lei Fundamental da República, supõe que se lhe reconheça, ainda que por implicitude, a titularidade de meios destinados a viabilizar a adoção de medidas cautelares vocacionadas a conferir real efetividade às suas deliberações finais, permitindo, assim, que se neutralizem situações de lesividade, atual ou iminente, ao erário público. Impende considerar, no ponto, em ordem a legitimar esse entendimento, a formulação que se fez em torno dos poderes implícitos, cuja doutrina, construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no célebre caso *McCulloch v. Maryland* (1819), enfatiza que a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos. (...) É por isso que entendo revestir-se de integral legitimidade constitucional a atribuição de índole cautelar, que, reconhecida com apoio na teoria dos poderes implícitos, permite, ao Tribunal de Contas da União, adotar as medidas necessárias ao fiel cumprimento de suas funções institucionais e ao pleno exercício das competências que lhe foram outorgadas, diretamente, pela própria Constituição da República” (MS 24.510, Rel. Min. Ellen Gracie, voto do Min. Celso de Mello, julgamento em 19-11-2003, Plenário, DJ de 19-3-2004).

O *relacionamento informal interadministrativo* não deve ser confundido com o velho *fisiologismo*, que consiste em indesejável troca de favores ou benefícios pessoais entre os integrantes dos parlamentos, executivo ou judiciário, fruto de vetustas relações de poder que ainda sobrevivem.

Trata-se, portanto, de algo diferente. Não se visa troca de favor algum. Nesse sentido, pensamos existir espaço republicano para prática de relacionamentos informais interadministrativos desde que realizados de boa-fé, de modo ético e probo, dentro dos estritos princípios que norteiam a Administração Pública. Está assentado nos princípios da cooperação, colaboração e coordenação. As estratégias de relacionamento informal interadministrativo estão vinculadas ao Direito e conseqüentemente à juridicidade, posto que se tal concertação afrontar tais vinculações jurídicas, passará a ser ilícita (BITENCOURT NETO, 2017, p. 205).

Sempre haverá o risco de disfuncionalidades, com a imposição pelos órgãos de controle da sua visão ou modelagem jurídica em detrimento da eleita pelo administrador, ainda que a última seja mais adequada. Mas a despeito disso, a estratégia vale à pena especialmente para prevenir desgastes e mesmo viabilizar a ação administrativa com a vantagem da blindagem do administrador. Com efeito, a despeito da relação entre o gestor e os órgãos de controle dar-se sob o viés dialógico, pode assumir caráter impositivo pelos órgãos de controle, posto que estes detêm o poder de sancionar o administrador. Assim, novamente o administrador “terceiriza” sua tarefa decisória, não em nome de uma melhor gestão ou na busca da melhor decisão administrativa, mas simplesmente como estratégia de evasão de responsabilização.⁴³⁰

As relações informais interadministrativas que apontamos como salutares, são fruto das chamadas: *relações informais da administração pública*, bem trabalhadas por Suzana Tavares da Silva⁴³¹. Estas relações informais têm juridicidade e podem ser incorporadas nas formas de

⁴³⁰ Este aspecto é particularmente destacado por Eduardo Jordão no texto: Administração dialógica ou amedrontada?, apontando riscos na alegada eficiência da “conjunção de expertises”, pois uma segunda opinião também pode prejudicar a atuação desenvolvida da Administração, sugerindo ainda: “Se se quer um controlador atuando ao lado do administrador, o ideal é que se lhe retire o poder de sanção. Então teríamos de fato duas instituições dialogando como iguais, sem que uma delas ostente um tacape na mão, como a lembrar à outra da conveniência de aceder à sua opinião.” Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/control-publico/administracao-dialogica-ou-amedrontada-22052019>> Acesso em 22 de maio de 2019.

⁴³¹ Assim expõe a autora: “As actuações administrativas informais devem, em nosso entender, ser integradas no léxico e na gramática do direito administrativo, sobretudo do novo direito administrativo. Começemos por recordar os vários significados propostos pela doutrina alemã. Para Bohne, as actuações administrativas informais consubstanciavam uma alternativa de facto (faktische Alternative) às actuações formais e, nessa medida, um conjunto de compromissos não vinculativos. Na sua perspectiva, as actuações informais centravam-se em relações de troca entre entidades públicas e grupos sociais (empresariais, colectivos, de interesses). Correspondiam a formas de actuação eficazes na prossecução de certos objectivos mais complexos ou que aparentemente originariam maior resistência, por se revelarem mais flexíveis e, sobretudo, não vinculativas. O objectivo final era transpor esses resultados para formas tradicionais, dotadas de vinculatividade. Com base nestes elementos, Bohne acentuava a necessidade de modificar as formas tradicionais da actuação administrativa, tornando-as mais flexíveis e capazes de assegurar uma melhor resposta às exigências da complexidade pós-moderna.” (SILVA, 2008, p. 905).

atuação material administrativa na busca do interesse público. Trata-se do reconhecimento que juridicamente a atividade administrativa não ocorre apenas pelas vias *formais*, mas especialmente por *atuações informais* que — mesmo não vinculativas — expressam materialmente a realidade administrativa brasileira. Referidas relações informais constituem atuação flexível de cunho complementar e preparatório das decisões administrativas ou mesmo das medidas de controle impostas sobre a Administração (SILVA, 2008).

Estas relações informais não deixam de ser relações jurídico-administrativas.⁴³² Portanto, antes que sejam rotuladas como informais em sentido pejorativo, são expressões de relação entre sujeitos públicos ou privados com vistas a realização e concreção do interesse público regradas pelo Direito Administrativo (LEITÃO, 2015, p. 27-29).

É bem verdade que apesar de reconhecer espaço à atuação informal na Administração Pública, Alexandra Leitão busca na sua formulação para os contratos interadministrativos maior limitação das atuações informais, tendo em conta que estas não contribuiriam para a certeza e segurança jurídica e de eficiência e eficácia na ação pública. Mas a despeito disso, a autora não nega o fenômeno da informalidade das relações interadministrativas (LEITÃO, 2015, p. 18).

Exemplo destas atividades informais na administração pública é a pesquisa de mercado realizada pela Administração através das suas Comissões Permanentes de Licitações – CPL ou mesmo por pregoeiros, que implicam em contato administrativo informal com diversas empresas que potencialmente poderão participar do certame, justamente para obter-se — informalmente — o preço de mercado do objeto a ser licitado.

Este direito administrativo cooperativo, embora tenha suas principais manifestações na própria atividade administrativa, seja com as entidades ou órgão da Administração Pública, encontra espaço noutros domínios, como nos processos sancionatórios movidos contra a Administração ou seus agentes pelos órgãos de controle externo. Este modo de atuar visa implementar modelagem concertada da Administração Pública.

Nesse sentido, é fundamental compreender as relações informais interadministrativas no âmbito da relação controlador-controlado. Afinal, a cooperação permite melhores resultados

⁴³² Sobre o ponto são pertinentes as reflexões de Eurico Bitencourt Neto: “Justamente por ser informal, esse modo de atuação administrativa não possui fundamento em uma dada norma legal, trata-se de um agir fora dos limites da institucionalidade procedimental. Não obstante, não se trata de atuação ilícita, na medida que possui alguns fundamentos constitucionais gerais, sendo mencionados, nesse sentido, um dever geral de atuação administrativa, a imposição de participação dos cidadãos nos negócios públicos, uma obrigação de esclarecer amplamente as circunstâncias que conduzirão a uma decisão, além de um dever de se obter a melhor decisão possível. Em síntese, a atuação informal precisa estar lastreada em alguma norma jurídica, sob pena de invalidade.” (BITENCOURT NETO, 2017, p. 333).

com a superação de um modelo autoritário e inflexível, estabelecendo maior interação entre entes públicos e seus agentes e o atingimento mais eficaz do interesse público.

Não se pode mais imaginar possam os órgãos de controle fazerem mero “controle externo de gabinete” distantes da realidade administrativa. Devem assumir que suas funções compreendem não apenas a fiscalização, mas sobretudo a construção de relação jurídica cooperativa na busca de soluções mais adequadas à satisfação de necessidades coletivas. Esta “virada de Copérnico” é fundamental para definir nova forma de compreensão do sistema de controle administrativo. Distancia-se de um modelo de controle que tem por centro gravitacional os órgãos de controle e as sanções deles emanadas e passa-se a um modelo de *rede* da Administração *multinível*⁴³³, com interação cooperada dos diversos “corpos celestes” no sistema de controle.

Por certo que neste modelo a possibilidade de sanções administrativas não perde sua importância, mas o apoio e regulação responsiva dos órgãos de controle externo na busca do interesse público não pode mais ser visto com cômoda imposição de nulidades e sanções sem qualquer preocupação com a realidade vivida e com as consequências econômicas destas decisões⁴³⁴

6.6.6 Estratégia de Blindagem Patrimonial

A blindagem patrimonial nada mais é que levar para o âmbito da proteção pessoal o patrimônio do gestor público. É importante destacar que não apenas mecanismos lícitos são utilizados nesse intento, mas também de conduta ilícita utilizadas como modo de proteção, o que não deixa de colocar em risco aqueles que a utilizam.⁴³⁵

Quando a proteção patrimonial é praticada com intuito de fraude ou abuso de direito, que pode ensejar a *desconsideração da personalidade jurídica*⁴³⁶, de modo afetar o patrimônio do agente público ainda que em nome de outra pessoa física ou jurídica.

⁴³³ Sobre a Administração Multinível são relevantes as considerações de Alexandra Leitão (LEITÃO, 2015, p. 45) e Carla Amado Gomes (GOMES, 2013, p. 275-288).

⁴³⁴ Aqui relevante lembrar que o modelo de regulação responsiva bem exposta por John Braithwaite e Ian Ayres no seu *Responsive regulation*, representada na “pirâmide de apoio” e a “pirâmide de sanção” (AYRES; BRAITHWAITE, 1992).

⁴³⁵ Sobre a blindagem patrimonial destaca-se a análise de Gladston Mamede e Eduarda Cotta Mamede que tratam especificamente da blindagem patrimonial e planejamento jurídico. (MAMEDE; MAMEDE, 2013).

⁴³⁶ A doutrina da desconsideração da personalidade jurídica (*desregard doctrine, desregard of legal entity ou lifting the corporate veil*) teve por marcos os casos *Bank of United States v.s. Deveaux* nos Estados Unidos e *Salomon v.s. Salomon CO* na Inglaterra. No Brasil nosso direito positivo regrou o tema no art. 50 do Código Civil Brasileiro: “Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens

A figura da blindagem patrimonial tem larga utilização na iniciativa privada, podendo compreender a doação de bens em vida; a criação de *holding* familiar (TESSARI; PINHEIRO; MOREIRA, 2018); doação de bens com reserva de usufruto; a instituição de cláusulas de inalienabilidade e impenhorabilidade.

O problema do controle disfuncional é que em vez de implementar segurança jurídica e contribuir para efetiva reparação do dano, contribui para insegurança jurídica e com a consequente impossibilidade de reparação do erário pelos danos causados pelos agentes públicos.

Quando estamos diante de estratégias ilegais e grosseiras de “blindagem patrimonial” como doação de bens a filhos, netos, pais ou pessoas que emprestam seu nome para prática de negócio jurídico (conhecidos “laranjas”) é mais simples detectar a fraude à execução. Mas a constituição das *offshore companies* já implica em maior grau de sofisticação de modo a evitar sejam executados os bens dos seus beneficiários.

A utilização desta estratégia antes mesmo do agente público assumir qualquer cargo, é prova direta da atividade disfuncional do controle externo em nosso País. Afinal, se antes mesmo de subscrever qualquer ato administrativo, o gestor tem plena noção que seu patrimônio estará em risco, a ponto de desfazer-se ou proteger seu patrimônio antecipadamente, é porque algo está profundamente errado. Decorre dos imensos riscos em ordenar despesas públicas num contexto normativo e hermenêutico brasileiro.

particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso.” Mas não apenas o Código Civil prevê as hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica. Destacamos ainda o art. 28 do Código do Consumidor, o art. 2º, §2º da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT; O art. 134, VII, do Código Tributário Nacional – CTN; Igualmente o art. 4º da Lei 9.605/98 que rege os crimes ambientais. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica no direito administrativo não encontra tratamento normativo explícito, mas pode ser aplicada em certas hipóteses como se deflui do art. 54 da Lei 8.666/93. O Projeto de Lei PL 6814/2017, que retende substituir nossa atual Lei de Licitações trata explicitamente do tema: Art. 112 (...) § 15. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, à pessoa jurídica sucessora ou à empresa, do mesmo ramo, com relação de coligação ou controle, de fato ou de direito, com o sancionado, observados, em todos os casos, o contraditório e a ampla defesa.” Embora a recepção da teoria da desconsideração seja um inegável avanço, não podemos perder de vista que os excessos na aplicação da teoria podem conduzir a fragilização dos direitos e garantias individuais e mesmo ao próprio instituto da pessoa jurídica levando a efeitos e resultados não desejados pelo sistema jurídico. A autonomia patrimonial em nosso sistema é regra e não a exceção. Assim, exige-se cuidado para não se subverter a regra da autonomia, sob risco de fragilizar-se o desenvolvimento econômico e o livre mercado. Outro aspecto interessante é que somente aquele que perpetrar o abuso, fraude ou ato ilícito ou desvio de finalidade é que poderá ser penalizado com a desconsideração. Evidentemente, que estas situações deverão estar caracterizadas ou ainda contar com fortíssimos indícios para que seja estendida, ainda que cautelarmente, a desconsideração.

6.7 CONSIDERAÇÕES FINAIS: AS ESTRATÉGIAS DE FUGA DA RESPONSABILIZAÇÃO SÃO ALGO POSITIVO OU NEGATIVO?

Uma vez expostas as estratégias de fuga da responsabilização, fundamental saber se realmente funcionam ou mesmo saber se isto é algo positivo ou negativo para a Administração Pública. (HOOD, 2014).

A resposta é que podemos detectar tanto aspectos positivos como negativos. Por certo, em países com controles estatais rudimentares, ou gravemente ineficientes, as estratégias de fuga da responsabilização não são relevantes. Nesse caso o problema é inverso: a falta de controle e a necessidade de se responsabilizar agentes públicos.

Já nos estados ocidentais com relativo avanço institucional em que são plenamente exercidos os poderes dos órgãos de controle, o problema passa a ter maior relevância, visto que de regra ninguém deseja ser responsabilizado por suas ações ou omissões. Mas mesmo nestes países, podem existir aspectos desejáveis e salutareos nas estratégias de fuga ou evasão de responsabilização pois denotam constante preocupação do gestor com os órgãos de controle e, portanto, uma autofiscalização permanente de modo a não incidir em qualquer ilegalidade ou estar sujeito às sanções decorrentes da inobservância da lei. Doutra banda, podem ser identificados inúmeros aspectos disfuncionais e mesmo ilegais na adoção de certas estratégias de fuga da responsabilização. Vejamos alguns dos seus efeitos positivos e negativos.

6.7.1 Efeitos positivos

Como *efeitos positivos* das estratégias de fuga da responsabilização podemos apontar a preocupação do gestor público pensar de modo consequencialista sua decisão, o que até certo ponto é salutar. Desse modo, estratégias de manipulação com a constante informação dos meios de comunicação das ações administrativas podem deixar os cidadãos melhor informados das decisões e programas governamentais. Ao chamar a atenção para um problema, pode-se inclusive suscitar maiores questionamentos quanto a melhor forma de resolvê-lo. Por certo que certa dose de medo pode ter efeitos benéficos à boa gestão pública e para proteção daqueles envolvidos no processo de tomada de decisão, afinal, parafraseando Dostoiévski, numa sociedade sem *culpa*, tudo é permitido.⁴³⁷

⁴³⁷ Acerca dos efeitos benéficos do medo dos agentes públicos da sua responsabilização, vale transcrevermos as reflexões de Christopher Hood: “La culpa y el miedo a la culpa no son del todo perjudiciales, si nos llevan a pensar dos veces antes de forzar o desobedecer regias importantes, o qué decimos a quién, y como desarrollamos nuestras

Estratégias de delegação podem propiciar uma melhor divisão de responsabilidade dentro das organizações administrativas, pois, sabendo que quaisquer agentes podem ser responsabilizados, cada qual fará sua parte com maior atenção evitando que sejam objeto de sanções por suas decisões.

Doutra banda, ao delegar tarefas para servidores de carreira, tem-se como natural consequência o incremento da gestão pública, que passa a agir de modo mais técnico, abrindo espaço para os gestores profissionais (HOOD, 2014, p. 209).

Ademais, se os agentes públicos tiverem a percepção que estão colocados em certa posição para servirem de para-raios ou ímãs de responsabilização, poderão tomar maior cautela nos atos administrativos que subscreverem na condição de ordenadores de despesas, exigindo que o ato seja também avaliado por outros agentes públicos.

Já as estratégias defensivas no estabelecimento de certas políticas públicas podem evitar que certos danos sejam causados à coletividade, afinal, políticas que potencialmente impliquem em riscos poderão ser evitadas, fortalecendo a ideia de prevenção na Administração Pública (HOOD, 2014, p. 210).

Já os *efeitos negativos* das estratégias de fuga da responsabilização têm aumentado drasticamente nos últimos anos, especialmente se considerarmos a crise da divisão das funções estatais, que já não podem ser explicadas ou estudadas sem levar em conta o acirramento dos conflitos entre os poderes instituídos e a ampliação da importância e autonomia das estruturas burocráticas.

6.7.2 Efeitos negativos

Dentre os *efeitos negativos*, destacam-se nas *estratégias de manipulação*: i) o desvio da atenção do gestor seja ele político ou servidor de carreira com temas que não são fundamentais à boa administração pública, perdendo-se considerável tempo com temas que ocupam a mídia e não são prioritários. Também pode ser elencada como efeito negativo ii) a crescente valorização da aparência em detrimento da essência e de agentes menos preocupados em desincumbirem-se da sua atividade técnica, que em proteger-se no curso de sua carreira ou

vidas personales. Un mundo sin culpa social o legal sería aquel en el que la única presión para mantenerse en el buen camino tendría que venir de las propias brújulas morales de los individuos, instrumentos notoriamente inestables. Sería un mundo en el que no habría sanciones por la desvergüenza. Aunque a menudo el mundo de la culpa pueda parecer poco atractivo, un mundo sin culpa también estaría lejos de hallarse libre de problemas. Imagínese lo que sería conducir su coche en una sociedad en la que no hubiera culpa asociada a los errores o los accidentes de tráfico. Imagínese cómo podrían comportarse quienes nos gobiernan en caso de que no tuvieran que temer ninguna culpa.” (HOOD, 2014, p. 229).

mandato. Também a centralização das informações e a constante preocupação e intimidação dos agentes públicos levam a uma péssima cultura organizacional e ambiente de trabalho (HOOD, 2014, p. 212).

Os efeitos negativos das *estratégias de atuação*, podem implicar: i) em excessiva pulverização das responsabilidades por delegação, o que leva a grandes dificuldades em responsabilizar os agentes que efetivamente causaram danos; ii) delegação da prestação de serviços públicos a particulares podem implicar em maiores custos para a Administração (HOOD, 2014, p. 213-214); iii) escolha de um agente público “títere” para centralizar a culpa em lugar do superior hierárquico, pode levar a uma falsa responsabilização de quem deveria ser o efetivo responsável; iv) recrutamento de cargos em comissão ou função de confiança com base na subserviência dos nomeados, em detrimento do talento e da meritocracia que deveria nortear aqueles que ocupam estas funções.

Além disso, podemos também identificar dentre os efeitos negativos das *estratégias de política pública*: i) a excessiva protocolização e impessoalização da Administração Pública; ii) o não enfrentamento de temas relevantes que ficam permanentemente postergados para outras administrações quer por impopularidade, quer pelo risco da atividade; iii) o crescimento do imobilismo decisório como forma de autoblindagem na política, na Administração Pública e nos órgãos de controle externo; iv) a substituição decisória externa do administrador pelo magistrados; v) a blindagem patrimonial antes mesmo de se assumir o exercício de função pública e vi) o incremento de uma cultura organizacional da mediocridade, tem efeitos negativos devastadores, pois o fundamental não é bem administrar, mas bem proteger-se, pouco importando se o interesse público está sendo efetivamente atendido.

No balanço entre os aspectos positivos e negativos das estratégias de fuga aqui tratadas, certamente há aspectos muito mais negativos que positivos. De toda sorte, resta claro que as estratégias de fuga da responsabilização estão a ocupar a centralidade do processo de tomada de decisão na atualidade e nos colocam o desafio de pensar racionalmente este fenômeno, buscando o avanço das instituições e fazendo a reflexão crítica sobre o modo de se exercer controle externo na atualidade.

7 CONCLUSÃO

Ao longo deste texto pudemos enfrentar temas diversos que se entrelaçam em nosso problema de pesquisa, destacadamente, saber as causas e efeitos do controle externo disfuncional sobre os agentes públicos e do fenômeno do Direito Administrativo do Medo.

Por *Direito Administrativo do Medo*, queremos significar: *a interpretação e aplicação das normas de Direito Administrativo e o próprio exercício da função administrativa pautadas pelo medo em decidir dos agentes públicos, em face do alto risco de responsabilização decorrente do controle externo disfuncional, priorizando a autoproteção decisória e a fuga da responsabilização em prejuízo do interesse público.*

O primeiro aspecto para bem compreender a problemática está ligado ao tema da separação de poderes, de grande importância na organização política, social e jurídica, buscando saber como os poderes tradicionais e os entes não eleitos realizam sua mútua fiscalização, especialmente quando estamos a assistir significativas mudanças com o surgimento de novos atores institucionais que ressignificam a tríade da separação dos poderes nos moldes clássicos, sem que estejamos adequadamente preparados para absorver esta nova realidade.

Verificamos que a separação dos poderes e os problemas dela decorrentes estão diretamente imbricados com as causas do controle externo disfuncional, e, conseqüentemente, com as disfuncionalidades decorrentes dos excessos de controle e mesmo pela falta de controle de entes não eleitos que passam a ocupar grande protagonismo institucional.

Procuramos compreender o atual estágio da crise da separação de poderes e o surgimento dos *entes não eleitos* que atuam como verdadeiros poderes instituídos e influenciam este novo modelo de controle da administração pública, apontando que a ausência de pesos e contrapesos adequados sobre estes novos entes, estão a levar a graves desequilíbrios na boa atuação do controle externo sobre a Administração Pública.

Concluimos que o modelo tripartite ainda é necessário em nossa organização política e jurídica e pode servir de parâmetro para recalibragem e compreensão dos novos entes constitucionais nas constituições contemporâneas, que devem estar submetidos aos controles políticos tradicionais, sendo necessário buscarmos modos de operacionalizar esta nova realidade.

Também observamos que o fenômeno do *ativismo judicial* — especialmente no Brasil — tem interferido profundamente no modo de se exercer o controle da Administração Pública, por vezes avançando o controle jurisdicional para além de seus limites e afetando o correto

exercício da função administrativa, denotando desconfiança contra o administrador público. O papel do Poder Judiciário está em franca expansão, apesar desse Poder ser formal e substancialmente destituído de legitimidade política ou representatividade eleitoral. O ativismo ganha especial relevo em nosso País por conta por conta do: i) neoconstitucionalismo; ii) do incremento da jurisdição constitucional; iii) da crise da democracia representativa e do iv) aumento da judicialização dos fatos da vida.

Outro importante embate que intensifica os problemas do controle externo, está relacionado à tensão entre política e burocracia. Atualmente, o “empoderamento” da burocracia a colocou em pé de igualdade com a classe política, não precisando com ela dialogar na medida que suas garantias funcionais, prerrogativas e independência estão asseguradas pelas constituições contemporâneas, de modo a não estar mais sujeita às pressões da classe política, o que — embora tenha aspectos positivos — também gera problemas no tocante a este novo papel institucional, especialmente quando implica em postura pouco deferencial no exercício da atividade controladora.

Os órgãos constitucionais autônomos como o Ministério Público e os Tribunais de Contas carecem de adequado controle no exercício de suas funções. Tal constatação indica ser necessário — *de lege ferenda* — a instituição de mecanismos de controle sobre os órgãos de controle como forma de obter-se certo equilíbrio na balança entre os poderes.

Também verificamos que, sob o aspecto dinâmico, há uma série de patologias na separação de poderes na atualidade que demandam atenção para que não haja usurpação das funções próprias de um poder por outro, a exemplo da: i) *obstrução*; ii) *inibição*; iii) *condução* e iv) *congraçamento*

Constatamos que o modelo tripartite proposto por Montesquieu coloca em xeque o surgimento de novas instituições e entes autônomos, a exemplo dos bancos centrais independentes, agências reguladoras, comissões eleitorais independentes e, no caso brasileiro, especialmente os tribunais de contas e o Ministério Público, que demandam novas maneiras de pensarmos a divisão funcional dos poderes.

As múltiplas funções exigidas dos estados nacionais na atualidade, evidenciam as deficiências da clássica separação entre poderes especialmente a partir da constatação que estes novos atores institucionais nos instigam a implementar responsividade democrática e legitimidade normativa. Em vez de rejeitar os entes não eleitos, devemos integrá-los em um sistema de pesos e contrapesos que permitam o controle pelos demais poderes, robustecendo os sistemas de governo. O surgimento de entes não eleitos é uma realidade. O desafio é saber como

inserir-los na teoria da separação dos poderes para contar com sua efetiva contribuição e alta especialidade técnica, mas evitar que capturem os demais poderes formalmente instituídos.

Um dos conceitos centrais de nosso trabalho é o de *disfuncionalidade*. Adotamos como conceito operacional de disfunção administrativa decorrente do controle externo *toda atuação insuficiente, ineficiente ou ilegal da Administração, decorrente da atuação direta ou indireta dos órgãos de controle externo, que podem produzir condutas ou resultados indesejáveis ao desempenho de função administrativa*.

Estas disfunções podem levar a uma Administração Pública timorata em decidir, reagindo de modo errático e tímido nas questões jurídicas e administrativas a ela submetidas, bem como no adequado cumprimento de suas atribuições constitucionais.

Os órgãos de controle desenvolvem sua atividade sob diversos aspectos ideológicos, alguns positivos, outros, negativos. O aspecto ideológico que pesquisamos está relacionado à perspectiva pouco deferencial aos agentes públicos submetidos ao controle externo, potencializada pela missão de combate à corrupção e aferição formal da legalidade dos atos administrativos. Tal viés ideológico decorre da crença, no plano das mentalidades, que o exercício de função administrativa — de regra — é permeado pela falta de ética e desonestidade, implicando em menoscabo dos gestores públicos submetidos ao controle externo, por vezes com usurpação do exercício de função administrativa pelos controladores.

Referida perspectiva ideológica também pode ser inferida da pesquisa da Associação dos Magistrados do Brasil – AMB, que em nossa leitura obteve respostas que denotam atitude pouco deferencial no exercício da atividade de controle, onde a magistratura por vezes impõe parâmetros morais mesmo que destituídos de fundamento normativo, de modo a interferirem no exercício de típica função administrativa.

O decisionismo, especialmente no âmbito do Poder Judiciário, tem excedido os limites constitucionalmente adequados, gerando insegurança na interpretação e aplicação da norma jurídica para além dos seus limites semânticos e sintáticos, de modo a prestigiar a subjetividade do julgador em detrimento dos parâmetros normativos.

O solipsismo dos órgãos de controle externo leva à fragilização da motivação congruente e à aplicação de penas e restrições indevidas a direitos fundamentais, razão pela qual muitos juristas estão a retomar uma perspectiva normativista-formalista, ou mesmo uma perspectiva normativista com os avanços do constitucionalismo, mas sem incidir numa dimensão neoconstitucionalista do modo que criticado em nosso texto.

Estas disfunções na interpretação e aplicação do Direito, também estão ligadas à má absorção da teoria dos princípios no Brasil, onde os princípios são utilizados para contrastar e

prevalecer sobre regras jurídicas que deveriam incidir diretamente ao caso, o que propicia decisões de ordem puramente subjetivas, que se utilizam do ponderacionismo excessivo e equivocado, especialmente para impor sanções aos agentes públicos, sendo necessário o resgate do papel das regras e a utilização comedida da ponderação quando assim exigir o sistema.

As disfunções tratadas neste trabalho têm consequências diretas no protagonismo dos órgãos de controle externo e no modo como fiscalizam a Administração Pública. Procuramos ilustrar o problema com três exemplos da casuística disfuncional do controle externo que demonstram os excessos aqui investigados, levando a uma miríade de condenações em todo País, a saber: i) ações de improbidade administrativa; ii) processos nos tribunais de contas e iii) restrições a direitos fundamentais de voto e candidatura pela Justiça Eleitoral.

Como vimos, os principais problemas da Lei de Improbidade Administrativa – LIA, decorrem: i) da abertura da LIA a inúmeros conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais; ii) falta de critérios adequados para dosimetria das suas sanções e consequente violação ao princípio da tipicidade; iii) da referência a violação à princípios (art. 11) como ato de improbidade; iv) da ampla discricionariedade dos órgãos acusadores no manejo das ações de improbidade; v) da radical repercussão nos direitos políticos fundamentais e nos direitos subjetivos dos acusados; vi) dos arbítrios e abusos no seu uso.

O conceito de improbidade com os contornos constitucionais que lhe são próprios, são muito diferentes da má gestão pública no sentido de uma genérica má administração, ou de uma administração ineficiente. Trata-se de imoralidade qualificada, que exige a pecha de *desonestidade*, razão pela qual, a má gestão; corrupção; ineficiência e improbidade administrativa, não obstante as consequências danosas que trazem à Administração Pública, são fenômenos *ontologicamente distintos*, não comportando classificação de um gênero do qual resultam espécies.

Os dados estatísticos de aforamento de ações de improbidade no Brasil, nos revelaram dois caminhos: ou temos a maior quantidade de ímprobos do planeta, ou este volume avassalador está relacionado à crescente banalização das ações de improbidade, o que implica em evidência empírica que estamos diante de disfuncionalidades do controle externo. Igualmente a adoção de teorias como “cegueira deliberada”; do dano “*in re ipsa*”; da teoria do “domínio do fato” no âmbito das condenações por improbidade, ampliam — pela via jurisprudencial — a incidência da Lei 8.429/1992.

No âmbito dos tribunais de contas, a despeito da sua composição majoritariamente política ser mais deferente que uma visão tecnocrata no exercício do controle externo, ainda assim há problemas relevantes. Destacamos as presunções de responsabilização de ordenadores

de despesa, administradores e responsáveis, sem que seja individuada sua cadeia causal de participação de cada agente público, imputando-se ao gestor público irregularidades que por vezes deveriam ser de exclusiva responsabilização daqueles hierarquicamente subordinados.

Também constatamos o caráter não obrigatório da defesa técnica nas cortes de contas (Súmula Vinculante nº 5), como causa de muitas imputações desproporcionais aos gestores públicos. Os processos nos tribunais de contas são complexos e demandam alta expertise em temas de direito administrativo, contabilidade pública, direito tributário, finanças públicas, responsabilidade fiscal, responsabilidade civil, etc., de modo que a ausência da defesa técnica tem grande impacto nas vultosas condenações.

Além disso, verificamos que a rejeição de contas não pode ter por finalidade apurar a ocorrência de ato doloso de improbidade administrativa, limitação aplicável não apenas as cortes de contas, mas também aos parlamentos quando do julgamento das contas anuais. Trata-se de competência exclusiva da Justiça Comum.

Também pudemos constatar problemas inerentes ao nosso sistema de julgamento políticos das contas anuais, que por sua natureza político-administrativa, podem redundar em rejeição de contas sem que o agente público possa ser efetivamente por ela responsabilizado, exigindo maior intervenção do judiciário neste controle, além de ser desejável, *de lege ferenda*, que tal rejeição não possa interferir nos direitos políticos fundamentais, exigindo reformulação da alínea “g” do art. 1º, I, da LC 64/1990

A falta de um devido processo legal que permita efetivamente o contraditório e ampla defesa nos tribunais de contas, inclusive com ampla produção de prova pericial e testemunhal, especialmente após a edição da Lei 13.655/18 que demanda apuração de dolo ou culpa grave, também geram sanções indevidas nas cortes de contas.

Finalmente, apontamos para expansão do poder de cautela dos tribunais de contas, cujas cautelares podem interferir demasiadamente no espaço legítimo de decisão do administrador, além de verificarmos certa tendência de contenção pelo Supremo Tribunal Federal desta expansão, pendendo o julgamento de diversos temas em repercussão geral sobre a temática.

Na Justiça Eleitoral — que num certo sentido consubstancia a soma de todos os medos — a ampla margem de apreciação de condenações cíveis, penais e administrativas com o fito de verificar o pleno exercício dos direitos políticos fundamentais, também é terreno fértil para disfuncionalidades. A maior evidência reside na LC nº 64/1990 com as alterações feitas pela LC 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), cujo teor estabelece restrições aos direitos políticos de voto e candidatura que não são verificados em nenhum outro país do globo.

Além de serem inconstitucionais muitos dos dispositivos da LC 64/1990 c/c LC 135/2010 (a despeito do entendimento diverso do STF ao julgar a ADI 4.578 e ADC's 29 e 30), referidas normas e as inelegibilidades nelas previstas, contrariam os arts. 23.1.b e 23.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário, sendo que nosso sistema de inelegibilidade não resiste ao um controle sério de convencionalidade, o que demonstra que nosso País realiza indevida restrição de direitos políticos, especialmente se comparado aos demais Estados integrantes do Sistema Interamericano de Proteção.

A insegurança decorrente da jurisprudência da Justiça Eleitoral é outro fator relevante para instabilidade do sistema, pois agrava os problemas legislativos decorrentes das normas eleitorais verificando-se tendência da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral - TSE a restringir direitos de voto e candidatura, seja por ampliar as restrições previstas em lei, ou pela edição de resoluções do TSE, que substituem indevidamente papel reservado ao legislador.

As inseguranças e o medo decorrentes das ações de improbidade, dos tribunais de contas e da Justiça Eleitoral, exigem a implementação de limitações legais à responsabilização dos agentes públicos; a implementação de um espaço de tolerabilidade ao erro do gestor, de modo a evitar-se as condenações desproporcionais e indevidas, razão pela qual tratamos da limitação legal de responsabilização e ainda da gestão de riscos.

A limitação da responsabilidade legal dos agentes públicos tem por parâmetro normativo a novel redação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (art. 22 e art. 28 da Lei 13.655/2018), que exige a compreensão dos obstáculos e dificuldades reais do gestor, bem como a responsabilização apenas em caso de *dolo* ou *erro grosseiro*.

Igualmente constatamos a necessidade de diálogo entre as alterações da LINDB e a *Business Judgment Rule* – BJR, e concluímos que ambas visam certo nível de blindagem decisória ou imunidade decisória do administrador diante dos riscos ínsitos ao processo de tomada de decisão. Apontamos que as razões que levaram a criação da teoria da BJR são muito similares as preocupações da LINDB em limitar a responsabilidade do gestor.

Identificamos que no direito comparado é comum a limitação da responsabilidade dos agentes públicos apenas nas hipóteses de dolo ou culpa grave. A partir da edição da Lei 13.655/2018, o Brasil entrou, tardiamente, no rol de países que fazem referida limitação de responsabilização.

A atividade administrativa quando intrinsecamente perigosa para quem decide em nome da Administração Pública e dos interesses coletivos a ela inerentes, deve contar com um sistema de distribuição de riscos que considere o grau de culpabilidade exigível do agente, impondo-se sua responsabilização apenas em casos mais graves, eis que submetido a nível de risco

decorrente do próprio exercício de suas funções, a exemplo da exigência do art. 28 da LINDB em responsabilizar apenas em caso de dolo ou erro grosseiro.

Assinalamos ainda que importância da gestão de riscos como ferramenta indispensável para evitar-se a ocorrência de impactos negativos decorrentes da atividade administrativa, protegendo o gestor público dos riscos inerentes à tomada de decisão no processo de: i) identificação; ii) análise; iii) avaliação; iv) tratamento e v) monitoramento de riscos. Para tanto, são relevantes como metodologias de gestão de riscos tanto o modelo do *Committee of Sponsoring Organizations of Treadway Commission* – COSO e ainda a metodologia da ABNT NBR ISO 31.000, bem como a utilização de matriz de riscos no processo decisório.

Todavia, tanto a proteção legal do gestor (LINDB) como a adoção da gestão de riscos, por vezes não se mostram plenamente aptas a realizar a proteção decisória do administrador. Isto decorre das inseguranças de nosso sistema de controle externo que não oferece certezas ao gestor público de como suas decisões serão avaliadas e se estará ou não sujeito a imposição de sanções. Neste contexto, surgem as técnicas de fuga da responsabilização.

Definimos risco na Administração Pública como: *“toda incerteza que pode afetar a atividade administrativa tendo por consequência impactos negativos ou positivos nos objetivos por ela pretendidos. Já o risco de responsabilização foi por nós tratado como: toda incerteza que pode implicar na responsabilização administrativa, civil, penal ou política dos agentes públicos pelo exercício de suas funções, especialmente as decorrentes da atividade decisória.*

Identificamos ainda a correlação entre risco e medo decorrente de um sistema disfuncionalizado de responsabilização. Nesse contexto, o *medo reflete nossa incapacidade de gerir riscos*, quer por limites pessoais, quer por fatores exógenos ao indivíduo; ou mesmo porque o grau de probabilidade de ameaça é tão alto, que naturalmente dá lugar ao medo. Os administradores públicos deparam-se com o medo por não saberem o que fazer para evitar riscos; ou pior: mesmo que tudo façam para evitar riscos pessoais no processo decisório, ainda assim estarão sujeitos a processos sancionatórios no âmbito judicial ou administrativo.

A partir desta constatação, verificamos que os agentes públicos adotam várias estratégias de fuga da responsabilização, donde destacamos: i) *estratégias de manipulação da opinião pública*; ii) *estratégias de atuação* visando transferir a outros agentes a responsabilidade ou grau de exposição ao risco; iii) *estratégias de políticas públicas ou operacionais*; iv) *estratégias de judicialização ou substituição decisória externa*; v) *estratégia de relacionamento informal interadministrativo*; e finalmente vi) a *estratégia de blindagem ou proteção patrimonial*, onde antes mesmo de assumir função pública o gestor já realiza a proteção de seus ativos financeiros quer lícita ou ilícitamente.

Finalmente, concluímos que estas estratégias podem ter aspectos positivos ou negativos, sendo que os últimos são preponderantes porque muitas destas estratégias são disfuncionais.

Como *efeitos positivos* das estratégias de fuga de responsabilização, destacamos a preocupação do gestor público pensar de modo consequencialista sua decisão, o que até certo ponto é salutar. Vimos que as estratégias de delegação podem propiciar uma melhor divisão de responsabilidade dentro da Administração Pública, bem como o fortalecimento da ideia de prevenção na gestão e ainda fomentar maior cautela na tomada de decisão.

Dentre os *efeitos negativos* das estratégias de fuga da responsabilização destacam-se o desvio da atenção do gestor em ter de responder constantemente aos órgãos de controle por questões por vezes desprovidas de mínimo fundamento jurídico; excessiva preocupação com a autoblindagem decisória; péssima cultura organizacional centrada na preocupação e intimidação dos agentes públicos; tendência de escolher responsáveis de modo a transferir a responsabilização a terceiros; excessiva impessoalização e protocolização com o fito de eximir-se de reponsabilidades; crescimento do imobilismo decisório; a substituição decisória externa do administrador pelo magistrados; a blindagem patrimonial antes mesmo de se assumir o exercício de função pública; o incremento da cultura organizacional da mediocridade em detrimento de ideias inovadoras na gestão pública, pois o fundamental não é bem administrar, mas proteger-se, não importando o atendimento ao interesse público.

REFERÊNCIAS

- ABERBACH, Joel.; PUTNAN, Robert.; ROCKMAN, Bert. **Bureaucrats and politicians in western democracies**. Harvard: Harvard University Press, 1981.
- ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. **Harvard Law Review**, Cambridge, 2000. v. 113, n. 3, p. 633-725, jan. 2000.
- ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 265, p. 13–23, jan./ abr., 2014,
- AFFUZZI, Pierre. Pour une théorie politique de la non-décision. **Annales des Mines: Gérer et comprendre**, n. 63, p. 43–48, mar. 2001.
- AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Tradução: Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.
- ALBROW, Martin. **Bureaucracy**. London: Macmillan, 1970.
- ALEMANHA. [Constituição (1949)]. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949**. Berlim: Deutscher Bundestag, [2019]. Disponível em português em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2020.
- ALEXY, Robert. On the structure of legal principles. **Ratio Juris**, [s.l.], v. 13, n. 3, p. 294–304, 2000.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- ALFONSO, Luciano Parejo. La deriva de las relaciones entre los derechos sobre la necesaria recuperación de su lógica sistemática. **DA: Revista de Documentación Administrativa**, Madrid, n. 284-285, p. 273-304, mayo/dic. 2009.
- ALMEIDA, Maria Aroso de. **Teoria geral do direito administrativo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2017.
- ANDERSON, Perry. **Linhagens do Estado absolutista**. Tradução: João Roberto Martins Filho. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 2004.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Lições de direito administrativo**. 4. ed. Coimbra: Coimbra University Press, 2015.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de Direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 37, n. 148, p. 275–299, 2000.
- ARISTÓTELES. **A política**. Tradução: Roberto Leal Ferreira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ATALIBA, Geraldo. **República e constituição**. 2. ed. Atualização de Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

AVELAR, Leticia Marquez de. **A cláusula de não indenizar**: uma releitura do instituto à luz do atual código civil brasileiro. São Paulo: USP, 13 jun. 2011. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal esquematizado**. São Paulo: Método, 2010.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed., rev., São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, v. 24, São Paulo, p. 159–180, 1998.

AYRES, Ian.; BRAITHWAITE, John. **Responsive regulation**: transcending the deregulation debate. New York: Oxford University Press, 1992.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Funções dos tribunais de contas. **Revista de Direito Público**, São Paulo, ano 17, n. 72, p. 133–150, 1984.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 32. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *In*: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens. (org.). **A razão e o voto**: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 572.

BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno Pinto.; SANTOS, Rodrigo Miotto dos. Levando a sério os direitos políticos fundamentais: inelegibilidade e controle de convencionalidade. **Revista Direito GV**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 11, p. 223–255, 2015.

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

BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BAZÁN, Víctor. El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas. *In*: BAZÁN, Víctor; NASH, Claudio. (ed.). **Justicia constitucional y derechos fundamentales: el control de convencionalidad**. Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung, 2011. p. 17-56.

BECK, Ulrich. **Risk society**: towards a new modernity. Tradução: Mark Ritter. New York: Sage Publications, 1992.

BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. *In: Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997, p. 11–71.

BENVENUTI, Feliciano. Funzioni amministrativa, procedimento e processo. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, Roma, v. I, p.118-145, 1952.

BEZNOS, Clovis. A LINDB – alterações. *In: MOTTA, Fabrício.; GABARDO, Emerson. Limites do controle da administração pública no estado de direito*. Curitiba: Íthaca, 2019. p. 79-90.

BILCHITZ, David.; LANDAU, David. (ed.). **The evolution of the separation of powers: between the global north and the global south**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2018.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 203-224, nov. 2018. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77655>. Acesso em: 17 Fev. 2020.

BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica: direito administrativo e organização no século XXI**. São Paulo: Almedina, 2017.

BITENCOURT, César Roberto. **Direito penal das licitações**. São Paulo: Saraiva, 2017.

BLACK, Julia. What is regulatory innovation? *In: BLACK, Julia.; LODGE, Martin; TATCHER, Mark. (ed.). Regulatory innovation: a comparative analysis*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005, p. 1-15.

BLACKSTONE, William. **Commentaries on the laws of England: Book I**. New York: Oxford University Press, 2016.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução: Manuela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução: Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. (v. 1)

BOCCHINI, Fernando. **Azzione amministrativa materiale e diritti dei cittadini (ristampa aggiornata)**. Milão: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Antonio Milani, 2011.

BODIN, Jean. **Les six livres de la république**. Paris: Librairie Générale Française, 1993.

BOZEMAN, Barry. A theory of government “red tape”. **Journal of Public Administration Research and Theory**, Oxford, v. 3, n. 3, p. 273–303, 1993.

BRAGA, André de Castro. O “conforto espiritual” do TCU. **JOTA Info**, São Paulo, abr. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/control-publico/o-conforto-espiritual-do-tcu-17042019>. Acesso em: 29 set. 2019.

BRASIL. Ministério da Economia. Matriz de riscos: gestão de integridade, riscos e controles internos de gestão [internet]. Brasília; 2017 [acesso em 21 fev. 2020]. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/assuntos/gestao/control-interno/matriz-de-riscos>. Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (1. Turma). **Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.598.594/RN**. Relator: Min. Sérgio Kukina, 21 jun. 2018. Data de publicação: DJe 28 jun. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma). **Recurso em Habeas Corpus nº 48.916/MG**. Relator: Min. Felix Fisher, 04 dez. 2014. DJe 12 dez. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (1. Seção). **Recurso Especial nº 1.366.721/BA**. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Relator p/ Acórdão Min. Og. Fernandes, 26 fev. 2014. DJe 19.set. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade nº 29**. Relator: Min. Luiz Fux, 16 fev. 2012, DJe 127.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.510**. Relator: Min. Ayres Britto, 29 maio. 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteir%20Teor%20ADI%20/%203510>. Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 2.628-3/DF e 2.626/DF**. Relator: Min. Sydney Sanches. Relator p./ Acórdão: Min. Ellen Grace, Julgado em 18 abr. 2002. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=58655>. Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578/DF**. Relator: Min. Luiz Fux, 16 fev. 2012, DJe 127.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma) **Agravos Regimentais no Recurso Extraordinário n. 598.588**. Relator: Min. Eros Grau, 15 dez. 2009, DJe 035.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito nº 2.482**. Relator: Min. Ayres Britto. Relator p./ Acórdão: Min. Luiz Fux, 15 set. 2011. DJe 035.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de segurança nº 26.602/DF, 26.603/DF e 26.604/DF**. Relator: Min. Eros Grau, 04 out. 2007, DJe-197.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de segurança nº 24.631/DF**. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 09 ago. 2007. DJe 018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de segurança nº 34.421/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio, 27 ago. 2018. DJe 179.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de segurança nº 35.196/DF**. Relator: Min. Luiz Fux, 01 ago. 2018. DJe 159.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de segurança nº 35.801/DF**. Relator: Min. Celso de Mello, [s. d].

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de segurança nº 36.386/MS**. Relator: Min. Edson Fachin, 8 abr. 2019. DJe 74.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 36.025/DF**. Relator: Min. Carmen Lúcia, 5 out. 2018. DJe 216.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 25.888/DF**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 22 mar. 2006. DJ 29 mar. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 26.358/DF**. Relator: Min. Celso de Mello, 27 fev. 2007. DJ 2 mar. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 35.410/DF**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 15 dez. 2017. DJe 018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 36.025/DF**. Relatora: Min. Carmen Lúcia, 05 out. 2018. DJe 219.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Suspensão de segurança nº 5.341/PB**. Relator: Min. Dias Toffoli, 6 jan. 2020. DJe 021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição 3.388/RR**. Relator: Min. Ayres Britto, 19 mar. 2009, DJe-181.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 349.703/RS**. Relator: Min. Ayres Britto. Relator p./ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, 03 dez. 2008. DJe 104.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 633.603/MG**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 23 mar. 2011. DJe 219.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 729.744/MG**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 10 ago. 2016. DJe 186.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 848.826/DF**. Relator: Min. Roberto Barroso, 10 ago. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 197.971/DF**. [s.d.].

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Processo 007.416/2013-0. Tomada de contas especial.** Acórdão nº 2.391. Rel. Benjamin Zymler, 17 out. 2018. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2391%2520ANOACORDAO%253A2018/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuiid=382a2670-53f9-11ea-b21a-b72b9e1eb5fa. Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Roteiro de Auditoria de Gestão de Riscos.** Brasília: TCU, 2017. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/roteiro-de-auditoria-de-gestao-de-risco.htm>. Acesso em: 21 fev. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível nº 2008.081209-0.** Rel. Newton Trisotto, Primeira Câmara de Direito Público. Julgado em 06 out. 2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. (9ª. Câmara de Direito Público). **Apelação n. 0009252-52.2010.8.26.0073.** Relator: Des. Rebouças de Carvalho. São Paulo. Julgado em 02 de jul. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (4ª. Câmara de Direito Público). **Apelação nº 70011242963.** Relator: Des. Araken de Assis. Porto Alegre. Julgado em 25 maio. 2005.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. (Vigésima Segunda Câmara Cível). **Apelação n. 70006239339.** Relator: Desª. Mara Larsen Chechi. Porto Alegre. Julgado em 30 set. 2003.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 30.169/MG.** Relator: Min. Eros Grau, 28 abr. 2009. DJe 19 maio. 2009.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 7.130/SP.** Relator: Min. Dias Toffoli. 25 out. 2012. PSESS - Publicado em Sessão.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 7.468/SP.** Relator: Min. Nancy Andriighi, 29 nov. 2012. Publicação: PSESS - Publicado em Sessão.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Recurso Ordinário nº 178.285/MG.** Relator: Min. Luiz Fux, 11 nov. 2014. Publicação: PSESS - Publicado em Sessão.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Recurso Ordinário nº 260.409/RJ.** Relator: Min. Henrique Neves, DJe, Tomo 117, 23 jun. 2015, p. 87-88.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário n. 44.853.** Relator: Min. Gilmar Mendes, publicado em sessão, 27 nov. 2014.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução 21.823/2004.** Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 15 jun. 2004. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2004/RES218232004.htm>. Acesso em: 19 fev. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução 22.382/2012**. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 28 jun. 2012. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2012/RES233822012.htm>. Acesso em: 19 fev. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução nº 21.702/2004**. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2 abr. 2004. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2004/RES217022004.html>. Acesso em: 17/02/2020.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Consulta das contas irregulares** - TCU. Tribunal Superior Eleitoral. Brasília, 28 out. 2019. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-2018/consulta-das-contas-irregulares-tcu/>. Acesso em: 25 jan. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Série Ficha Limpa**: inelegibilidades criadas pela lei causam afastamentos de candidatos, Brasília, 12 jun. 2013. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2013/Junho/serie-ficha-limpa-inelegibilidades-criadas-pela-lei-causam-afastamentos-de-candidatos>. Acesso em: 21 jan. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial Eleitoral nº 4.503**. Relator: Min. Henrique Neves, 15 dez. 2016. Publicação: PSESS - Publicado em Sessão.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial Eleitoral nº 154.144/SP**. Relatora: Min. Luciana Lóssio, [s.d.], DJe 20 jun. 2011.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário nº 229.362/SP**. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior, [s.d.], DJe 20 jun. 2011, p. 45.MS

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Processo Administrativo nº 59.459/DF**. Relator: Min. Arnaldo Versiani, Relator designado: Min. Ricardo Lewandowski, [s.d.], DJe 23 set. 2010, p.21.

CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de.; STRAPAZZON, Carlos Luiz. Sistema garantista e protagonismo judicial. *In*: FERRAJOLI, Luigi.; STRECK, Lenio Luiz.; TRINDADE, André Karam. (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: Um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart.; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e argumentação neoconstitucional**. São Paulo: Atlas, 2009.

CAIDEN, Gerald E. What Really Is Public Maladministration? **Public Administration Review**, Washington, v. 51, n. 6, p. 486–493, nov. 1991.

CAMMAROSANO, Márcio. **O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CAMMAROSANO, Márcio.; UNES, Flávio. **Improbidade e esvaziamento do dolo**. Disponível em: <<http://www.oseleitoralistas.com.br/2014/04/14/improbidade-e-esvaziamento-do-dolo-marcio-cammarosano-e-flavio-unes/>>. Acesso em: 9 jun. 2020.

CAMPANA, Priscilla de Souza Pestana. A cultura do medo na administração pública e a ineficiência gerada pelo atual sistema de controle. **Revista de Direito**, Viçosa, v. 09, n. 1, p. 189–216, 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. El “formidable problema” del control judicial y la contribución del análisis comparado. **Revista de Estudios Políticos**, [s. l.], n. 13, p. 61–103, enero-febrero. 1980.

CAROLANS, Eoin. **The new separation of powers: a theory for the modern state**. New York: Oxford University Press, 2009.
Oxford University Press, 2009.

CASAGRANDE, Cássio Luís.; BARREIRA, Jônatas Henrique. O caso McCulloch v. Maryland e sua utilização na jurisprudência do STF. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 56, n. 221, p. 247–270, jan./mar. 2019.

CASTANHEIRA NEVES, António. **Metodologia jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

CASTELLS, Manuel. **A era da informação: economia, sociedade e cultura**. A sociedade em rede. Tradução: Roneide Venancio Majer com a colaboração de Klauss Bradini Gerhardt. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999. (v.1)

CASTRO, Rodrigo Pirronti Aguirre de.; GONÇALVES, Francine Silva Pacheco. **Compliance e gestão de riscos nas empresas estatais**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

CHEVALLIER, Jacques.; **O estado pós-moderno**. Tradução: Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do poder executivo no estado contemporâneo e na constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

CLÈVE, Clèmerson Merlin.; LORENZETTO, Bruno Menezes. Jurisdição constitucional e paternalismo: reflexões sobre a lei ficha limpa. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 9, n. 1, 1º quadrimestre de 2014, p. 110-141. Disponível em: www.univali.br/direitopolitica. Acesso em: 24 fev. 2020.

CLÈVE, Clèmerson Merlin.; LORENZETTO, Bruno Menezes. Constituição, governo democrático e níveis de intensidade do controle jurisdicional. *In*: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens. (org.). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 468–519.

COELHO, Margarete de Castro. **A democracia na encruzilhada: reflexões acerca da legitimidade democrática da justiça eleitoral brasileira para cassação de mandatos eletivos**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

COLOMBIA. Ley nº 678, del 04 de agosto de 2001. **Diario Oficial No. 44.509**, Bogotá, 4 de agosto de 2001.

CONESA, Pierre. **Surtout ne rien décider**: manuel de survie en milieu politique avec exercices pratiques corrigés. Paris: Robert Laffont, 2014.

Consulta das contas irregulares - TCU — Tribunal Superior Eleitoral. Brasília, 2019. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-2018/consulta-das-contas-irregulares-tcu/>. Acesso em: 25 jan. 2020.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2013.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Almedina, 1987.

COMMITTEE OF SPONSORING ORGANIZATIONS OF THE TREADWAY COMMISSION. New York, 2019. Disponível em: <https://www.coso.org/Pages/aboutus.aspx>. Acesso em: 21 fev. 2019.

COMMITTEE OF SPONSORING ORGANIZATIONS OF THE TREADWAY COMMISSION. COSO Gerenciamento de Riscos Corporativos - GRC Enterprise Risk Management. ERM, Matriz Tridimensional, New York, ago. 2019. Disponível em: <https://www.coso.org/Documents/COSO-ERM-Executive-Summary-Portuguese.pdf>. Acesso em 04 ago. 2019

COSTA, André Soares da. **Instituições de direito eleitoral**. 9. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

COSTA RICA. Ley nº 6.227 (Lei General de Administración Pública - LGAP). del 02/05/1978. **Procuraduría General de la República de Costa Rica**. São José da Costa Rica, 2. Maio. 1978.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Administração pública democrática e supremacia do interesse público**: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes. Curitiba: Juruá, 2015.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Menos princípios, mais regras: a teoria da ponderação na encruzilhada do decicionismo. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, ano 5, n. 3, p. 993-1023, 2019.

CRUZ, José Neves. **A influência da burocracia e dos grupos de interesse na escolha pública: revisão de estudos do século XX e uma aplicação empírica aos municípios portugueses e galegos**. Porto: Centro de Investigação Jurídico Económica, 2009.

CUNHA, Paulo Ferreira da. Constituição, direito e utopia: do jurídico-constitucional nas utopias políticas. *In: Stvdia Jvridica*. 20. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

DANTAS, Bruno. O risco de ‘infantilizar’ a gestão pública. **O Globo**, Rio de Janeiro, 6 jan. 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/opiniaao/o-risco-de-infantilizar-gestao-publica-22258401>. Acesso em: 29 set. 2019.

DANTAS, San Tiago. **Programa de direito civil II**: aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito fim de 1943-1945 - Os contratos. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978.

DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**: comentários sobre a sociedade do espetáculo. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

DECANIO, Samuel. **Democracy and the origins of the american regulatory state**. New Haven: Yale University Press, 2015.

DECOMAIN, Pedro Roberto. Inconstitucionalidade parcial da LC nº 135/2010 - Lei da Ficha Limpa. In: FUX, Luiz.; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande.; AGRA, Walber de Moura. (org.); PECCININ, Luiz Eduardo. (coord.). **Elegibilidade e inelegibilidades**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 403–414. (Tratado de direito eleitoral, v.3)

DELPIAZZO, Carlos. E. La responsabilidad en el derecho público uruguayo. **Revista de Derecho**, Montevideo, n. 3, p. 59–83, 2008.

DESROSIERS, David. The return of jackpot justice. **Real Clear Politics**, [s.l.], ago. 2019. Disponível em: https://www.realclearpolicy.com/articles/2019/08/21/the_return_of_jackpot_justice_111258.html. Acesso em: 2 nov. 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella.; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **A supremacia do interesse público**: e outros temas relevantes do direito administrativo. São Paulo: Atlas, 2010.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método Editora, 2006. (Coleção Professor Gilmar Mendes, v. 2).

DIMOULIS, Dimitri. Crítica do neoconstitucionalismo. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**: Homenagem ao Professor Adhemar Raymundo da Silva, Salvador, v. 22, n. 1, p. 179-203, 2011.

DIONISIO, Pedro de Hollanda. **O direito ao erro do administrador público no Brasil**: contexto, fundamentos e parâmetros. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2019.

DOSTOIÉVSKI, Fiódor. **Crime e castigo**. Tradução: Paulo Bezerra. 6. ed. São Paulo: Editora 34, 2009.

DROMI, José Roberto. **Derecho administrativo**. 5. ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996.

DUSSEL, Enrique. **20 teses de política**. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – CLACSO. São Paulo: Expressão Popular, 2007.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

ELSTER, Jon. **Ulisses liberto**: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições. Tradução: Cláudia Sant'Anna Martins. São Paulo: Editora UNESP, 2009.

ENTERRÍA, Eduardo García de. La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos). **Revista de administración pública**, Rioja, n. 38, p. 159–208, 1962.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **La lengua de los derechos**: la formación del derecho público europeo tras la revolución francesa. Madrid: Real Academia Española, 1994.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **As transformações da justiça administrativa**: da sindicabilidade restrita à plenitude jurisdicional. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

ESCOLA, Héctor Jorge. **El interés público como fundamento del derecho administrativo**. Buenos Aires: Depalma, 1989.

ESPANHA. Ley 30, de 26 de novembro de 1992. Dispõe sobre o regime jurídico da Administração Pública e do Processo Administrativo Ordinário. **BOE**, Madrid, 26 set. 2018.

ESPANHA. Ley 47, de 27 de novembro de 2003. **BOE**, Madrid, 27 nov. 2003. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-21614>. Acesso em: 20 fev. 202

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. Editora Revista dos Tribunais, 1999.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Direito eleitoral**: a efetividade dos direitos políticos fundamentais de voto e de candidatura. Florianópolis: Habitus, 2018.

FARIA, Adriana Ancora de.; DIAS, Roberto. O direito, a política e a vanguarda do STF: riscos democráticos. *In*: VIEIRA, Oscar Vilhena.; GLEZER, Rubens. (org.). **A razão e o voto**: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017. p. 280–308.

FARIA, José Figueiredo. Gestão de risco na aplicação da legislação. *In*: RALHA, João. (coord.). **Princípios de gestão para município**. Lisboa: Universidade Católica Editora, p. 93-106, 2015.

FAVOREU, Louis. La légitimité du juge constitutionnel. **Revue internationale de droit comparé**, Lyon, v. 46, n. 2, p. 557–581, 1994.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. IX SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL. **Anais [...]** Curitiba: 2010.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. *In*: FERRAJOLI, Luigi.; STRECK, Lenio Luiz.; TRINDADE, André Karam. (org.).

Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: Um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAZ, Luciano. Súmula Vinculante 5 do Supremo deveria, no mínimo, ser revista. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 30 de março de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mar-30/interesse-publico-sumula-vinculante-supremo-deveria-minimo-revista>. Acesso em: 17 mar. 2020.

FERRAZ, Luciano. **Controle e consensualidade:** fundamentos para o controle consensual da administração pública (TAG, TAC, SUSPAD, acordos de leniência, acordos substitutivos e instrumentos afins). Belo Horizonte: Fórum, 2019.

FERRAZ, Luciano. Dano in re ipsa cria, sem lei, novo tipo de improbidade. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 4 maio. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-04/interesse-publico-dano-in-re-ipsa-cria-tipo-improbidade-administrativa>. Acesso em: 16 mar. 2020.

FERREIRA, Marcelo Ramos Pellegrino. O controle de convencionalidade da Lei da Ficha Limpa. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, out. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/43814/o-controle-de-convencionalidade-da-lei-da-ficha-limpa/2>. Acesso em: 15 jan. 2020.

FERREIRA, Marcelo Ramos Pellegrino. **O controle de convencionalidade da Lei da Ficha Limpa:** direitos políticos e inelegibilidades. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los Estados parte de la convención americana (res interpretata) (Sobre el cumplimiento del Caso Gelman vs. Uruguay). **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, p. 607–638, 2013.

FINN, John E. **Constitution in crisis:** political violence and the rule of law. New York: Oxford University Press, 1991.

FISHER, Elizabeth. **Risk regulation and administrative constitutionalism.** Portland: Hart Publishing, 2007.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito.** Curitiba: Juruá, 2009.

FORTINI, Cristiana. Processo administrativo disciplinar no estado democrático de direito: o devido processo legal material, o princípio da eficiência e a súmula vinculante n. 05 do Supremo Tribunal Federal. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, [s. l.], n. 25, p. 1-16, 2011.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder.** Tradução: Roberto Machado. 25. ed. São Paulo: Graal, 2012.

FREITAS, Rafael Vêras de. O PL 7.448/2017 e a responsabilidade administrativa. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, abr. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-18/rafael-freitas-pl-74482017-responsabilidade-administrativa>. Acesso em: 29 set. 2019.

FREITAS, Juarez. **Interpretação sistemática do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

FREUD, Sigmund. **Obras completas Sigmund Freud**. Volumen 13. Tótem y tabú y otras obras. Tradução: José L. Etcheverry. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 1988.

FUREDÌ, Frank. **Culture of fear: risk-taking and the morality of low expectation**. Revised Ed. New York: Continuum, 2002.

FUREDÌ, Frank. Precautionary culture and the rise of possibilistic risk assessment. **Erasmus Law Review**, Rotterdam, v. 2, n. 2, p. 197–220, 2009.

GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade: o estado e a sociedade civil para além do bem e do mal**. Belo Horizonte: Fórum Editora, 2009.

GABARDO, Emerson. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 2, p. 95-130, maio/ago. 2017.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2013.

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas**. Tradução: Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

GARAPON, Antoine.; SALAS, Denis. (org.). **A justiça e o mal**. Tradução: Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

GARCIA, Emerson.; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

GASPARRI, Pietro. **Corso di diritto amministrativo**, Vol. III, Le disorganizzazioni e le disfunzioni amministrative. Padova: [s.n.], 1955.

GAZIER, François. A experiência do Conselho de Estado francês. **Revista do Serviço Público**, Brasília, v. 41, n. 2, p. 63–67, 1984.

GIACOMUZZI, José Guilherme. A moralidade administrativa: história de um conceito. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 24, p. 219–233, 2004.

GIOVANINI, Wagner. Mecanismo de integridade ou arma para proteção. *In*: PAULA, Marco Aurélio Borges de.; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. (coord.). **Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção**: integridade para o desenvolvimento. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 452.

GOMES, Carla Amado. **Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente**. Coimbra: Almedina, 2007.

GOMES, Carla Amado. A responsabilidade civil extracontratual da administração por facto ilícito: reflexões avulsas sobre o novo regime da Lei 67/2007, de 31 de dezembro. **Julg**, n. 5, p. 73–98, 2008.

GOMES, Carla Amado. **Textos dispersos de direito administrativo**. Lisboa: AAFDL, 2013.
GOMES, Carla Amado. Riscando a culpa do mapa da responsabilidade civil. **Revista do Centro de Estudos Judiciários**, Lisboa, v. 2, p. 298, 2015. (Número avulso).

GOMES, Frederico Yokota Choucair.; OLIVEIRA, Paulo Roberto Lassi de. O Tribunal de Contas da União e a responsabilidade dos conselheiros de administração de empresas estatais. **Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública**, Brasília, v. 2, n. 1, p. 56-72, jan./jun. 2016.

GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 12. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

GONÇALVES, Pedro. **Entidades privadas com poderes públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas. Coimbra: Almedina, 2005.

GORDILLO, Agustín. **La administración paralela**. Fundación de Derecho Administrativo - Acceso y reproducción pública y privada gratuitas, Buenos Aires, 2012. Disponível em: <http://www.gordillo.com/tomo6.php>. Acesso em: 16 nov. 2019.

GRAZIANO SOBRINHO, Sérgio Francisco Carlos. **Globalização e sociedade de controle**: a cultura do medo e o mercado da violência. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

GRIFFITH, John Aneurin Grey.; STREET, Harry. **Principles of administrative law**. London: Isaac Pitman & Sons, 1959.

GROSSI, Paolo. O ponto e a linha. História do direito e direito positivo na formação jurista do nosso tempo. **Revista Seqüência**, Florianópolis, v. 26, n. 51, p. 31–45, 2005.

GUEDES, Néviton. O Barão de Münchhausen e o direito sem preconceitos. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, set. 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-set-10/constituicao-poder-barao-munchhausen-direito-preconceitos>. Acesso em: 27 jun. 2015.

GUEDES, Néviton. O heroísmo de uma brasileira e os limites do direito. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, ago. 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-ago-20/constituicao-poder-heroismo-brasileira-limites-direito>. Acesso em: 15 jul. 2015.

GUEDES, Néviton. A democracia e a restrição dos direitos políticos. *In*: FUX, Luiz.; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande.; AGRA, Walber de Moura. (org.); PECCININ, Luiz Eduardo. (coord.). **Direito constitucional eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 111–119. (Tratado de direito eleitoral, v. 1)

GUILLAUME, Henri.; DUREAU, Guillaume.; SILVENT, Franck. **Gestion publique: l'état et la performance**. Paris: Presses de Sciences Po: Dalloz, 2002.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O direito administrativo do medo: a crise da ineficiência pelo controle. **Revista Colunistas - Direito do Estado**, Salvador, n. 71, 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: 18 fev. 2020.

GUSSOLI, Felipe Klein. Caça aos ímprobos: como a aplicação da lei de improbidade desvinculada das garantias constitucionais desvirtua a finalidade legal. *In*: SEMINÁRIO INTERNACIONAL REALIZADO NO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ: EFICIÊNCIA E ÉTICA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, 2015, Curitiba, **Anais [...]** Curitiba: Ithaca, 2015, p. 412.

GUSSOLI, Felipe Klein. Tratados de direitos humanos e direito administrativo: impactos da convencionalidade. *In*: MOTTA, Fabrício.; GABARDO, Emerson. **Limites do controle da administração pública no estado democrático de Direito**. Curitiba: Íthaca, 2015. p. 117-130.

HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

HACHEM, Daniel Wunder.; FARIA, Luzardo. Improbidade administrativa, inelegibilidade e aplicação do art. 1 , I, “L” da Lei Complementar n. 64/1990 pela Justiça Eleitoral. *In*: FUX, Luiz.; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande.; AGRA, Walber de Moura. (org.); PECCININ, Luiz Eduardo. (coord.). **Elegibilidade e Inelegibilidades**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p.427–445. (Tratado de direito eleitoral, v. 3)

HAMILTON, Alexander. et. al. **The federalist papers**. New York: Oxford University Press, 2008.

HARGER, Marcelo. A indisponibilidade de bens em ação de improbidade administrativa após a vigência do novo CPC. **Revista Colunistas - Direito do Estado**, Salvador, n. 359, 2017. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/marcelo-harger/a-indisponibilidade-de-bens-em-acao-de-improbidade-administrativa-apos-a-vigencia-do-novo-cpc>. Acesso em: 18 fev. 2020.

HARGER, Marcelo. **Improbidade administrativa**: comentários à Lei nº 8.429/92. São Paulo: Atlas, 2015. (Coleção direito administrativo positivo; v. 7/ Irene Patrícia Nohara, Marco Antonio Praxedes de Moraes Filho, coordenadores).

HARTMANN, Ivar Alberto.; CHADA, Daniel. A razão sem condições de qualidade. *In*: VIEIRA, Oscar Vilhena.; GLEZER, Rubens. (org.). **A razão e o voto**: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017. p. 169–196.

HESPANHA, Antônio Manuel. **Cultura jurídica européia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2009.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, p. 139-178, mai. 2009.

HITTERS, Juan Carlos. ¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad). **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**, São Paulo, n. 10, p. 131–156, 2008.

HOBBS, Thomas. **Leviathan**: with selected variants from the latin edition of 1668. Indianapolis: Hackett Publishing Company, Inc., 1994.

HINO de duran. Intérprete: Chico Buarque. Compositor: F. Buarque de Holanda. *In*: ÓPERA do Malandro. Intérprete: Chico Buarque. Rio de Janeiro: Polygram/Philips, 1979. 2 discos vinil, disco 1, lado A, faixa 2.

HOOD, Christopher. Administrative diseases: some types of dysfunctionality in administration. **Public Administration**, v. 52, n. 4, p. 439–454, 1974.

HOOD, Christopher. **El juego de la culpa**: manipulación, burocracia y autoconservación en el estado. Tradução: José Antonio Olmeda Gomez. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2014.

IDP recebe a visita de especialistas em improbidade administrativa. Disponível em: <https://www.idp.edu.br/idp-recebe-a-visita-de-especialistas-em-improbidade-administrativa/>. Acesso em: 28 maio 2020.

IOCKEN, Sabrina Nunes. **Controle compartilhado das políticas públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ITÁLIA. Legge 20 dicembre 1996, n. 639. **Parlamento**: Roma, 20 dez. 1996. Disponível em: <http://www.parlamento.it/parlam/leggi/966391.htm>. Acesso em: 21 fev. 2020.

IVVENALIS, Decimus Ivnii. Sátira n° VI. [*S. l.: s. n.*]. Disponível em: <http://www.thelatinlibrary.com/juvenal/6.shtml>. Acesso em: 26 jun. 2015.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle**. São Paulo: Malheiros: SBDP, 2016.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. O STF controlando o controlador: assumirá o supremo o papel de frear o movimento expansionista do TCU?. **Jota Info**, São Paulo, set. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/control-publico/o-stf-controlando-o-controlador-11092019>. Acesso em: 1 fev. 2020.

Juízes no Brasil ganham mais que nos EUA | EESP. Disponível em: <https://eesp.fgv.br/noticia/juizes-no-brasil-ganham-mais-que-nos-eua>. Acesso em: 8 nov. 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a “personalização” do direito administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, Belo Horizonte, v. 26, p. 115-136, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo de espetáculo. **Fórum Administrativo**, v. 100, jun. 2009.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução: Cássio Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KHOURY, Fuad. Miedo irracional en la administración pública. **"El Comercio"**, Lima, 14 fev. 2014. Disponível em: <https://elcomercio.pe/opinion/columnistas/miedo-irracional-administracion-publica-fuad-khoury-293682-noticia/>. Acesso em: 28 set. 2019.

KRAEMER, Henrich.; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. 28. ed. Tradução: Paulo Fróes. Rio de Janeiro: Record, 2017.

LANDAU, David. Institutional failure and intertemporal theories of judicial role in the global south. *In*: BICHITZ, David.; LANDAU, David. (ed.). **The evolution of the separation of powers**: between the global north and global south. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2018. p. 31–56.

LAUBADÈRE, André de. L’administration concertée. *In*: [s.n.]. **Mélanges en l’honneur du professeur Michel Stassinopoulos**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1974. p. 407–424.

LAUDAN, Larry. **O progresso e seus problemas**: rumo a uma teoria do crescimento científico. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Editora Unesp, 2011.

LEGRAND, Pierre. **Como ler o direito estrangeiro**. Tradução: Daniel Wunder Hachem. São Paulo: Contracorrente, 2018.

LEITÃO, Alexandra. **Contratos interadministrativos**. Coimbra: Almedina, 2015.

LEVINSON, Stanford V. Why I do not teach marbury (except to eastern europeans) and why you shouldn’t either. **Wake Forest Law Review**, Winston-Salem, n. 38, p. 553–578, 2003.

LIMA, Wilson. Brasil tem mais de 346 mil fichas-sujas impedidos de disputar a eleição. **Blog Último Segundo - Política - Portal iG**, Brasília, jul. 2014. Disponível em: <https://ultimosegundo.ig.com.br/politica/2014-07-02/brasil-tem-mais-de-346-mil-fichas-sujas-impedidos-de-disputar-a-eleicao.html>. Acesso em: 25 jan. 2020.

LLOSA, Mario Vargas. **A civilização do espetáculo**: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura. Tradução: Ivone C. Benedetti. São Paulo: Objetiva, 2013.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Tradução: Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOPES, Felipe de Mendonça. Television and judicial behavior: lessons from the Brazilian Supreme Court. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 9, n. 1, p. 41–71, jan./abr. 2018.

LUCENA, Manuel de. Ensaio sobre o tema do Estado. **Análise Social**, Lisboa, v. XII, n. 47, p. 621–703, 1976.

LUHMANN, Niklas. **A constituição como aquisição evolutiva**. Tradução: Menelick de Carvalho Netto, Giancarlo Corsi e Raffaele DeGiorgi. Disponível em: <https://pt.scribd.com/doc/31253250/LUHMANN-Niklas-A-constituicao-como-aquisicao-evolutiva>. Acesso em: 12 jun. 2015.

MACCORMICK, Neil. **Legal reasoning and legal theory**. Oxford: Clarendon, 1994.
MAHLER, Tobias. Defining legal risk. *In*: COMMERCIAL CONTRACTING FOR STRATEGIC ADVANTAGE - POTENTIALS AND PROSPECTS, Turku University of Applied Sciences, 2007, Turku. **Proceedings** [...] Turku: 2007, p. 10-31.

MALDONADO, Daniel Bonilla. The conceptual architecture of the principle of separation of powers. *In*: BICHITZ, David.; LANDAU, David. (ed.). **The evolution of the separation of powers: between the global north and the global south**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2018. p. 145–174.

MALEM SEÑA, Jorge F.; SELEME, Hugo O. Patologías de la división de poderes. **Doxa**. Cuadernos de Filosofía del Derecho, [s.l.], n. 36, p. 275-295, dez. 2013.

MAMEDE, Gladston.; MAMEDE, Eduarda Cotta. **Blindagem patrimonial e planejamento**. São Paulo: Atlas, 2013.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. A LINDB e o regime jurídico para o administrador honesto. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, maio 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-25/opiniao-lindb-regime-juridico-administrador-honesto>. Acesso em: 29 set. 2019.

MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade: proibidade, razoabilidade e cooperação. *In*: MARRARA, Thiago. (org.). **Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade e interesse público**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 159–229.

MARSILIUS OF PADUA. **The defender of the peace**. Tradução: Annabel Brett. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith.; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o direito brasileiro). **Revista do Centro de Estudos Judiciários**, Lisboa, v. 9, n. 28, p. 15–32, jan./mar. 2005.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2018.

MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. O medo e o ato administrativo. **Revista de Direito do Estado**, Salvador, n. 289, [s.l.], nov. 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rodrigo-tostes-mascarenhas/o-medo-e-o-ato-administrativo>. Acesso em: 27 fev. 2020.

MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. A inelegibilidade proclamada por atores não judiciais (ou a lei da “ficha limpa” e seus excessos). *In*: FUX, Luiz.; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande.; AGRA, Walber de Moura. (org.); PECCININ, Luiz Eduardo. (coord.). **Elegibilidade e inelegibilidades**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 341–348. (Tratado de direito eleitoral, v. 3)

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Do excessivo caráter aberto da lei de improbidade administrativa. **Interesse público**, Belo Horizonte, v. 29, p.139-143, 2011.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Ordenador de despesas não responde perante a lei de improbidade administrativa de forma objetiva – responsabilidade subjetiva com má-fé e com desonestidade. Disponível em: <http://gomesdemattos.com.br/wpcontent/uploads/2018/11/Ordenador-de-Despesas-03.09.2018.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2020.

MATURANA, Humberto. **Cognição, ciência e vida cotidiana**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2001.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, v. 59, p. 183–202, 1989.

MCCORMICK, Roger. **Legal risk in the financial markets**. New York: Oxford University Press, 2006.

MCMILLAN, Lori. The Business Judgment Rule as an immunity doctrine. **WM. & Mary Bus. L. Rev.**, Virginia, v. 4, n. 2, p. 521–574, 2013.

MEDAUAR, Odete. **Controle da administração pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993a.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993b.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

MELO, Pedro. **A distribuição do risco nos contratos de concessão de obras públicas**. Coimbra: Almedina, 2011.

MENDES, Conrado Hübner. Na prática, ministros do STF agriem a democracia, escreve professor da USP. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 2 mar. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1953534-em-espiral-de-autodegradacao-stf-virou-poder-tensionador-diz-professor.shtml>. Acesso em: 6 jan. 2020.

- MENDES, Paulo Sousa. Sociedade de risco, política ambiental europeia e direito penal do risco. *In*: GOMES, Carla Amado; TERRINHA, Luis Heleno. (coord.). **In Memoriam Ulrich Beck**. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas. p. 116-124, 2016.
- MERTON, Robert. King. **Social theory and social structure**. London: The Free Press, 1968.
- MILESKI, Hélio Saul. **O controle da gestão pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MIRA Y LÓPEZ, Emílio. **Cuatro gigantes del alma: el miedo - la ira - el amor - el deber**. 14. ed. Bueno Aires: Ediciones Lidiun, 1994.
- MIRANDA, Rodrigo Fontenelle de Araújo. **Implementando a gestão de riscos no setor público**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- MODESTO, Paulo. O controle público e o fetiche da culpa. **Revista Colunistas - Direito do Estado**, Salvador, mar. 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/paulo-modesto/o-controle-publico-e-o-fetiche-da-culpa>. Acesso em: 23 nov. 2019.
- MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. Administrative constitutionalism: resgatar a constituição para a administração pública. *In*: LOUREIRO, J. C.; CORREIA, F. A.; MACHADO, J. E. M. (org.). **Stydia ivridica 103**, ad honorem: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 385–418. (v. 2. Constituição e estado: entre teoria e dogmática).
- MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. **Casos práticos: direito administrativo**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2015.
- MONSTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução: Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- MONTEIRO, António Pinto. As cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade sob o olhar da jurisprudência portuguesa recente. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, Coimbra, n. 3956, p. 284–311, maio/jun. 2009.
- MONTEIRO, Vítor de Andrade. Direitos humanos e direitos políticos: perspectivas e tendências do direito eleitoral perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. **Revista IIDH**, São José da Costa Rica, n. 61, p. 173–200, 2015.
- MORAES, Alexandre. Combate a improbidade administrativa e respeito aos princípios constitucionais. **Revista Jurídica da Universidade de Santiago**. Assomada: Universidade de Santiago, n. 2, jan./dez. 2014.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. **Revista Trimestral de Direito Civil**, [s.l.], v. 18, p. 45–78, abr./jun. 2004.
- MORAIS, Carlos Blanco de. **Curso de direito constitucional: teoria da constituição em tempos de crise do estado social**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. (Tomo II, v. 2)

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. As mutações do direito administrativo francês. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 12, n. 50, p. 51-65, out./dez. 2012.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Droit administratif**. 14. ed. Paris: LGDJ Lextenso éditions, 2015.

MOREIRA, Egon Bockman. **Processo administrativo: princípios constitucionais e a lei 9.784/99**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MOREIRA, João Baptista Gomes. **Direito administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MOTTA, Fabrício. **Função normativa da administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MOTTA, Fabrício. Dilema entre controle de eficiência e de legalidade é falso. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, jan. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jan-11/interesse-publico-dilema-entre-controle-eficiencia-legalidade-falso>. Acesso em: 23 nov. 2019.

MOTTA, Fabrício.; GABARDO, Emerson. (coord.). **Limites do controle da administração pública no Estado de direito**. Curitiba: Íthala, 2019.

MOTTA, Fabrício.; NOHARA, Irene Patrícia. **LINDB no direito público: Lei 13.655/2018**. São Paulo: Thompson Reuters, 2019. (Coleção soluções de direito administrativo: leis comentadas. Série I: administração pública; v. 10)

MOTTA, Francisco C. Prestes. Controle social nas organizações. **Revista de Administração de Empresas**, São Paulo, v. 3, n. 19, p. 11–25, jul./set. 1979.

NBR ISO 31.000™. Associação Brasileira de Normas Técnicas.

NEVES, Marcelo. **Entre hidra e héracles: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

NIEBUHR, Joel de Menezes. O erro grosseiro – análise crítica do Acórdão no 2.391/2018 do TCU. **Blog Zenite**, Curitiba, nov. 2019. Disponível em: <https://www.zenite.blog.br/o-erro-grosseiro-analise-critica-do-acordao-no-2-3912018-do-tcu/>. Acesso em: 21 dez. 2019.

NIEBUHR, Joel de Menezes.; NIEBUHR, Pedro de Menezes. Administração pública do medo. **JOTA Info**, São Paulo, nov. 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/administracao-publica-do-medo-09112017>. Acesso em: 16 set. 2019.

NOHARA, Irene Patrícia. Governança pública e gestão de riscos: transformações no direito administrativo. *In*: CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de.; GONÇALVES, Francine Silva Pacheco. **Compliance e gestão de riscos nas empresas estatais**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 327–342.

OLIVEIRA, Júlio Marcelo de. Por que o controle da administração pública incomoda tanto?. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, ago. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-28/contas-vista-controle-administracao-publica-incomoda-tanto>. Acesso em: 21 dez. 2019.

OLIVEIRA, José Carlos de. **Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

OLIVEIRA, Weder de. Precisamos falar sobre contas... uma nova perspectiva sobre a apreciação das contas anuais do Presidente da República pelo Congresso Nacional mediante parecer do Tribunal de Contas da União. *In*: LIMA, Luiz Henrique.; OLIVEIRA, Weder de.; CAMARGO, João Batista. (coord.). **Contas governamentais e responsabilidade fiscal: desafios para o controle externo - estudos de ministros e conselheiros substitutos dos Tribunais de Contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

OSÓRIO, Fábio Medina. Supremacia do interesse público sobre o privado. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 220, p. 69-107, abr. 2000.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção e ineficiência**. 3 ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juricidade**. Coimbra: Almedina, 2003.

PAIM, Gustavo Bohrer. **Direito eleitoral e segurança jurídica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

PARDO, José Esteve. Las aportaciones de Ulrich Beck a la comprensión del nuevo entorno sociológico. *In*: GOMES, Carla Amado; TERRINHA, Luis Heleno. (coord.). **In Memoriam Ulrich Beck**. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas. p. 96-104. 2016.

PARGENDLER, Mariana S. Responsabilidade civil dos administradores e *business judgment rule* no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 953, p. 51-74, 2015.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 14. ed. rev., atual. e ampl. Florianópolis: Empório Modara, 2018.

PAULA, Marco Aurélio Borges de.; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. (coord.). **Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

PAVEL, Nicolae. The right to good administration. **Contemporary Readings in Law and Social Justice**, New York, n. 4, p. 919-933, 2012.

PEREIRA, André Gonçalves. **Erro e ilegalidade no acto administrativo**. Lisboa: Edições Ática, 1962.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 5. ed., rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

PEREIRA, Marcelo Caon. O ativismo judicial e a democracia. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, v.52, n.1/2, p. 305-352, 2011.

PESSUTI, Orlando Moisés Fisher. A desproporcional atuação da justiça eleitoral quando da declaração de inelegibilidades decorrentes de desaprovação de contas: um breve análise sob a perspectiva do devido processo legal e do princípio do juiz natural. *In*: FUX, Luiz.; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande.; AGRA, Walber de Moura. (org.); PECCININ, Luiz Eduardo. (coord.). **Elegibilidade e inelegibilidades**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 369–389. (Tratado de direito eleitoral, v. 3)

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PINHEIRO, Heron de Jesus Garcez.; VELOSO, Roberto Carvalho. Poder sancionatório dos conselhos de fiscalização profissional: reflexões sobre hipótese de inelegibilidade da lei da ficha limpa. **Revista de Teorias da Democracia e Direitos Políticos**, [s.l.], v. 2, n. 2, p. 135–155, jul./dez. 2016.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**, t. XXIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**: Tomo I, ação, classificação e eficácia. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2016.

POPPER, Karl Raimund. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Tradução: Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987. (v. 2)

POPPER, Karl Raimund. **Os dois problemas fundamentais da teoria do conhecimento**. Tradução: Antonio Ianni Segatto. São Paulo: Editora Unesp, 2013

PORTUGAL. Lei nº 67, de 31 de dezembro de 2007. **Diário da República Eletrônico**. Lisboa, 31 dez. 2007. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/628004/details/maximized>. Acesso em: 19 fev. 2020.

POSNER, Eric Andrew. Balance-of-powers arguments, the structural Constitution, and the problem of executive “underenforcement”. **University of Pennsylvania Law Review**, Philadelphia, vol. 164, n. 7, p. 1.677–1.714, 2016.

POSNER, Richard Allen. **Economic analysis of law**. 3. ed. New York: Wolters Kluwer, 1986.

POSNER, Richard Allen. **Catastrophe**: risk and response. New York: Oxford University Press, 2004.

POSNER, Richard Allen. **Cómo deciden los jueces**. Tradução: Victoria Roca Pérez Madrid: Marcial Pons, 2011.

POZZOLO, Suzanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. **Doxa**. Cuadernos de Filosofía del Derecho, [s.l.], v. 2, n. 21, p. 339–353, 1998.

PRATS CATALÁ, Joan. Derecho y management en las administraciones públicas. *In*: BRUGUÉ, Joaquim.; SUBIRATS, Joan. (org.). **Lecturas de Gestión Pública**. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública Boletín Oficial del Estado, 1996.

RACCAH, Auerélien. Reframing legal risk in EU law. *In*: MISCENIC, Emiliana.; RACCAH, Aurelién. (ed.). **Legal risks in EU law: interdisciplinary studies on legal risk management and better regulation in europe**. Basel: Springer International Publishing, 2016. p. 3–22.

RANGEL, Paulo Castro. A separação de poderes segundo montesquieu. *In*: **Stvdia Ivridica 61**, ad honorem. Estudos em homenagem ao prof. Doutor Rogério Soares. Coimbra: Coimbra Editora, p. 347-365, 2002.

RAZ, Joseph. **The authority of law: essays on law and morality**. Oxford: Clarendon Press, 1979.

RIBAS JÚNIOR, Salomão. **Corrupção endêmica: os tribunais de contas e o combate à corrupção**. Florianópolis: Editora Tribunal de Contas de Santa Catarina, 2000.

RIBAS JÚNIOR, Salomão. **Corrupção pública e privada: quatro aspectos: ética no serviço público, contratos, financiamento eleitoral e controle**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1981.

ROBERTS, Paul. Craig.; STRATTON, Lawrence. M. **The tyranny of good intentions: how prosecutors and law enforcement are trampling the constitution in the name of justice**. New York: Three Rivers Press, 2000.

ROSANVALLON, Pierre. **Counter-democracy: politics in an age of distrust**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

ROSANVALLON, Pierre. **Democratic legitimacy : impartiality, reflexivity, proximity**. New Jersey: Princeton University Press, 2011.

SABOGAL, Luis Fernando. El margen discrecional de los administradores en Colombia: ¿Es aplicable la “Regla del Buen Juicio Empresarial” [Business Judgment Rule (BJR)] en el ámbito de su deber de diligencia? **Revist@ e-Mercatoria**, Bogotá, v. 11, n. 1, p. 102–163, 2012.

SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios constitucionais eleitorais**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SALOMÃO, A. Salários de juizes no Brasil superam os dos Estados Unidos e da Inglaterra. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 21 ago. 2016. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,salarios-de-juizes-no-brasil-superam-os-dos-estados-unidos-e-da-inglaterra,10000070901>. Acesso em: 11 fev. 2020.

SANTA CATARINA. Tribunal de Contas do Estado de Catarina. **Relação do TCE/SC com 1.040 nomes de agentes públicos com contas irregulares é enviada ao TRE**. Florianópolis, 15 ago. 2016. Disponível em: <http://www.tce.sc.gov.br/acom-intranet-ouvidoria/noticia/24976/relação-do-tcesc-com-1040-nomes-de-agentes-públicos-com-contas>. Acesso em: 25 jan. 2020.

SANTOS, Luiz Elias Miranda dos. ***Quis custodiet ipso custodes***: ativismo judicial e separação dos poderes no panorama do controle da atividade judicante. Coimbra: Universidade de Coimbra, set. 2014. Dissertação em Ciências Jurídico-Políticas - Menção em Direito Constitucional, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Procedimento administrativo nos tribunais de contas e câmaras municipais**: contas anuais, princípios e garantias constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2006a.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. Nexo causal e excludentes da responsabilidade extracontratual do estado. *In*: FREITAS, Juarez. (org.). **Responsabilidade civil do estado**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006b.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. (org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstituindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SCHMITT, Carl. **Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica**. Tradução: Montserrat Herrero. Madrid: Editorial Tecnos, 1996.

SHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n. 4, p. 517–538, 2004.

SILVA, Fernando Matheus da.; PECCININ, Luís Eduardo. Anais VCBDE - Tribunais de Contas, improbidade e inelegibilidade (Palestra proferida por Rodolfo Viana no V Congresso Brasileiro de Direito Eleitoral). **Revista Brasileira de Direito Eleitoral**, Belo Horizonte, n. 17, p. 231–251, jul./dez. 2017.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003.

SILVA, Suzana Tavares. A nova dogmática do direito administrativo: o caso da administração por compromissos. **Revista de Direito Público e Regulação**, Lisboa, p. 893-942, 2008. (Número especial)

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 798, p. 23-50, 2002.

SILVEIRA, Marilda de Paula. STF decide quem julga as contas, mas e a inelegibilidade?. **Jota Info**, São Paulo, ago. 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/e-leitor/e-leitor-stf-decide-quem-julga-contas-mas-e-inelegibilidade-07082016>. Acesso em: 17 jan. 2020.

SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. Administração pública e controlo judicial. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, n. 15, p. 59–73, 1993.

SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. (Org.); DANTES, Arsênio José da Costa. et. al. **Sociedade democrática, direito público e controle externo**. Brasília: Tribunal de Contas da União e Universidade de Brasília, 2006.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo regulatório**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 15, n. 1, p. 158–173, jan./abr. 2010.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lênio Luiz.; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS 3.326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, p. 52–61, 2015. (Número especial).

SUNDFELD, Carlos Ari. Chega de axé no direito administrativo. **HuffPost Brasil**, São Paulo, mar. 2014. Disponível em: https://www.huffpostbrasil.com/carlos-ari-sundfeld/cheega-de-axe-no-direito-administrativo_a_21667314/. Acesso em: 29 set. 2019.

SUNSTEIN, Cass Robert. Beyond the precautionary principle. **University of Pennsylvania Law Review**, Philadelphia, v. 151, n. 3, p. 1003–1058, 2003.

SUNSTEIN, Cass Robert. **Laws of fear: beyond the precautionary principle**. New York: Cambridge University Press, 2005.

SUNSTEIN, Cass Robert. Chevron step zero. **Virginia Law Review**, v. 92, n. 2, p. 187-249, 2006.

SUSINI, Marie-Laure. **Elogio da corrupção: os incorruptíveis e seus corruptos**. Tradução: Procópio Abreu. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2010.

TAVARES, José F. F.; CÂMARA, Sofia Sousa da. O plano de prevenção de riscos: um instrumento de gestão indispensável no sector público direito regional e local. **Direito Regional e Local**, Braga, n. 9, p. 23-39, jan./mar. 2010.

TESSARI, Cláudio.; PINHEIRO, Camila Bandel Nunes.; MOREIRA, Fernanda da Rosa. Holding patrimonial familiar: uma alternativa segura de proteção patrimonial, planejamento sucessório e tributário. **Revista IOB de Direito de Família**, n. 107, p. 9–26, 2018.

THORNTON, John. La costituzione mista in Polibio. *In*: FELICE, Domenico. (org.). **Governo misto**: ricostruzione di un'idea. Napoli: Liguori Editori, 2011. p. 66–118.

TORRES, José Emanuel de Matos. **Gestão de riscos**: no planeamento, execução e auditoria de segurança. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, 2015.

TUSHNET, Mark. **Taking the constitution away from the courts**. New Jersey: Princeton University Press, 1999.

URBANO, Maria Benedita M. P. The law of judges: attempting against montesquieu's legacy or a new configuration for an old principle. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. LXXXVI, n. 86, p. 621–638, 2010a.

URBANO, Maria Benedita M. P. Interpretação conforme com a constituição e activismo judicial: associação lógica ou activismo interpretativo? **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**, Porto, v. A7, p. 411–418, 2010b. (III Encontro dos Professores de Direito Público, 2010: novos e velhos princípios de direito público - FDUP, número especial).

URUGUAI. [Constituição (1967)]. **Constitución de la Republica**. atual. Montevidéo: Poder Legislativo, 1966.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Sindicar a omissão legislativa**: real desafio à harmonia entre os poderes. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

VIBERT, Frank. **The rise of the unelected**: democracy and the new separation of powers. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

VIANA, Luiz. Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de.; BURGOS, Marcelo Bauman. Quem somos?: a magistratura que queremos. **AMB - Associação dos Magistrados Brasileiros**, Rio de Janeiro, nov. 2018. Disponível em: https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Pesquisa_completa.pdf. Acesso em: 18. fev. 2020.

VIEIRA, Oscar Vilhena.; GLEZER, Rubens. (org.). **A razão e o voto**: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

WEBER, Max. **Economía y sociedad**: esbozo de sociología comprensiva. Madrid: Fondo de cultura económica, 1964.

WEBER, Max. **Ciência e política: duas vocações**. Tradução: Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. 18. ed. São Paulo: Cultrix, 2011.

WELTER, Henri. **Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative**: étude de doctrine et de jurisprudence. Paris: Librairie du Recueil sirey, 1929.

ZARDO, Francisco A. **Infrações e sanções em licitações e contratos administrativos**: com as alterações da lei anticorrupção (Lei 12.846/2013). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da terceirização na administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2014. (Temas de direito administrativo, v. 33)

ZOCKUN, Maurício. **Responsabilidade patrimonial do estado**: matriz constitucional, a responsabilidade do estado por atos legislativos, a obrigatoriedade da prévia indenização e a responsabilidade pessoal do parlamentar. São Paulo: Malheiros, 2010.