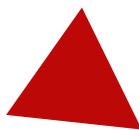


# POR UMA TEORIA GERAL DA FUNÇÃO DE CONTROLE



**Raquel Melo Urbano de Carvalho**

Procuradora do Estado de Minas Gerais. Professora de Direito Administrativo.  
Mestre em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da UFMG.

**Sumário:** 1 O controle como uma função de Estado: revendo a teoria de Montesquieu; 2 A obrigatoriedade de exercício adequado: o controle é função; 3 A importância do controle; 4 O regime jurídico atualizado do controle: motivação, verdade material e proporcionalidade contemporâneas; 4.1 Mutações na LINDB: um novo paradigma para motivação; 4.1.1 O consequencialismo disruptivo na motivação. As dificuldades reais como mais um elemento da realidade a ser comprovada; 4.2 A verdade material como obrigação: a ampla defesa como consequência jurídica constitucional; 4.3 Proporcionalidade; 5 Riscos do controle; 6 O problema da captura e das externalidades negativas do controle; 6.1 Os custos do controle; 7 Controles “missionários”: o descontrole do controle?; Referências.

**Resumo:** Este artigo parte da releitura das três clássicas funções estatais para demonstrar a necessidade de reconhecimento da função política e da função de controle como funções autônomas. Em seguida, demonstra a necessidade de desenvolvimento pelo Direito Administrativo de uma teoria geral da função de controle, explicitando os contornos do seu regime jurídico basilar. Assim, passa a desenvolver tais contornos, demonstrando a obrigatoriedade do exercício da atribuição de controle, analisando os impactos das modificações normativas introduzidas na LINDB em busca de definir critérios para realização do controle e demonstrando a complexidade de se chegar ao equilíbrio entre o respeito à capacidade institucional do gestor público e a blindagem dos seus atos contra um controle que dê concretude aos princípios e normas pertinentes. Sob um prisma, defende ser imperioso ao controlador resistir à tentação de agir de forma punitivista como propósito de fazer justiça e salvar o governo da corrupção, devendo exercer suas atribuições fundado na obediência à realidade, à verdade material e à busca pelo motivo verdadeiro do ato de controle, para evitar que o gestor seja paralisado ou substituído pelo controlador. A título de conclusão, defende a lucidez institucional e a responsividade como instrumentos do eficiente exercício do controle, visto ser essa função essencial ao exercício adequado e aperfeiçoamento de todas as atividades do Estado.

**Abstract:** This article comes from the re-analysis of the three classic state functions to demonstrate the need for recognizing the political function and the control function as autonomous functions. It then demonstrates the need for Administrative Law to develop a general theory of the control function, explaining the contours of its basic legal regime. Thus, it goes on to develop such outlines, demonstrating the mandatory nature of the exercise of the control attribution, analyzing the impacts of the normative modifications introduced in LINDB in an attempt to define criteria for the control and demonstrating the complexity of reaching a balance between respect for the institutional capacity of the public management and the shielding of its acts against a control that gives concreteness to the pertinent principles and norms. Under one prism, it defends that it is imperative for the controller to resist the temptation to act in a punitivist manner with the purpose of doing justice and saving the government from corruption, and that it must exercise its attributions based on obedience to reality, to the material truth and to the search for the true motive of the control act, in order to prevent the management from being paralyzed or replaced by the controller. In conclusion, it defends institutional lucidity and responsiveness as instruments for the efficient exercise of control, since this function is essential to the adequate exercise and improvement of all State activities.

**Palavras-chave:** Direito Administrativo; Separação dos poderes; Organização do Estado; Controle do ato administrativo; Riscos do controle; Eficiência.

**Keywords:** Administrative Law; Separation of Powers; State Organization; Control of Administrative Acts; Control Risks; Efficiency.



## 1 O CONTROLE COMO UMA FUNÇÃO DE ESTADO: REVENDO A TEORIA DE MONTESQUIEU

O Estado tem por tarefa fundamental atender as necessidades da sociedade. Para cumprir tal mister, compõe-se de Poderes definidos como segmentos estruturais em que se divide o poder geral e abstrato decorrente de sua soberania. É assim que persegue determinados fins, com uma série de atividades que desenvolve por meio de seus órgãos e agentes. Trata-se das funções estatais.

No Direito Público, é clássica a lição de que as funções estatais se compreendem como as diversas atividades do Estado, enquanto constituam manifestações ou diversos modos de exercício do Poder Público, visando à consecução de fins públicos. Daí se dizer, com base no magistério de autores como Seabra Fagundes, Diogo Figueiredo Moreira Neto e Maria Sylvia Zanella di Pietro, que, embora o poder estatal seja uno, indivisível e indelegável, ele se desdobra em três funções: legislação, administração e jurisdição.

Nas palavras do saudoso Seabra Fagundes,

O Estado, uma vez constituído, realiza os seus fins através de três funções em que se reparte a sua atividade: *legislação, administração e jurisdição*. A função legislativa liga-se aos fenômenos de formação do direito, enquanto as outras duas, administrativa e jurisdicional, se prendem à fase de sua realização. *Legislar* (editar o direito positivo), *administrar* (aplicar a lei de ofício), e *julgar* (aplicar a lei contenciosamente) são três fases da atividade estatal, que se completam e que a esgotam em extensão. O exercício dessas funções é distribuído pelos órgãos denominados Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário.<sup>1</sup>

A *função legislativa* define-se segundo essa doutrina como aquela por meio da qual se institui a ordem jurídica, criando-se as normas legais. Concerne aos fenômenos de formulação das regras de direito pelo Estado. Seu objeto consiste, pois, em elaborar a lei: norma geral (dirige-se a um conjunto indeterminado de pessoas, não a um grupo determinado e certo de indivíduos), abstrata (aplica-se a um número indefinido de fatos que ocorrerão no tempo, não se dirigindo a um caso determinado), obrigatória e inovadora (traz novidade em relação à ordem jurídica preexistente). Daí a doutrina clássica afirmar que legislar é editar o direito positivo.

Com efeito, Seabra Fagundes defende que

Pela função legislativa o Estado edita o direito positivo posterior à Constituição, ou, em termos mais precisos, estabelece normas gerais, abstratas e obrigatórias, destinadas à vida coletiva. O seu exercício constitui, cronologicamente, a primeira manifestação de vitalidade do organismo político estatal.<sup>2</sup>

Já segundo Eros Roberto Grau, “Norma jurídica é preceito, abstrato e genérico, que se integra no ordenamento jurídico, inovando-o”.<sup>3</sup>

Parte dos estudiosos refere-se à função executiva como um gênero do qual seriam espécies as funções administrativa e jurisdicional. Seabra Fagundes orienta que, “Enquanto o conceito da função legislativa decorre facilmente do contraste entre os fenômenos de formação do direito e os de realização, o mesmo não sucede com o das funções administrativa e jurisdicional”.<sup>4</sup> Estaríamos, aqui, diante da atividade dos órgãos do Estado que têm por objeto promover e assegurar o cumprimento das leis, aplicando sanções aos infratores dos preceitos legais. O seu objeto consiste, nessa linha de entendimento, na aplicação do Direito, seja na via administrativa propriamente dita seja na via judicial.

Ainda observando tal raciocínio, tem-se a *função jurisdicional* como a execução coativa da lei descumprida (atividade de substituição), por provocação da parte interessada, de modo a alcançar solução definitiva do conflito de interesses pelo juiz (estranho à lide e, portanto, imparcial).

1 FAGUNDES, Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1950. p. 13-14.

2 *Ibidem*, p. 15.

3 GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 154.

4 FAGUNDES, Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, *op. cit.*, p. 15.

### Quadro 1

Função jurisdicional		
Momento	Modo	Finalidade
Situação contenciosa surgida no processo de realização do direito (provocação pela parte interessada).	Interpretação definitiva do direito controvertido (conteúdo do ato jurisdicional segundo Duguit).	Trancamento da situação contenciosa.

Elaborado pela autora.

Nesse sentido, se julgar é aplicar a lei contenciosamente, a *função administrativa* refere-se à execução da lei mediante atos concretos por um órgão estatal que atua como parte das relações (superioridade), independentemente de provocação, para satisfação das necessidades coletivas. Daí suas características de: a) parcialidade: o órgão que exerce é parte nas relações jurídicas que decide (distingue-se, nesse aspecto, da função jurisdicional); b) concretude: aplica a lei aos casos concretos, faltando-lhe a característica da generalidade e abstração (próprias da lei); e c) subordinação, já que está sujeita a controle jurisdicional.

### Quadro 2

Função administrativa		
Momento	Modo	Finalidade
<i>Ex officio</i> (iniciativa da própria Administração)	Interpretação provisória da lei (sem definitividade)	Satisfação das necessidades coletivas.

Elaborado pela autora.

É certo que, nessa perspectiva, tem-se originariamente que administrar é aplicar a lei de ofício e a *função administrativa* é aquela pela qual o Estado determina situações jurídicas individuais, concorre para a sua formação e pratica atos materiais. Os atos jurídicos, por meio dos quais se exerce a administração, não criam, assim, o Direito (situação abstrata criada pela lei), mas criam situações jurídicas individuais ou concorrem para sua formação (ex.: certidões, atestados).

Reconhecendo as funções de administrar e de julgar como funções realizadoras do Direito, Seabra Fagundes adverte as diferenças entre ambas:

Mas o *momento* em que é chamada a intervir a função jurisdicional, o *modo* e a *finalidade*, por que interfere no processo realizador do direito, é que lhe dão os caracteres diferenciais. O seu exercício só tem lugar quando exista conflito a respeito da aplicação das normas de direito, tem por objetivo específico removê-lo, e alcança a sua finalidade pela fixação definitiva da exegese.<sup>5</sup>

Também Cretella Júnior busca distinguir jurisdição de administração:

Função de soberania do Estado, *jurisdição* é o poder de declarar o direito aplicável ao fato, objeto do litígio. (...) Se, regra geral, Administração é a *aplicação da lei de ofício*, jurisdição é a aplicação da lei, contenciosamente, mediante provocação. (...) A *função legislativa* é exercida normalmente, sem solicitação dos interessados.

(...)

Em conclusão, *função administrativa*, que, regra geral, é desempenhada pelo Poder Executivo, editando atos administrativos e praticando fatos administrativos, consiste na atividade do Estado, cujo objetivo é o de assegurar funcionamento dos serviços públicos, administrativos, dos atos jurídicos de alcance individual e dos atos materiais; *função jurisdicional*, atividade autônoma que se distingue materialmente das funções legislativas e administrativas, é a função do Estado que consiste em suprimir, em definitivo, as

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 21-22.



situações contenciosas que surgiram no correr dos fatos de formação e de execução do direito; *função legislativa*, por fim, processo de formação do direito, é o que intervém para a formação da parte geral e pessoal do ordenamento jurídico.<sup>6</sup>

Não é outra a posição da professora Maria Sylvia ao tratar da jurisdição e administração referindo-se ao administrativista italiano Renato Alessi:

b) a **jurisdição** é a emanação de atos de produção jurídica **subsidiários** dos atos primários; nela também o órgão estatal permanece acima e à margem das relações a que os próprios atos se referem;

c) a **administração** é a emanação de atos de produção jurídica **complementares**, em aplicação concreta do ato de produção jurídica primário e abstrato contido na lei; (...)

A essa distinção pode-se acrescentar, com relação às duas últimas funções, a seguinte: a jurisdição atua mediante provocação da parte interessada, razão pela qual é função **subsidiária**, que se exerce apenas quando os interessados não cumpriam a lei espontaneamente; a administração atua independentemente de provocação para que a vontade contida no comando legal seja cumprida e alcançados os fins estatais.<sup>7</sup>

O Direito Administrativo brasileiro segue o entendimento da tripartição das funções segundo o qual as três funções do Estado se distribuem entre os três Poderes do Estado. Estes últimos, na clássica tripartição de Montesquieu, ao tratar do *espírito das leis*, são o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si e com suas funções reciprocamente indelegáveis. Segundo tal posição secular, não existe separação integral, mas separação das funções entre os Poderes imanes e estruturais do Estado.

O constitucionalista José Afonso da Silva faz uma análise sob a perspectiva histórica:

O princípio da separação de poderes já se encontra sugerido em Aristóteles, John Locke e Rousseau, que também conceberam uma doutrina da separação de poderes, que, afinal, em termos diversos, veio a ser definida e divulgada por Montesquieu. Teve objetivação positiva nas Constituições das ex-colônias inglesas da América, concretizando-se em definitivo na Constituição dos Estados Unidos de 1787. Tornou-se, com a Revolução Francesa, um dogma constitucional, a ponto de o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 declarar que não teria constituição a sociedade que não assegurasse a separação de poderes, tal a compreensão de que ela constituiu técnica de extrema relevância para a garantia dos Direitos do Homem, como ainda o é. Hoje, o princípio não configura mais aquela rigidez de outrora.<sup>8</sup>

Assim, é comum que se leciona que a cada um dos poderes estatais é atribuída uma função com predominância: a função predominante do Poder Legislativo é a normativa, a do Poder Executivo é a administrativa e a do Poder Judiciário, a jurisdicional. Além das funções normais (funções típicas), cada poder exerce funções que materialmente deveriam pertencer a poder diverso (funções atípicas), sempre mediante autorização expressa da Constituição.

A título de exemplificação, o Poder Legislativo *administra* quando organiza seus serviços internos (art. 51, IV e 52, XIII da CR – ex.: licitação) e *julga* (art. 52, I, da CR: Senado processando e julgando o presidente da República nos crimes de responsabilidade). O Poder Judiciário *administra* (ex.: concessão de licenças e férias-prêmio) e *exerce função normativa* (ex.: elaboração de regimento interno – art. 96, I, “a”, da CR, sendo necessário observar tecnicamente diferença entre lei e ato administrativo normativo). Já o Poder Executivo *exerce também a função normativa* (quando produz normas gerais e abstratas através do poder regulamentar com fulcro no art. 84, IV, da CR ou quando edita medidas provisórias, nos termos do art. 62 da CR, ou mesmo leis delegadas, conforme o art. 68 da CR).

6 CRETELLA JÚNIOR, José. *Controle jurisdicional do ato administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 23 e 28.

7 PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito administrativo*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 83, negrito no original.

8 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 110-113.

A primeira mudança que se propõe em relação a essa teoria é o reconhecimento de uma *função política* correspondente à atividade de governo, ou seja, a uma atividade de ordem superior referida à direção suprema e geral do Estado em seu conjunto e em sua unidade, dirigida a determinar os fins de ação do Estado. Teríamos aqui uma quarta função que parte da doutrina afirma “não ter natureza jurídica”, visto que antecede a edição do ordenamento. A dificuldade de reconhecer a existência dessa função no Brasil decorre até mesmo da preponderância do seu exercício pelo Poder Executivo, o que implica confusão atécnica com a atividade administrativa do Estado. Podem-se ponderar, contudo, as seguintes distinções conceituais:

**Quadro 3**

<b>Governo</b>	<b>Administração</b>
Atividade política e discricionária	Atividade neutra, vinculada à lei
Conduta independente	Conduta hierarquizada
Comanda com responsabilidade constitucional e política, mas sem responsabilidade pela execução.	Executa sem responsabilidade constitucional ou política, mas com responsabilidade técnica e legal pela execução.

Elaborado pela autora.

Percebe-se, diante dessas ponderações iniciais, que a distribuição de competências estatais se dá muito além da partilha de três funções entre três poderes. Se originariamente fazia sentido Montesquieu falar em distribuição das funções de legislar, administrar e julgar entre Legislativo, Executivo e Judiciário, hoje não há dúvida quanto à insuficiência da velha teoria da tripartição dos poderes. Em primeiro plano, as funções são múltiplas, complexas e cada vez mais numerosas. Ademais e principalmente, temos hoje outras funções não mencionadas nessa teoria, como é o caso da função de governo ou política, e a ela se acresce a função de controle, com características uniformes aptas a justificar seu reconhecimento autônomo. Não se ignore, também, quanto à ampliação das noções originárias, visto que é inconcebível falar apenas na “função de legislar” quando se tratar de normatizar as relações jurídicas mediante não só Constituição e leis, mas também, senão com primazia, por decretos, portarias, circulares, instruções normativas e outros atos regulatórios da Administração Pública. Mais do que isso, encarando a própria função de executar as normas do ordenamento em busca do interesse público, é certo que administrar não é algo possível pensando em uma só categoria como o “Poder Executivo”, até pelo fato de o Judiciário e o Legislativo também exercerem tal função administrativa. E o principal é: para administrar realizando tudo aquilo de que a sociedade necessita, várias “repartições internas de feixes de atribuições”, integradas nos diversos poderes com diferentes competências materiais, precisarão atuar de modo eficiente e tempestivo.

Não por outra razão, a doutrina vem se referindo a uma “nova visão da teoria da separação de poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário”<sup>9</sup>, tanto que atualmente se prefere “falar em colaboração de poderes”, com previsão constitucional da cláusula que os prevê “independentes e harmônicos entre si”<sup>10</sup>:

*A independência dos poderes* significa: (a) que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; (b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; (c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais (...)

*A harmonia entre os poderes* verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

<sup>10</sup> *Ibidem*.



De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder em sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.<sup>11</sup>

A crítica se faz até mesmo à expressão *poderes independentes*, que permitiria uma interpretação abusiva da teoria inspiradora da fórmula importada, “pois o que se busca com a separação de poderes é a sua limitação mútua, enquanto que o que se obtém com a sua independência é uma lógica de expansão isolacionista. E com o isolamento podem vir a irresponsabilidade, o privilégio e o abuso”, escreve Mario Brockmann Machado<sup>12</sup>. Também os autores contemporâneos observam que, se é verdade que “Montesquieu preocupou-se em conceber um sistema de interferências e limitações recíprocas entre os poderes, de forma que os mesmos se encontrassem harmonicamente equilibrados”, por outro lado, deve-se reconhecer que “não existe nem divisão, nem separação, mas partilha ou colaboração entre os poderes, ou melhor, interpenetração de funções”<sup>13</sup>.

Analisando a partilha entre as diferentes tarefas do Estado, é certo que ganhou espaço a atividade fiscalizatória, com ou sem atividade normativa prévia e, ainda, com ou sem atividade sancionatória posterior. O controle vem sendo exercido não só pelo Poder Judiciário, cuja atuação já era considerada na clássica teoria de Montesquieu. Ganhou espaço a atuação de unidades como tribunais de contas, controladorias, Ministério Público, CPIs, agências reguladoras e outras autarquias, corregedorias e outros órgãos encarregados de fiscalizar pessoas naturais e jurídicas, de direito público e privado. Elas têm em comum o fato de que o seu foco não é prestar um serviço como educação ou saúde à sociedade, mas acompanhar a atuação de um terceiro, preventiva ou repressivamente, de modo a verificar a conformidade da sua tarefa com a ordem jurídica vigente, seja exclusivamente seja cumulando um juízo técnico de conveniência e oportunidade administrativas.

A amplitude do controle assumiu níveis significativos, ao ponto de se afirmar, em dadas circunstâncias, que o controlador pretende se substituir ao legislador e/ou ao administrador, o que implicaria o “descontrole do controle” e um medo de as demais esferas cumprirem seu papel principal.

É curioso que, a despeito da importância da atividade de controle e da uniformidade de determinadas exigências quando do seu exercício, não se fale, ainda, no controle como uma função de Estado. Na verdade, esse feixe de atribuições atualmente é, senão um dos mais relevantes, o principal espaço para se apurar como determinadas ações se desenvolvem ou não, a eventual ocorrência de ilícitos que justifiquem a correção de vícios, com a identificação do que precisa ser sancionado e aperfeiçoado, responsabilizando-se aqueles cujos comportamentos se afastaram da juridicidade vigente.

Propõe-se, assim, uma releitura da tripartição das funções do Estado de Montesquieu muito além da crítica à ideia de separação, mas em sua mutação de modo que estejam expressas a função política e a função de controle, reconhecendo-se a função normativa como gênero de que são espécie a função de legislar, de regulamentar e de regular na esfera administrativa. Diante desse novo quadro, esperam-se a necessária articulação e coordenação efetiva entre os “Poderes do Estado”, de modo que todos os órgãos públicos possam realizar suas competências tornando realidade concreta a ideia do “Estado em rede”<sup>14</sup>, sem que o exercício de uma função implique ruir o espaço reservado a outra.

11 *Ibidem*.

12 MACHADO, Mario Brockmann. Separação dos Poderes e controle externo do Judiciário. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 9, p. 81-86, out.-dez. 1994.

13 MOTTA, Fabrício. *Função normativa da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 44.

14 “O Estado em Rede, sob denominações diversas, é uma arquitetura político-administrativa de difusão do poder decisório da esfera pública em uma rede articulada de governança, na qual o ente estatal compartilha sua autoridade internamente e com instituições, instâncias, organizações e atores diversos, conexiados por pontos nodais que sustentam múltiplas relações de distensão do poder em lógica pluricêntrica.” É o princípio da coordenação que permite integrar e unificar a ação pública exercida pelos diferentes Poderes “mediante mecanismos de

Espera-se que, com essa articulação e a assunção eficiente dos papéis por cada um dos seus titulares, possa se enfrentar a chamada “crise dos poderes do Estado”, com resgate do sistema de modo que a atividade dos diversos órgãos públicos não seja confundida com autoritarismo, mas com o cumprimento das determinações constitucionais e legais. Segundo Pedro Gonçalves:

Em causa não está apenas a designada crise dos modos de acção pública autoritária (v.g., crise do acto administrativo), *ideia* – mais do que crise efectiva – promovida pelos adeptos da instituição de um modelo de acção pública baseado no contrato. A crise a que nos referimos agora é mais profunda, chegando, em muitas das suas manifestações, a tocar a autoridade enquanto *auctoritas*, minando a idoneidade do sistema para a produção de decisões que se impõem por serem reconhecidas como legítimas: num sistema democrático, a *crise* e o *declínio da autoridade par impor decisões* suscita sérias perplexidades. Perplexidades e angústias resultam, do mesmo modo, da pressentida *incapacidade* dos actores públicos para decidir: reféns de interesses privados organizados, cedem diante de uma pressão sistemática, levada a cabo nos bastidores, que inviabiliza o exercício da autoridade formal para decidir e actuar na protecção do interesse público.<sup>15</sup>

Não se acredita, ao contrário do que pontua o competente administrativista português, que o Direito Administrativo “possa pouco” contra a referida crise, inclusive de autoridade. Principalmente em relação à função de controle, entende-se que cabe exatamente ao Direito Administrativo pontuar os pressupostos necessários para que as funções do Estado se realizem de modo efetivo, articuladas e capazes de produzirem os resultados necessários. É ao Direito Administrativo que cabe reconhecer o controle como uma função do Estado e explicitar os contornos do seu regime jurídico basilar, de modo que se identifique uma teoria geral capaz de servir de substrato para todos os atos praticados quando do seu exercício. Isso feito, não há dúvida quanto à possibilidade de se ver reduzidos os problemas nas diversas searas, em especial quanto ao exercício da autoridade pública, a se realizar sem excessos e sem insuficiências.

Adverte-se que o conhecimento dos limites jurídicos a serem observados tem claro potencial de evitar um dos graves vícios da realidade institucional brasileira, a saber, que os poderes pareçam “a cada dia mais harmônicos e menos independentes”<sup>16</sup>, numa confusa teia interorgânica e pouco clara das tarefas realizadas, sendo claro o comprometimento da própria credibilidade da função de controle, esse espaço que uma visão bipolar qualifica ora como única esperança ora como o demônio responsável pela ineficiência do Estado.

É preciso superar a captura da estrutura dos diferentes poderes por interesses alheios ao interesse público primário. Um dos primeiros passos nessa árdua tarefa é precisamente saber de qual atribuição do Estado se trata. Assim tornar-se-á possível deixar claro o regime jurídico a que se sujeita cada uma das atividades públicas, buscando o atendimento das normas vigentes e a concreção das suas finalidades.

Fixadas tais premissas aptas a evidenciar a importância de se reconhecer a função de controle como uma função do Estado, passa-se ao exame da obrigatoriedade do seu exercício.

## 2 A OBRIGATORIEDADE DE EXERCÍCIO ADEQUADO: O CONTROLE É FUNÇÃO

Exercer o controle é um dos poderes que se reconhece ao Estado para atuar em face de particulares e de pessoas públicas. Quaisquer que sejam os poderes em tese, é certo que não podem ser encarados como privilégios, nem como faculdades que podem ser, ou não, exercidas. Consistem em **atribuições** exigíveis quanto às ações ou omissões estipuladas, de forma geral e abstrata, nas normas jurídicas. Tendo sido previsto na lei determinado comportamento estatal, este passa a ser obrigatório e vinculante do agente

compartilhamento de informações e alinhamento de diretrizes e objetivos, evitando sobreposição de competências e duplicação de níveis decisórios”. Cf. PIREZ, Maria Coeli Simões. Transparência e responsabilidade na gestão pública. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, v. 81, n. 4, ano XXIV, out./dez. de 2011, p. 61; 66.

15 GONÇALVES, Pedro. *Entidades privadas com poderes públicos*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 1099-1100.

16 MOTTA, *Função normativa da administração pública, op. cit.*, p. 49.



público competente de modo a viabilizar o alcance do bem-estar social. Trata-se de deveres jurídicos a serem cumpridos de modo imperativo, ou seja, está-se diante de atividades de exercício obrigatório.

Nesse sentido, Diogenes Gasparini já pontuava que, ao tratar dos poderes, fala-se em *atribuições*, o que afasta a possibilidade de se cogitar “faculdade, dada a obrigatoriedade do seu exercício. Quem é compelido a cumprir certa obrigação não a exerce a título de faculdade. É atribuição”.<sup>17</sup>

De fato, poderes estatais, mesmo quando discricionários no seu conteúdo ou no motivo que os enseja, são vinculados quanto ao dever de agir. Em outras palavras, poder escolher não é o mesmo que poder deixar de escolher. Não é outro o magistério de Antonio Calonge Velazquez:

Do exposto, deve ser ressaltado que a autoridade pública tem natureza de poder-dever. Por sua força decorrem, de uma só vez, poderes de atuação e deveres de atuação. Acarreta para o sujeito titular da autoridade não apenas o poder de atuar, senão também o dever de fazê-lo em função dos interesses que tem confiados. Estes interesses, no caso das autoridades públicas, não pertencem, evidentemente, ao titular da autoridade, mas pertencem ao povo. Assim, as autoridades públicas são poderes fiduciários, são confiados aos poderes públicos para que sejam exercidos devidamente, para realizar os interesses da comunidade política a que servem.<sup>18</sup>

Não se pode deixar de mencionar as lúcidas palavras do mestre Celso Antônio Bandeira de Mello ao tratar, precisamente, da ideia de função para o exercício de poderes:

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: são 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.<sup>19</sup>

Sendo o controle uma função do Estado, tem-se claro o seu exercício obrigatório, porquanto se trata de um dever-poder. Daí se defini-lo como prerrogativa de alguns órgãos para consecução dos objetivos públicos. A ideia de prerrogativa não se confunde com a de privilégio, assim como o conceito de função exclui a possibilidade de se reconhecer facultatividade ao titular do controle. Não se está diante de favores nem mesmo de alternativas que possam ser, ou não, utilizadas pelos titulares, conforme a livre vontade dos agentes competentes. Isso até mesmo em se considerando que no exercício de uma função o Estado tem de observar as normas integrantes do regime jurídico administrativo.

Segundo Marçal Justen Filho, “A função consiste na atribuição a um sujeito do encargo de perseguir a satisfação de um interesse ou de um direito que ultrapassa sua órbita individual. Como contrapartida da atribuição desse encargo, o sujeito recebe um poder jurídico, cujo conteúdo e delimitação dependem das circunstâncias”. Sob esse ponto de vista, o conceito de função se complementa pela integração de três aspectos diversos: a) a titularidade alheia do interesse a ser realizado; b) o dever do sujeito de perseguir a realização deste interesse; c) a atribuição de poder jurídico necessário para a realização deste interesse.<sup>20</sup>

Reitera-se que o titular de uma competência tem uma finalidade que deve necessariamente executar. Afinal, tem uma função, algo a cumprir, um dever a desempenhar, sempre vinculado ao interesse público

17 GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 121-122

18 In: SANCHEZ GOYANES, Enrique (Coord.). *Manual de derecho administrativo*. Madrid: Editorial Colex, 1997. v. 1, p. 110.

19 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 86-87

20 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 50.

primário, pouco importa se na outorga de algo diretamente ao cidadão ou no controle de atividades públicas ou privadas. Retornando ao magistério de Marçal Justen Filho, a função produz subordinação passiva no sentido de que o sujeito tem deveres jurídicos a cumprir. Por um lado, o agente público está sujeito a praticar todas as condutas necessárias e adequadas para promover o atendimento do interesse a ele confiado. Por outro lado, está proibido de assumir qualquer conduta incompatível com ou desnecessária para a realização de seu encargo. Outrossim, os demais integrantes da comunidade não podem se opor nem dificultar o cumprimento do dever público, cabendo-lhes “acatar as determinações emanadas do titular da função, relacionadas com a consecução dos interesses a ele confiado”.<sup>21</sup>

É preciso que os poderes, principalmente os que se outorgam para o exercício da atividade de controle, não sejam consagrados de forma desproporcional com os fins que os justificam, sendo necessária a satisfação do interesse público primário. Se uma função é prevista no ordenamento além ou aquém do que justifica a necessidade coletiva que fundamentou a sua previsão como competência do Estado, ela torna-se arbítrio desarrazoado ou instrumento insuficiente para concretização do interesse social, ambas realidades merecedoras de repúdio pela desconformidade manifesta com o ordenamento jurídico. Ter essa baliza como limite lúcido e impositivo é absolutamente indispensável numa realidade em que o controle é demonizado e santificado em posições radicais distantes do equilíbrio jurídico que se lhe exige.

Vale retomar o ensinamento de Canotilho:

Proibir o excesso não é só proibir o arbítrio; é impor, positivamente, a *exigibilidade, adequação e proporcionalidade* dos actos dos poderes públicos em relação aos fins que eles prosseguem. Trata-se, pois, de um princípio jurídico-material de “justa-medida” (LARENZ).<sup>22</sup>

O exercício adequado da função de controle é capaz de afastar os principais vícios no exercício dos poderes administrativos: a insuficiência e o abuso de poder. A *insuficiência* no exercício de uma função atrai as formas de se evitar as omissões estatais previstas no ordenamento de regência, na hipótese de total inércia pública, não se tolerando, ainda, os comportamentos comissivos ilícitos, no caso de ação parcial e insuficiente à luz do ordenamento.

Também o controle pode incorrer no problema do *abuso de poder*, que, segundo a doutrina clássica, se define como gênero de que são espécies excesso de poder ou desvio de poder (desvio de finalidade). Não é difícil vislumbrar hipóteses de excesso de poder quando, no exercício da função de controle, o agente ultrapassa os limites da competência que lhe foi outorgada pelo ordenamento.

Já no *desvio de poder*, o agente controlador utiliza-se da sua competência nos estritos limites em que o ordenamento reconheceu, mas para atingir finalidade diversa da que resulta da lei. O desvio pode ocorrer em relação à finalidade ampla que incide sobre qualquer competência controladora (atendimento do interesse geral), bem como em relação à finalidade restrita (decorre da lei especificamente para aquele dado comportamento de controle).

Explicitando as origens históricas do desvio de poder na atividade administrativa, José Guilherme Giacomuzzi prescreve:

Em nosso país tem-se indicado como *leading case* do desvio de finalidade o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte de 28.7.1948, no qual o Relator, então Desembargador Seabra Fagundes, em mandado de segurança que versava sobre o exercício de poder de polícia no trânsito por parte de autoridade estadual competente, entendeu pela nulidade de ato que não atendia ao fim legal do bom funcionamento do transporte, mas sim objetivava fim estranho (favorecimento de terceiro), por fixar horário para o tráfego intermunicipal de determinada empresa de ônibus que importava prejudicá-la em benefício da empresa concorrente.<sup>23</sup>

<sup>21</sup> *Ibidem*.

<sup>22</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1996. p. 171.

<sup>23</sup> GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 130-131.



A doutrina também reconhece a viabilidade do desvio de poder no exercício da função legislativa. É com base no princípio da razoabilidade das leis que se enfrenta o problema da lei arbitrária, a qual permite *excéss de pouvoir* por parte da autoridade legislativa. Para Mauro Roberto Gomes de Mattos, a jurisprudência passada do STF e a atual fiscalizam a atuação do Legislativo e do Executivo, para que esses poderes não cometam atos revestidos de excessos, com flagrante desvio de poder.

Ninguém, aí inclua-se os Poderes legalmente constituídos – possui a faculdade de rasgar a Constituição, para instituir uma sociedade onde os excessos ou abusos seriam uma constante. O princípio é o de que todos, em especial o Estado, devem comungar da hóstia constitucional, pautando seus atos dentro do encarte legal, sem sentimentos ou posicionamentos ilegais.<sup>24</sup>

Não só a atividade administrativa e a função legislativa do Estado podem apresentar o vício do desvio de poder, mas também a função de controle exercida pelo Judiciário ou por qualquer outro órgão que assumira essa tarefa. O desafio é, precisamente, entender como em cada situação se desenvolverá o controle adequado, que cumpra a exigência de razoabilidade ou proporcionalidade, princípio incidente sobre qualquer função do Estado. Isso principalmente em face da importância da função de controle na realidade contemporânea, senão vejamos.

### 3 A IMPORTÂNCIA DO CONTROLE

Já se explicitou que, em se tratando da atividade estatal, no ordenamento, há um conjunto de instrumentos que permite a fiscalização da atividade desenvolvida por particulares, órgãos e entidades públicas, bem como eventual correção, sob o ponto de vista da legalidade e/ou da conveniência administrativa, dependendo da seara em que o controle se exerce.

Não há qualquer dúvida sobre a importância de se consagrar mecanismos eficientes de acompanhamento, orientação e correção dos comportamentos públicos, sendo razoável que pessoas naturais, jurídicas de direito privado, os órgãos dos diversos poderes e outras entidades públicas se sujeitem a diferentes esferas de controle que possam assegurar a conformidade de sua atuação com as normas vigentes. Não se ignore ser de amplo conhecimento a tendência daquele que ao governar ou gerir a atividade estatal abusar dos poderes que lhe são outorgados pela ordem jurídica. É também com o objetivo de evitar tais abusos que o controle se exercer numa finalidade indutiva e repressiva de desvirtuamentos públicos.

Nenhum administrativista ou operador do Direito minimamente lúcido é capaz de defender que um agente público pode exercer suas atribuições blindado de qualquer tipo de avaliação, mesmo porque, como demonstrado, a própria ideia de função lhe impõe um dever a realizar, uma finalidade pública a se alcançar.

Diante da ideia de competências como instrumento de consecução de finalidades, é indispensável o controle de toda a atuação pública, para defesa dos cidadãos, bem como para que se cumpram as normas jurídicas incidentes na espécie. O controle pode ser prévio, concomitante ou posterior ao comportamento público, assim como pode ser interno ou externo ao órgão controlado. Em qualquer das hipóteses, também ele está sujeito a determinadas exigências que consubstanciam o mínimo do regime jurídico que deve ser observado pelo controlador.

24 MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. O controle dos poderes Executivo e Legislativo pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Administrativo*, v. 234, p. 255-259.

## 4 O regime jurídico atualizado do controle: motivação, verdade material e proporcionalidade contemporâneas

Alguns pressupostos são indispensáveis quando se trata de função do Estado, seja ela a de administrar, seja a função controladora. Entre eles se destacam a motivação, a verdade material com a necessidade de ampla defesa e a proporcionalidade.

### 4.1 Mutação na LINDB: um novo paradigma para motivação

As mudanç as que a Lei Federal n  13.655/2018 trouxe para a Lei de Introdução  s Normas do Direito Brasileiro (LINDB) repercutiram diretamente em aspectos basilares da função de controle, como as regras que estabeleceram novos parâmetros ao dever de motivar os comportamentos públicos, inclusive os de controle.

Nos termos do artigo 22 da LINDB, a “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”. Nesse contexto normativo, se as desconformidades de atos administrativos decorrerem das circunstâncias práticas e dificuldades reais enfrentadas no exercício da competência pública, tais elementos que circunscreveram aquela realidade devem ser considerados quando se for classificar algo como lícito ou ilícito, válido ou inválido. A intenção é que não se decida que algo   ilícito, contrário ao Direito, com a invalidação da  decorrente, se no mundo real as circunstâncias práticas indicavam ser aquele o comportamento possível e adequado, conforme o ordenamento então em vigor, além de proteger o interesse público.

Destaque-se que o   1  do artigo 22 da LINDB impõe uma obrigação àquele que, posteriormente, realiza o controle de legalidade do ato que foi praticado antes: no momento em que for se pronunciar sobre eventual desconformidade entre um ato administrativo e o Direito vigente, atente para a realidade que circundava aquele comportamento e para o ordenamento que estava em vigor   época. A ideia é que DEPOIS não se faça uma análise abstrata e completamente divorciada dos limites e das circunstâncias do mundo real em que se atuou ANTES. Para quem realiza controle de legalidade, o comando legal   não ser um “profeta do acontecido” que ignore as condições que restringiam as possibilidades de ação e impediam um comportamento mais eficiente   época em que exercida a competência.

Em outras palavras: os órgãos de controle interno e externo, inclusive quem realize a autotutela administrativa ou controle judicial, não podem, de uma hora para outra, com base em suposições, afirmar que há vícios, nem podem concluir pela invalidação, sem que se traga ao procedimento elementos que sirvam de suporte para a nova convicção, mas, ao contrário, se havia conformidade com as regras vigentes anteriormente e outra ação não era exigível das partes envolvidas, principalmente do gestor público. Para fazer uso da metáfora levada a efeito pelo doutrinador Lenio Streck, entendimento contrário seria simplesmente sacar uma carta interpretativa da manga aos 46 minutos do segundo tempo, gritar Katchanga Real e, com uma regra nova, desconhecida, pretender virar o jogo que se desenrolava sob outros parâmetros, regulares e atentos às limitações da realidade existente.<sup>25</sup>

A LINDB deixa evidente a dificuldade que ainda temos, como intérpretes do Direito, de aceitar a complexidade e os limites da linguagem, a exigir sempre a reconstrução do texto diante de realidades específicas e, uma vez feita tal reconstrução, comprometer-se com a estabilidade dos juízos feitos.

Primeiramente, cabe cogitar que qualquer intérprete reconstrói sentidos, tendo em vista significados incorporados ao uso linguístico, a partir de um rastro de significantes da linguagem, em um determinado contexto fático em que se imbricam.

25 STRECK, Lenio Luiz. A Katchanga e o bullying interpretativo no Brasil. *Consultor Jurídico*, 28 jun. 2012. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2012-jun-28/senso-incomum-katchanga-bullying-interpretativo-brasil>. Acesso em: 20 out. 2020.



Humberto Ávila já escrevia

(...) interpretar é construir a partir de algo, por isso significa reconstruir: a uma, porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos; a duas, porque manipula a linguagem, à qual são incorporados núcleos de sentidos, que são, por assim dizer, constituídos pelo uso, e preexistem ao processo interpretativo individual.<sup>26</sup>

O francês Jacques Derrida, ao tratar desse complexo processo, afirmava necessário “confirmar seu valor, por um ato de interpretação reinstaurador, como se a lei não existisse anteriormente, como se o juiz a inventasse ele mesmo em cada caso”, construindo um “julgamento novamente fresco”, o qual reafirma, re-justifica e reinventa a norma em cada caso.<sup>27</sup> Nessa perspectiva, não tem como analisar uma realidade administrativa apenas com uma visão abstrata do seu núcleo em face de uma previsão do ordenamento; é preciso atentar para os aspectos que circundam o comportamento desde a linguagem até os elementos de infraestrutura concreta que limitam a realização da competência do Estado. À obviedade, nesse processo, entre o Direito Administrativo da Constituição, das leis e dos regulamentos e o Direito Administrativo concretizado não pode haver distanciamento em face da própria realidade a que ele se destina. A realidade vincula os limites da reconstrução que balizará a aplicação das normas.

O que a LINDB parece pretender é impedir, definitivamente, que em pleno século XXI se façam juízos teóricos, comprometidos somente com a idealização genérica do texto normativo (p. ex., invocando a “moralidade” e a “economicidade” para falar de um suposto superfaturamento sem análise de todos os itens que compõem o preço pago pela Administração), numa eternização inconveniente do fetichismo da lei, incompatível com os desafios enfrentados pela Ciência Jurídica em um cotidiano de atuação cada vez mais complexo, a exigir respostas adequadas e eficientes. E como assevera Jacques Derrida, “Cada caso é um caso, cada decisão é diferente e requer uma interpretação absolutamente única”, sendo impossível que esta seja sempre garantida por uma regra codificada. Se tal ocorresse, o aplicador da norma seria “uma máquina de calcular; o que às vezes acontece, o que acontece sempre em parte, segundo uma parasitagem irredutível pela mecânica ou pela técnica que introduz a iterabilidade necessária dos julgamentos; mas, nessa medida, não se dirá do juiz que ele é puramente justo, livre e responsável”.<sup>28</sup>

Cabe, portanto, ao intérprete, seja ele controlador ou administrador no exercício da competência invalidatória, considerar os fatos, ou seja, os elementos concretos da realidade contemporânea ao comportamento público em tese. Trata-se de uma mudança significativa de paradigma e, mais grave, uma transformação que ainda não tem os seus próprios parâmetros compreendidas, com segurança, pela Ciência e por quem aplica as normas. Ainda não se tem definido como e em que medida cogitar das mazelas da função administrativa, as quais variam desde a falta de tempo para o exercício das tarefas mais basilares ao número insuficiente de servidores. Mas alguns pontos são indúvidos, senão vejamos.

É razoável impedir que se qualifique como “ilícito” de qualquer natureza (contratual, improbidade ou outra esfera) algo que, no momento da atividade administrativa, não ensejava comportamento diverso, tendo em vista as regras vigentes, a praxe administrativa, as dificuldades enfrentadas pela entidade da Administração Pública e o próprio modo de controle exercido. Não é raro que atos de controle realizados anos depois do comportamento realizado considerem alternativas e procedimentos que, no momento da ação, não existiam nem eram cogitáveis. Evitar o julgamento equivocados, no futuro, de atividades que, quando realizadas, se vinculavam a orientações gerais diversas, com amparo da própria Administração, limites reais que obstaculizavam outras hipóteses de ação, é lúcido e jurídico, numa perspectiva ampla de juridicidade administrativa. A LINDB prescreve exatamente que a realidade a se

26 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 25.

27 DERRIDA, Jacques. *Força de lei*. Tradução de Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 44.

28 *Ibidem*.

considerar quando da definição da regularidade ou ilicitude da ação administrativa é a do momento em que se atuou, e não a do futuro, a época do controle posterior. Afigura-se claramente positivo colocar tal necessidade como um desafio a ser enfrentado por todo aquele que tem por competência fazer juízo de licitude ou desconformidade com o Direito em relação a comportamentos anteriores.

O cotidiano dos comportamentos públicos deve ser assim considerado, inclusive quanto a praxes vinculantes como “orientação geral”. A esse respeito, a doutrina já vem assentando o objetivo da LINDB de introduzir uma boa dose de pragmatismo e contextualização na interpretação e operação das normas de Direito público. Nesse sentido, Eduardo Jordão adverte que, tradicionalmente, se idealizam condições materiais, factuais e objetivas para que a administração pública realize os ambiciosos projetos de Direito público nacional: no momento da consagração e enunciação dos objetivos e no momento de cobrança dos agentes públicos responsáveis por implementá-los. Tais problemas resultam da própria supervalorização do Direito de que resulta considerar bacharéis como oráculos capazes de desvelar a determinação escondida e específica do ordenamento, eternizando-se uma cultura jurídica idealizada e irrealista. Segundo Jordão, “O projeto quer colocar no centro das preocupações do Direito Administrativo estas limitações materiais e os contextos fáticos que informam a implementação das normas de direito”. De fato, trata-se de uma forma mais realista de interpretar e atuar, exigindo contextualização na hermenêutica do Direito, anulação dos atos, aplicação de sanções e responsabilização dos gestores. O argumento é o de que, na busca do “primado da realidade”, “se o controlador quer se colocar na posição de tomar ou substituir decisões administrativas, é preciso que enfrente também os ônus que o administrador enfrenta”. Para tanto, “O que o projeto requer é que o controlador se imagine na situação do gestor, para compreender as circunstâncias que limitaram as suas escolhas e possibilidades”.<sup>29</sup>

Igualmente chamando atenção sobre o fato de se buscar afastar uma interpretação estática que não atenta ao distanciamento temporal, Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas denunciam “Juízos que, em razão da morosidade própria à burocracia, são formados sempre, retrospectivamente, muita vez anos após a conduta. O distanciamento temporal, contudo, turva a avaliação, propicia o seu enviesamento. Oblitera circunstâncias que não podem ser desconsideradas pelos órgãos de controle”. Observam que “É, nesse quadrante, que passa a vigorar o art. 22 da Lei nº 13.655/2018”, que incorpora o pragmatismo ao âmbito jurídico:

O *caput* do art. 22 impõe um parâmetro concreto para a avaliação de condutas de modo que o controlador, na avaliação de uma conduta e de sua adstrição ao direito não se limite a interpretar a norma a partir de seus parâmetros semânticos e de valores pessoais e nos quadrantes deontológicos abstratos, mas considerando o contexto fático em que a conduta foi ou teria que ser praticada e os quadrantes mais amplos das políticas públicas (o que envolve não só o dever de atender às demandas da sociedade, mas os instrumentos disponíveis e a realidade orçamentária).<sup>30</sup>

Exigir que sejam consideradas dificuldades, limites, restrições, circunstâncias práticas da época da atividade administrativa é evolução do sistema normativo, merecendo aplausos a regra do artigo 22 da LINDB quanto a esse aspecto. E é nessa perspectiva que Phillip Gil França adverte para o fato de os controladores precisarem ter em mente esse novo cenário hermenêutico

(...) porque, com o advento da mencionada atualização normativa da LINDB, passa a ser dever dos respectivos órgãos controladores das atividades estatais prontamente estimarem e objetivamente projetarem qual efeito prático e jurídico – negativo ou positivo – prepondera frente à realização de atividades estatais voltadas à promoção de um determinado (ou determinável) interesse público, [uma tarefa que] demanda, sem dúvida, o dispêndio de mais energia e da aplicação de uma racionalidade criativa do operador do Direito. (...) Entretanto, mesmo que da realização do Direito, a partir da nova hermenêutica

29 JORDÃO, Eduardo. Artigo 22: Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, novembro de 2018, p. 65-66; 68-70.

30 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *Comentários à Lei 13.655/2018 (Lei da Segurança para Inovação Pública)*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 57; 59.

normatizada pela atualizada LINDB, demande maiores esforços dos controladores da atividade estatal, não resta outra opção ao gestor público senão a adaptação ao novo cenário jurídico estabelecido.<sup>31</sup>

Entre os enunciados do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA) sobre a LINDB, destaca-se a enunciado 13, segundo o qual “A competência para dizer qual é a melhor decisão administrativa é do gestor, não do controlador. O ônus argumentativo da ação controladora que imputa irregularidade ou ilegalidade à conduta é do controlador, estabelecendo-se diálogo necessário e completo com as razões aduzidas pelo gestor”. Anuncia-se, aqui, o respeito àqueles que possuem mais acurada capacidade institucional para fazer juízos técnico-administrativos diante da realidade, o que nos coloca diante da chamada “teoria da deferência”, bem como da “doutrina Chevron” do Direito norte-americano.

Entre nós, já se reconhece que a capacidade institucional envolve a determinação de quem está mais habilitado a produzir melhor decisão em uma matéria específica, devendo ser sopesada de maneira criteriosa, de modo a reconhecer que ao órgão ou à entidade administrativa originário(a) do Executivo a aptidão especial que o torna melhor equipado para decidir determinadas questões fáticas. Nessa porfia, a deferência para centros de decisão administrativa a partir das capacidades e competências das instituições mostra-se como um ideal a se buscar: se houve um processo administrativo e uma fundamentação adequada para a Administração escolher uma dentre várias interpretações plausíveis do ato normativo, o controlador não deve substituir a interpretação plausível do administrador pela sua própria, salvo se aquela não for razoável.<sup>32</sup>

A doutrina da deferência, no Brasil, tem o seu exame atrelado à discussão sobre o respeito ao mérito administrativo, prescrevendo-se atualmente que mesmo o controlador interno da Administração Pública deve ser “deferente” (respeitoso) ao juízo de conveniência e oportunidade estatal exercido pelo órgão técnico que originariamente atuou. Diante da LINDB, o que ganha força é o entendimento de que o juízo técnico feito pelo órgão ou gestor que atuou originariamente deve ter primazia em face do controle *a posteriori*, não só no que tange a eventual espaço discricionário. Na verdade, pretende-se que o próprio juízo de legalidade, que considere no momento de aplicação do ordenamento diante da realidade, no momento da atuação que concretiza competências e realiza deveres, tenha primazia em face dos juízos realizados *a posteriori* pelos controladores. O ônus argumentativo que afaste o peso dos limites, dificuldades, restrições e condições de atuação que circundaram o exercício da competência e prática do ato é de quem faz o controle, o que significaria, também nessa etapa de hermenêutica, deferência às decisões administrativas originárias.

#### **4.1.1 O consequencialismo disruptivo na motivação: as dificuldades reais como mais um elemento da realidade a ser comprovada**

Originariamente, exigir motivação definia-se como a obrigação de se explicitar o motivo e o fundamento jurídico dos comportamentos públicos. Nessa porfia, considerava-se motivado o comportamento estatal ao agente público indicar qual a situação fática que ensejou a realização de dada competência (pressuposto fático) e quais as normas que lhe serviram de fundamento (pressuposto jurídico).

As mudanças trazidas à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro fixaram a necessidade de serem observados os resultados da ação de controle, inclusive o judicial, tanto quanto se exige do gestor público a atenção às consequências da ação administrativa. A ideia é a de que se pondere não só o cumprimento necessário das regras legais, mas que se considere, ainda, o que resulta da atividade pública, mesmo estando em questão o controle cujo objetivo é a preservação e restauração do sistema.

31 FRANÇA, Phillip Gil. *Ato administrativo, consequencialismo e compliance: gestão de riscos, proteção de dados e soluções para o controle judicial na era da IA*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 129; 131; 143.

32 RIBEIRO, Leonardo Coelho. Presunções do ato administrativo, capacidades institucionais e deferência judicial a priori: um mesmo rosto, atrás de um novo véu? *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, v. 22, ano 4, p. 85-115, jan.-fev. 2010.

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.

Decorre do transcrito dispositivo o dever de o gestor público e o controlador analisarem consequencialmente o que resulta da sua atuação, impondo-se o mesmo ônus para ambos: quem age e quem controla o comportamento anterior. Tem-se claro o objetivo da norma no sentido de impedir o uso de princípios (valores abstratos) sem análise das consequências jurídicas da competência pública, seja de execução, seja de controle, exercida na espécie. A indicação de que é necessário cogitar alternativas de comportamentos estatais ao invalidar um ato administrativo anterior e/ou determinar uma providência específica tem por finalidade impedir que o controlador ou superior hierárquico se limite a afastar um dado vício, sem cogitar do que remanesce cabível na espécie, como alternativa de ação pública. A ideia é a de que, sendo obrigado a ponderar as hipóteses possíveis, diante da realidade administrativa, para especificá-las em cumprimento ao parágrafo único do artigo 20 da LINDB, termine a autoridade ou órgão controlador por refletir se a extinção ou medida tomada é, de fato, a que melhor protege o interesse público.

A preocupação com o resultado das atividades de controle também se torna clara quando se entende descabido que, de súbito, sejam alteradas orientações observadas anteriormente com fulcro no sistema jurídico até então em vigor, com o controle ensejando incidência retroativa de um novo entendimento para extrair como consequência a ilicitude de comportamentos praticados conforme o regramento e orientações gerais vigentes à época, nos termos do parágrafo único do artigo 24 da LINDB.

Aponta-se a dificuldade dos órgãos controladores na análise das consequências das decisões administrativas, tendo em vista a falta de infraestrutura e de elementos indispensáveis à decisão de natureza administrativa. Se de um lado há a necessidade de respeitar a capacidade institucional do gestor público que elaborou, planejou e executa a política pública, praticando atos unilaterais e bilaterais (sim, é preciso evitar excesso nos controles da Administração Pública), por outro lado, não se pode ignorar o risco de blindar as escolhas administrativas da possibilidade de um controle que dê concretude efetiva às normas principiológicas e às regras legais (pelo fato de o órgão sequer ter condições humanas, estruturais, orçamentárias e técnicas para cumprir o dever de exame do artigo 20 da LINDB, refazendo na via controladora o caminho da atividade governamental e administrativo); o resultado possível pode implicar que erros da Administração sejam eternizados pela impossibilidade de cumprir o parágrafo único do artigo 20 da LINDB.

De fato, não é absurdo imaginar, já a uma primeira leitura, que se tornou possível a paralisação das competências de controle diante do não cumprimento da exigência do artigo 20. Afinal, se o controlador não tiver elementos para cogitar as alternativas administrativas de gestão, com especificação das consequências práticas da sua competência, a ele é vedado agir. E, se não agir, em algumas circunstâncias ações ilegais da Administração Pública permanecerão no sistema sem que esteja autorizada a ação repressiva dos órgãos de controle competentes.

A esse propósito, cumpre advertir que, se abusos ocorreram e ocorrem em realidades diversas de controle (reconhecimento inevitável até para evitar a continuidade do vício), a solução não é paralisar, petrificar, nem impedir o controle da Administração Pública, sob pena de abusos no exercício do poder aumentarem significativamente. Daí a necessidade de cautela na atividade hermenêutica do artigo 20 da LINDB, diploma que orienta a interpretação de todo o ordenamento subsequente.

Não se vislumbra que a consequência decorrente do referido dispositivo é simplesmente impedir a atividade de controle (ou mesmo administrativa) quando, de plano, não se mostrar viável indicar as



consequências práticas e alternativas de gestão posteriores à atividade estatal. Ao contrário, é preciso reconhecer, como instrumento de concretude da regra legal, poder de requisição junto à entidade ou órgão da Administração Pública que detenha as informações necessárias, a fim de que possa o controlador (ou o administrador) dar cumprimento ao encargo que lhe é imposto, como condicionante do exercício das suas atribuições. Assim sendo, em vez de o artigo 20 da LINDB paralisar as indispensáveis ações administrativas e de controle, inclusive de natureza judicial, tem-se que o mesmo serve de fundamento ao poder-dever instrutório, de modo a colacionar os elementos técnicos, fáticos e jurídicos indispensáveis para que as atribuições se exerçam com plena juridicidade.

É mister destacar, ainda, a regra do artigo 21 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro:

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 expreso 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.

O referido dispositivo reforça a perspectiva disruptiva do controle com relação ao seu propósito consequencialista. Ademais, consagram-se alguns elementos que já integram o regime jurídico administrativo, em especial: a adoção de parâmetros principiológicos decorrentes da eficiência administrativa, bem como o conceito da convalidação dos comportamentos públicos quando houver vícios sanáveis, além da proporcionalidade (subespécie necessidade), que é obrigatória quando se onera alguém com um comportamento estatal (dever de onerar da forma mais suave possível). Contudo, é indispensável cautela necessária em relação a alguns conceitos, bem como atenção a riscos inerentes à hermenêutica pretendida para o citado texto normativo.

Em primeiro plano, “interesse geral” é conceito sem definição sequer doutrinária, já que o Direito Administrativo trabalha, em regra, com ideia de “interesse público”, sendo este ainda objeto de significativas controvérsias entre juristas e tribunais. Ademais, há um risco que não pode ser ignorado, a saber, os possíveis entendimentos oriundos desse dispositivo que defendam a existência de um “dever de convalidação como regra”, não se vislumbrando segurança jurídica nem mesmo quanto à expressão “quando for o caso”.

Não é absurda a possibilidade de se eternizar discussão “invalida ou se mantém pela convalidação?”, tendo em vista o uso de expressões vagas no preceito legal, ao que se acresce a margem de avaliação subjetiva de quais situações não autorizariam ônus ou perdas desproporcionais aos sujeitos atingidos. São vagas as expressões “perdas/ônus anormais ou excessivos”, o que pode ensejar práticas casuísticas, com grande insegurança jurídica.

Sublinhe-se que o quadro pode se agravar, se se cogitar possíveis pressões políticas de gestores, sobre órgãos de controle os quais, ao final, farão interpretação das novas determinações legais. Assim, no lugar de uma saudável exigência de fundamentação concreta e consequencialista dos atos de invalidação e regularização subsequente, é possível o emprego do artigo 21 como um escudo à efetividade da competência anulatória, mediante o simples argumento “os ônus aos sujeitos atingidos são excessivos ou anormais e, por isso, não é cabível falar em invalidação”.

A fim de obstar tais riscos, é preciso também aqui evitar que as condicionantes do dispositivo ensejem interpretação que leve ao não exercício das competências, em especial as de controle. Em algumas circunstâncias, para que as atribuições constitucionais e legais impostas ao Judiciário e a outros órgãos públicos ocorram, será preciso recorrer ao instituto da responsabilidade objetiva do Estado, a fim de

equacionar determinados ônus considerados “excessivos” ou “desproporcionais” com a efetividade do ordenamento, incluídas as competências administrativas, de controle, bem como o *capute* o parágrafo único do artigo 21 da LINDB.

É importante salientar que falar e normatizar o dever de motivação, ainda mais diante de vícios que possam levar a invalidar ou convalidar comportamentos públicos, é essencial e enseja evolução das práticas administrativas e de controle. No entanto, falar e normatizar a motivação de forma dúbia, admitindo como resultado do seu modo de exercício a insuficiência ou até mesmo a ausência do controle de juridicidade, e com o conseqüente não atendimento do ordenamento, pode significar preservar ilicitudes administrativas, o que é claramente indesejado. Com efeito, equívocos nesse espaço podem resultar em uso de um espaço da Ciência Jurídica com claro potencial positivo para permitir resultados que podem ser significativamente danosos à realidade administrativa e social; em alguns casos, piores do que os vícios originários.

Entrevê-se um perigo que se entende necessário não ignorar, qual seja, a proliferação de discussões contínuas sobre tentativa de repressão de ilicitudes com base em regramentos da motivação (princípio nobre) que, alçada a níveis inexecutáveis e não sustentáveis, poderá resultar em prejuízos significativos à própria Administração e à sociedade. Nesse contexto, insiste-se ser incabível negar os riscos inerentes à normatização do dever de motivar nos termos fixados na LINDB.

No tratamento dos problemas do já frágil sistema estatal, especificamente no que tange às novas normas da LINDB, é indispensável que o resultado das interpretações jamais seja a blindagem dos erros e desvios, nem signifique a paralisação de competências de controle e administrativas indispensáveis na realidade brasileira. Para tanto, cabe aos juristas construir, passo a passo, mecanismos que viabilizem o atendimento das finalidades decorrentes das regras introduzidas pela Lei Federal nº 13.655/2018, sem fazer ruir as demais regras constitucionais e legais, valendo-se de institutos vários do Direito público, os quais devem se articular, de modo coordenado, a fim de se alcançar algum significado razoável, bem como efetividade sistêmica do ordenamento.

Referida cautela também se impõe na interpretação do artigo 22 da LINDB, que, na análise fática, impõe ao órgão de controle considerar, meritoriamente:

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.

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

Nenhum vício existe em impor que a hermenêutica posterior se dê com atenção à realidade presente em que as competências administrativas se exerceram, nem mesmo nas regras que adotam o parâmetro da proporcionalidade quanto ao poder sancionatório do Estado.

Especificamente quanto ao *caput* do artigo 22, o objetivo é impedir que se qualifique como “ilícito” de qualquer natureza (improbidade, disciplinar ou outra esfera) algo que, no momento da atividade administrativa, não admitia decisão diversa, tendo em vista as dificuldades enfrentadas pelo gestor. De fato, não é raro que atos de controle realizados anos depois do comportamento público considerem alternativas que, no momento da ação do Estado, não existiam nem eram cogitáveis. Trata-se do

juízo de fato, no futuro, de atividades que, quando realizadas, se sujeitavam a limites reais que obstaculizavam outras hipóteses de ação. A LINDB prescreve que a realidade a se considerar quando da definição da regularidade ou ilicitude do comportamento do Estado é a do momento em que se atuou, e não a do futuro, à época do controle posterior.

Reafirmando a importância do controle e a necessidade de evitar interpretações teratológicas que o torne inócuo na realidade administrativa, observe-se, mais uma vez, que tal essencialidade não é incompatível com a proibição de ofensa às competências dos gestores públicos, à segurança jurídica ou à confiança legítima. Cabe aos operadores, em cada situação concreta, ponderar as circunstâncias fáticas e as consequências advindas da própria competência controladora, evitando a destruição do sistema de acompanhamento e fiscalização da Administração Pública, bem como excessos que tenham por consequência o ruir da atividade administrativa do Estado, com punições descabidas e indevidas.

## **4.2 A verdade material como obrigação: a ampla defesa como consequência jurídica constitucional**

A teoria geral dos atos administrativos implica discussão quanto aos aspectos que servem de base fática e jurídica para atividade pública, bem como coloca sob discussão a prova que viabilize analisar os referidos fundamentos. É preciso assegurar a incidência de tais postulados quando se trata da atividade de controle, sujeita integralmente aos parâmetros do regime jurídico de Direito público.

Não se pode confundir o meio de exteriorização do ato (a forma que, em regra, é escrita) com os instrumentos de prová-lo. De fato, a prova é somente o mecanismo por meio do qual se evidencia que o ato administrativo foi realizado. Assim, um ato escrito pode ser comprovado oralmente, por meio de provas testemunhais ou mesmo de depoimento pessoal de uma das partes interessadas. Isso se dá porque vige, no Direito Administrativo, o princípio da verdade material. Esse princípio impõe ao agente público competente o dever de perseguir a comprovação dos fatos ensejadores de determinado pronunciamento estatal.

Já se anunciou o reforço, pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, ao dever de se atentar às circunstâncias concretas que embasam o juízo administrativo e controlador, sendo certo que a motivação obrigatoriamente se vincula às dificuldades reais do gestor (artigo 22 da LINDB).

Ora, se também é dever da Administração controladora reconstruir os fatos que autorizam a sua ação fiscalizatória, os quais não podem ser ignorados em virtude do princípio da realidade, é cabível o uso dos mais amplos meios probatórios que possam tornar seguro e jurídico o juízo a propósito dos comportamentos públicos em tese. Por isso, a doutrina vem afirmando que, quanto à prova do ato administrativo, inclusive o praticado no exercício da função de controle, vige o princípio do informalismo, o qual atribui ao agente público a função de viabilizar ampla produção probatória. Assim, viabiliza-se uma percepção adequada a propósito da realidade administrativa, sob o prisma jurídico e fático.

Na mesma linha de raciocínio, confira-se:

De acordo com o princípio da verdade material (ou real), a instrução probatória do processo administrativo deve ser feita de forma que os autos traduzam a realidade dos fatos com a maior fidelidade possível. Tal tarefa caberá ao administrador, que tem o dever de adotar postura ativa na instrução do feito, seguindo modelo inquisitorial de produção de provas. Logo, o arcabouço regulamentar a que se submete o agente público deve permitir a ampla produção de provas, em prol não apenas dos interesses do administrado, mas como garantia de que a lei será bem aplicada.<sup>33</sup>

33 LEAL, Ruy de Ávila Caetano. Princípio da oficialidade e verdade material no processo administrativo previdenciário: comprovação do exercício de atividade rural. Disponível em: <https://www.agu.gov.br/page/download/index/id/7306308>. Acesso em: 22 jul. 2019.

A autoridade administrativa, na busca da verdade material, não está sujeita a formalismos rígidos ou a obediência a formas sacramentais. Diante da atuação da autoridade administrativa, não vigora o princípio da verdade formal, em que as formas dos atos, prazos, distribuição de ônus de prova e a sistematização dos procedimentos são rigorosamente previstos e obedecidos. Em busca da verdade dos fatos, afastam-se os formalismos em prol da busca da verdade material e correta aplicação do princípio da legalidade.<sup>34</sup>

Restrições indevidas à amplitude probatória que se exige quanto ao meio de exteriorização do ato administrativo têm sido entendidas como violação de garantias constitucionais: “Ofende o devido processo legal substancial (Carta Magna, art. 5º, LV), por excesso de formalismo e ausência de razoabilidade, a não-concessão de prazo para que a parte autentique a documentação apresentada no processo administrativo”.<sup>35</sup> Referida premissa aplica-se especialmente ao ato de controle praticado de forma subsequente aos atos administrativos perfeitos, válidos e eficazes que já se estabilizaram no ordenamento.

A prova da vontade pública exteriorizada quando do exercício do controle interno que altera juízos técnicos administrativos anteriores deve ser, pois, a mais ampla possível, sob pena de supressão do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e da obrigação de o controlador apurar base fática sólida para seu comportamento fiscalizatório. Destaca-se a possibilidade ampla de produção probatória como perícia técnica, juntada de documentos, inclusive aqueles resgatados junto a sistemas eletrônicos disponíveis, oitivas de testemunhas, inclusive servidores públicos, entre inúmeros meios de instrução do expediente. Pretender que um controle, seja ele interno ou externo, se dê sem fase destinada à produção probatória dos elementos pertinentes à realidade da execução do pactuado é, definitivamente, fazer letra morta o artigo 5º, LIV e LV da CR.

Nos casos em que ocorre ofensa à amplitude de defesa, com comprometimento do contraditório, o Supremo Tribunal Federal entende violada a Constituição da República,<sup>36</sup> o que implica nulidade da conduta administrativa em questão.<sup>37</sup> Nessa perspectiva, não é suficiente para a constitucionalidade de qualquer processo administrativo que a Administração comunique ao interessado as razões fáticas com base em que age. É preciso que seja garantida a produção de provas e que haja contraditório durante o trâmite procedimental. Ou seja, é imprescindível que haja alternância de pronunciamentos e que a produção de provas seja ampla na coleta dos elementos fáticos relevantes, ainda mais quando resulta do comportamento de controle, potencialmente, constrição significativa de diversos jurídicos alheios.

Se não se produzir prova do que se afirma como base da vontade expressada pelo órgão de controle, não se utilizando a ampla possibilidade dos diversos meios à disposição das partes, tem-se violação grave à Constituição.

Registre-se ser inadmissível ignorar as garantias constitucionais inerentes ao devido processo legal, vinculantes dos trâmites em controladorias, corregedorias, auditorias e órgãos hierárquicos superiores de pessoas federativas e entidades administrativas. A exigência constitucional do direito de defesa e do contraditório, bem como a própria verdade material não podem ser abolidas em nenhum comportamento estatal, de natureza seja administrativa seja normativa, sendo cada vez mais rigoroso o entendimento dos Tribunais Superiores a esse propósito.

34 FRAGA, Henrique Rocha. *Os princípios da legalidade, da verdade material e do inquisitório perante a atividade administrativa de lançamento tributário*. Disponível em [http://rochaefraga.com.br/wp-content/uploads/2017/08/os\\_principios\\_da\\_legalidade\\_da\\_verdade\\_material.pdf](http://rochaefraga.com.br/wp-content/uploads/2017/08/os_principios_da_legalidade_da_verdade_material.pdf). Acesso em: 19 jul. 2019.

35 AMS nº 1999.01.00.102190-7/DF, rel. Juiz Federal Leão Aparecido Alves, 3a Turma Suplementar do TRF da 1a Região, DJU de 18.09.2003, p. 89.

36 “II. Contraditório e ampla defesa: art. 5º, LV, da Constituição: conteúdo mínimo. 1. A garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa tem o conteúdo mínimo: a decisão que o desconhece viola diretamente o art 5º, LV, da Constituição, ainda que se pretenda conforme à lei estadual.” (RE nº 266.397-PR, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1a Turma do STF, DJU de 07.05.2004, p. 26)

37 Ag. Regimental no RE nº 211.416-SC, rel. Min. Ellen Gracie, 2a Turma do STF, DJU de 06.08.2004, p. 52.



### 4.3 Proporcionalidade

É preciso equilíbrio, racionalidade e análise ponderada de qual controle, com quais mecanismos de ação, é cabível diante de uma realidade específica. É preciso normatizar o controle sem o considerar a solução mágica para os problemas do Estado, nem o reputar o único responsável pelos erros da Administração Pública. Cabe-nos realizar estudos, identificar teses, fixar padrão de fiscalização e planejar como ensejar que tipo de controle para qual tipo de atividade administrativa. Ao legislar sobre essa matéria, entre a “ilusão positivista de uma única resposta para todas as perguntas” e o “surto neoconstitucionalista da ampla discricionariedade, inclusive a do controlador”, há de se construir uma alternativa mais adequada à realidade dos órgãos de controle brasileiros, com preocupação sistêmica de um mínimo de equilíbrio e efetividade.

É de bom tom reconhecer que não apenas “atos e contratos da Administração Pública” precisam ser controlados, mas o comportamento do Poder Público como um todo: a) emendas parlamentares que destinam recursos públicos e precisam ter efetivo comprometimento com as determinações constitucionais; b) gestão de pessoal; c) gestão do patrimônio público; d) cumprimento do mínimo a ser aplicado na saúde e na educação; e) gestão de recursos orçamentários à luz do ordenamento jurídico como um todo; f) observância das regras da Lei de Responsabilidade Fiscal, inclusive arrecadação e renúncia de receita; g) regularidade e probidade nas contas dos gestores de recursos públicos e nas contas do governo; h) constitucionalidade de privatizações, bem como de transferências realizadas por concessões, PPPs e outros mecanismos administrativos; i) concepção e implantação de políticas públicas; entre tantos outros aspectos.

No exercício desse controle, é preciso que os diplomas legais não sejam editados aleatoriamente, com determinações não convergentes de instrumentos de fiscalização, consensualização e repressão. A preocupação com a articulação interna e externa, principalmente interinstitucional de controle, deve começar na edição da lei e culminar no cotidiano de atuação desses órgãos públicos. Atuações contraditórias e pulverizadas, sem qualquer estratégia única, somente enfraquecem os órgãos de controle e os torna inimigos da proteção ao interesse público. Modernizar essas esferas implica o trabalho de articulação e coordenação que certamente refletirá na qualidade do trabalho prestado. Para tanto, será preciso superar as resistências internas, implantar uma comunicação ágil e efetiva, mudar as culturas isolacionistas de trabalho, viabilizar a monitorização de processos cujos resultados tenham repercussão em outras instâncias e apostar em manifestações técnicas de especialistas que estejam convencidos da importância da atividade interdisciplinar dos diversos órgãos.

Outrossim, é preciso reforçar a atuação de quem, por natureza institucional, pode atuar preventivamente evitando desvios, fraudes e ilícitos. Nesse contexto, cabe-nos entrar no século XXI. Parte dos estudiosos jurídicos segue vivendo como se a inteligência artificial já não fosse realidade, seja em órgãos de controle como a CGU e o TCU seja em órgãos da Administração municipal (como em Recife) ou estadual (como em São Paulo). Será muito melhor, no lugar de negar a realidade tecnológica, admitir que mais cedo ou muito mais cedo teremos de lidar com algoritmos que definirão como atuar, também o Estado, seja o administrador seja o controlador. É preciso pensar como compatibilizar com garantias constitucionais fundamentais a concepção dos parâmetros que, automatizados, levarão a uma série de decisões com repercussão pública. Se não fizermos isso, a tecnologia seguirá atropelando a Ciência Jurídica e potencialmente servirá como instrumento de eternizar problemas antigos, de fazer surgir novos até hoje impensáveis, sem falar no agravamento de vícios graves, em cujo combate seguimos perdedores.

Pode-se afirmar que o controle é a pior coisa se mal concebido e pior exercido. O mesmo vale para a atividade administrativa. Lei “burra” faz Administração Pública ruim, ainda mais se quem a capturou foram mentes perversas com interesses escusos. Em sentido contrário, caso sejam adotados parâmetros normativos melhores e, assim, seja possível instrumentalizar de uma forma mais “inteligente” os órgãos cujo pessoal trabalha nessas atividades de administrar e controlar, pode ser que em algum tempo sejam alcançados melhores resultados.

## 5 RISCOS DO CONTROLE

Além dos aspectos já anunciados a recomendar cautela com os riscos inerentes ao controle, não se ignoram as tentativas de, por vezes, utilizá-lo para subjugar determinadas carreiras às vontades governamentais transitórias, seja retirando-lhe a possibilidade de atuação seja reduzindo o seu campo de atividade seja tornando tímido ou até covarde seu campo de atuação. Para tanto, tem-se desde correições convencionais a auditorias extraordinárias sem qualquer fundamento constitucional ou legal e em flagrante ofensa aos limites e, em alguns casos, às prerrogativas institucionais, sem que se ignorem as diversas tentativas de alterar a legislação ou normatização administrativa com o objetivo de reduzir as competências de um dado órgão ou de o submeter à subordinação técnica em relação a outros órgãos do governo.

Não se pode admitir o uso do sistema de controle interno e externo de respeito à ordem jurídica para acuar determinados profissionais, sendo imperioso garantir a primazia do interesse público primário e evitar o incremento de um movimento de judicialização já excessivo na realidade contemporânea. Num tempo em que o novo Código de Processo Civil traz mecanismos de resolução administrativa de conflitos como etapas essenciais à prestação da tutela jurisdicional e que institutos como mediação são previstos como instrumentos eficazes de o Estado atuar com regularidade, é manifesta a responsabilidade de quem exerce uma atividade controladora, a qual deve subserviência à legalidade conforme o ordenamento vigente. Nenhuma atividade de órgão de controle interno ou externo pode ter como resultado o abortamento da efetividade da atuação preventiva, simultânea ou repressiva da ação dos agentes públicos nos limites das normas vigentes.

A competência decisória do Estado, inclusive quando se trata de controle de juridicidade e verificação do conteúdo adequado para atos pertinentes à realização de política pública, deve ser exercida cada vez mais de modo estruturado, não se tolerando quaisquer excessos de órgãos de controle.

A esse respeito, a doutrina brasileira tem advertido sobre os perigos e resultados danosos já consequência dos excessos dos órgãos de controle. O professor paulista Floriano Azevedo Marques Neto, em artigo que se tornou referência na matéria, escreveu:

O controle não é um fim em si mesmo. Ele é um instrumento para o aperfeiçoamento da Administração e para a busca de eficiência e efetividade. A presunção de que o controle valha por si só, como se a mera existência de estruturas de controle seja suficiente para a Boa Administração trai uma visão formalista do controle.

(...) Qualquer controle que, sob o pálio de coibir o desvio ou o desperdício impede a consecução de uma ação administrativa acaba por produzir um efeito contrário àquele que justifica a existência do controle. (...) Do mesmo modo, um sistema de controle que só pune, invalida e impede não será um controle conforme os cânones do Estado Democrático de Direito. (...)

Neste sentido é que se diz que o controle deve ser responsivo ou que deve ter um viés pragmático ou sequencialista. Em uma palavra, qualquer órgão ou agente incumbido do controle (Tribunal, órgão administrativo ou Corte de Contas) deve sempre perquirir e avaliar as consequências da medida de controle antes de adotá-la.<sup>38</sup>

## 6 O PROBLEMA DA CAPTURA E DAS EXTERNALIDADES NEGATIVAS DO CONTROLE

Entre os problemas oriundos dessa realidade, é preciso frisar a possibilidade de captura das competências pelo controlador.<sup>39</sup> Se se transfere para o órgão de controle a possibilidade de determinar a finalidade a ser alcançada por servidor da Administração Pública, o controlador acaba por se apropriar da

38 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. In: MODESTO, Paulo (Coord.). *Nova organização administrativa brasileira*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 207.

39 *Ibidem*, p. 230.



atribuição administrativa. Quem terá a palavra final será o controlador, o que, além de inconstitucional, torna a ação potencialmente viciada de ilegalidades e desvios em face do ordenamento sem esfera de correção possível (não haverá quem controle o controlador), comprometendo o interesse dos cidadãos e do próprio governo. Outrossim, a multiplicidade de mecanismos de controle, diversos e esquizofrenicamente previstos em várias leis das três esferas federativas, pode conduzir a um resultado comum: uma sobreposição que paralisa a efetividade da atividade administrativa, aí então sujeita a controles preventivos e repressivos, não raramente desconexos e contraditórios.

Se nenhuma autoridade administrativa ou órgão público está blindado do controle adequado (e é óbvio que não está, como se já demonstrou), também não é legítimo que se amplie a fiscalização além dos limites do ordenamento, com sofisticação das investidas que buscam reduzir o espaço da sua atuação independente. É preciso não transformar a atividade administrativa do Estado numa atividade sujeita a riscos jurídicos de toda ordem e que, como adverte Fernando Vernalha Guimarães,<sup>40</sup> leve à desistência de ação, por instinto de autoproteção a demarcar as ações na “zona de conforto”. O que de pior pode acontecer com quem trabalha na Administração Pública é acuar os agentes públicos, de modo que lhes reste somente tentar se proteger e, em situações-limite, aquiescer com projetos cuja conformidade com o ordenamento seja incerta. Sobre essas externalidades negativas, confira-se a lúcida advertência:

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 indesejáveis, 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.

A cultura pelo excesso de controle tem uma compreensível inspiração em períodos históricos que concentraram eventos de corrupção, marcados pelo trato patrimonialista da coisa pública. A tonificação e densificação do controle da atividade administrativa trazida com a Constituição de 88 surge como resposta à farra de desmandos e frouxidão ética do gestor público historicamente percebida como uma patologia da Administração Pública. Na esteira desse processo, o sistema de controle se renovou e se aperfeiçoou, e passou a ser cultuado como um dos pilares fundamentais da legitimação democrática.

A partir disso, o culto ao controle na atividade administrativa só cresceu e se alastrou. Isso foi bom. Mas a disseminação da cultura do controle não veio acompanhada de ressalvas importantes em relação às tais externalidades negativas que dele podem derivar. Há pelo menos dois aspectos que podem ser percebidos em relação à assimilação acrítica da cultura do controle. Em primeiro lugar, disseminou-se a compreensão de que quanto mais controle, melhor, como se a dose de controle fosse indiferente ao bom funcionamento do aparelho administrativo.<sup>41</sup>

## 6.1 Os custos do controle

Como vem escrevendo o professor da FGV do Rio de Janeiro Eduardo Jordão, especializado na teoria geral do controle, autor de recente obra sobre a matéria,<sup>42</sup> o controle não é gratuito e seus custos sequer se limitam ao dispêndio de recursos do erário:

40 GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O Direito Administrativo do medo: a crise da ineficiência pelo controle. *Direito do Estado*, n. 71, 31 jan. 2016. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colonistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>. Acesso em: 19 jul. 2017.

41 *Ibidem*.

42 JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa*. São Paulo: Malheiros, 2016.

Na dimensão mais evidente, o controle, em si, depende do dispêndio de valores públicos relevantes, para fazer rodar a máquina institucional respectiva, seus funcionários e o seu tempo. Mas os custos do controle da administração vão muito além disso. Incluem ainda os ônus gerados ou induzidos pelo controle.

Em primeiro lugar, há os valores incorridos pela administração pública para adequar as suas ações às determinações do controlador. (...)

Em segundo lugar, há os custos sociais decorrentes da postura cautelosa adotada pelo administrador, para precaver-se de eventuais contestações. Não é incomum o argumento de que exigências excessivas dos controladores frequentemente desestimulam a ação pública. Nos Estados Unidos, a doutrina denuncia a ossificação administrativa resultante das severas condições impostas pelos controladores (em fenômeno ali denominado *analysis paralysis*). No Brasil, já é frequente a afirmação de um administrador 'assombrado pelo controlador' ou da consagração de um 'direito administrativo do inimigo', a prejudicar que o administrador público ouse adotar soluções menos ortodoxas, mas claramente conducentes à realização do interesse público.

Em terceiro lugar e enfim, há os ônus públicos decorrentes das opções determinadas pelo controlador, muitas vezes em substituição àquelas do administrador. (...)

A atenção ao elemento dos custos exige que se adicione pragmatismo à análise do controle da administração pública. Se esta atividade é em si custosa (para o controlador) e gera custos adicionais (para o controlado e para a sociedade), então não é possível justificar a sua implementação indiscriminada e sem reservas.

Disto resultam duas consequências dolorosas para a nossa romântica tradição jurídica.

(...) Na visão tradicional, o controle seria sempre socialmente positivo (...) A prática é toda uma outra coisa.

Para começar, o óbvio: assim como os controladores podem corrigir erros, eles também podem desfazer acertos. O controlador não é infalível. Enxergar apenas as possíveis consequências positivas da sua intervenção é adotar concepção idealizada e irrealista da sua atuação. É natural que esta visão seja popular no Direito, já que transfere poder para os seus profissionais. Mas isto não significa que a solução que ela propõe seja socialmente desejável.

No mais, se a intensificação do controle reduz a possibilidade de abusos de poder perpetrados pelo administrador público, por outro lado ela aumenta a possibilidade de abusos cometidos pelo próprio controlador. E, assim como não há razão para crer que apenas o administrador público erra, tampouco há razão para crer que ele possui o monopólio do abuso de poder.

Finalmente, num cenário em que as determinações jurídicas são cada vez mais inexatas e abertas à interpretação, é irreal supor que há respostas corretas para cada questão que é levada ao controlador. Há espaço de liberdade em grande parte das decisões tomadas pelo administrador público. E, se é assim, há um risco de que o controle veicule não a correção de decisões tomadas pela entidade controlada, mas mera substituição de suas escolhas pelas do controlador.

(...) Ao invés desta superioridade a priori, do controlador, é recomendável que se promova uma comparação de capacitações das instituições envolvidas (a autoridade administrativa controlada e a entidade de controle), para modular a intensidade do controle a ser aplicável nos casos concretos. (...) A análise institucional comparativa já é a regra em diversas jurisdições e vem ganhando a atenção também da nossa doutrina. Estes esforços iniciais, no entanto, não podem esconder a necessidade de avançar no debate a propósito dos limites deste enfoque, bem como nas dificuldades de sua operacionalidade concreta (sobre o tema, v. o nosso Controle judicial de uma administração pública complexa, São Paulo, Malheiros, 2016, capítulo 1.2). Além disso, trata-se de enfoque que ainda não tem acolhida entre os controladores – eles que, ao final, terão que tomar este passo de autorrestrição.<sup>43</sup>

---

43 *Ibidem*.

## 7 CONTROLES “MISSIONÁRIOS”: O DESCONTROLE DO CONTROLE?

Vivemos um tempo que nos exige lucidez e firmeza em relação aos pressupostos básicos do Direito e das atividades administrativas, principalmente quanto à função de controle da legalidade administrativa.

Recentemente, estudos doutrinários passaram a tratar do conflito institucional entre órgãos de controle, referindo-se às habituais tentativas de assédio na atuação de controladores e servidores da estrutura administrativa, associadas a ameaças de investigações penais e por órgãos de controle interno, entre outras medidas cujo resultado é o efetivo comprometimento da independência de quem faz e, por vezes, de quem controla.

Clássica a advertência de Odete Medauar no sentido de que “a avaliação dos diversos controles institucionalizados do Brasil revela insuficiências e inefetividades”,<sup>44</sup> não consubstanciando qualquer aprimoramento técnico ou melhoria avaliatória tentar pressionar agentes públicos que exerceram suas competências, em atividades regulares com fundamento constitucional e legislativo.

Diante dessa realidade, cabe chamar a atenção para o ensinamento do jurista baiano Paulo Modesto:

É preciso evitar o descontrole do controle, a superposição de controles, o retardamento inútil de medidas saneadoras, a falta de motivação de medidas restritivas, a ausência de indicação de alternativas válidas de gestão. Numa palavra, é importante *parametrizar o controle* e oferecer segurança jurídica ao Estado e aos particulares tanto na atividade de controle quanto na atividade de gestão. O *controle não é uma atividade com fim em si mesma; é meio para a realização de fins materiais prezados pela comunidade e meio para garantir a dignidade humana.*<sup>45</sup>

Atentando para essa perspectiva de impedir o “descontrole do controle”, repita-se à exaustão: admitir que órgãos de controle, muitos deles com autoridades máximas que definem a linha de atuação institucional providas em cargos comissionados de recrutamento amplo, possa interferir na atividade de servidores técnicos providos em cargos efetivos após concurso público é admitir a fragilização definitiva da própria Administração Pública e o sacrifício do interesse público primário de alcançar legalidade e eficiência administrativa. Isso porque um sistema assim permitiria que o servidor público com competência para exercer atribuições técnicas sofresse pressões de governantes transitórios que, em dadas circunstâncias, poderiam até mesmo alcançar a redução das garantias institucionais basilares, comprometendo o aperfeiçoamento da atividade sem a qual a malversação de recursos do erário, descabros administrativos e arbitrariedades podem se ampliar sem limites.

Diante de tais perigos, autores como Rodolfo Camargo Mancuso criticam os controles que se tornam “ingerências indevidas”, na sugestiva expressão popular, de “engenheiros de obra feita”, além de também lembrar: “Quem não exerce os seus direitos, certamente não os merece.”<sup>46</sup> Destarte, sequer é possível aos servidores públicos abrirem mão do seu dever de atuar tecnicamente, nem mesmo lhes é lícito renunciar à proteção que o ordenamento lhes destina, ao fixar os seus misteres. Igualmente, é inadmissível ignorar os riscos de não se viabilizar o exercício responsável do controle, função essencial num sistema de pesos e contrapesos. O equilíbrio a se alcançar que se mostra como um desafio requer outras ponderações, encaixadas na nova realidade da Ciência do Direito e da legislação, como a Lei Federal nº 13.655/2018.

44 MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 441.

45 MODESTO, Paulo. O controle público e o fetiche da culpa. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/paulo-modes-to/o-controle-publico-e-o-fetiche-da-culpa>. Acesso em: 18 jul. 2016.

46 JORDÃO, Eduardo. *Por mais realismo no controle da administração pública*. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Eduardo-Jordao/por-mais-realismo-no-controle-da-administracao-publica>. Acesso em: 17 jul. 2016.

O que se pede dos órgãos de controle interno e externo é que se afastem de medidas que somente causam ineficiência e o não cumprimento dos deveres constitucionais, passando a adotar o controle responsivo. Afinal, como adverte a doutrina, há vários aspectos que precisam ser considerados: (i) a multiplicidade de controles pode levar à ineficiência do próprio controle; (ii) os procedimentos de controle têm custos; e (iii) o controle pelo controle pode levar ao déficit de responsividade. Considerando que a atividade de controle é em si uma atividade administrativa, também deve se submeter ao cânone da economicidade, legalidade e eficiência. Mais que buscar regras e controles em excesso, o desafio é perseguir um sistema de controle que seja constitucional e enseje a efetividade das competências públicas.<sup>47</sup>

Num país em que grassa a corrupção é tentador para qualquer agente público imbuir-se da certeza de que sabe (mesmo o ainda incomprovado) e, inspirado pelo propósito de fazer a Justiça realidade, agir com rigor e sanha punitivista. Precisamos de controladores que resistam à tentação. É preciso obediência à realidade (como princípio), à verdade material (como dever de perseguição e parâmetro da ampla produção probatória na seara do Direito Administrativo) e buscar o motivo verdadeiro (como pressuposto fático do ato administrativo) do ato de controle é imperativo de quem lida cotidianamente com o pior e o melhor da Administração Pública.

## 8 REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Regimental no RE nº 211.416-SC, rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma do STF, DJU de 06.08.2004, p. 52.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 266.397-PR, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma do STF, DJU de 07.05.2004, p. 26.

BRASIL. TRF da 1ª Região. AMS nº 1999.01.00.102190-7/DF, rel. Juiz Federal Leão Aparecido Alves, 3ª Turma Suplementar do TRF da 1ª Região, DJU de 18.09.2003, p. 89.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1996.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Controle Jurisdicional do ato administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DERRIDA, Jacques. *Força de lei*. Tradução de Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FAGUNDES, Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1950.

FRAGA, Henrique Rocha. *Os princípios da legalidade, da verdade material e do inquisitório perante a atividade administrativa de lançamento tributário*. Disponível em: <http://rochaefraga.com.br/wp-content/uploads/2017/08/os-principios-da-legalidade-da-verdade-material.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2019.

FRANÇA, Phillip Gil. *Ato administrativo, consequencialismo e compliance*. Gestão de riscos, proteção de dados e soluções para o controle judicial na era da IA. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2002.

<sup>47</sup> MARQUES NETO, Os grandes desafios do controle da Administração Pública, op. cit., p. 207.



- GONÇALVES, Pedro. *Entidades privadas com poderes públicos*. Coimbra: Almedina, 2005.
- GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O Direito Administrativo do medo: a crise da ineficiência pelo controle. *Direito do Estado*, n. 71, 31 jan. 2016. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>. Acesso em: 19 jul. 2017.
- JORDÃO, Eduardo. Artigo 22: Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, nov. 2018.
- JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa*. São Paulo: Malheiros, 2016.
- JORDÃO, Eduardo. *Por mais realismo no controle da administração pública*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Eduardo-Jordao/por-mais-realismo-no-controle-da-administracao-publica>. Acesso em: 17 jul. 2016.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- LEAL, Ruy de Ávila Caetano. Princípio da oficialidade e verdade material no processo administrativo previdenciário: comprovação do exercício de atividade rural. *Revista da AGU*, ano 10, n. 30, out./2011, p.329-257.
- MACHADO, Mario Brockmann. Separação dos poderes e controle externo do Judiciário. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 9, p. 81-86, out.-dez. 1994.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *Comentários à Lei 13.655/2018 (Lei da Segurança para Inovação Pública)*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. In: MODESTO, Paulo (Coord.). *Nova organização administrativa brasileira*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. O Controle dos poderes Executivo e Legislativo pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Administrativo*, v. 234, p. 255-259.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MODESTO, Paulo. O controle público e o fetiche da culpa. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/paulo-modesto/o-controle-publico-e-o-fetiche-da-culpa>. Acesso em: 18 jul. 2016.
- MOTTA, Fabrício. *Função normativa da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito administrativo*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- PIRES, Maria Coeli Simões. Transparência e responsabilidade na gestão pública. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, v. 81, n. 4, ano XXIV, p. 61-66, out./dez. 2011,
- RIBEIRO, Leonardo Coelho. Presunções do ato administrativo, capacidades institucionais e deferência judicial a priori: um mesmo rosto, atrás de um novo véu? *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, v. 22, ano 4, p. 85-115, jan.-fev. 2010.
- SANCHEZ GOYANES, Enrique (Coord.). *Manual de derecho administrativo*. Madrid: Editorial Colex, 1997. v. 1.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. A Katchanga e o bullying interpretativo no Brasil. *Consultor Jurídico*, 28 jun. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jun-28/senso-incomum-katchanga-bullying-interpretativo-brasil>. Acesso em: 20 out. 2020.

