

ENSAIO SOBRE A COAÇÃO INSTRUMENTAL DOS CONTROLADORES E A AÇÃO BÜROCRÁTICA DEFENSIVA

*Bruno Meyerhof Salama**

*Juliana Bonacorsi de Palma***

Há hoje muita conversa sobre os desmandos da Administração. O assunto é da ordem do dia e suscita posicionamentos tão díspares quanto emocionais. Traduzem, em grande medida, a visão de mundo sobre o papel das instituições públicas e qual seria o melhor modo de a burocracia estatal se relacionar com seus controladores, notadamente o Poder Judiciário, o Ministério Público e o Tribunal de Contas. Mais ou menos margem de liberdade para que os agentes públicos atuem. Maiores ou menores margens de controle da ação administrativa. É isso o que está em disputa.

A nossa reflexão parte do pressuposto de que hoje a falta de confiança nos administradores tem levado à sensível redução da margem de ação pública e à ampliação desmedida do controle.

É fundamental a um Estado de Direito a existência de mecanismos de controle da ação administrativa, especialmente quando prerrogativas públicas são conferidas ao Poder Público. A efetiva garantia dos direitos dos cidadãos frente à Administração pressupõe a estruturação de um sistema de controle capaz de afastar ilegalidades ao mesmo tempo em que sinalize os padrões de comportamento regulares ao Poder Público quando do exercício de suas competências. O controle, portanto, não é um fim em si mesmo, mas um ferramental que contribui ao aprimoramento das relações entre Poder Público e particulares, galgado em juridicidade, previsibilidade e segurança jurídica. O problema se coloca, porém, quando há um desnível entre controle e liberdade de ação administrativa.

(*) Professor Associado, FGV Direito SP. Diretor do Núcleo de Direito, Economia e Governança (NDEG). Coordenador do Grupo de Estudos das Relações entre Estado e Empresa Privada (GRP). Doutor em Direito pela Universidade da Califórnia em Berkeley.

(**) Doutora e Mestre pela Faculdade de Direito da USP. Master of Laws pela Yale Law School. Professora da FGV Direito SP-GVLaw, da Faculdade de Direito da USJT e da SBDP. Pesquisadora.

Quando a liberdade de ação administrativa se engrandece a patamares muito elevados, o controle se mostra inócuo. É o que se verificou no contexto do regime militar, em que a junta militar alocada na máquina burocrática do Estado passou a reter parcelas de poder antes pertencentes ao Legislativo e ao Judiciário. Não por acaso, parte do projeto militar correspondeu ao enfraquecimento das instituições de controle. É simbólico e até hoje lembrado por todos o ato de aposentadoria compulsória dos Ministros Victor Nunes Leal, Hermes Lima e Evandro Lins e Silva do Supremo Tribunal Federal em 1969. Quanto mais a balança se desequilibra e pende para a liberdade de ação administrativa, mais nos aproximamos de um Estado ditatorial.

A solução óbvia seria, então, o aumento do controle. Mais controle, mais democracia, mais eficiência. Será mesmo? Não necessariamente. Quando a balança se desequilibra e pende para o controle em excesso, temos um cenário de deslocamento de competências administrativas para os controladores, os quais passam a exercê-las como se gestores públicos fossem. Exatamente porque os controladores não são eleitos, coloca-se também um problema de legitimidade das decisões de políticas públicas, dispêndio orçamentário, organização administrativa, regulação, fomento e qualquer outra manifestação da função pública. Ainda, corre-se o risco de a Administração Pública se tornar refém dos controladores, de tal modo que a preferência da interpretação de uma norma tipicamente de direito administrativo passaria a ser dos controladores; toda e qualquer interpretação discrepante, ainda que legal, seria extirpada do sistema. A Administração é paralisada. Alguns dirão que se trataria de um tipo ditadura, ainda que com aparência de legalidade porque estruturada no âmbito da burocracia judicial. É um pouco de exagero, mas não é de todo falso.

Ao ponto ótimo da relação entre liberdade de ação administrativa e controle corresponde damos o nome de “equilíbrio”. Elegeu a Assembleia Nacional Constituinte o equilíbrio entre os Poderes em seu art. 2o. ao determinar que Executivo, Legislativo e Judiciário são todos Poderes independentes e harmônicos entre si. O fiel da balança é a relação paritária entre liberdade de ação administrativa e controle.

A recente história brasileira aponta para o desbalanceamento da relação entre liberdade de ação administrativa e controle, muito por conta do amadurecimento institucional do Estado brasileiro, ainda um

Estado em infindável transição política. Reportados midiaticamente e recebidos com clamor por grande parcela da população brasileira, os casos de corrupção no âmbito do Poder Público invertem a lógica da presunção de legitimidade da ação administrativa¹. Juntamente com a visão sedimentada do Executivo como o locus da ditadura militar, o legado ditatorial, iniciativas inovadoras e que envolvam riscos são de um modo geral presumidas como ilegais.

É como se diz: *onde há fumaça há fogo*. E, logo, as instituições de controle sentem-se mais guarnecidas para exercer os instrumentos de controle apenas para a verificação da legalidade, e não para a apuração de responsabilidade diante de provas mais robustas e fatos certos. Instauram inquéritos civis, propõem ações civis públicas e ações de improbidade administrativa – em que o agente público responde pessoalmente – e concedem liminares. Esquecem-se que não é a condenação que amedronta o gestor público. A simples figuração no pólo passivo processual sob a acusação de desvios, ilegalidades e favorecimentos, os quais serão apuradas no curso de processo, já impacta fortemente o comportamento desses gestores. Novamente uma máxima: *quem não deve não teme*.

Chamemos de *coação instrumental* essa tática de emprego das ferramentas processuais pela presunção de ilegitimidade simplesmente porque a ação administrativa destoa do padrão decisório (é inovadora) ou porque o gestor sai do lugar comum para modelar uma decisão potencialmente melhor à satisfação das finalidades públicas (o gestor toma riscos). Os exemplos recolhidos na prática pública são diversos.

É o caso da celebração de termo de ajustamento de conduta, porque o arranjo de determinado contrato é complexo. Não raro, o conteúdo do acordo é unilateralmente definido pelo Ministério Público que apresenta apenas duas opções ao gestor público: ou celebra o TAC tal qual lhe é apresentado, ou se resigna a responder ação civil pública ou ação de improbidade administrativa. Na mesma toada, a instauração de processos administrativos disciplinares contra gestores que concedem licenças com rapidez sob a suspeita de conluio com o requerente.

¹ Qualquer doutrina de direito administrativo no Brasil faz alusão à presunção de legitimidade da atividade administrativa. ODETE MEDAUAR, por exemplo, alça esse pressuposto de compreensão da função pública como um verdadeiro princípio da Administração Pública. Cf. *Direito Administrativo Moderno*, 19a. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 23.

Outro exemplo bastante recorrente corresponde ao ajuizamento de ações civis públicas de improbidade administrativa² contra agentes públicos que tenham uma interpretação diferente da dos controladores, ainda que jurídica e logicamente válida. Nessa linha vai o controle prévio dos editais de licitação pelo Tribunal de Contas pelo simples fato de serem concorrências de alta monta. Igual efeito tem a oitiva e a prestação de esclarecimentos sem a prévia instauração de processo, pois alguém, não importa quem, “denunciou” o agente público. Enfim, “onde há fumaça há fogo” e “quem não deve não teme”.

Todos esses são exemplos de coação instrumental. Em comum, verifica-se o exercício de mecanismos processuais com base em suspeitas e conjecturas, sem maior embasamento fático ou probatório. Afinal, é a presunção de ilegitimidade o que impulsiona determinados controladores a usarem os instrumentos processuais de sua competência sobre a Administração sem suficiente embasamento para tanto. O problema está na chave perversa que a presunção de ilegitimidade da ação administrativa acarreta em que o gestor público deve a todo momento demonstrar que estava de boa-fé, atuando com lisura, dentro dos padrões éticos administrativos e, acima de tudo, sob o império da lei. Consequentemente, o agente público receia inovar, tomar riscos, utilizar dinâmicas privadas e apresentar soluções criativas para tornar a sua ação eficiente.

A coação instrumental é disfuncional e arbitrária. Por um lado, ela desconsidera os *custos econômicos* atrelados ao controle. Custos diversos – e substanciais – são contabilizados quando o controlador exerce seus instrumentos de ação. Os mais perceptíveis são as custas processuais e o custo de movimentação do aparato judicial. Porém, à conta devem ser acrescidos o custo de oportunidade do gestor público, que deixa de exercer a sua atividade-fim para responder às provocações voluntaristas do controlador, bem como os custos de manutenção do aparato burocrático de controle, cada vez mais inchado com o aumento da judicialização envolvendo a Administração Pública.

² A “ação civil pública de improbidade administrativa” não tem origem legal, mas se trata de uma construção operacional do Ministério Público a partir da conjunção da Lei da Ação Civil Pública (Lei no. 7.347/85) e da Ação de Improbidade Administrativa (Lei no. 8.429/92). Desse modo, evidencia-se como a aposta no controle no Brasil legitimou até mesmo a criação de um super processo judicial pela junção de duas leis em uma mesma medida, inda que sem base legal específica.

Por outro lado, a coação instrumental desconsidera os *custos de gestão* decorrentes da paralisia dos gestores frente à ameaça processual dos controladores que veem com desconfiança as inovações e as decisões de risco na esfera administrativa. Engana-se quem reconhece apenas na sanção o efeito simbólico de restrição de comportamentos. A coação instrumental é por si só suficiente para condicionar o comportamento dos gestores, como já analisado.

Ponha-se na posição de um agente bem-intencionado que, para economizar recursos públicos, determina no edital de licitação de um certo produto que o mesmo deve apresentar um componente que aumenta a sua vida útil em 25% ao custo de 15% a maior. No longo prazo verifica-se economia de recursos públicos. No curto prazo, porém, esta pode não ser compreendida como a proposta mais vantajosa, que atenda aos critérios de economicidade e eficiência estipulados no art. 70 da Constituição Federal. Instaura-se processo administrativo para verificar por que o gestor público tomou tal decisão, se não é da praxe da repartição.

Estaria esse agente público agindo de boa-fé, ou teria ele um acerto “por fora” com a empresa que dispõe desse componente especial em seu produto? Seria o custo realmente 15% a maior ou 5% a maior? Quem se beneficiaria da margem de 10%? Depois dessa experiência, se o gestor ainda permanecer no serviço público, ele certamente passará a licitar com estrita observância do critério do menor preço, ainda que o resultado final da licitação se mostre mais oneroso no longo prazo. É a *ação burocrática defensiva* que prevalecerá.

No Brasil, a desconfiança da Administração Pública é histórica³. A despeito de a Assembleia Nacional Constituinte não ter um projeto acerca do controle da Administração Pública, da leitura dos Anais da Constituinte depreende-se o depósito de confiança em determinadas instituições em detrimento de outras. Assim se verificou com as instituições de controle, notadamente o Judiciário e o Ministério Público, que se sagraram como os grandes vitoriosos do processo constituinte.

³ Também o é em outros sistemas jurídicos, como nos Estados Unidos da América, cuja Constituição foi moldada com base na desconfiança da burocracia pública, tendo em vista a influência do *Whiggism* do sistema inglês, profundamente refratário ao Poder Público e favorável ao Legislativo. Cf. SCOTT SHAPIRO, *Legality*, Harvard Press, 2011, p. 312 e ss.

Ineditamente o Ministério Público recebeu autonomia institucional, uma peculiaridade genuinamente brasileira⁴. Por sua vez, a construção do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, previsto no art. 5o., inc. XXXV, denota a forte credibilidade que o Judiciário dispunha junto à Assembleia Nacional Constituinte⁵. O fenômeno constitucional⁶ culminou em uma Carta garantista e distributiva. Levou também a um depósito de confiança nas instituições de controle para que fizessem frente ao Poder Público.

A trajetória do Ministério Público é particularmente elucidativa do robustecimento do controle da Administração.

Imbuído do espírito democrático e constitucional, o Legislativo editou a Lei da Ação Civil Pública em 1985 – Lei no. 7.347/85 –, conferindo ao Ministério Público papel fundamental de “fiscal da lei”⁷ e instituição responsável pelo processamento da ação civil pública⁸. Era a *promessa (subscrição)* do movimento constituinte que irradiava no Congresso: seria o Ministério Público a grande instituição de fiscalização do Poder Público. Como lembra CARLOS ARI SUNDFELD, no afã de controlar efetivamente a Administração Pública, a Lei da Ação Civil Pública determinou que os arquivamentos de inquérito civil sejam remetidos ao Conselho Superior do Ministério Público⁹, uma medida

⁴ Em geral, o Ministério Público encontra-se atrelado ao Ministério da Justiça ou ao Poder Judiciário nos sistemas de direito comparado.

⁵ Cf. FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO e JULIANA BONACORSI DE PALMA, *Controle Judicial da Administração Pública: um projeto constitucional?* in JOSÉ MAURICIO CONTI (org.), *Poder Judiciário: orçamento, gestão e políticas públicas* (mimeo). Elucidativa é a seguinte passagem da Constituinte: *O controle mais eficaz da atividade do juiz deve ser a própria lei. Além do mais, neste particular, o projeto não faz justiça à Justiça. É preciso lembrar que o Judiciário foi o manto protetor dos direitos civis espezinhados pela ditadura. Sei que alguns juízes se acovardaram e se curvaram perante os caprichos do autoritarismo. Mas foram raras e lamentáveis exceções. É preciso render homenagem à Justiça brasileira pelos serviços que prestou à causa democrática.* Constituinte MANSUETO DE LAVOR, *Ata da Comissão de Sistematização*, p. 805.

⁶ Cf. CARLOS ARI SUNDFELD, *O Fenômeno Constitucional e suas Três Forças* in *Revista de Direito do Estado*, vol. 21. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

⁷ Cf. art. 5o., § 1o., da Lei no. 7.347/85.

⁸ A ideia é de CARLOS ARI SUNDFELD. *Direito Administrativo para Céticos*, 2a. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

⁹ Cf. art. 9o., da Lei no. 7.347/85.

de constrangimento do promotor originariamente responsável pela ação para que dê o devido prosseguimento. Era a aposta constituinte promover uma aliança entre Ministério Público e Judiciário para controle da Administração Pública.

Se a *subscrição* veio com Lei da Ação Civil Pública em 1985, a *integralização* veio posteriormente com a edição da Lei de Improbidade Administrativa – Lei no. 8.429/92. Esta atribuiu ao Ministério Público o controle da legalidade e da moralidade administrativa pelo emprego de instrumentos jurídicos marcadamente fortes. Primeiramente, o Ministério Público encontra-se legitimado a ajuizar ação de improbidade administrativa em face de atos que atentam contra os princípios da Administração Pública.¹⁰ Ao prever a possibilidade de ajuizamento de ação de improbidade administrativo por lesão aos princípios de direito administrativo, como a honestidade e a lealdade às instituições, conforme interpretação dada pelo controlador, a Lei de Improbidade Administrativa fixou um parâmetro fluido para ajuizamento de ações. Passaria a ser suficiente a interpretação do promotor de que o ato em questão ofende qualquer dos princípios da Administração Pública, o que suscita questionamentos legítimos sobre a compatibilidade deste comando com o primado da segurança jurídica.

Ainda, mediante “fundados indícios de responsabilidade”, pode-se requerer ao juízo competente o sequestro de bens¹¹. Também na Lei de Improbidade Administrativa o Ministério Público se apresenta como fiscal da lei, com reforço de que a ausência do *Parquet* na ação de

¹⁰ Art. 11 da Lei no. 8.429/92: *Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência; II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício; III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo; IV - negar publicidade aos atos oficiais; V - frustrar a licitude de concurso público; VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo; VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço; VIII - descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas. (Redação dada pela Lei no. 13.019, de 2014); IX - deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação. (Incluído pela Lei no. 13.146, de 2015).*

¹¹ Cf. art. 16, *caput*, Lei no. 8.429/92.

improbidade administrativa a nulifica¹². Segundo a redação original da Lei, era impedida a celebração de acordos na ação civil pública, previsão esta que foi revogada com a Medida Provisória no. 703/2015, que estabeleceu novo regime aos acordos de leniência da Lei Anticorrupção (Lei no. 12.846/2015).

Como se verifica, tanto a Lei da Ação Civil Pública como a Lei de Improbidade Administrativa trabalham para o fortalecimento do controle da Administração Pública por meio de um desenho processual tanto incisivo quanto favorável à *coação instrumental*. Isso se deve, como já discurremos, pela desconfiança histórica da Administração Pública. Porém, em ambos os casos a conjuntura política que se apresentava à época da edição das leis corroborou para um desenho normativo em que o controle se sobrepõe contundentemente sobre a liberdade de ação pública. Na Lei da Ação Civil Pública, publicada em 1985, era o movimento de democratização vigente à época, contemporânea à Assembleia Nacional Constituinte, que determinou uma redação de maximização dos instrumentos processuais de controle da Administração Pública na medida em que reconhecia nela o ambiente ditatorial. Já a Lei de Improbidade Administrativa foi editada no contexto do caso Collor, razão pela qual novamente foram atribuídos mecanismos processuais que restringem da liberdade de ação administrativa em benefício do controle.

Diante desse cenário, o Judiciário assumiu duas posturas radicalmente diversas. Um primeiro posicionamento, evidenciado sobremaneira na primeira instância, chancelou os poderes processuais atribuídos pelas Leis e acatou as interpretações maximizadoras do controle construídas pelo *Parquet*. Um segundo posicionamento, notadamente do Superior Tribunal de Justiça, minimizou a extensão do poder de controle para, assim, equalizar a relação entre controle e liberdade de ação administrativa. Assim se verificou, por exemplo, com a jurisprudência consolidada de que as sanções por ato de improbidade administrativa previstas no art. 12 da Lei no. 8.429/92 não devem obrigatoriamente ser aplicadas em bloco, mas sim pelo crivo da proporcionalidade¹³. Incumbe

¹² Cf. art. 17, § 4º, da Lei no. 8.429/92.

¹³ Há extensa jurisprudência sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade na dosimetria das sanções previstas na Lei no. 8.429/92. Cf. REsp 1.135.767/SP, julgado em 25 de maio de 2010; REsp 1.097.757/RS, julgado em 1º de setembro de 2009; REsp 993.658/SC, julgado em

ao Judiciário resguardar o fiel da balança, como o STJ zelou nas decisões sobre a aplicação da proporcionalidade na dosimetria das sanções.

Note, aqui, que não afirmamos que todo e qualquer mecanismo de controle é voluntarista ou inócuo. O nosso artigo é uma defesa ao controle legítimo. Entendemos que o controle deve ser valorizado para, assim, corroborar com o desenvolvimento das instituições públicas no Brasil, em constante aprendizado institucional. Entendemos que a ampliação das margens do controle é salutar para o combate à corrupção e aos atos ilegais. Inúmeras ações do Ministério Público e do Judiciário são exemplares nesse sentido.

Contudo, não deve o controle ser um impeditivo ao florescimento de inovações e soluções jurídicas que demandam a assunção de riscos no âmbito da Administração Pública. Do contrário, estaríamos diante de confusão sobre o papel das instituições. O deslocamento de competência da esfera administrativa para a instância controladora causa insegurança jurídica e coloca em risco o equilíbrio entre os Poderes, como determina a Constituição Federal. Não cabe ao Ministério Público, por exemplo, formular políticas públicas. Deve, isso sim, estar na vanguarda dos grandes temas, como as recentes operações de combate à corrupção. Desse modo, o Ministério Público aloca de modo mais eficiente seus esforços e orçamento público. Apenas mediante o mútuo respeito entre as instituições, zelando pelo equilíbrio entre liberdade de ação administrativa e controle, que as instituições pública se desenvolvem no Brasil.

2 de outubro de 2009; REsp 1.019.555/SP, julgado em 16 de junho de 2009; REsp 1.025.300/RS, julgado em 17 de fevereiro de 2009; e REsp 794.155/SP, julgado em 22 de agosto de 2006.