

## Os grandes desafios do controle da Administração Pública\*

Floriano de Azevedo Marques Neto

**Palavra-chave:** Controle (Administração Pública).

**Sumário:** **I** Introdução - **I.1** Experiências recentes no direito estrangeiro - **II** Premissas do controle - **II.1** O Estado Moderno e a ideia de controle da Administração - **II.2** Controle do poder e controle da atividade - **II.3** Tripla dimensão do controle - **II.4** Controle e consequencialismo (a necessidade de uma prática responsiva) - **II.5** A relação entre controle e eficiência da Administração - **II.6** Diferentes acepções de controle - **III** Controle: vertente funcional - **III.1** Objetivos do controle da Administração - **III.2** Classificações do controle - **III.2.1** Quanto ao método de controle - **III.2.2** Quanto ao momento do controle - **III.2.3** Quanto ao vetor de controle - **III.3** Diagnósticos sobre a vertente funcional do controle administrativo - **IV** Controle: vertente estrutural - **IV.1** A atividade de controle exercida pelos três Poderes - **IV.2** Modalidades de controle - **IV.2.1** Controle hierárquico ou tutelar - **IV.2.2** Controle articulação e controle fiscalização - **IV.2.3** A regra do artigo 13 do Decreto-Lei nº 200/67 - **IV.2.4** Autocontrole - **IV.2.4.1** O controle interno - **IV.2.4.2** O controle correicional - **IV.2.5** O controle das empresas estatais - **IV.2.6** O controle social - **IV.2.6.1** O controle social participativo - **IV.2.6.2** Os comitês de fiscalização de atividades - **IV.2.6.3** O controle social reativo - **IV.3.7** Diagnósticos sobre a vertente estrutural do controle administrativo: a "autonomização" do controle - **V** Desafios, críticas e autocríticas - Referências

### I Introdução

**1** Ninguém pode desconsiderar a importância do tema do controle da Administração Pública. Uma adequada e eficiente estrutura de controle (em todas as suas dimensões) é pressuposto para a boa administração, o que em última instância constitui direito de todo administrado.<sup>1</sup> O tema do controle da Administração Pública desperta por si mesmo um crescente interesse, suscitando nos últimos tempos um debate não apenas nos meios jurídicos, mas especialmente no âmbito político e institucional. Mais do que uma questão de limites de competências ou de busca da eficiência, a reflexão sobre o controle remete ao debate em torno do poder público. Os limites do poder da Administração se imiscuir na esfera de direitos dos indivíduos (o controle da legalidade ou do abuso de poder); o controle entre entes estatais para invalidar atos e decisões de outros entes (o controle judicial ou parlamentar dos atos administrativos, por exemplo); ou ainda os limites de invasão da seara da discricionariedade administrativa por parte dos entes incumbidos do controle (interno, externo, inclusive judicial, como demonstra o intrincado tema da sindicabilidade das políticas públicas pelo Judiciário).

Diante da perspectiva de uma revisão e atualização das normas disciplinadoras da estrutura da Administração Pública,<sup>2</sup> colocou-se necessário repensar novas formas de organização de sua estrutura, em razão da introdução de novas modalidades de entidades estatais, que estão surgindo em profusão ao longo dos últimos anos. Além disso, faz-se necessário também refletir sobre as alternativas para o aprimoramento do funcionamento da máquina estatal, com a utilização de instrumentos destinados a avaliar desempenho institucional, a incentivar a boa gestão e resultados satisfatórios, a prevenir e combater a corrupção. E aqui o tema do controle, além da relação direta,

tem importância significativa. As transformações por que vem passando o Estado nos dão a possibilidade de refletir e colocar em prática mecanismos que o tornem mais democrático, que proporcionem mais transparência ao exercício do poder decisório.

Há contudo um desafio: como enfrentar o tema do controle num ambiente em que desmandos e despautérios administrativos se multiplicam, em que escândalos se sucedem num fluxo inacreditavelmente intenso. Mais do que isso, estes últimos tempos demonstram que qualquer proposta de revisão ou mudança (mesmo que visando ao seu aperfeiçoamento) do controle sempre pode ser recebida como uma tentativa ardilosa de enfraquecer os controles e, portanto, favorecer a bandalheira. Porém, a desconfiança quanto aos propósitos das mudanças cede lugar quando sem paixões verificamos que o sistema de controle hoje existente, a despeito de seus méritos e de suas falhas, também não tem sido eficiente para coibir desvios ou para impedir os desregramentos que ora e vez surgem à vista dos cidadãos. Assim, pois, nos convencemos de que aperfeiçoamentos são necessários e que mudanças não devem ser vistas com preconceito, como tentativas de aniquilar conquistas obtidas desde a Constituição de 1988.

### **I.1 Experiências recentes no direito estrangeiro**

Sem desconsiderar a crescente e necessária busca de ética na Administração Pública, a multiplicação de escândalos nos lega um diagnóstico de que grande parte dos mecanismos de controle atualmente existentes são marcadamente formais e custosos. Deve-se buscar como meta a estruturação de um sistema de controle eficiente, no sentido de ser efetivo, aproximando o poder político dos seus destinatários, sem, no entanto, engessar a máquina administrativa. Os mecanismos de controle devem ser concebidos para que sejam eficientes e que permitam aferir, não apenas mas de forma determinante, o quanto a atividade administrativa está revertendo em benefício do administrado (seja com resultados concretos das políticas públicas, seja mesmo com probidade, economicidade e eficiência). Para isso deve-se evitar que o excesso de regras e procedimentos e a sobreposição de controles acabe por se constituir em entrave ao bom funcionamento da Administração.

**2** O tema mereceu recentemente reflexão no âmbito dos trabalhos da Comissão encarregada da elaboração de Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública Federal e Entes de Colaboração, dentro da perspectiva de reformulação do Decreto-Lei nº 200, de 1967,<sup>3</sup> que ainda hoje dá as bases para a organização da Administração Pública em âmbito federal. No Direito comparado - e aqui nos referimos especialmente à União Europeia - o tema tem merecido constante debate. A busca do avanço para a modernização da União Europeia tem levado a Comissão Europeia a realizar, desde 2000, uma reforma não apenas na gestão financeira, como também nas formas de controle lá existentes.

Aqui, como cá, também a discussão em torno do tema assume características de polêmica para além dos limites do Direito. Nos últimos anos, passou-se a questionar o chamado déficit democrático da União Europeia, relacionado à noção de *accountability*, entendida como prestação de contas, responsabilização. Buscando alterar esse panorama, passou-se a implementar reformas na Administração Pública Europeia e, nessa perspectiva, alguns autores<sup>4</sup> passaram a considerar que a União Europeia está em vias de criar um novo modelo de democracia, fundado em mecanismos de controle das autoridades públicas.

A reforma tem impactado diretamente no controle interno e, em alguma medida, pode ser percebida no controle externo, embora em sua organização não tenha sido feita nenhuma modificação substancial. O processo de reforma do sistema de controle interno da Comissão foi iniciado em abril de 2000 com a publicação pela Comissão de um Livro Branco estabelecendo um calendário do processo e as medidas a serem implantadas. Os anos 2000 e 2001 marcaram um período de transição na reforma. Durante esse período<sup>5</sup> foi adotado o novo Regulamento Financeiro, houve o reforço da Auditoria Interna, foi efetuada a descentralização do controle interno e implantada a declaração anual dos Diretores Gerais.<sup>6</sup> Há um debate rico não apenas relacionado à implementação de estruturas de controle interno, como também à forma como os mecanismos de controle estão trabalhando efetivamente na prática.

**3** A ideia deste texto não é fazer uma compilação do debate no Brasil ou na União Europeia. O intuito é meramente percorrer alguns pontos de reflexão sobre o controle e assim agregar algo sobre como o controle vem sendo exercido na prática, assinalando pontos que a nosso ver constituem seus desafios contemporâneos. Partiremos das premissas do controle (item II), para então tratá-lo sob a perspectiva de dois ângulos de análise, a partir de sua vertente funcional (item III), e a partir de sua vertente estrutural (item IV), assinalando quais são os diagnósticos de cada uma delas. Em seguida, procuraremos pontuar o que a nosso ver constitui seus desafios contemporâneos (item V). No último tópico cumprirá enfrentar algumas críticas que a proposta apresentada pela Comissão vem enfrentando (item VI).

## **II Premissas do controle**

### **II.1 O Estado Moderno e a ideia de controle da Administração**

**4** O controle da Administração Pública transcende em muito o debate em torno do controle interno ou externo da atividade administrativa, a delimitação das competências das Cortes de Contas ou mesmo os procedimentos voltados a coibir desvios e desmandos na ação dos agentes públicos (servidores ou agentes políticos). A dimensão do controle envolve mesmo a própria configuração do Estado Moderno.

Dois foram os eixos centrais da noção de Estado Moderno, que acabaram por conduzir à efetivação e legitimação do poder político: a concentração do poder (com a afirmação da soberania), e sua delimitação (a separação e demarcação das esferas pública e privada).<sup>7</sup> Os dois vetores propiciaram a centralidade do poder decisório (primeiro nas mãos do Rei e posteriormente do Estado enquanto espaço público autônomo e desvincilhado das prerrogativas pessoais do soberano), a concentração do poder de coordenar e conduzir a sociedade num espaço decisório apto ao estabelecimento de uma relação de governo (daí por que a necessidade de demarcação da esfera de ação estatal). Ao mesmo tempo que se construiu a unidade do poder político, limitou-se este poder, dentro de uma perspectiva de que o Estado seria o espaço onde seriam adotadas as decisões voltadas a controlar, coordenar, dirigir ou incentivar a sociedade, um espaço onde se desenvolveria o poder decisório e seriam efetivados os fins coletivos de uma dada sociedade.

Nesse contexto o Direito Administrativo surgiu atrelado à centralidade do poder decisório e dependente de uma concepção de interesse público voltada a justificar a existência do poder político soberano e restrito à esfera pública. Ao mesmo tempo que a outorga de um poder ao Estado precisava de uma legitimação, era necessário implementar um arcabouço de regras e

princípios que o limitassem, um campo do Direito que assegurasse um intervencionismo estatal aceitável, como proteção contra o risco de exercício arbitrário do poder político.

**5** A relação é direta com a própria noção de Estado de Direito.<sup>8</sup> Este Estado, em contraposição ao Estado-Polícia característico do absolutismo, não apenas impõe normas jurídicas aos indivíduos. A lei subordina também a própria atuação do Estado, pois seus agentes a ela devem obediência. Quando a vontade individual dos governantes é substituída pela autoridade da norma geral, e o Estado passa a se submeter à ordem jurídica, o poder estatal passa a ser limitado e pode então ser controlado pelos seus destinatários. Vistas antes apenas como forma de se exigir obediência das pessoas às determinações do poder político, já agora na Idade Contemporânea - especialmente a partir dos marcos históricos das Revoluções Americana e Francesa - as normas jurídicas possibilitam disciplinar a organização e o funcionamento da máquina estatal. A ideia de controle da Administração Pública é então intrínseca a essa necessidade de proteger os delegatários do poder estatal contra o risco do seu exercício arbitrário.

**6** O problema comum de se controlar o poder estatal foi solucionado ao menos por duas maneiras nos vários ordenamentos jurídicos. Fazemos referência aqui à solução francesa e à solução americana, que criaram sistemas de controle jurisdicional da Administração,<sup>9</sup> posteriormente adotados em outros países.

Na França adotou-se um sistema de jurisdição que se caracteriza por uma dualidade: em paralelo à jurisdição ordinária ou comum funciona uma jurisdição administrativa, destinada a julgar litígios que envolvem a Administração Pública. Veja que aqui ao lado e de forma independente da jurisdição ordinária comum cabe a uma jurisdição especial, formada por um conjunto de juízes ou tribunais administrativos, o controle dos atos do Poder Executivo (atos administrativos em essência). Estas Cortes Administrativas são encabeçadas por um órgão superior em regra denominado Conselho de Estado. Esse sistema de jurisdição dupla foi também adotado em países como a Alemanha, a Suécia e Portugal.

Em países anglo-saxônicos e em muitos países latino-americanos, como a Argentina e o Brasil, por sua vez, a solução encontrada foi outra. Neles há um sistema de jurisdição una, na qual também os julgamentos dos litígios em que a Administração é parte competem aos juízes e tribunais comuns, admitindo-se varas especializadas, inseridas entre os órgãos de uma única ordem de jurisdição.

**7** Bem é verdade que esses sistemas, ao se relacionarem com o controle jurisdicional da Administração, não são as únicas formas de controle hoje existentes. Do ponto de vista estrutural, veremos que o controle não é adstrito ao exercido pelo Judiciário. Cumprem um papel importante no exercício do controle também os Poderes Legislativo e mesmo pelas instâncias internas ao Executivo, mediante mecanismos de autocontrole. Também a própria sociedade, através dos mecanismos que lhe são atribuídos, exerce formas de controle sobre a Administração. Mas toda a estrutura de controle é formada com a intenção de preservar o equilíbrio entre a tensão da autoridade (poder extroverso) atribuída aos agentes estatais e a liberdade que se quer garantir aos indivíduos, sua proteção contra o arbítrio, o desvio ou o abuso no manejo deste poder.

**8** Os fenômenos econômicos, sociais e políticos a que se assistiu nas últimas décadas conduzem a um processo de redefinição do Estado,<sup>10</sup> marcado pela superação dos eixos centrais da noção de

Estado Moderno. De um lado, vê-se a impossibilidade de permanência do caráter autoritário, monopolista e unilateral que o Estado tinha para estabelecer o que vinha a ser, no caso concreto, o interesse público. De outro, a superação da dicotomia direito público/direito privado acarreta a aproximação entre Estado e sociedade e o afastamento da ideia de que o público corresponderia exclusivamente à estatal. A superação dos dois vetores estruturantes do Estado Moderno, nos quais o Direito Administrativo assentou suas bases, e o processo em curso conduzem a que se pense na reconfiguração de um núcleo de poder político mais transparente e eficiente na tutela e consagração de interesses públicos. Nesse sentido, a reflexão sobre os mecanismos de controle e seu aprimoramento é tarefa imprescindível para avançarmos na estruturação - em sentido largo - do Estado.

## **II.2 Controle do poder e controle da atividade**

**9** Na medida em que se faz necessário atribuir poder a um aparelho decisório estatal para se garantir o próprio convívio social e assegurar o atendimento de necessidades coletivas, atribui-se ao Estado uma ampla gama de ingerências na vida social. Baseando-se no uso da força, o qual detém com exclusividade, o Estado não reconhece poder interno ou externo superior ao seu,<sup>11</sup> e atua por meio de diversas dimensões. Podemos enfocar o Estado como detentor do monopólio da violência legítima, como formulador de políticas públicas ou mesmo seu executor. Podemos ainda entendê-lo como aparelho decisório detentor de um poder vinculante dos indivíduos, um espaço onde se desenvolveria o poder decisório no processo de controle político e de efetivação de fins coletivos de uma dada sociedade.<sup>12</sup> Qualquer uma dessas dimensões do Estado remete ao poder político que lhe é atribuído. A necessidade de frear esse poder, de modo a contê-lo e preservar os direitos fundamentais, nos remete ao tema do controle.

**10** Para que possa colocar em prática essas atribuições, atuando concretamente, os agentes públicos são encarregados de concretizar, dentro dos marcos legais, as funções de manejo do poder conferido pelo Estado. Chegamos então à ideia de atividade administrativa, um conjunto organizado de atos que visam à realização de um determinado objetivo que interessa a toda a coletividade.

Dito de outro modo: o controle da Administração não se presta apenas para evitar o desvio de bens ou recursos públicos. O controle deve envolver também a verificação de que o poder atribuído ao Estado está sendo manejado eficientemente para cumprir as finalidades que justificam e legitimam a sua atribuição ao agente público ou se o sacrifício de direitos individuais inerente à ação estatal está correspondente ao proveito efetivo auferível pela coletividade. O controle dos bens e recursos públicos é importante, mas ele se cinge à aferição da regularidade do exercício das atividades-meio da Administração. Antes ou independente dele há que se controlar o adequado uso do poder extroverso e o resultado do manejo deste poder. Aqui podemos falar em controle do poder e controle da atividade.

## **II.3 Tripla dimensão do controle**

**11** Adentramos com isso uma tripla dimensão do controle, voltada ao poder, aos meios e aos objetivos.

**11.1** O *controle do poder* visa a garantir a liberdade, a proteger os indivíduos contra o arbítrio. Relaciona-se à ideia de Estado de Direito e ao próprio surgimento do Direito Administrativo,

enquanto campo do Direito voltado a implementar um arcabouço de regras e princípios que limite o poder estatal e proteja os indivíduos contra o risco de exercício arbitrário do poder político.

**11.2** O *controle dos meios* volta-se à busca da racionalização da atividade administrativa, de maneira a que ela seja orientada pela economicidade e probidade. Esse controle deve orientar-se pela otimização da gestão do patrimônio público. A ele deve ser dada a melhor utilização possível, que possibilite inclusive uma aplicação econômica condizente com suas finalidades públicas. Ao mesmo tempo, o controle dos meios deve propiciar o controle do desvio de finalidade na gestão da coisa pública.

**11.3** O *controle dos objetivos* volta-se a consagrar a estabilidade e a permanência na consecução das políticas públicas que, como programas de ação, instrumentos de consecução de finalidades, devem ser concebidas num prazo longo, visando não a objetivos imediatos, influenciados pelo jogo político-eleitoreiro, mas por um viés de planejamento e ordenação da Economia e da sociedade.<sup>13</sup> Esse controle volta-se também a assegurar o agir administrativo orientado a prontamente suprir as demandas dos administrados, de modo a obrigar que a organização administrativa homenageie sempre o bom exercício da função pública que toda prestação estatal deve perseguir no interesse geral do cidadão.

#### **II.4 Controle e consequencialismo (a necessidade de uma prática responsiva)**

**12** Uma das vertentes que deve ser sempre considerada quando tratamos do tema do controle é a que diz com suas consequências. 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. A Administração Pública somente é eficiente se além de não desperdiçar recursos públicos (evitando o desvio ou o desperdício) ela logra atender às necessidades coletivas que correspondem à finalidade do agir administrativo. 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. Para impedir que a Administração gaste mais do que o devido numa obra ou numa compra, não se deve predicar que ela seja impedida de executar a obra ou adquirir o insumo. O entrave da Administração pelo controle acaba por causar malefício comparável àquele gerado pelas condutas ímprobas. Uma Administração pia, proba e impródiga não é necessariamente uma Boa Administração. Será se conciliar lisura e economicidade com eficiência e efetividade. Do mesmo modo, um sistema de controle que só pune, invalida e impede não será um controle conforme aos cânones do Estado Democrático de Direito. Será se conseguir combinar rigor no combate aos despautérios com a verificação ponderada das consequências das medidas de coibição a seu alcance. Ademais, será um bom sistema de controle se aferir também os resultados das políticas públicas e das ações administrativas, verificando o quanto elas estão a reverter para a sociedade.

Neste sentido é que se diz que o controle deve ser responsivo<sup>14</sup> ou que deve ter um viés pragmático ou consequencialista. 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. Não para tornar o controle mais lasso, mas para modular as medidas corretivas ou acautelatórias no sentido de que elas tenham o menor

impacto para o interesse público mais denso envolvido no caso. Vendo um exemplo de controle não responsivo fica mais fácil de identificar os contornos desta necessária vertente do controle.

É comum órgãos de controle interno ou externo inquirirem por irregulares contratações diretas por dispensa de licitação com base no art. 24, IV, da Lei nº 8.666/93 (contratação por emergência) nas hipóteses da assim chamada *emergência ficta* ou seja aquela que advém da incúria, omissão ou mesmo imprevisão inescusável do administrador. Nestas situações é forte a tendência de considerar descabida a dispensa de licitação pois a situação de urgência não veio do incontornável, mas da ação ou omissão do agente público. Contudo, o fato de a situação emergencial ter sido fruto de incúria ou ardid não elide o fato de existir situação apta a comprometer a segurança de pessoas ou bens. Ora, simplesmente manejar competência de controle para impedir o afastamento da licitação e interditar a contratação direta terá como consequência concorrer para o risco à incolumidade da saúde ou do patrimônio dos administrados. O doente da rede pública que precisa da medicação em falta no almoxarifado não pode sofrer as consequências do agir negligente do responsável pelos suprimentos do hospital. Simplesmente obstar a compra do medicamento alegando que a emergência é fabricada significa desconsiderar os impactos da decisão de controle. Uma prática responsiva apontaria por autorizar a dispensa, determinar a punição dos responsáveis e, previamente, forcejar a introdução de mecanismos mais aptos e eficientes para gestão de suprimentos, inclusive introduzindo o monitoramento de estoques se o caso. A postura de simplesmente invalidar a dispensa ou mesmo atuar *ex ante* impedindo a aquisição do medicamento neste caso constitui exemplo de prática não responsiva, que não considera os impactos da medida de controle, sendo típico exemplo de controle autorreferenciado e incompatível com as finalidades públicas da atividade.

## **II.5 A relação entre controle e eficiência da Administração**

**13** Desde 1998, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19 ao *caput* do art. 37 da Constituição Federal, a eficiência está entre o rol de princípios a orientarem as atividades da Administração Pública. Trata-se de uma sinalização clara do dever (agora constitucionalizado) de que a atuação e organização administrativas se voltem a eficazmente satisfazer as finalidades públicas. Mas o dever de eficiência ainda cumpre um segundo objetivo: deve ser entendido como parâmetro de controle, de aferição permanente do atendimento das finalidades na atuação do poder público, refletindo um direito subjetivo ao recebimento da boa prestação administrativa.<sup>15</sup>

**14** A busca de eficiência da Administração Pública, no entanto, e ao contrário do que consta do senso comum, não implica necessariamente aumentar o controle. Ao menos por três motivos nem sempre é verdadeira a correlação de quanto mais controle, mais eficiente será a Administração: (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 acima enunciado.

Quando uma mesma ação administrativa se submete a uma miríade de múltiplas instâncias de controle, para além da inócua multiplicação de procedimentos, corre-se o risco de controlar várias vezes um aspecto e de se deixar de ter em conta outro, criando a falsa impressão de rigor quando na verdade há ociosidade e omissão em controlar o efetivamente relevante.

A atividade de controle é em si uma atividade administrativa. Ela também deve se submeter ao cânone da economicidade e eficiência. Estruturas duplicadas ou superdimensionadas ou o

desperdício de recursos com procedimentos de controle inócuos é em si um desvio a ser também ele coibido e controlado.

Por fim o já visto acima. A lógica autorreferenciada do controle leva à tendência de se justificar o controle por si só. Sua legitimidade passa a se basear na contundência das medidas de controle e não na sua consequência ou consistência. Invalidar todo um programa de melhorias com proveitos à coletividade por um defeito menor ou por uma falha formal, em exemplo extremo, não é sinal da efetividade do controle, mas prova da sua falta de responsividade. É a negação da lógica da eficiência.

**15** Nesse sentido, mais do que buscar regras e controles em excesso, o desafio é perseguir um sistema de controle que seja eficiente, sem constituir, no entanto, entrave ao bom gerenciamento da máquina administrativa.

Nessa linha, o próprio Decreto-Lei nº 200/67, ao dar tratamento ao tema do controle, prevê em seu art. 14 a racionalização do trabalho administrativo mediante a simplificação de processos, a supressão de controles meramente formais e o afastamento de mecanismos de controle cujo custo seja evidentemente superior ao risco.

## **II.6 Diferentes acepções de controle**

**16** Antes de tratarmos das vertentes funcional e estrutural do controle, é importante notar que controle, além de ter diferentes dimensões (podendo se relacionar ao poder, aos meios e aos objetivos, cf. item II.3 acima), tem diferentes acepções, cada qual com suas notas características. O tema será aprofundado em tópico próprio (item IV.3.2, a seguir).

Podemos tomar o controle a partir da ideia de que toda atividade administrativa se submete, pelo seu próprio funcionamento, a algum tipo de controle na medida em que a atuação do agente público é submetida a normas e procedimentos dentro dos quais o plexo de competências (superior hierárquico, sistemática de recursos, participação dos interessados, dever de publicidade etc.) significa por si só um método de ação que denota mecanismos de controle procedimental. É o que ocorre com a estrutura e os requisitos do ato administrativo, com a processualidade, com a tutela jurisdicional, com a publicidade etc.

São também manifestação do controle os mecanismos de *articulação* administrativa, a qual é efetuada de maneira permanente dentro dos diversos órgãos e entidades que compõem a Administração e objetiva uniformização, alinhamento, direção. Por fim, uma terceira dimensão é a do controle enquanto *fiscalização* ou correção; nesta vertente, o controle realiza-se de forma permanente e objetiva o monitoramento, verificação, e adoção de providências em face de condutas indevidas, com vistas a invalidá-las ou escoimá-las de falhas ou vícios.

## **III Controle: vertente funcional**

### **III.1 Objetivos do controle da Administração**

**17** Analisamos o controle sob diversos ângulos. Mas, afinal, qual é sua função? Quais objetivos são perseguidos ao se controlar a Administração?

**17.1** Um primeiro objetivo que parece advir claro da própria ideia de controle é a *defesa do*



*patrimônio público*. Como proprietário que é de todos os bens que integram seu patrimônio (tudo o quanto economicamente valorável - bens, direitos e receitas - integrantes dos entes públicos), o Estado tem não o poder, mas sim o dever de defender seu patrimônio. Dizemos aqui dever em razão da própria relação entre a propriedade estatal e a necessidade de cumprimento permanente da função social (que incide com ainda maior rigor por ser pública a propriedade). É ela condição de legitimação permanente de um patrimônio público.

**17.2** Relacionado a esse objetivo, temos um segundo: a *adequada aplicação dos recursos públicos*. Como proprietário que deve cumprir uma função social, o Estado deve se preocupar com gestão orçamentária, com a organização e gestão de seus orçamentos, alocando os recursos disponíveis nas atividades que sejam prioritárias e necessárias ao bom exercício de suas atividades. Mais: na medida em que os recursos de que dispomos se tornam cada vez mais escassos, mais se faz necessário refletir sobre as regras e os limites postos para o poder público gerir os bens que lhe são atribuídos. Cada vez mais é necessário verificar se o emprego dado a um bem do patrimônio público corresponde à melhor utilidade que dele se pode extrair. Assim é que a adequada aplicação dos recursos públicos se relaciona não apenas com gestão orçamentária, como também com responsabilidade civil, economicidade (eficiência alocativa)<sup>16</sup> e probidade.

**17.3** Um terceiro objetivo a ser perseguido pelo controle é o *cumprimento das finalidades da atuação administrativa*. Para isso, é importante que o controle seja exercido sobre políticas públicas (o que tem se chamado de "sindicabilidade" ou mesmo de juízo de constitucionalidade de políticas públicas),<sup>17</sup> que se efetive de forma a coibir o abuso e o desvio de poder e em prol da implementação de direitos fundamentais. É também importante que se efetue um controle de eficiência administrativa (cf. item II.5 acima).

**17.4** Por fim, o controle tem por objetivo a *adstrição à legalidade*. Sendo a lei a base da atuação administrativa, a sujeição da Administração à legalidade tem caráter preventivo e reativo. Sob o viés preventivo, o controle objetiva impedir que a atuação administrativa seja praticada de forma ilegal. Sob a perspectiva reativa, é forma de verificar se, ao desempenhar suas atividades, a Administração Pública respeitou a ordem jurídica. Sob ambas as perspectivas (preventiva e reativa), o controle da legalidade pode ser visto como instrumento para aplicação de políticas gerais uniformes, de decisões coerentes no âmbito da Administração Pública.<sup>18</sup>

Nos últimos anos, o controle sobre a legalidade da atividade administrativa tem despertado muita atenção. Não apenas pela dificuldade em si de a conduta administrativa - concreta e para situações específicas - ser estritamente determinada pela lei - preceito geral e abstrato - mas também porque a lei já não consegue mais prever de maneira precisa e *a priori* os limites da atuação da Administração, o que faz com que cresça a margem de controle da atuação administrativa, inclusive da discricionariedade.<sup>19</sup> Relacionado a esse processo, hoje chama a atenção o fato de que a adstrição do controle à mera verificação formal do cumprimento de prescrições legais pode gerar um déficit de responsividade, ou seja, um distanciamento em relação aos objetivos e efeitos alvitados pela sociedade e perseguidos pela atuação administrativa. A isto retornaremos (itens IV.3.9 e V).

## **III.2 Classificações do controle**

### **III.2.1 Quanto ao método de controle**

**18** Fizemos referência linhas atrás à tripla dimensão do controle (II.3), praticado que pode ser em relação ao poder ou aos meios e aos objetivos. Os meios e os objetivos nos levam a pensar no método de controle. Em relação aos meios e processos, efetivam-se *controles formais*. Em relação às metas e resultados, realizam-se *controles materiais*.

Os *controles formais* se pautam na verificação da atenção aos procedimentos e requisitos previstos em lei como condição para a prática de um ato. A presunção, que deve ser respeitada, é a de que se a lei exige uma condição formal para a prática de um ato, isso tem uma razão, um fundamento. Tanto é assim que a Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65, art. 2º, "b") prevê que o vício de forma é causa da anulação de um ato administração em sede do controle judicial provocado por qualquer cidadão. É certo que os requisitos formais são de observância obrigatória e que o controle da *forma* não é irrelevante, pois coíbe desvios e reforça a segurança jurídica.

Contudo o controle exclusivamente formal é insuficiente. A ele devem ser associados mecanismos de *controle material*, assim entendidos aqueles que se voltam a aferir o resultado de um ato ou ação administrativa. São várias as formas de exercer um *controle matéria* da ação administrativa. A verificação da efetividade de uma política pública é uma maneira. Outra, cada vez mais comum, é aquela adotada pelas Cortes de Contas no sentido de analisar a economicidade das contratações administrativas. Desconsiderando aspectos atinentes à proteção constitucional da incolumidade da proposta econômico-financeira advinda de uma licitação (art. 37, XXI, CF), quando um fiscal de contas analisa a adequabilidade de preços globais ou unitários resultantes de processo licitatório formalmente regular está exercendo *controle material* para além do *controle* meramente *formal*. O *controle material* nem elide o controle formal, na verdade com ele deve ser combinado, nem se traduz necessariamente na legitimação pelo resultado (é comum uma crítica bizarra a essa modalidade de controle alegando-se que por ela a maior falcatrua teria de ser admitida se dela resultasse proveito à coletividade; assim não é pois se falcatrua houve, o proveito não foi o maior possível de ser auferido pela sociedade).

O que se destaca no contraponto com o controle formal é que este tende a manter os órgãos de controle numa certa zona de conforto e favorecer a falha de responsividade. Em suma o controle meramente formal é pouco dado à verificação de consequências. Daí a necessidade de ser privilegiada a dimensão do *controle material*, inclusive como mecanismos de complementação e aperfeiçoamento do *controle formal*.

### **III.2.2 Quanto ao momento do controle**

**19** O controle pode se realizar antes da atuação administrativa (controle *ex ante*, que objetiva impedir que um ato ilegal ou contrário ao interesse público seja praticado), simultaneamente à sua realização (controle concomitante) ou mesmo posteriormente (controle *ex post*, que tem por finalidade rever os atos já praticados, com vistas a corrigi-los, desfazê-los ou apenas confirmá-los, abrangendo atos como de aprovação, homologação, anulação, revogação e convalidação).<sup>20</sup>

A discussão em torno do controle prévio ou *a posteriori* demanda sempre que se delimite o marco temporal demarcador do que seja o antes e o depois. Em princípio o controle é prévio quando é exercido antes da prática do ato; é feito *a posteriori* quando analisa um ato ou procedimento que já esteja a produzir efeitos. Traçando um paralelo com o controle de constitucionalidade das leis, há o controle prévio que se exerce nas instâncias de tramitação legislativa ou no momento de sanção ou

veto. Há o controle *ex post* que nesta senda será exercido em caráter difuso ou concentrado pelas instâncias judiciais competentes (pressupondo incabível a negativa de cumprimento administrativa de lei por declaração não judicial de inconstitucionalidade).

Muitos afirmam que o controle *ex post* se aproxima da atuação do médico legista, que só é chamado para examinar a vítima, o morto, quando já defunta. Afora o mau gosto da figura retórica, a metáfora pressupõe que o marco temporal do antes e do depois seja a consumação dos efeitos deletérios do ato irregular. Não é disso que se trata. A concomitância ou tempestividade do controle não pode implicar a antecipação da ingerência controladora ao momento prévio à prática do ato ou do procedimento de tal sorte que a atuação do controlador se confunda com a atuação do gestor. Se o controlador antecipa-se à prática do ato de tal modo que ele passa a interagir e cooperar com o administrador na prática de um ato, na definição de uma política pública ou na condução de um procedimento, o agente do controle perde a condição de controlador e passa à condição de partícipe da atividade a ser controlada. Deslegitima a atividade de controle.

De outro lado, o controle *a posteriori* não pressupõe que os efeitos sejam irreversíveis. Porém, presume que para um efetivo controle deve haver separação entre a atividade controlada (realizada antes) e a atividade de controle (que deve se basear num ato ou procedimento já efetivados, sem o que o controle se imiscuirá na atividade administrativa, perdendo-se a fronteira entre gestão e controle).

### **III.2.3 Quanto ao vetor de controle**

**20** O controle pode advir de uma relação de hierarquia, de uma relação institucional ou decorrer de um vínculo contratual.

**20.1** Numa estrutura hierarquizada, com escalonamento de poderes, o controle é exercido pelos superiores. Como consequência lógica da hierarquia, decorre, para o superior, o poder de dar ordens, de expedir instruções, circulares, ordens de serviço, de avocar, organizar serviços, comandar a execução de atividades, fiscalizar atos e atividades dos subordinados (inclusive revogando ou anulando decisões que por esses tenham sido tomadas).<sup>21</sup> É o controle que se exerce internamente a um órgão público, mediante a ascendência do superior hierárquico sobre seus subordinados.

**20.2** O vetor institucional do controle é aquele que se exerce mediante a tutela de um ente por outro. Nele não há propriamente hierarquia, mas verificação do cumprimento dos objetivos institucionais que justificam a criação do ente. Normalmente o controle institucional se exerce nos termos da lei e por meio dos órgãos de governança do ente controlado. É pelo vetor institucional que se exerce a maior parcela das modalidades de controle. Nela se situa a tutela exercida pelos órgãos da Administração central sobre os entes da Administração indireta. É também institucional, balizada pela Constituição ou pela Lei, o controle externo exercido pelo Legislativo ou pelas Cortes de Contas. Também é institucional o controle exercido pelos órgãos correicionais, como é o caso da CGU no âmbito da Administração federal.

**20.3** O controle, por sua vez, pode decorrer de uma relação contratual. Fazemos referência aqui aos mecanismos de controle que são exercidos nos termos de uma relação "contratualizada", ou seja, não por relação hierárquica, nem por vínculo institucional. Nestes casos podemos situar a fiscalização exercida pela Administração sobre os particulares contratados no bojo das chamadas

cláusulas exorbitantes (art. 58, III, Lei nº 8.666/93); o controle exercido sobre as atividades das Organizações Sociais que travem Contrato de Gestão com órgãos públicos ou o controle sobre as atividades dos delegatários da prestação de serviços públicos no âmbito da atividade regulatória estatal.

### **III.3 Diagnósticos sobre a vertente funcional do controle administrativo**

**21** Diante dos objetivos que devem ser buscados através dos mecanismos de controle, das classificações propostas, e do quadro atual da Administração Pública, parece claro que o aperfeiçoamento dos instrumentos e das estruturas de controle passe por três vertentes: (i) redução dos mecanismos de controle meramente formais; (ii) conferência de maior peso ao controle dos resultados; (iii) busca de maior eficiência da atuação dos órgãos de controle com a redução de sobreposições, otimização de procedimentos e supressão de controles cujo custo seja maior do que o efetivo benefício.

## **IV Controle: vertente estrutural**

### **IV.1 A atividade de controle exercida pelos três Poderes**

**22** A Administração Pública se sujeita a controle por parte dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

**22.1** O controle pelo Executivo se efetiva por mecanismos de controle interno (em sentido amplo), pelo qual a Administração Pública exerce controle sobre sua própria atuação, em relação aos atos e atividades de seus órgãos e entidades descentralizadas que lhe são vinculadas.<sup>22</sup>

Esse controle poderá ser *hierárquico ou tutelar*. É o que vemos prescrito, por exemplo, no art. 84, II, da Constituição Federal, que prevê competir privativamente ao Presidente da República exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da Administração federal. Ao exercerem a direção superior, estarão eles exercendo controle sobre a Administração, dando um norte, as orientações da macropolítica governamental.

Poderá ser *interno* (em sentido estrito), ou externo. O controle interno normalmente é realizado pelo sistema de auditoria.<sup>23</sup> O *caput* art. 70 da Constituição Federal, por exemplo, confere ao sistema de controle interno de cada Poder estatal a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da Administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia das receitas. Em sentido assemelhado, o art. 74 da Constituição afirma que os Poderes estatais manterão, de forma integrada, sistema de controle interno.

O controle interno poderá também ter caráter *correicional*, que é aquele que se exerce para corrigir e punir atuações que ferem os padrões de conduta desejáveis.

**22.2** O controle externo exercido pelo Legislativo pode se efetivar *diretamente pelo Parlamento*, como se vê das previsões constitucionais que conferem ao Congresso Nacional a competência exclusiva para sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa (art. 49, V), para julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e dos Ministros de Estado, observados preceitos constitucionais (art. 49, IX), fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder

Executivo, incluídos os da Administração indireta (art. 49, X). O art. 70, *caput*, da Constituição também confere ao Congresso Nacional, mediante controle externo, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da Administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia das receitas.

De outro lado, o controle pelo Legislativo pode ser exercido pelos *Tribunais de Contas*. A Constituição atribui expressamente competências ao Tribunal de Contas da União para que auxilie no controle externo, a cargo do Congresso Nacional. O rol de competências constitucionais está previsto no art. 71.

**22.3** O controle externo exercido pelo Judiciário efetiva-se independentemente de eventual apuração do ocorrido em sede de processo administrativo.

**22.3.1** Em razão da inércia da jurisdição, sempre será exercido por *provocação do interessado*. Nesse sentido a Constituição prescreveu a impossibilidade de a lei excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV), e a possibilidade de utilização dos instrumentos do *habeas corpus*, do mandado de segurança, do mandado de segurança coletivo e do mandado de injunção (nos termos do previsto no art. 5º, LXVIII, LXIX, LXX e LXXI respectivamente).

Poderá o controle judicial ser exercido de maneira difusa, pelos entes legitimados para tanto. É o que a Constituição faz, por exemplo, ao legitimar os cidadãos a propor ação popular (nos termos do que prevê o art. 5º, LXXIII), e o Ministério Público a promover o inquérito civil e ação civil pública e a exercer o controle externo da atividade policial (art. 129, III e VII).

O controle exercido pelo Judiciário poderá também incidir sobre a constitucionalidade de ato normativo, pelos mecanismos da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, previstas no art. 103 da Constituição.

**22.3.2** Bem é verdade que os doutrinadores costumam ver com bons olhos o exercício do controle da Administração pelo Judiciário,<sup>24</sup> mas segue sendo bastante discutido o alcance que esse controle pode ter. Embora não se discuta caber ao Judiciário a análise da legalidade em sentido estrito,<sup>25</sup> ainda é bastante polêmico o cabimento de um controle mais amplo pelo Judiciário, que adentre o campo da discricionariedade do administrador público.<sup>26</sup> Nesse sentido, hoje em dia é fértil a discussão do tema do ativismo judicial, objeto de posições críticas da doutrina mais recente.<sup>27</sup>

Ao longo do tempo, algumas teorias vêm sendo elaboradas para fixar limites ao exercício do poder discricionário, de modo a ampliar a possibilidade de sua apreciação pelo Poder Judiciário. Assim é que, de modo a controlar o mau uso da discricionariedade, foram desenvolvidas as teorias do desvio de poder<sup>28</sup> (quando a autoridade se utiliza do poder discricionário para atingir fim diverso daquele que a lei fixou cabe apreciação judicial) e a teoria dos motivos determinantes (pela qual é dada ao Poder Judiciário a possibilidade de apreciar a validade dos motivos que levaram a Administração a praticar determinado ato se ela os tiver indicado). É fato que hoje assistimos a uma ampliação ainda maior do controle judicial da Administração,<sup>29</sup> o que, se, de um lado, pode ser muito positivo, não pode, no entanto, ensejar a substituição da discricionariedade do

administrador pela do juiz.

**23** O exercício do controle, no entanto, não se restringe apenas ao controle por parte dos Poderes estatais. É conferido também aos participantes da sociedade civil, o que acarreta maior legitimização à governança, maior transparência à atuação da máquina administrativa e, fundamentalmente, maior controle sobre suas atividades. Voltaremos ao tema do controle social em tópico específico (item IV.3.8, a seguir).

## **IV.2 Modalidades de controle**

### **IV.2.1 Controle hierárquico ou tutelar**

**24** Nos últimos anos, a estrutura "piramidal" da Administração Pública, fundamentalmente baseada no vetor da hierarquia e na ideia de existência de um centro único de controle político relacionado à autoridade sobre as diferentes estruturas administrativas (sobre os variados órgãos e entidades estatais), vem dando lugar a uma Administração que podemos chamar de "matricial" ou "policêntrica", caracterizada, sobretudo, pelo exercício do controle de forma diferente ao que costuma ser concebido para a atividade estatal.<sup>[30](#)</sup>

**25** O processo de convergência para uma Administração matricial é bem sinalizado pela emergência e profusão das agências reguladoras. Ao se revestirem de independência em face do poder político, elas acabam por quebrar o vínculo de unidade no interior da Administração, rompendo com o modelo tradicional pelo qual todas as ações administrativas são diretamente reconduzidas ao governo.<sup>[31](#)</sup>

Dotar os órgãos reguladores de autonomia implica, por exemplo, garantir estabilidade aos seus dirigentes que, investidos de mandato, são, durante esse período, inamovíveis. Implica também dotá-las de autonomia de gestão e financeira, através das quais se procura atribuir à agência capacidade de organizar e gerir seus orçamentos, interditando contingenciamentos ou cortes orçamentários, e garantir que os recursos financeiros necessários à sua atividade sejam independentes em relação ao poder central. Acarreta também sobre elas não incidirem os mecanismos típicos de controle hierárquico, pelo que os dirigentes do órgão da Administração central aos quais os órgãos reguladores são institucionalmente vinculados não podem anular, revisar ou revogar os atos praticados pelas agências.

A alteração do desenho piramidal de Administração para um arranjo em que o controle não é exercido quase que exclusivamente por órgãos integrantes do aparelho do Estado não acarreta, no entanto, a sujeição a mecanismos de controle. Implica sim se repensar o controle da atividade estatal tal como ele vem sendo exercido.

**26** Se o eixo estruturante da estrutura piramidal de Administração é a hierarquia, numa Administração matricial, o vetor hierárquico é relativizado. Daí por exemplo a impropriedade do controle hierárquico exercido pelo Executivo sobre as agências.<sup>[32](#)</sup>

**27** Isso nos coloca diante da necessidade de apartar o controle hierárquico intrapessoa do extrapessoa jurídica.

**27.1** O controle intrapessoa jurídica tem como vetor a hierarquia. Dentro da pessoa jurídica dotada de autonomia, é pressuposto do escalonamento de poderes, o controle exercido pelos superiores

sobre os seus subordinados. O Anteprojeto de Lei Orgânica dá tratamento ao tema ao cuidar da supervisão hierárquica (item 24.1, abaixo).

**27.2** De maneira diversa, o controle extrapessoa jurídica tem como estruturante o vetor institucional, exercido mediante a tutela de um ente por outro. Está-se aqui diante do exercício da supervisão por vinculação, aquela que incide sobre entidade da Administração indireta (item 24.1, abaixo).

**28** Outra forma de controle deve ser exercida em face dos entes administrativos autônomos. Aqui não se está diante propriamente de hierarquia ou tutela exercida dentro de uma pessoa jurídica ou em sua relação com outro ente estatal. Não faz sentido submeter estes entes, aos quais a lei confere autonomia, outros mecanismos de controle aplicáveis aos entes administrativos em geral, mecanismos de ingerência sobre a nomeação de seus dirigentes ou de fiscalização de limites e critérios para despesas com pessoal.

#### **IV.2.2 Controle articulação e controle fiscalização**

**29** Em linha com as diferentes acepções de controle anteriormente apresentadas (item II.6), repartimos o controle articulação do controle fiscalização. Esta é a diretriz adotada no Anteprojeto de Lei Orgânica, que em seções próprias cuida do tema da articulação administrativa (Seção II, arts. 38 a 49) e do controle *stricto sensu* (Seção III, arts. 50 a 68).

**29.1** Como *articulação*, já o dissemos, o controle é exercido de forma permanente, objetivando uniformização, alinhamento, direção. Entendido como articulação, o controle busca assegurar a uniformidade, a racionalidade e a coesão política no exercício das competências dos diferentes órgãos e entidades estatais, bem como no relacionamento com os entes de cooperação e de colaboração. A articulação é exercida através dos mecanismos de coordenação e supervisão.

**29.1.1** A coordenação, a ser exercida em todos os níveis da Administração, destina-se a simplificar, integrar e unificar a ação administrativa. Sua promoção busca promover o compartilhamento de informações em rede, a racionalização no uso de recursos e a unificação de procedimentos, de modo a evitar-se a sobreposição de competências e a duplicação de níveis decisórios.

Respeitadas a autonomia e as competências do órgão ou entidade estatal, deve ser exercida mediante a atuação dos superiores hierárquicos, com participação das chefias subordinadas e a instituição e funcionamento de comissões de coordenação. Caberá a estas a promoção da racionalização de meios e o intercâmbio de informações relativas aos programas e iniciativas de cada órgão ou entidade envolvida. Com vistas a, de fato, promover a unificação da ação administrativa, o Anteprojeto confere ao Chefe do Executivo, no exame de matéria que envolva diferentes interesses setoriais, a possibilidade de convocar conferência de serviço, que reúna os órgãos e entidades competentes para decisão célere e concertada. Ainda objetivando a integração, o Anteprojeto prevê o dever de as entidades estatais buscarem a composição de conflitos com outras entidades estatais.

**29.1.2** Já a supervisão, à qual se submetem os órgãos e entidades estatais, pode ser exercida a partir da hierarquia ou da vinculação.

**29.1.2.1** A supervisão hierárquica, exercida no âmbito da Administração direta (*v.g.*, sobre

órgãos), compreende a nomeação de dirigentes, a emissão de atos normativos, ordens, o estabelecimento e avaliação de objetivos e metas, o monitoramento das ações, o exercício do poder disciplinar, bem como a cobrança permanente de informações e resultados. É exercida pelo Chefe do Executivo em relação aos órgãos que lhe são diretamente subordinados, pelos Ministros de Estado (e equivalentes, nos demais entes políticos) e pelos dirigentes das pessoas jurídicas administrativas.

**29.1.2.2** A supervisão por vinculação, exercida não a partir da hierarquia, mas do vínculo jurídico existente entre entidade supervisionada e supervisor, por sua vez, efetua-se sobre a entidade da Administração indireta (pelo órgão a que ela se vincula) e se relaciona à verificação periódica do atendimento de diretrizes governamentais e dos objetos fixados nos atos constitutivos e nos instrumentos ampliadores de autonomia; à prestação de informações administrativas, operacionais e financeiras; à submissão às normas de elaboração, encaminhamento e execução orçamentária e responsabilidade fiscal; à fiscalização de limites e critérios para despesas com pessoal; e à fixação de limites e critérios de despesas com publicidade.

A ideia aqui foi estabelecer uma supervisão mais intensa, constante e intrusiva no âmbito da Administração direta (*v.g.*, cobrança de metas e resultados fixados *a priori*), e uma supervisão menos invasiva e muito mais centrada na ideia de resultados no âmbito da Administração indireta.

**29.2** De maneira diversa, como *fiscalização*, o controle, exercido sobre as atividades dos órgãos e entidades estatais, realiza-se de forma permanente e objetiva monitoramento, verificação. Essa vertente relaciona-se ao exercício do controle *stricto sensu*, de natureza predominantemente corretiva. Como fiscalização, o controle se revela tanto pelo monitoramento das atividades reguladas (de modo a manter-se permanentemente informado sobre as condições econômicas e técnicas do setor controlado), quanto na aferição das condutas dos controlados, de modo a impedir o descumprimento de regras e objetivos voltados à implementação de pautas de políticas públicas.

O controle fiscalização abarca os aspectos repressivo e reparador. Como correição, é praticado *a posteriori* e objetiva punição ou saneamento. Como *reparação*, é desempenhado *a posteriori* e objetiva ressarcir danos (recompor direitos).

#### **IV.2.3 A regra do artigo 13 do Decreto-Lei nº 200/67**

**30** O Decreto-Lei nº 200/67 contém regra própria (art. 13) por meio da qual sinaliza que o controle, a ser exercido em todos os níveis e órgãos da Administração, compreenderá: (i) o controle, pela chefia competente, da execução dos programas e da observância das normas que governam a atividade específica do órgão controlado; (ii) o controle, pelos órgãos próprios de cada sistema, da observância das normas gerais que regulam o exercício das atividades auxiliares; e (iii) o controle da aplicação dos dinheiros públicos e da guarda dos bens da União pelos órgãos próprios do sistema de contabilidade e auditoria.

Para além do fato de a regra prever objetos diversos sobre os quais pode incidir (programas, normas que governam atividades específicas e auxiliares, aplicação dos dinheiros públicos, guarda de bens), ela demarca o exercício do controle *stricto sensu*. Busca monitorar a execução dos programas, a observância das normas, a aplicação dos dinheiros públicos e a guarda de bens. Objetiva-se averiguar seu exercício e atribuir providências em face de condutas indevidas. A regra do Decreto-Lei nº 200/67 nos remete ainda a diferentes esferas de controle: a chefia competente,



os órgãos próprios de cada sistema e do sistema de contabilidade e auditoria.

#### **IV.2.4 Autocontrole**

**31** O que convencionamos chamar de autocontrole é aquele exercido endogenamente no âmbito da Administração Pública. Ele pode ser dividido em controle interno e controle correicional. Embora ambos sejam exercidos dentro da estrutura da Administração, sem envolvimento de outro Poder, eles são distintos.

O *controle interno* deve ser exercido no âmbito interno ao órgão ou entidade, pela atuação de agentes ou segmentos orgânicos dedicados a exercer atividade de controle. É aquele controle a que se refere o art. 74 da Constituição Federal, e que deve se articular com os órgãos de controle externo. Os diversos órgãos setoriais de controle interno (existentes em cada órgão ou entidade componente da Administração Pública) devem se articular entre si e com o órgão central de controle interno, formando assim o sistema de controle interno.

Já o *controle correicional* é aquele exercido pelos órgãos especializados de auditoria e corregedoria, órgãos estes que têm como atividade-fim exclusivamente controlar a ação administrativa de outros órgãos públicos e de seus agentes. Porém, não é correto que o controle correicional se sobreponha ou some, sem clareza de atribuições, com os órgãos do sistema de controle interno. Neste sentido é fundamental que se demarquem nitidamente as competências dos órgãos correicionais, as quais devem se ater às situações em que seja necessária uma apuração específica quanto a alguma conduta. Daí a proposta de sua ação ser fundamentalmente reativa, não *ex officio*, dependente de provocação interna ou externa aos quadros da Administração. Além disso, de modo a permitir uma maior racionalidade e eficiência na atividade correicional de controle, é também importante instituir oportunidades institucionais de verificação e auditoria dos atos e processos, para fins de identificação de indícios de irregularidades. Para tanto, por exemplo, uma alternativa é se permitirem investigações de ofício quando da divulgação dos relatórios de contas anuais de um órgão.

Estas são formas de controle que vêm previstas no Anteprojeto de Lei Orgânica para o exercício do autocontrole dos órgãos e entidades estatais (art. 58). Seu objetivo é avaliar a ação governamental e a gestão dos administradores públicos, e apoiar o controle externo (art. 59). O autocontrole, por seu turno, vem tratado nos artigos 58 a 61.

##### **IV.2.4.1 O controle interno**

**32** No passado o controle interno era fundamentalmente exercido por um sistema de Secretarias de Controle Interno, as CISETs, que o exerciam de maneira centralizada.

**33** As CISETs antigas foram absorvidas na estrutura da Controladoria-Geral da União (CGU), órgão do Poder Executivo Federal criado em 2001. Com isso, o controle atualmente está centralizado na CGU. A CGU, no entanto, não centraliza todo o controle, apenas o exercido sobre atividades-meio, relacionadas à gestão. Sobre elas, a CGU exerce atividades de fiscalização, aprovação, análise etc. No entanto, sobre estas atividades, o controle é exercido de maneira ampla, *a priori* e *a posteriori*, o que acaba por conferir ao sistema centralizado um amplo rol de ingerência, seja em relação ao uso do orçamento, à verificação da boa utilização dos recursos, à contratação de pessoal de maneira adequada etc.

Nesse bloco de controle de gestão há ainda um outro conjunto de instâncias de controle, centralizadas em relação a áreas específicas. Assim é que, por exemplo, o Ministério do Planejamento centraliza o controle de gestão de pessoal (através da Secretaria de Gestão - SEGES), do orçamento (por intermédio da Secretaria de Orçamento Federal - SOF) e do tesouro (por meio da Secretaria do Patrimônio da União - SPU).

**34** De maneira diversa, o controle sobre atividades-fim, que recai sobre políticas públicas específicas, é exercido de maneira descentralizada, por cada Ministério supervisor.

**35** Buscando uniformizar os procedimentos de controle, e atento aos problemas práticos que foram verificados na utilização do sistema atual, o Anteprojeto de Lei Orgânica prevê mecanismos de descentralização não apenas das atividades-fim, como também de parte das atividades-meio, aquelas exercidas de forma preventiva. O exercício do controle preventivo sobre estas passa a não mais ser centralizado na CGU, sendo desconcentrado para os Ministérios. Nesse sentido é que o Anteprojeto estabelece o exercício do controle interno por um órgão central, ao qual compete a normatização e a coordenação das atividades de controle interno, e por órgãos setoriais, aos quais cabem as atividades de fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, e o apoio ao controle externo (art. 60).

De outro lado, mantém uma instância centralizada de controle repressivo. A CGU permanece com a competência correicional, cabendo a ela apurar denúncias e irregularidades.

#### **IV.2.4.2 O controle correicional**

**36** O controle correicional centralizado pela CGU em âmbito federal engloba as atividades de correição propriamente dita, a apuração de possíveis irregularidades cometidas por servidores públicos e à aplicação das devidas penalidades, e as de auditorias, que busca assegurar a gestão adequada dos recursos públicos federais. As atividades relacionadas à correição *stricto sensu* são exercidas pela Corregedoria-Geral da União (CRG) e as relacionadas à auditoria são da atribuição da Secretaria Federal de Controle Interno.

**37** No cenário atual de controle, em que a CGU exerce não apenas o controle reativo, como também o controle concomitante e proativo, acaba por haver sobreposição com as demais instituições de controle. Por conta disso, o Anteprojeto de Lei Orgânica a ela confere apenas o controle reativo. Se o interessado faz uma denúncia, ela atua, pelos órgãos de auditoria ou corregedoria, agindo por representação em reação. Deverá ele ser acionado por provocação interna ou externa aos quadros da Administração, não podendo os órgãos de controle correicional instaurar processo de auditoria ou investigação de ofício (art. 61).

Para além de com isso evitar-se a sobreposição, afasta-se a possibilidade de bloqueio de ações governamentais, em razão de o exercício do controle muitas vezes pautar-se numa perspectiva autonomista e confrontacionista em relação aos instrumentos de ação do Estado. Isso denota uma preocupação com o risco das atividades correicionais intrusivas, que acabam gerando a captura das políticas públicas pelo controlador. Exceção ao exercício do controle de maneira reativa é feita apenas se da análise dos relatórios de atividades que devem ser publicados anualmente pelos órgãos e entidades estatais, indicando as metas e os resultados institucionais alcançados e circunstanciando os obstáculos encontrados (art. 53), surgirem indícios de irregularidades.

#### **IV.2.5 O controle das empresas estatais**

**38** Nas últimas décadas, acompanhando o fenômeno de reestruturação dos Estados, tem-se assistido a um redimensionamento da atuação das empresas estatais, acompanhado basicamente de dois processos: ora o poder público tem optado por retirar-se da exploração direta de atividade econômica ou da prestação de serviços públicos, com a privatização típica mediante a venda do controle de empresas estatais; ora o poder público tem optado por incrementar sua atuação e flexibilizar a gestão das empresas estatais, mediante a adoção de sofisticados mecanismos empresariais (*v.g.*, fusão e incorporação empresarial, *joint ventures*, acordos de acionistas, contratos de gestão, propriedades cruzadas, grupos societários), caracterizando uma privatização atípica.<sup>33</sup>

**39** O incremento da atuação das empresas estatais e a flexibilização de sua gestão são fundamentais para que elas possam seguir como importantes mecanismos de atuação do Estado na Economia. Mas é necessário que esse processo seja acompanhado do aprimoramento dos mecanismos de controle dessas empresas, em razão de sua importância em prol do atingimento de sua função social (ainda que possa ela ser de obtenção de recursos econômicos ao Estado), e do papel expressivo que elas desempenham na Economia (por exemplo, em razão das muitas compras que realizam por licitação). A necessidade de controle ainda atrela-se à utilização pelas estatais de recursos públicos e pelo fato de muitas dessas empresas ora e vez serem atreladas à corrupção que muitas vezes acomete a sociedade brasileira.

Bem assim é que, como entidades da Administração indireta, as empresas estatais deverão se submeter à supervisão por vinculação a que dá tratamento o Anteprojeto de Lei Orgânica. A supervisão por vinculação é aquela que se dá não pela ingerência hierárquica, mas fundamentalmente pelo e nos termos do vínculo existente entre a empresa estatal e seu controlador (direta ou indiretamente a Administração Pública). É nos termos deste vínculo (estatuto, contrato etc.) que deverá ser realizada a supervisão. Também sobre elas recairão os mecanismos de controle público (sob a forma de autocontrole e controle externo) e de controle social.

**40** De outro lado, porém, um sistema de controle que parta da ideia de estatal competitiva, o que a nosso ver é fundamental, deve ser orientado pela modulação do controle, de modo a que ele não passe a ser entrave ao incremento de sua atuação e flexibilização de sua gestão, para que elas de fato consigam ser competitivas no mercado.

A ideia foi a nosso ver muito bem equacionada no Anteprojeto de Lei Orgânica, que prescreve a necessidade de o controle ser compatível com a natureza do órgão ou entidade controlados e com a especificidade da atividade exercida (art. 51). E vai além ao prever regra de controle específica para as estatais (art. 52), que estabelece que o controle das estatais a que se refere o §1º do art. 173 da Constituição (portanto, as que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços) deve ser feito preferencialmente (e, por óbvio, não exclusivamente) por suas instâncias de governança corporativa, observadas as peculiaridades decorrentes da necessidade de concorrência com empresas privadas.

#### **IV.2.6 O controle social**

**41** Em paralelo ao controle exercido pelos Poderes estatais, a atividade da Administração Pública

se sujeita ao controle social, conferido aos participantes da sociedade civil (cf. item IV.2, acima). Arelada à permeabilidade de instrumentos jurídicos voltados à transparência da atividade da Administração, nos últimos anos o controle social tem ganho importância significativa, como forma de os administrados exercerem seu direito subjetivo público à fiscalização adequada das atividades exercidas na Administração.

Esse processo de conferência de maior transparência à atuação administrativa vem sendo acompanhado da abertura aos administrados de canais institucionais, espaços que possibilitam sua interlocução com as entidades e órgãos controladores, que atuam buscando representar os cidadãos. Com isso, temos assistido à profusão de mecanismos de participação popular nas atividades estatais (como as audiências públicas, consultas públicas, o direito de petição e a utilização de canais de comunicação, como as ouvidorias) e à institucionalização de organismos de representação da sociedade no cumprimento das funções do ente estatal (como os comitês de fiscalização de atividades). Afora esses mecanismos, o controle social também pode ser exercido de forma reativa, através do mecanismo da ação popular.

**42** O texto do Anteprojeto de Lei Orgânica dá tratamento específico ao tema do controle social (arts. 66 a 68), quando então especifica (i) seus objetivos: de aperfeiçoamento da gestão pública, legalidade, efetividade das políticas públicas e eficiência administrativa; (ii) a forma como será exercido pela sociedade civil: por meio da participação nos processos de planejamento, acompanhamento, monitoramento e avaliação das ações da gestão pública e na execução das políticas e programas públicos; e (iii) os meios pelos quais se efetivará: participação em consulta pública ou audiência pública; exercício do direito de petição ou de representação; denúncia de irregularidades; atuação do interessado nos processos administrativos; e participação em órgãos colegiados, na forma da lei. Ainda com vistas ao incremento da participação popular, estabelece que as entidades estatais devem manter ouvidorias ativas (art. 68).

#### **IV.2.6.1 O controle social participativo**

**43** O incremento da participação popular na atividade da Administração Pública<sup>34</sup> tem sido exercido em grande parte pelos mecanismos das audiências públicas, das consultas públicas, do direito de petição e das ouvidorias.

**43.1** Na legislação brasileira a utilização das audiências públicas vem se firmando ao longo do tempo como forte instrumento de participação popular. Não há propriamente um regime jurídico perfeitamente delimitado, mas alguns regramentos gerais foram dados pela Lei de Processo Administrativo (Lei nº 9.784/99) e por diplomas legais que preveem sua utilização, como a Lei nº 8.666/93 (na fase preparatória do procedimento licitatório para contratações de grande valor e para os contratos de concessão e permissão de serviço público, por força do art. 14 da Lei nº 8.987/95), a Lei nº 8.689/93 (na gestão do Serviço Único de Saúde), a Lei nº 9.478/97 (no processo decisório da Agência Nacional de Petróleo), a Lei nº 9.427/96 (nos processos decisórios da Agência Nacional de Energia Elétrica), a Lei nº 10.257/01 (na definição das políticas públicas) etc. Tem sido forte também o tratamento dado ao tema pelas Constituições estaduais e leis municipais.

Trata-se de instrumento de participação popular utilizado na fase instrutória do processo decisório, uma sessão pública de caráter não vinculante aberta a todos os interessados na qual se discutem os problemas envolvidos em uma determinada decisão administrativa.

**43.2** O procedimento de consulta pública, em termos gerais, diferencia-se do da audiência pelo fato de nele inexistirem sessões públicas de debates orais. Trata-se de procedimento mais simples, em que, após a divulgação prévia de minutas de atos normativos, abre-se um prazo determinado pela Administração para que os eventuais interessados ofereçam críticas, sugestões de aperfeiçoamento ou peçam informações e resolvam dúvidas. Antes de tomar sua decisão e de modo a fundamentar o processo decisório, a Administração documenta as consultas e as responde publicamente.

Na legislação, a regra geral foi dada pela Lei nº 9.784/99, que faculta à Administração a convocação de consulta pública em casos de motivado interesse geral. Há ainda regramentos específicos dados, por exemplo, pela Lei nº 9.472/97 (que estabelece a obrigação da Agência Nacional de Telecomunicações em submeter à consulta pública os atos normativos que vier a produzir) e pela Lei nº 10.257/01 (Estatuto da Cidade).

**43.3** Dentro do que denominamos de direito de petição englobamos as *representações*, os *recursos* (tais como a reclamação administrativa, o pedido de reconsideração, o recurso hierárquico e a revisão) e as *denúncias de irregularidades*.

**43.4** Tem crescido também a utilização do instrumento das ouvidorias como canais de comunicação que possibilitam a mediação entre os cidadãos e os entes da Administração, um espaço para recebimento de reclamações, sugestões e elogios. Nesse sentido é que o Anteprojeto de Lei Orgânica estabelece que as entidades estatais devem buscar mantê-las (art. 68). O ouvidor terá acesso a todos os assuntos e contará com o apoio administrativo de que necessitar, e produzirá anualmente ou, quando oportuno, relatório contendo apreciações críticas sobre a atuação estatal, publicando-o por meio eletrônico e encaminhando-o à autoridade superior.

#### **IV.2.6.2 Os comitês de fiscalização de atividades**

**44** Recentemente, com o objetivo de difundir e incentivar a criação na sociedade de agrupamentos voltados à participação da comunidade na atividade administrativa, com o intuito de fiscalizá-la, vêm sendo criados (por leis específicas, resoluções etc.) comitês de fiscalização, com atribuições e papéis diferenciados, dependendo do serviço.

No setor de telecomunicações, por exemplo, o Regulamento do Serviço Telefônico Fixo Comutado<sup>35</sup> prescreve o dever de a prestadora com poder de mercado significativo organizar e manter em permanente funcionamento conselho de usuários (art. 15), formado por representantes de organizações das diversas classes de usuários e órgãos oficiais de defesa do consumidor. Com caráter consultivo, devem eles se voltar para orientação, análise e avaliação dos serviços e da qualidade do atendimento pela prestadora, e para formulação de sugestões e propostas de melhoria dos serviços.

No setor de saúde, a Lei nº 8.080/90 estabelece que as ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde devem obedecer ao princípio da "participação da comunidade" (art. 7º, VIII)<sup>36</sup> e nessa linha hoje existem nas três esferas governamentais órgãos permanentes e deliberativos, que reúnem representantes do Governo e dos prestadores de serviços de saúde, profissionais de saúde e usuários do SUS.<sup>37</sup>

### **IV.2.6.3 O controle social reativo**

**45** O grande instrumento para o exercício do controle social de maneira reativa é a ação popular, prevista no art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal. Na medida em que por meio dela qualquer cidadão pode pleitear a anulação de ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade e ao patrimônio histórico e cultural, ela acaba por conferir ao cidadão o poder de controlar a Administração, de maneira reativa. Dizemos de maneira reativa em razão da reação do cidadão (pedindo a prestação jurisdicional), em defesa de seu direito subjetivo a ter um governo honesto.

Isso não se confunde com o momento em que poderá ser ajuizada a ação, que poderá ser antes da consumação dos efeitos lesivos (pleiteia-se a tutela preventiva), ou após ter ocorrido a lesão, de maneira repressiva (visando à anulação do ato e à responsabilização patrimonial do causador do dano).

### **IV.3.7 Diagnósticos sobre a vertente estrutural do controle administrativo: a "autonomização" do controle**

**46** Ainda que considerada a importância da atuação dos órgãos de controle, a experiência recente permite que sejam feitos alguns diagnósticos em relação ao seu funcionamento.

Assistimos hoje a um processo de crescente autonomia do controle, que se manifesta ao menos por dois fatores: (i) o controle tende a ser visto como um fim em si mesmo; e (ii) tem-se verificado, em linha com uma tendência expansionista dos mecanismos de controle, a articulação das esferas de controle (CGU, TCU, MP, SCI e AGU).<sup>38</sup> Assim é que, em paralelo a esse processo, advém o seguinte questionamento: *seria o controle uma instância autônoma de governo?*

Se, de um lado, refletir sobre o processo de "autonomização do controle" denota uma maior preocupação com o reforço dos mecanismos de controle e com a responsabilização perante o órgão controlador, o que é fundamental para a eficácia de qualquer sistema que se procure adotar; de outro, leva à percepção de que, tal como vem sendo exercido, o controle pelo controle acaba por se afastar do compromisso com seus efeitos, com a responsabilidade política que as instituições de controle devem objetivar. O instrumento de gestão é desconectado da cobrança de resultados, de modo que quem determina como será feita a gestão não tem qualquer compromisso ou responsabilidade com o resultado. Atribui-se ao agente de controle um enorme poder, mas ele não responde pela ineficácia da atividade-fim.

Assim é que o processo de "autonomização do controle" vem acompanhado de alguns problemas, bastante relacionados entre si.

**46.1** Primeiro, *o déficit de responsividade*. O controle hoje se volta mais ao processo e à verificação formal do cumprimento de prescrições legais em detrimento da análise do impacto das medidas adotadas, da efetividade dos resultados. A receptividade ou a frustração das expectativas dos atores sociais em relação à ação administrativa assume importância menor. A defesa da moralidade e do patrimônio público (inegavelmente valores da maior relevância) passa a ser objetivo bastante e suficiente. Evitar o descalabro torna-se a única meta a alcançar, ainda que isso leve à total inoperância da Administração.

A percepção dessa falha no sistema fez com que o Anteprojeto de Lei Orgânica atentasse para a

necessidade de controle finalístico, refletido no art. 53, que prescreve o dever de os órgãos e entidades estatais anualmente fazerem publicar, em meio eletrônico, em linguagem acessível ao cidadão, seu relatório de atividades, indicando as metas e os resultados institucionais alcançados e circunstanciando os obstáculos encontrados. A fim de que os problemas encontrados sejam solucionados, o relatório será analisado pelo órgão central de planejamento, que verificará a observância dos planos e publicará a síntese de suas conclusões.

**46.2** Segundo, a *multiplicidade de instâncias*. Nos últimos anos, assistiu-se a uma fragmentação do quadro normativo e institucional das atividades de controle, o que muitas vezes faz com que as competências sejam exercidas de maneira sobreposta e excessiva. Nem sempre, no entanto, a multiplicidade de controles gera eficiência, podendo mesmo, se exercido de maneira randômica e sobreposta, constituir entrave ao bom funcionamento da máquina estatal.

**46.3** Terceiro, a *captura das políticas públicas pelo controlador*. A partir do momento em que se passa a exercer o controle pelo controle, sem preocupação com propósitos e finalidades, bem como com resultados, o controlador acaba por se apropriar da pauta das políticas públicas que se intenciona implementar. Isso acaba por tornar tais políticas vulneráveis a serem capturadas por outros interesses que não aqueles sinalizados no âmbito governamental (envolvendo Executivo e Legislativo), espaço em que devem ser estabelecidas, conjugando-se os objetivos e princípios das políticas de Estado - previstas em lei ou na Constituição - com as metas e orientações de políticas governamentais.

**46.4** Quarto, o *deslocamento da discricionariedade*. Se o controle é exercido sobremaneira *ex ante*, com a intrusão dos órgãos de controle nas decisões dos gestores, o exercício da discricionariedade pelo administrador público passa a ser substituído pela opção discricionária do controlador, muita vez apresentada sob a roupagem da expertise técnica ou da legitimação apriorística, decorrente do processo de seleção e investidura em cargo público dentro do sistema de controle. Se bem é verdade que as burocracias integrantes do sistema de controle mostram-se extremamente qualificadas e capacitadas, o que nem sempre ocorre - inclusive pela estrutura das carreiras e contexto remuneratório - com outras burocracias da Administração, imputar ao controlador a prerrogativa de fazer opções sobre qual seja a melhor ação administrativa ou a política pública mais adequada apresenta dois graves problemas: de um lado, o déficit democrático, pois tal decisão deve caber a quem é democraticamente legitimado para isso, e não a quem é funcionalmente responsável por verificar a conformidade de tal opção; o segundo problema é ainda pior, pois, assumindo o papel de dizer a melhor opção dentre aquelas facultadas pela margem de discricionariedade, o controlador se desqualifica para controlar tal decisão e sua implementação.

**46.5** Quinto, a *falta de uniformidade das orientações*. A multiplicação de instâncias que exercem atividades de controle assistida nos últimos anos nem sempre é acompanhada pela complementariedade de sua atuação. O exercício da atividade de controle muitas vezes de maneira sobreposta e excessiva faz com que inexista uma uniformidade das orientações veiculadas pelos órgãos de controle, o que acaba por propiciar um desenho complexo do arcabouço de controle, mas sem a devida sistematização e definição das atividades desenvolvidas por cada instituição.

**46.6** Sexto, a *"judicialização" das políticas*. Dissemos linhas atrás que para assegurar o cumprimento das finalidades da atuação administrativa é importante que o controle seja exercido sobre políticas públicas, de forma a coibir o abuso e o desvio de poder. Esse controle, no entanto,

não pode ser tal que impeça as margens decisórias da Administração Pública na definição das políticas a serem adotadas.

**46.7** Sétimo, *a apropriação corporativa da pauta de controle*. Da forma como vem sendo feito o desenho institucional do controle, abre-se uma porta para a apropriação corporativa da pauta de controle, com todas as implicações que disso decorrem, como o risco de sujeição institucional e de oportunismo.

## **V Desafios, críticas e autocríticas**

**47** Diante dos diagnósticos levantados a respeito do modo como vem sendo exercido o controle no dia a dia da Administração, as diretrizes adotadas no Anteprojeto de Lei Orgânica (art. 50) bem pontuam as balizas que a nosso ver devem orientar um regime geral para o controle da Administração Pública: (i) a supressão de controles meramente formais ou cujo custo seja evidentemente superior ao risco (diretriz já constante do Decreto-Lei nº 200); (ii) o controle *a posteriori*, constituindo exceção o controle prévio ou concomitante, que predomina atualmente; (iii) o predomínio da verificação de resultados (ao invés da vertente de gestão hoje prevalecente); (iv) a simplificação dos procedimentos; (v) a eliminação de sobreposição de competências e de instrumentos de controle, a fim de que a multiplicidade de mecanismos de controle não acarrete a sobreposição e, com ela, a ineficiência; (vi) o dever, para os órgãos ou entes de controle, de verificação da existência de alternativas compatíveis com as finalidades de interesse público dos atos ou procedimentos que sejam por eles impugnados; e (vii) a responsabilização pessoal do agente que atuar com incúria, negligência ou improbidade, ou seja, a responsabilização do próprio gestor.

**48** Após a divulgação do Anteprojeto em Consulta Pública, sobreveio um manancial de críticas e objeções, a grande maioria enfocando o capítulo do controle. Não era de se imaginar que o tema ensejasse tão apaixonadas manifestações, ainda que considerássemos o ambiente político em que tais críticas se inseriam. Algumas dessas reações cuidaram de virulenta desqualificação à proposta e aos seus proponentes. Outras, porém, cuidaram de oposições ponderadas e consistentes, merecedoras de nossa reflexão. Tomemos como exemplo destas últimas as críticas equilibradas constantes da Nota Conjunta elaborada pela Secretaria Federal de Controle Interno da CGU. Tomemos algumas destas objeções de modo a aclarar pontos da proposta.

**48.1** Um primeiro ponto se refere a uma suposta inconstitucionalidade DAC proposta diante do fato de a organização do controle interno de Estados e Municípios ser matéria de competência legislativa destes entes e não objeto de lei nacional. Esta crítica poderia ser aplicável a vários outros pontos do Anteprojeto. Porém, na esteira do que hoje já ocorre com o próprio Decreto-Lei nº 200, a proposta não tem o condão de conter normas de aplicação mandatória a Estados e Municípios. Como norma de organização, busca-se dar um norte para a estruturação da Administração Pública nas demais esferas, incluindo aí as normas gerais e axiológicas do controle (como já se vê nos artigos 13 e 14 do Decreto-Lei nº 200). Na não percepção desta natureza de norma de organização, aliás, residem diversos outros equívocos residentes em críticas ao Anteprojeto. Frise-se que a inconstitucionalidade apontada inexiste exatamente pelo fato de que não pretende o Anteprojeto impor uma estrutura de órgãos ou instrumentos de controle a ser obrigatoriamente observada para as administrações estaduais ou municipais.

**48.2** Da mesma espécie é a crítica ao conteúdo da Subseção I, ou seja das chamadas regras gerais.



Há que se perceber que estas normas em sua grande maioria contêm princípios a balizar a atividade de controle. Algumas destas normas (por exemplo, o contido no art. 50, I e V) já existem de uma forma ou de outra no ordenamento (leia-se o art. 14 do Decreto-Lei nº 200) há mais de quarenta anos, sem suscitar ódios ou aversões. Pode ser que alguns dois princípios gerais listados no art. 50 mereçam uma modulação quando da sua aplicação para o controle interno ou o controle externo, como ocorre, por exemplo, com a determinação do marco temporal que definirá o controle prévio ou *ex post*, consoante acima exposto. Isso, porém, não invalida a nosso ver o cabimento deste rol principiológico.

**48.3** Não se deve desconsiderar, outrossim, as diferenças entre controle interno e controle externo. Tampouco se deve olvidar que tais estruturas de controle devam ser regidas por legislação própria. Aliás, cremos haver espaço para discussão de uma nova lei orgânica definindo melhor competências, instrumentos e procedimentos para atuação dos órgãos de controle, ao menos no âmbito federal. Não é esse, contudo, o objeto de uma lei geral da Administração Pública. Repise-se que, no tocante ao capítulo do controle, o Anteprojeto constitui verdadeira lei-quadro, que não tem a pretensão de revogar normas constantes da legislação específica, nem muito menos de disciplinar matéria hoje constante de lei complementar.

**48.4** O ponto nodal, presente em praticamente todas as críticas assacadas, diz com a prescrição constante do art. 50, II, do Anteprojeto. Nele vemos o já comentado preceito de dar preferência ao controle *a posteriori* em detrimento do controle prévio. Acima já expusemos que a demarcação do que seja controle *ex ante* ou *ex post* depende de se definir o momento de incidência. É dizer, as críticas pressupuseram que o antes ou depois seriam definidos pela consumação do ato (e, por conseguinte, da prática irreversível da ilegalidade ou do dano ao patrimônio). Daí a infeliz imagem do médico legista, cuja competência depende da ocorrência de morte da vítima. Nada mais preconceituoso. O que se quer com tal preceito é evitar o controle intrusivo na decisão discricionária do agente público, elidir que o controlador assumira para si o papel de fazer opções discricionárias, atuando quase como consultor para prática do ato. Isso não deve ser impeditivo a que se tomem, com o devido sopesamento e cautela, medidas aptas a obstar a consumação de uma ilegalidade ou de um dano ao patrimônio. Dada a leitura feita por diversos críticos, é de se reconhecer que a redação mereça ser aperfeiçoada, sem porém descaracterizar o acerto da proposta.

**48.5** Outro ponto criticado à basta, na exata medida em que mal compreendido, diz com o controle de resultados. Aqui surpreende a verdadeira aversão que os agentes de controle têm com qualquer vinculação ao pragmatismo ou compromisso consequencialista. Porém é descabida a crítica de que este princípio serviria para legitimar qualquer desvio ou ilegalidade que resultasse em proveito para a coletividade. Muitos leem o dispositivo constante do art. 50, III, quase como uma rerepresentação do nefasto corolário do "rouba mas faz". A crítica não procede. Verificar o resultado é a um só tempo (i) ampliar o escopo de atuação dos órgãos de controle que devem trabalhar também com a análise de custo-benefício da ação administrativa (controle de eficiência e efetividade) e (ii) dotar a atividade de controle de alguma responsividade, obrigando a que cada medida adotada no controle seja precedida de um relatório de impacto, no qual sejam perquiridos os efeitos e consequência de sua adoção. Ter compromisso com os resultados (e não pressupor aceitável qualquer ato irregular porque efetivo) é na verdade tirar o controle do autismo institucional e, por conseguinte, fortalecê-lo. De mais a mais, não se pode atribuir a este dispositivo uma cláusula de tolerância com a ilegalidade, quando mais não fosse porque nosso

ordenamento constitucional isso não admite e a densidade normativa do princípio jamais albergaria estes efeitos. Portanto, tal crítica pode ter apelo de mídia, mas juridicamente não tem consistência.

**48.6** A eliminação de competências sobrepostas e de instrumentos de controle redundantes é diretriz bastante clara e objetiva. Tal regra, ademais, é decorrência direta dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade. Detalhar mais o preceito transformaria, aí sim, a norma-quadro numa regra mandatória, algo incabível para os propósitos do Anteprojeto. Neste passo, parte das críticas se mostram contraditórias. Foi muito comum nos comentários o argumento de que o Anteprojeto desconsidera o fato de existir um sistema de controle. Ora. É exatamente por ter caráter sistêmico, que não deve haver sobreposições, duplicações e atuação desconexa dentre os entes e órgãos que o compõe. Se algo é conceitualmente equivocado é defender a existência de um sistema cujos entes integrantes sejam desarticulados, atuem de forma randômica e se marcada por um agir autista. Isso pode ser tudo: corporação, agregado, ajuntamento de órgãos. Nunca um sistema.

**48.7** Diz-se que a natureza do controle interno é preventiva. Há um certo sofisma nisso. A característica essencial do sistema de controle interno é ser permanente. Porém no seu âmbito existem competências de monitoramento e fiscalização (que pressupõe um agir concomitante como ocorre, por exemplo, no acompanhamento da execução orçamentária ou no acompanhamento da consecução de programas). Mas há também competências corretivas, como sói com as atividades de auditoria e correicionais. Portanto, se bem é verdade que o controle interno não é tão reativo quanto o controle externo, também não é correto dizer que o controle intestino deva ser sempre prévio, como que a substituir o administrador público. Aqui parece que a crítica padeceu de uma certa confusão entre preventivo (função de orientação) e prévio (função de antecipação).

**48.8** Outra crítica que de início causou espanto é aquela que se voltou ao parágrafo único do art. 50. Espanto, pois o conteúdo desta proposta de norma nos parecia de uma obviedade acaciana. Dizer que o controlador não pode se substituir aos agentes ou órgãos controlados no exercício das competências que lhes são próprias parece uma verdade incontendível. Não obstante, causou celeuma e reação. Ora, se o controlador substitui o controlado naquilo que é seu dever, estará havendo avocação indevida de competências e confusão de funções, pois quem participa do processo de decisão sobre um ato ou medida administrativos não poderá, ao depois, controlar esta mesma ação. Note-se que não é correto dizer que os órgãos do sistema de controle interno dão suporte à formulação de políticas públicas. A avaliação feita pelo Controle Interno acerca dos programas e de tais políticas (avaliação justamente e resultados, perquiridora de sua efetividade) deve ser considerada pelos gestores quando da revisão das políticas públicas. Porém isso nunca deve levar ao envolvimento destes órgãos nas decisões políticas de cada órgão controlado.

**48.9** Ponto bastante interessante diz com o art. 52, no particular que procura dar caráter preferencial ao controle exercido pelos órgãos de governança corporativa das empresas estatais que concorrem no mercado. Aqui cabe uma autocrítica, no sentido de que tal prescrição é descabida no que toca ao controle externo, sendo melhor o deslocamento deste artigo para fora da subseção das regras gerais. Contudo, não é pertinente a crítica que diz ser irrazoável priorizar o papel das instâncias de governança interna às companhias. Ora, se a lei prevê todo um sistema de controle interno às estatais (conselho fiscal, auditorias, conselho de administração, minoritaristas), não faz sentido não prestigiar estes mecanismos, deixando-os em segundo plano em favor de outras instâncias de controle existentes na Administração direta. Isso é, para mais de fomentar a

duplicação de instâncias e mecanismos de controle, caminhar em sentido contrário da autonomia que tais entes estatais precisam ter.

**48.10** O artigo 54 não tem a pretensão de atribuir a exclusividade do controle prévio somente aos órgãos de consultoria jurídica. Apenas se está a dizer que estes órgãos devem fazer exame prévio de legalidade e, ao fazê-lo, não devem se limitar a inquirir de ilegal o ato, mas contribuir para que a ilegalidade seja escoimada e indicar alternativas dentro da lei para tornar efetiva a ação administrativa. Por outro lado, busca-se precisar os limites da responsabilidade destes órgãos e agentes. E o faz em sentido absolutamente deferente à posição mais hodierna do Supremo Tribunal Federal. Dizer, assim, que a responsabilidade deve recair também nas hipóteses de pareceres não vinculantes e ir contra a posição da Suprema Corte.

**48.11** A crítica à introdução do conceito de autocontrole é desproporcional e descabida. A denominação é nova justamente para permitir tratar na mesma Subseção dois aspectos distintos do controle interno (esta palavra seria inapta para um texto legal): o controle interno e o controle correicional. Justamente por serem coisas distintas é que não caberia denominar tudo de controle interno, daí a inovação terminológica. Doutro lado, fortalecer as instâncias não só centrais, mas sim ensejar que existam núcleos de controle interno no âmbito de cada ente da Administração direta. Basta ler o texto proposto para restarem afastados os fantasmas de que o Anteprojeto proporia extinguir os órgãos centrais de controle. A noção sistêmica, tão reclamada, aliás, vem forte no teor do art. 60 proposto. Fica-se assim sem entender a razão de propostas que pretendem ver suprimida toda a seção do autocontrole, pois que de inovação nela há muito pouco.

**49** A adoção dessas diretrizes num regime geral de controle constitui por si só um desafio contemporâneo. Mas ainda outros são os desafios a serem enfrentados para o aperfeiçoamento do sistema de controle hoje existente, de forma a torná-lo mais eficiente e eficaz.

**49.1** Um primeiro desafio relaciona-se ao controle do controlador. Afinal, quem controla o controlador? Como saber se ele está atuando de maneira adequada ou se está tendo um comportamento oportunista?

**49.2** Um segundo desafio é a por vezes existente contraposição entre legalidade e moralidade. Por certo um dos objetivos do controle é a adstrição à legalidade, de modo a impedir que a atuação administrativa seja praticada de forma ilegal e a verificar se ao desempenhar suas atividades a Administração respeitou a ordem jurídica. Por outro lado, no entanto, em razão da crescente dificuldade de a conduta administrativa (concreta e para situações específicas) ser determinada pela lei (preceito geral e abstrato), o controle da legalidade não deve ser efetuado de maneira estanque. Deverá ser verificado se o administrador, a partir do comando legal que lhe atribuiu o poder de agir no caso concreto, soube avaliar, pautado na moralidade, entre as várias opções que lhe foram conferidas, quanto ao se, como, quando e em que intensidade manejar os poderes inerentes à sua competência.

**49.3** Um terceiro desafio relaciona-se à garantia da autonomia orgânica e à busca do controle finalístico. Se o controle for exercido de tal forma que retire a autonomia dos entes que integram a Administração, acaba por engessar a máquina administrativa, e o excesso de regras e controles passa a se constituir em entrave ao bom funcionamento da Administração. Por outro lado, assegurando-se a autonomia orgânica do ente estatal, o controle deve se deslocar de um olhar prioritariamente voltado para o processo e focado na verificação formal do cumprimento de

prescrições legais para um olhar voltado para a análise dos resultados, comprometido com objetivos e efeitos e com a análise do impacto das medidas adotadas.

**49.4** Um quarto desafio relaciona-se ao controle das empresas estatais, que deve ser modelado de forma que elas consigam ser competitivas no mercado, dentro de um contexto de aumento da atuação dessas empresas e flexibilização de sua gestão.

**50** Analisar como o controle vem sendo exercido na prática, refletir sobre diretrizes e estratégias de combate aos problemas identificados e sobre os desafios para o aperfeiçoamento das práticas do sistema foram os objetivos que intencionamos alcançar ao longo do presente texto. Cremos que, se adotado, o regime jurídico geral de controle da Administração que intenciona instituir o Anteprojeto de Lei Orgânica que atualmente está em discussão pública constituirá um importante instrumento de aperfeiçoamento do sistema atual de controle.

Trata-se de uma contribuição para a "nova" reforma da Administração Pública. A bem da verdade, "nova" apenas do ponto de vista legal. Na prática, o Decreto-Lei nº 200/67, já há tempos superado, incapaz que é hoje de refletir a organização administrativa e mesmo as necessidades e demandas do Estado atual, imaginado que foi para dar as bases da estrutura administrativa do início da segunda metade do século passado, época em que teve importância significativa. Da contribuição, só o tempo dirá quais foram seus acertos e desacertos. Se, tal como as instituições, as prescrições legais também não são cristalizadas ou imutáveis, havendo problemas, sempre existe a possibilidade de implantarem mecanismos de correções e ajustes.

## Referências

APELAÇÃO Cível nº 1.422. *Revista de Direito Administrativo*, v. 14, p. 53-82, out./dez. 1948.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública democrática à gerencial. In: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter (Org.) *Reforma do estado e administração pública gerencial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 1998. p. 237-270.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. A empresa pública no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 91, p. 1-12, jan./mar. 1968.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (Org.) *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba: direito administrativo e constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 343-359.

COMPARATO, Fábio Konder. Ordem econômica na Constituição Brasileira de 1988. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 93, p. 263-276, jan./mar. 1990.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

GARCÍA, Eduardo Ruiz. *Rendición de cuentas y control externo*. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=981664>>. Acesso em: nov. 2008.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Discricionariedade administrativa e controle judicial da administração. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.) *Processo civil e interesse público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 191-198.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *O regime jurídico das utilidades públicas: função social e exploração econômica dos bens públicos*. 593 f. Tese (Livre Docência em Direito) - Faculdade de Direito, Departamento de Direito do Estado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MEDAUAR, Odete. Controles internos da administração pública. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, ano VIII, n. 6, p. 363-373, jun. 1992, p. 363-364.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NONET, Philippe; SELZNICK, Philip *Law and society in transition: toward responsive law*. 2<sup>nd</sup> ed. New Brunswick, New Jersey: Transaction Publishers, 2001. Third printing 2007.

PEREZ, Marcos Augusto. *A administração pública democrática: institutos de participação popular na Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

VALLÉS, Juan Manuel Fabra. *Articulación organizativa de los diferentes niveles de control en la Unión Europea*. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=867486>>. Acesso em: nov. 2008.

\* Agradeço a contribuição de Clarissa Ferreira de Melo Mesquita, advogada e mestranda do Programa de Pós-Graduação da Universidade de São Paulo, sob minha orientação. A primeira versão deste texto não teria sido possível sem seu auxílio na pesquisa e na sistematização,

organização e desenvolvimento de ideias já desenvolvidas por mim em outras oportunidades. Nesta segunda versão do texto, incorporei novas reflexões trazidas no intenso debate que se seguiu à publicação do trabalho da Comissão. A todos que, com críticas ou apoios, somaram neste processo público de discussão, vai também meu agradecimento.

Este artigo fará parte da obra MODESTO, Paulo (Coord.). *Nova organização administrativa brasileira*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010. No prelo.

<sup>1</sup> O que leva autores como Juarez Freitas a defenderem a ideia de Direito Fundamental à Boa Administração. Por todos, ver: FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública e o direito administrativo brasileiro do século XXI*. Belo Horizonte: Del Rey Jurídica, 2008. v. 19, p. 5-7.

<sup>2</sup> O Decreto-Lei nº 200/67 procurou à sua época alterar o perfil até então existente da Administração Pública, sancionando novos instrumentos jurídicos para auxiliarem a atuação estatal. Sua importância em dar um quadro de organização da Administração Pública foi tão grande que costuma ser lembrado como base para uma Reforma Administrativa (uma segunda reforma da Administração Pública brasileira, nos termos do que nos fala Bresser-Pereira, ou mesmo de uma quarta reforma, como nos dá conta Themistocles Cavalcanti) (Cf. BRESSER-PEREIRA. *Da administração pública democrática à gerencial*. In: BRESSER-PEREIRA; SPINK (Org.) *Reforma do estado e administração pública gerencial*, p. 237). Cf. também CAVALCANTI. *A empresa pública no direito brasileiro*. *Revista de Direito Administrativo*, p. 4. Era essa, aliás, sua intenção, como se vê da redação de seu objetivo: "Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências".

<sup>3</sup> A Comissão, instituída pela Portaria nº 426, de 6 de dezembro de 2007, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, foi formada pelo seguinte grupo de trabalho: professores Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Almiro do Couto e Silva, Carlos Ari Sundfeld, Floriano de Azevedo Marques Neto, Maria Coeli Simões Pires, Paulo Eduardo Garrido Modesto e Sergio de Andréa Ferreira.

<sup>4</sup> A esse respeito, ver GARCÍA. *Rendición de cuentas y control externo*. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=981664>>. Acesso em: nov. 2008.

<sup>5</sup> VALLÉS. *Articulación organizativa de los diferentes niveles de control en la Unión Europea*. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=867486>>. Acesso em: nov. 2008.

<sup>6</sup> Além do *Livro Branco sobre a Reforma*, têm sido importantes no processo de estruturação de um novo modelo de controle na União Europeia a filosofia de controle apresentada pelo Informe de 1992 de COSO (*Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission*), e o plano de ação adotado pela União Europeia em 2006, denominado *Public Internal Financial Control*.

<sup>7</sup> Para um aprofundamento da análise, ver MARQUES NETO. *Regulação estatal e interesses públicos*.

<sup>8</sup> Para um aprofundamento do tema, ver SUNDFELD. *Fundamentos de direito público*.

<sup>9</sup> MEDAUAR. *Direito administrativo moderno*.

<sup>10</sup> A que denominamos em outro texto de *republicização*. Cf. MARQUES NETO. *Regulação estatal e interesses públicos*.

<sup>11</sup> SUNDFELD. *Fundamentos de direito público*, p. 21-22.

<sup>12</sup> Cf. MARQUES NETO. *Regulação estatal e interesses públicos*, p. 26-27.

<sup>13</sup> Cf. MARQUES NETO. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*, p. 94. Para um aprofundamento do tema, ver também COMPARATO. *Ordem econômica na Constituição Brasileira de 1988. Revista de Direito Público*, p. 263-276; e BUCCI. *O conceito de política pública em direito*. In: BUCCI (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*, p. 1-49.

<sup>14</sup> Sobre o tema do direito *responsive*, ver: NONET; SELZNICK. *Law and society in transition: toward responsive law*, p. 73-78.

<sup>15</sup> Sobre o duplo papel que cumpre o princípio da eficiência com sua explicitação no texto constitucional, cf. MARQUES NETO. *O regime jurídico das utilidades públicas: função social e exploração econômica dos bens públicos*.

<sup>16</sup> A ideia de eficiência alocativa, cara à Economia, diferencia-se de uma eficiência considerada estática na medida em que, partindo do pressuposto de que os recursos podem estar nas mãos de quem faz melhor ou pior uso, busca uma alocação dos recursos de maneira eficiente, de forma que seja dada a eles a melhor destinação possível (ficando eles nas mãos de quem fizer melhor uso).

<sup>17</sup> A respeito da possibilidade de as políticas públicas se submeterem ao crivo Judiciário para aferição de sua constitucionalidade, ver COMPARATO. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*. In: BANDEIRA DE MELLO (Org.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba: direito administrativo e constitucional*, p. 343-359. Ver também BUCCI. *O conceito de política pública em direito*. In: BUCCI (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*, p. 1-49, p. 22 *et seq.*

<sup>18</sup> Cf. MEDAUAR. *Controles internos da administração pública. Boletim de Direito Administrativo*, p. 363-364.

<sup>19</sup> Sobre a ampliação do controle judicial da Administração, ver MEDAUAR. *Direito administrativo moderno*, p. 396; DI PIETRO. *Direito administrativo*, p. 709; MARQUES NETO. *Discricionariedade administrativa e controle judicial da administração*. In: SALLES (Org.). *Processo civil e interesse público*, p. 191-198.

<sup>20</sup> Cf. DI PIETRO. *Direito administrativo*, p. 691.

<sup>21</sup> Cf. MEDAUAR. *Controles internos da administração pública. Boletim de Direito Administrativo*, p. 366. Por meio das instruções, os superiores expedem normas gerais e abstratas de orientação

interna das repartições públicas, prescrevendo a forma pela qual os subordinados devem dar andamento aos seus serviços. As circulares veiculam regras concretas, a fim de que sejam transmitidas ordens uniformes a funcionários subordinados encarregados de determinadas atividades. As ordens de serviços, por sua vez, são utilizadas para se transmitirem aos subordinados determinações relacionadas à maneira como devem conduzir determinado serviço (Cf. BANDEIRA DE MELLO. *Curso de direito administrativo*, p. 408-409).

<sup>22</sup> Cf. MEDAUAR. Controles internos da administração pública. *Boletim de Direito Administrativo*, p. 364.

<sup>23</sup> "[O sistema de auditoria] acompanha a execução do orçamento, verifica a legalidade na aplicação do dinheiro público e auxilia o Tribunal de Contas no exercício de sua missão institucional" (DI PIETRO. *Direito administrativo*, p. 692).

<sup>24</sup> Vejam-se a esse respeito as palavras de MEDAUAR, Odete: "O controle jurisdicional continua a ser o mais importante instrumento de controle da Administração (...)" (*Direito administrativo moderno*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 393). Em sentido aproximado, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao considerar que juntamente com o princípio da legalidade o controle judicial constitui um dos fundamentos em que repousa o Estado de Direito, afirma: "De nada adiantaria sujeitar-se a Administração Pública à lei se seus atos não pudessem ser controlados por um órgão dotado de garantias de imparcialidade que permitam apreciar e invalidar os atos ilícitos por ela praticados" (*Op. cit.*, p. 708).

<sup>25</sup> Ver a respeito ARAÚJO. *Curso de direito administrativo*, p. 1152.

<sup>26</sup> Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, discricionariedade administrativa é "(...) a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito" (*Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 66).

<sup>27</sup> Cf. RAMOS, Elival da Silva. *Parâmetros dogmáticos do ativismo judicial em matéria constitucional*. 289 f. Tese (Titularidade em Direito) - Faculdade de Direito, Departamento de Direito do Estado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

<sup>28</sup> Importantes para a ampliação do controle jurisdicional foram as posições marcantes de Seabra Fagundes, Victor Nunes Leal e Caio Tácito (a esse respeito, ver MEDAUAR, *op. cit.*, p. 396). Registre-se aqui célebre voto de Seabra Fagundes (então desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte), em caso que se tornou um marco na atuação do Judiciário sobre atos discricionários e no controle contra o desvio de poder. Indo na contramão da praxe dos Tribunais, que costumeiramente declaravam os atos discricionários insuscetíveis de apreciação judicial, o julgador impediu que a Administração Pública, a pretexto de seu poder discricionário em fixar os horários de tráfego de veículos, utilizasse critério arbitrariamente discriminatório para proteger uma empresa de transporte em prejuízo da empresa concorrente e dos usuários do serviço autorizado (Apelação Cível nº 1.422, RDA, v. 14, out./dez. 1948, p. 53-82).

<sup>29</sup> MEDAUAR. *Direito administrativo moderno*, p. 396; DI PIETRO. *Direito administrativo*, p. 709. Sobre o tema, ver também MARQUES NETO. Discricionariedade administrativa e controle judicial



da administração. In: SALLES (Org.). *Processo civil e interesse público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 191-198.

<sup>30</sup> Cf. BINENBOJM. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, p. 241.

<sup>31</sup> O fenômeno é também bem captado por Alexandre Aragão, que, ao tratar da emergência de aparatos administrativos setoriais, chama a atenção para o fortalecimento de corpos intermediários entre o Estado central e os indivíduos, o que teria levado à transformação do Estado em pluralista, caracterizado pela substituição do aparelho estatal central fechado por maiores centros de decisão política (Cf. ARAGÃO. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*, p. 182 et seq.).

<sup>32</sup> Cf. MARQUES NETO. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*, p. 125.

<sup>33</sup> Cf. MARQUES NETO. *Regulação estatal e interesses públicos*, p. 137-138.

<sup>34</sup> A esse respeito, ver PEREZ. *A administração pública democrática: institutos de participação popular na Administração Pública*. Especificamente sobre os instrumentos de audiência e consulta públicas, ver p. 68-178.

<sup>35</sup> Anexo à Resolução nº 426/05.

<sup>36</sup> A Lei nº 8.080/90 ainda contempla a participação da sociedade civil, por intermédio de entidade representativa, na articulação de políticas e programas de interesse para a saúde não compreendidos no âmbito do SUS (art. 12, *caput* e parágrafo único), e o direito de as populações indígenas participarem dos organismos colegiados de formulação, acompanhamento e avaliação das políticas de saúde (art. 19-H).

<sup>37</sup> Disponível em: <[http://portal.saude.gov.br/portal/saude/cidadao/area.cfm?id\\_area=1036](http://portal.saude.gov.br/portal/saude/cidadao/area.cfm?id_area=1036)>. Acesso em: set. 2009.

<sup>38</sup> Ao longo do presente texto demos tratamento ao exercício do controle por cada uma dessas entidades, faltando, no entanto, demarcar as atribuições que são conferidas no sistema de controle à Advocacia-Geral da União (AGU). Dentre suas funções, está a de assistir o Presidente da República no controle interno da legalidade dos atos da Administração (Lei Complementar nº 73/93, art. 4º, VIII; Lei nº 10.683/03, art. 12). Um dos problemas a que se tem assistido atualmente relaciona-se à dificuldade, quase paralisante dentro da Administração, de ter-se, por exemplo, agentes da AGU como órgãos de assessoramento jurídico dos Ministérios desconectados das obrigações de cumprimento de suas políticas finalísticas, o que por vezes acaba por acarretar a elaboração de uma sucessão de pareceres de que "não pode", sem a possibilidade de os órgãos internos aos Ministérios contra-argumentarem. O Anteprojeto de Lei Orgânica procurou solucionar essa situação prevendo um controle prévio de legalidade (hoje inexistente), feito pelos órgãos de assessoria jurídica da Administração, independentemente da análise dos órgãos jurídicos centrais da AGU (art. 54).

### **Como citar este conteúdo na versão digital:**

Conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública *Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, abr. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=66621>>. Acesso em: 5 out. 2016.

---

### **Como citar este conteúdo na versão impressa:**

Conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico impresso deve ser citado da seguinte forma:

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