

FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITOS E
GARANTIAS FUNDAMENTAIS
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO

RAFAEL CALHAU BASTOS

**O CONTROLE INTERNO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A CONCRETIZAÇÃO
DO DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO NA CONCEPÇÃO DA
ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

VITÓRIA
2022

RAFAEL CALHAU BASTOS

**O CONTROLE INTERNO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A CONCRETIZAÇÃO
DO DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO NA CONCEPÇÃO DA
ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais.

Orientador: Prof. Doutor Adriano Sant'Ana Pedra

VITÓRIA

2022

RAFAEL CALHAU BASTOS

O CONTROLE INTERNO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO E O COMBATE À CORRUPÇÃO NA PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais.

Orientador: Prof. Doutor Adriano Sant'Ana Pedra.

Aprovada em 05 de agosto de 2022.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Adriano Sant'Ana Pedra
Faculdade de Direito de Vitória
Orientador

Prof. Dr. Alexandre de Castro Coura
Faculdade de Direito de Vitória

Prof. Dr. Américo Bedê Freire Júnior
Faculdade de Direito de Vitória

Prof. Dr. Hermes Zaneti Júnior
Universidade Federal do Espírito Santo

Dedico este estudo a todos que lutam por uma Administração Pública honesta e eficiente, estimando que este trabalho possa contribuir no advento de dias melhores.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, pelo dom da vida e pela determinação e resiliência necessárias para conclusão de mais este desafio.

À minha esposa Juliana e aos meus filhos Henrique e Miguel, por todo apoio e amor incondicional.

Aos meus pais, Agnaldo e Lúcia, por todo esforço e dedicação na minha formação pessoal e profissional.

Aos meus amigos e familiares, por estarem sempre na torcida.

Ao Professor Adriano Sant'Ana Pedra, pela orientação em diversos momentos do mestrado, que foi imprescindível para a superação desta jornada.

Aos Professores Américo Bedê Freire Júnior, Alexandre de Castro Coura e Hermes Zaneti Júnior, pelos ensinamentos e contribuições que enriqueceram este trabalho.

Ao Ministério Público do Estado do Espírito Santo, por ter contribuído com meu aperfeiçoamento acadêmico e profissional.

Aos amigos e colegas de mestrado, pela parceria e suporte no processo de aprendizado.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV), pela excelência no compartilhamento do saber.

*“Apenas um raio de sol é suficiente para
afastar várias sombras.”*

São Francisco de Assis

RESUMO

Esta dissertação tem como objetivo analisar se na ordem constitucional brasileira, que se constitui em um Estado Democrático de Direito, os gestores públicos podem deixar de observar as orientações técnicas dos órgãos de controle interno no processo de tomada de decisão. Para tanto, foram abordados o direito fundamental à boa administração e sua eficácia; os malefícios da malversação de recursos públicos e, notadamente, da corrupção, e seus mecanismos repressivos e preventivos de enfrentamento; o controle interno, suas diretrizes constitucionais e internacionais e sua potencialidade de atuar na prevenção da malversação de recursos públicos e da corrupção. Como marco teórico, utilizaram-se as teorias e conceitos da Análise Econômica do Direito e da Economia Comportamental e, com base nas concepções abordadas, tratou-se da repercussão da impunidade e da ineficiência dos mecanismos repressivos de combate à corrupção na prática ilícita; da racionalidade que deve nortear a tomada de decisão na Administração Pública, evitando-se os vieses, heurísticas e ruídos que afastam o gestor público da escolha racional; e a ideia de eficiência na Administração Pública no cenário constitucional contemporâneo, em que há a permanente tensão entre democracia e eficiência. A pesquisa foi desenvolvida a partir do método dedutivo, partindo-se de três premissas essenciais: a primeira, de que a coletividade é titular do direito fundamental à boa administração, que possui característica instrumental para efetivação dos demais direitos fundamentais; a segunda, de que as disposições constitucionais irradiam seus efeitos sobre todo o ordenamento jurídico; a terceira, de que o controle preventivo dos atos de malversação de recursos públicos, por meio do controle interno, tem a potencialidade de proporcionar uma atuação administrativa racional, que promova a alocação eficiente dos escassos recursos públicos, concretizando o direito fundamental à boa administração e os demais direitos fundamentais. Ao final, conclui que os gestores públicos estão vinculados às orientações técnicas do sistema de controle interno, quando a lei ou os atos normativos regulamentares assim dispuserem, pois nessas hipóteses a lei condiciona a decisão do gestor à prévia consulta, aprovação ou manifestação favorável de algum órgão de controle interno. Por outro lado, quando a lei não dispuser sobre a obrigatoriedade de consulta, estes atos de controle possuem natureza meramente opinativa, sem eficácia imediata, sendo preparatórios ou acessórios ao ato principal, que materializa a decisão do

gestor e o ato administrativo. Por fim, conclui que a desconformidade do ato administrativo apontada pelo sistema de controle interno, relativo ao processo de tomada de decisão racional e eficiente do gestor que não faça a alocação eficiente dos escassos recursos públicos deve ser comunicada aos órgãos de controle externo, possibilitando a *judicial review*.

Palavras-chave: Direito fundamental à boa administração. Controle Interno. Tomada de decisão racional. Eficiência. Vinculação. Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

This dissertation aims to analyze if, in the Brazilian constitutional order, which constitutes a Democratic State of Law, public administrators can choose not to follow technical guidelines given by internal control bodies in the decision-making process. To this effect, we addressed the fundamental right to good public administration and its effectiveness; the harm caused by the misappropriation of public resources and, notably, corruption, and the repressive and preventive mechanisms for fighting against it; internal control, its constitutional and international guidelines, and its potential to act in the prevention of misappropriation of public resources and corruption. The theories and concepts of Economic Analysis of Law and Behavioral Economics were used as theoretical frameworks. From there, we discussed the repercussion of impunity and the inefficiency of repressive mechanisms to fight corruption; the rationality that must guide decision-making in Public Administration, avoiding the biases, heuristics and other noises that keep public administrators from rational choice; and the idea of efficiency in Public Administration in the current constitutional framework, in which there is a permanent tension between democracy and efficiency. The research was developed based on the deductive method, adopting three essential premises. The first one is that the public has the fundamental right to good Public Administration, which holds an instrumental characteristic to materializing other fundamental rights. The second one is that constitutional norms radiate their effects over the entire legal system. The third one is that preventive internal control of the misappropriation of public resources has the potential to provide rational administrative actions and decision-making, which promote the efficient allocation of scarce public resources, materializing the fundamental right to good Public Administration and other fundamental rights. In the end, we conclude that public administrators are obliged to observe the technical guidelines put forth by the internal control system, as dictated by the law and other regulatory norms, whenever they bind the administrator's decision to previous consulting, approval or favorable manifestation by a body of internal control. On the other hand, when consultation is not dictated by law, these acts of control have the nature of mere opinions, without immediate efficiency, acting as mere preparations or accessories of the actual decision made by the public administrator. Finally, we also conclude that whenever the internal control system finds disconformity in the public decision, in regards to the process of rational and

efficient decision-making, making it clear that the scarce public resources were not efficiently allocated, this situation must be communicated to the bodies of external control, enabling judicial review.

Keywords: Fundamental right to good Public Administration. Internal control. Rational decision-making. Efficiency. Binding. Democratic State of Law.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AED	Análise Econômica do Direito
BID	Banco Interamericano de Desenvolvimento
BRICS	Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul
CF	Constituição Federal
CGU	Controladoria Geral da União
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CONACI	Conselho Nacional dos Órgãos Centrais de Controle Interno
ICC	Indicador de Controle da Corrupção do Banco Mundial
IIA	<i>Institute of International Auditors</i>
IN	Instrução Normativa
IPC	Índice de Percepção da Corrupção
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
MPES	Ministério Público do Estado do Espírito Santo
MS	Mandado de Segurança
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
PIB	Produto Interno Bruto
STF	Supremo Tribunal Federal
TCU	Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO E O CONTROLE INTERNO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	18
1.1. O DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO NO CONTEXTO CONSTITUCIONAL.....	19
1.1.1. Os direitos fundamentais na Constituição Federal	20
1.1.2. Direito fundamental à boa administração.....	22
1.1.3. A eficácia do direito fundamental à boa administração	26
1.2. A ORGANIZAÇÃO DO ESTADO E A MÁ GESTÃO PÚBLICA.....	29
1.2.1. A má gestão pública: da malversação de recursos públicos à corrupção.....	30
1.2.2. As métricas da corrupção e suas consequências	33
1.2.3. O controle da corrupção	35
1.2.4. Medidas repressivas de enfrentamento à corrupção: a morosidade e a perpetuação da corrupção	36
1.2.5. Medidas preventivas de enfrentamento à corrupção: o controle interno e a prevenção à corrupção e à malversação de recursos públicos	41
1.3. CONTROLE INTERNO	44
1.3.1. Diretrizes constitucionais e internacionais aplicáveis ao Sistema de Controle Interno	44
1.3.2. Órgãos e funções de controle interno	48
1.3.3. O controle interno: a prevenção à malversação de recursos públicos e à corrupção.....	51
2 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	55
2.1. O QUE É A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO?.....	55
2.2. PRINCIPAIS CONCEITOS E TEORIAS RELATIVAS À ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	61
2.2.1. Preferência e escassez.....	61
2.2.2. Eficiência e a maximização da riqueza/utilidade	63

2.2.3. A Teoria da Escolha Racional e A Teoria dos Jogos.....	68
2.2.4. A Economia Comportamental.....	72
2.2.5. A Análise Econômica do Direito no Brasil	79
2.3. POR QUE A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO?	81
3. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EFICIENTE E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.....	86
3.1. A IMPUNIDADE E A INEFICIÊNCIA E SUA REPERCUSSÃO NA PRÁTICA ILÍCITA: UMA VISÃO À LUZ DA AED.....	87
3.2. A ESCOLHA RACIONAL E A TOMADA DE DECISÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	92
3.2.1. A racionalidade e o direito fundamental à boa administração	93
3.2.2. O controle interno e sua potencialidade de evitar os vieses cognitivos .	96
3.2.3. A escolha racional e a motivação das decisões administrativas	100
3.3. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EFICIENTE	103
3.3.1. Democracia representativa e a titularidade do poder.....	103
3.3.2. A discricionariedade administrativa na perspectiva da Constituição de 1988	111
3.3.3. Eficiência na Constituição e sob o prisma da Análise Econômica do Direito	114
3.4. A NATUREZA DOS ATOS DE CONTROLE INTERNO E A VINCULAÇÃO DO GESTOR AO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA.....	117
3.4.1. Natureza das funções e dos atos na Administração Pública	118
3.4.2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: os Mandados de Segurança nº 24.073-3/DF, 24.584-1/DF e MS 24.631-6/DF e o Estado de Direito	121
3.4.3. O alcance dos atos de controle interno no processo de tomada de decisão do gestor público: uma análise sob o prisma da Análise Econômica do Direito em um Estado Democrático de Direito	124
CONSIDERAÇÕES FINAIS	132
REFERÊNCIAS.....	137

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal (CF) consiste no ponto de partida para uma nova ordem jurídica, positivando os valores de um povo e fixando as diretrizes fundamentais que devem regular a vida em Sociedade. Sua primazia no ordenamento jurídico a torna fundamento de validade para as demais normas jurídicas e também para todo e qualquer ato administrativo, que de suas disposições não pode se afastar.

Os princípios, objetivos e direitos fundamentais estabelecidos no art. 3º da Constituição não são de observância facultativa. Ao revés, tanto o Poder Público quanto os particulares devem buscar atingir os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil de constituir uma sociedade livre, justa e solidária; de garantir o desenvolvimento nacional; de erradicar a pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais; e de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O poder-dever do Estado de concretizar os direitos fundamentais encontra obstáculos na malversação dos escassos recursos públicos, tanto pela inobservância do gestor aos princípios regentes da Administração Pública quanto pela prática da corrupção, que tantos males causa à Sociedade.

A corrupção no Brasil é sistêmica e se deve a diversos fatores históricos, culturais, sociais e políticos, que devem ser enfrentados com seriedade, a fim de possibilitar a concretização dos direitos fundamentais dos indivíduos e de toda a coletividade. Somente a concretização desses direitos tem a potencialidade de afastar a percepção de que a Constituição é uma obra de mera ficção. Lado outro, há a premente necessidade de torná-la real, efetiva e eficiente, tal qual idealizada pelo poder constituinte originário.

A experiência empírica, os estudos colacionados no presente trabalho acadêmico e a base teórica adotada indicam que a preponderância do combate repressivo à malversação de recursos públicos e à corrupção tem se mostrado ineficiente e insuficiente para garantir a eficácia das normas constitucionais, ante a morosidade com que as sanções são aplicadas, gerando a impunidade que influencia sobremaneira na deliberação racional do agente de praticar os atos de corrupção.

O caminho para o enfrentamento à corrupção e ao mau uso de recursos públicos está longe de ser simples, mas um mecanismo basilar e estrutural está historicamente positivado nas Constituições do Brasil desde os tempos do Império, quando surgiu no país a ideia de controle financeiro e contábil. Trata-se do sistema de controle interno, realizado de forma intraorgânica na Administração Pública, por órgãos que devem verificar a conformidade dos atos administrativos com a lei e com a Constituição, além de promover uma série de ações visando ao controle da economicidade, da eficiência, da gestão orçamentária e das políticas públicas estabelecidas pelos agentes políticos eleitos pelo povo.

Decorridos 34 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, a Administração Pública brasileira se mostra ainda amadora, ou no mínimo frágil vítima de atos ineficientes praticados por gestores públicos, ou, ainda pior, vítima de uma sistêmica corrupção.

Assim, o sistema de controle interno exsurge como relevante ator no combate preventivo à corrupção e à malversação de recursos públicos, em face a Constituição lhe atribuir, em seu art. 74, as atividades de avaliação do cumprimento das metas previstas no plano plurianual; a execução dos programas de governo e dos orçamentos; a verificação da legalidade e avaliação dos resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial dos órgãos da Administração Pública, dentre outras.

O controle interno possui a potencialidade de auxiliar o gestor público na concretização do direito fundamental à boa Administração, sobretudo quanto à eficiência dos atos de gestão, pois o direito à boa administração, consubstanciado no plexo de princípios regentes da Administração Pública e nas disposições provenientes de tratados internacionais de que o Brasil é signatário, é um direito fundamental de caráter instrumental, pressuposto para a concretização dos demais direitos fundamentais.

O objeto desta dissertação aborda o controle de uma política pública (combate à malversação de recursos públicos e da corrupção) por meio de uma forma preventiva de enfrentamento (controle interno), em detrimento de um ineficiente combate repressivo, e, ainda, envolve questões afetas à tomada de decisão do gestor público,

que deve nortear seus atos visando concretizar o direito fundamental à boa Administração. Dessa maneira, observamos que diversos conceitos e teorias da Análise Econômica do Direito podem ser utilizados para lançar luz sobre o problema de pesquisa, pois, a rigor, falamos de escassez, escolha racional, eficiência e maximização de utilidade/bem-estar.

A Análise Econômica do Direito, que gradativamente tem sido aplicada no Brasil, utiliza-se da teoria econômica e dos métodos econométricos no Direito, trazendo parâmetros racionais mais bem delimitados para orientar a regulamentação da vida em sociedade, com o propósito de adotar uma metodologia que contribua de forma efetiva para a compreensão de fenômenos sociais e auxílio na tomada de decisões.

Como complementação aos preceitos trazidos pela Análise Econômica do Direito, a Economia Comportamental tem o objetivo de elucidar os desvios cognitivos recorrentes no processo de tomada de decisão. A compreensão das heurísticas e vieses cognitivos possibilita que eles sejam evitados, contribuindo para a produção de uma decisão eficiente, que possibilite a adequada alocação dos escassos recursos públicos.

No complexo processo de tomada de decisão, o gestor público deve se balizar pelos princípios constitucionais da Administração Pública, dentre os quais resta positivado o princípio da eficiência, exsurgindo, assim, o problema de pesquisa, pois, devido à Constituição Federal estabelecer o direito fundamental à boa Administração, indaga-se se, em um Estado Democrático de Direito, os gestores públicos podem deixar de observar as orientações técnicas dos órgãos de controle interno.

Isso porque as funções constitucionais atribuídas ao sistema de controle interno visam propiciar a boa gestão, eficiente e concretizadora dos direitos fundamentais, evitando a malversação de recursos públicos.

Para responder ao problema de pesquisa, utilizaremos como marco teórico as concepções conceituais da Análise Econômica do Direito, sobretudo as premissas de Richard Posner, internalizadas à realidade do ordenamento jurídico brasileiro por Antônio Maristrello Porto e Nuno Garoupa, por Luiz Fux e Bruno Bodart e por Ivo Gico Júnior. Além disso, os preceitos da Economia Comportamental serão utilizados, em

caráter complementar, sobretudo as obras de Daniel Kahneman, Olivier Sibony, Cass Sunstein e Richard Thaler.

Para tanto, no Capítulo 1, contextualizaremos o direito fundamental à boa administração e sua eficácia constitucional; a Organização do Estado e a má gestão, gerada tanto pela malversação dos recursos públicos quanto por sua forma qualificada – a corrupção; o controle interno e sua importância para prevenção à malversação de recursos públicos.

No capítulo 2, abordaremos a Análise Econômica do Direito e a Economia Comportamental, seus conceitos e teorias, e a pertinência de sua utilização como marco teórico para resposta ao problema de pesquisa.

No capítulo 3, passaremos a analisar o problema de pesquisa à luz da Análise Econômica do Direito, em que serão discutidos três temas fundamentais, necessários para fixar as premissas sobre as quais a resposta se sustentará. O primeiro tema trata da repercussão da impunidade e da ineficiência dos mecanismos repressivos de combate à corrupção, na prática ilícita. O segundo, diz respeito à racionalidade que deve nortear a tomada de decisão dos gestores públicos. Por fim, o terceiro tema se refere à ideia de eficiência na Administração Pública no atual cenário constitucional, em que há uma permanente tensão entre a soberania popular em uma democracia representativa e os valores consagrados na Constituição, também produto da soberania popular.

Adotaremos como metodologia de pesquisa científica o método dedutivo, a partir de três premissas: a primeira, de que a coletividade é titular do direito fundamental à boa administração, que possui característica instrumental para efetivação dos demais direitos fundamentais; a segunda, de que as disposições constitucionais irradiam seus efeitos sobre todo o ordenamento jurídico, e também sobre os atos administrativos; a terceira, de que o controle preventivo dos atos de malversação de recursos públicos, por meio do controle interno, tem a potencialidade de proporcionar uma atuação administrativa racional, que promova a alocação eficiente dos escassos recursos públicos, concretizando o direito fundamental à boa administração.

Assim, intenta-se, na presente pesquisa, analisar se o gestor público, na concepção das teorias e conceitos trazidos pela Análise Econômica do Direito, está vinculado às orientações dos órgãos de controle interno.

1 A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO E O CONTROLE INTERNO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Em um Estado Democrático de Direito, a Constituição é o ponto de partida para uma nova ordem jurídica, concretizando os valores de um povo e fixando as diretrizes que devem regular a vida em Sociedade. Para Adriano Pedra (20181, p. 3), “A Constituição decorre de um poder que institui todos os outros e não é instituído por qualquer outro”. Por essa razão, a Constituição ocupa lugar de primazia no sistema jurídico, sendo fundamento de validade para as demais normas jurídicas, que devem se compatibilizar às disposições constitucionais.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, em seu art. 1º, estabelece como fundamentos do Estado Democrático de Direito a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Com base nesses princípios, elege como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (i) a constituição de uma sociedade livre, justa e solidária; (ii) a garantia do desenvolvimento nacional; (iii) a erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais; (iv) a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988).

Para concretização dos princípios fundamentais e dos objetivos fundamentais do Brasil, a Constituição positivou princípios e normas que estabelecem os direitos e garantias fundamentais, bem como estabeleceu os parâmetros basilares para a organização do Estado que, dentre outras finalidades, deve tornar efetivas as disposições constitucionais, para, ao fim e ao cabo, garantir o bem-estar social. Inexoravelmente, a garantia do bem de todos, a diminuição da desigualdade social e a constituição de uma sociedade livre, justa e solidária perpassam pela concretização dos direitos fundamentais, em todas as suas dimensões.

Assim, no presente capítulo, contextualiza-se o direito fundamental à Boa Administração como uma diretriz a que deve estar adstrito o administrador público, na sua busca pela boa gestão da coisa pública. Além disso, contextualiza-se a malversação dos recursos públicos, tratando, especialmente, do fenômeno da corrupção, suas causas, métricas e consequências, sem a pretensão de esgotar

temas tão amplos e complexos, mas que precisam ser abordados para compreensão do problema de pesquisa. Isso porque os atos de malversação de recursos públicos, quer pela atuação deficiente do gestor, quer pela prática de atos de desonestidade (corrupção), consistem em uma deturpação da vontade do povo positivada na Constituição e, portanto, impeditiva de conferir a eficiência administrativa almejada pelo poder constituinte.

Ao final, apresenta-se o sistema de controle interno, que exsurge como mecanismo potencialmente eficaz de prevenção aos atos de malversação de recursos públicos. Consequentemente, o sistema de controle interno se mostra como mobilizador na concretização dos direitos fundamentais.

1.1. O DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO NO CONTEXTO CONSTITUCIONAL

O Direito não é um fim em si mesmo, sendo um instrumento de realização da pacificação social, da justiça e de determinados valores escolhidos pelo poder constituinte originário como fundamentais à ordem jurídica. Nesse ponto, tem-se que a imperatividade é um elemento essencial do Direito e, particularmente, das normas jurídicas, visando à aplicação de seus efeitos no mundo da realidade (BARCELLOS, 2022, p. 115).

A Constituição Federal, ao estabelecer os direitos fundamentais, o fez visando positivar as bases e fundamentos do sistema jurídico do Estado de Direito (SARLET, 2015, posição 645). Ou seja, como se verá mais adiante, não estabeleceu normas meramente programáticas ou morais, mas sim direitos que devem ser por todos observados.

A questão posta dialoga com a eficácia imediata das normas definidoras dos direitos e garantias constitucionais prevista no art. 5º, § 1º da Constituição, e com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

1.1.1. Os direitos fundamentais na Constituição Federal

Os direitos fundamentais constituem o conjunto de direitos reconhecidos, explícita ou implicitamente, pela Constituição, que consubstanciam os valores de um povo, seus ideais de justiça e de humanidade. Barcellos (2022, p. 319) aduz que são cláusulas juridicamente obrigatórias que veiculam a decisão política do constituinte

(i) por determinados valores fundamentais orientadores da organização política; (ii) pela proteção, respeito e promoção de determinados direitos; (iii) em maior ou menor extensão, por certos limites, formas e objetivos dirigidos à atuação política do novo Estado, com a finalidade de promover a realização desses valores; e (iv) por mecanismos de controle da constitucionalidade da ação estatal.

Ou seja, os direitos fundamentais consubstanciam os valores que o povo deseja que sejam respeitados, protegidos e promovidos em determinados momentos históricos, razão pela qual, doutrinariamente, são classificados em dimensões, as quais materializam o momento histórico em que foram positivados. Ingo Sarlet (2015, posição 737) afirma que

[...] a história dos direitos fundamentais é também uma história que desemboca no surgimento do moderno Estado constitucional, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem. Nesse contexto, há que dar razão aos que ponderam ser a história dos direitos fundamentais, de certa forma (e, em parte, poderíamos acrescentar), também a história da limitação do poder.

Nesse passo, o surgimento de uma nova dimensão não tem o condão de superar a dimensão anterior, “[...] porquanto estes direitos não são substituídos ou alterados de tempo em tempo mas resultam num processo de fazer-se e de complementariedade permanente” (WOLKMER, 2002, p. 13).

De forma sintética, pode-se dizer que os direitos fundamentais de primeira dimensão dizem respeito aos direitos civis e políticos, como os direitos individuais relativos à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade, dentre outras garantias do indivíduo frente ao Estado (WOLKMER, 2002, p. 13). Surgem com o advento do Estado Liberal, entre os séculos XVII e XVIII, e fundam-se nas ideias advindas do Humanismo (PEDRA, 2018, p. 179). Afirmam os direitos do indivíduo frente ao Estado, sendo direitos de defesa que demarcam uma zona de não intervenção estatal e uma esfera de autonomia individual em face do poder (SARLET, 2015, posição 991).

Os direitos fundamentais de segunda dimensão tratam dos direitos sociais, positivados em razão de movimentos reivindicatórios e do reconhecimento progressivo de direitos que competiam ao Estado proporcionar aos seus cidadãos, visando alcançar a justiça e o bem-estar social. São direitos que outorgam ao indivíduo o direito a prestações sociais estatais, como saúde, educação, trabalho etc. (SARLET, 2015, posição 1019). A segunda dimensão dos direitos fundamentais abrange também as “liberdades sociais”, como a “[...] liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como do reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores”, portanto vai além da concepção de direitos de cunho prestacional, de caráter positivo, mas que não se confundem com os direitos difusos e coletivos, de terceira dimensão (SARLET, 2015, posição 1019-1033).

Já os direitos fundamentais de terceira dimensão são aqueles que se desprendem “[...] da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa” (SARLET, 2015, posição 1033). Os direitos fundamentais de terceira dimensão são, por exemplo, os “[...] direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação” (SARLET, 2015, posição 1046).

São, assim, direitos denominados, usualmente, como direitos de solidariedade ou fraternidade, devido a sua implicação universal ou transindividual, exigindo esforços e responsabilidades coletivas para sua efetivação (SARLET, 2015, posição 1059). Adriano Pedra (2018, p. 182) ressalta que a universalidade é uma característica dos direitos fundamentais de terceira dimensão, “[...] cujos destinatários são todos do gênero humano, sendo irrelevantes as distinções de origem, raça, cor, sexo, religião etc., característica esta concretizada pela ideia de solidariedade.”

Por fim, ainda se fala de direitos fundamentais de quarta dimensão, como a bioética e a biotecnologia, e de quinta dimensão, advindos das tecnologias de informação, do ciberespaço e da realidade virtual (WOLKMER, 2002, p. 19-22). Entretanto, Ingo Sarlet (2015, posição 1085) pontua que há divergências quanto ao reconhecimento da existência autônoma dessas novas dimensões, ou sobre sua vinculação às

tradicionais dimensões, em face à gravitação sobre os direitos fundamentais à vida, saúde etc.

No contexto da Constituição brasileira, os direitos fundamentais estão previstos em diversos dispositivos, não se concentrando exclusivamente em seu art. 5º. Sarlet (2015, posição 1602) alerta para o conceito materialmente aberto trazido pelo art. 5º, § 2º da Constituição, que aponta a existência de outros direitos fundamentais positivados em outras partes da Constituição, em tratados internacionais, ou até mesmo de direitos não escritos, implícitos, decorrentes dos regimes e dos princípios da Constituição.

Atentando-nos ao recorte proposto no presente trabalho acadêmico, passamos a abordar o direito fundamental à boa administração como direito fundamental de terceira dimensão.

1.1.2. Direito fundamental à boa administração

O conceito materialmente aberto contido no art. 5º, § 2º da Constituição possibilita a existência de outros direitos fundamentais implícitos nos demais dispositivos constitucionais, ou previstos em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

A Constituição Federal, em seu art. 37, *caput*, prevê que a Administração Pública direta e indireta de todos os poderes e esferas administrativas obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, tendo o poder constituinte originário estabelecido os princípios que devem nortear o Administrador na condução da *res publica*, em benefício da coletividade (BASTOS; PERIM; BUSSINGER, 2021). Nesse sentido, o direito a uma boa administração é considerado pela doutrina como um direito fundamental implícito (SARLET, 2015, posição 2032). Decorre do feixe de regras e princípios consagrados na Constituição Federal, notadamente quanto aos princípios constitucionais que norteiam a Administração Pública, previstos no art. 37 da Constituição Federal (SENNÁ, 2019, p. 46).

Luís Roberto Barroso (2019, p. 103) aduz que, no mundo moderno, os objetivos últimos da Constituição podem ser sistematizados como: (i) a institucionalização de um Estado democrático de direito, fundado na soberania popular e na limitação do poder; (ii) assegurar o respeito aos direitos fundamentais; (iii) promoção do desenvolvimento econômico e da justiça social; e (iv) promoção de mecanismos que garantam a boa administração. Essa boa administração deve proporcionar a “[...] racionalidade e a transparência nos processos de tomada de decisão, de modo a propiciar governos eficientes e probos”, sendo, pois, uma das promessas da modernidade (BARROSO, 2019, p. 103).

No que se refere ao Direito comparado, Vanice Regina Lírio do Valle (2010, p. 109-110) registra que o Parlamento Europeu, no ano de 2000, explicitou na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – Carta de Nice, o direito fundamental à boa administração, estabelecendo, em seu art. 41:

Art. 41 – Direito a uma boa administração:

1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições, órgãos e organismos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável.
2. Este direito compreende, nomeadamente:
 - a) O direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afecte desfavoravelmente;
 - b) O direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito pelos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial;
 - c) A obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões.
3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da União, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros.
4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas dos tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua. (VALLE, 2010, p. 109-110).

A positivação do direito à boa administração na Carta de Nice representou um relevante marco em sua consagração. Entretanto, quadra registrar que a amplitude do mencionado direito na legislação europeia possui conteúdo material significativamente de menor amplitude do que o direito fundamental à boa administração representa no direito pátrio.

No Brasil, o direito fundamental à boa administração não foi explicitamente positivado. Vanice Valle (2010, p. 130) sintetiza o ponto comum tratado pela doutrina brasileira que sustenta o caráter implícito e a fundamentalidade do direito à boa administração,

na própria disciplina da Administração Pública na Constituição Federal, e notadamente em face do “[...] princípio da eficiência orientado à concretização dos direitos fundamentais”, o que se dá em perfeita consonância com os termos do art. 5º, § 2º da CF (VALLE, 2010, p. 130).

Afirma ainda a autora que o reconhecimento desse direito fundamental implícito não se trata de indevida ampliação do elenco de regras da mesma natureza, repousando a solução a esse questionamento na percepção do caráter instrumental do adequado exercício da função administrativa, para garantir a efetividade dos demais direitos fundamentais (VALLE, 2010, p. 130). Ao revés, o reconhecimento desse direito se mostra adequado a concretizar as deliberações políticas dos demais poderes, expressando uma faceta de garantia dos direitos fundamentais ligados à dignidade da pessoa humana (VALLE, 2010, p. 131).

Dessa forma, o direito fundamental à boa administração decorre diretamente dos princípios constitucionais diretores da Administração, positivados no art. 37 da Constituição Federal. Trata-se de direitos fundamentais de terceira dimensão, uma vez que são relativos a direitos transindividuais, titularizados por uma coletividade de pessoas indeterminadas (MAZZILLI, 2017, p. 246-247).

Nesse sentido, segundo Juarez Freitas (2013, p. 25), é preciso assimilar o Direito Administrativo como “[...] rede de princípios fundamentais e regras que devem reger (não só formalmente, mas na substância) o Estado Democrático no âmbito das relações de administração”. Conceituando o direito fundamental à boa administração pública, Freitas (2014, p. 21, grifos do autor) aduz que o Estado Democrático tem o compromisso de prover o

[...] direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade sobre suas condutas omissivas e comissivas. (grifo do autor)

O conceito-guia proposto por Freitas (2013, p. 28) e o próprio direito fundamental à boa administração irradiam seus efeitos no Direito Administrativo, pois os direitos fundamentais devem constituir norte hermenêutico no seio das relações de administração.

Com isso, a moderna Administração deve: (i) ser mais dialógica e voltada à afirmação da dignidade da pessoa humana, como “[...] ‘organização que aprende’, isto é, apta a praticar modelos decisórios menos unilaterais, considerados simplistas as soluções voltadas a doses enormes e, não raro, infrutíferas de repressão” (FREITAS, 2013, p. 29); (ii) mitigar a crença no mito da discricionariedade administrativa ampla, que deve ser substituída pela noção de “[...] discricionariedade vinculada, motivada e justificável racionalmente” (FREITAS, 2013, p. 31); (iii) reduzir os riscos de subjetivismo arbitrário (FREITAS, 2013, p. 31); (iv) conter-se quanto ao exercício do “poder de cautela”, respeitando o devido processo legal (FREITAS, 2013, p. 32); (v) converter-se de Estado executor de serviços públicos universais em Estado regulador, assumindo o papel de assegurador das políticas públicas constitucionalizadas, que transcendem mandatos, “[...] com o enfrentamento dos motivos fisiológicos que desviam a alocação dos escassos recursos públicos” (FREITAS, 2013, p. 32); (vi) dar nova feição ao princípio da legalidade, uma vez que a vontade administrativa não é apenas a que nasce da lei, mas também e acima disso da Constituição (FREITAS, 2013, p. 28); (vii) aumentar a incidência de regras privadas na Administração, preservando-se a preponderância principiológica publicista, pressupondo um compromisso maduro com a concretização de metas (FREITAS, 2013, p. 35); (viii) garantir segurança jurídica imprescindível a investimentos de longo prazo (FREITAS, 2013, p. 35); (ix) considerar o cidadão não como um simples administrado, mas como ser proativo e protagonista, cobrando soluções técnicas e razoáveis (FREITAS, 2013, p. 35); por fim, (x) permear o controle das relações administrativas com o “[...] princípio constitucional da democracia fortalecida”, fortalecendo a inclusão da cidadania nas esferas de controle (FREITAS, 2013, p. 36-37).

No mesmo sentido adotado por Freitas, o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, no ano de 2000, estabeleceu cinco atributos indispensáveis ao bom governo: (i) transparência; (ii) responsabilidade; (iii) *accountability*; (iv) participação; (v) respostas às demandas sociais (ALVES; LEAL, 2020, p. 19). No atributo da *accountability*, que oportunamente será abordado, residem as políticas públicas que têm como objetivo o controle e a responsabilização dos gestores públicos, “[...] principalmente no sentido de coibir a malversação dos escassos recursos públicos, os quais devem ser geridos dentro de um primado de honestidade e de preocupação com o bem comum.” (ALVES; LEAL, 2020, p. 19).

Extrai-se, assim, que, para a efetivação do direito fundamental à boa administração, o gestor deve nortear suas ações pela probidade e eficiência. O princípio da eficiência – cujo conceito também é caro à análise econômica do direito –, explícito no rol de princípios constitucionais da Administração, impõe ao administrador público o dever de observar as boas práticas administrativas, visando exercer com celeridade e adequação suas funções, em prol do bem comum (GARCIA, 2015, p. 111-113).

A efetivação do direito difuso do cidadão a uma boa administração constitui, assim, um pressuposto para que um Estado Democrático de Direito concretize os direitos fundamentais prestacionais positivados na ordem constitucional, uma vez que os recursos financeiros do Estado são finitos e limitados e devem ser geridos com probidade e eficiência, propiciando ao administrado o melhor ato administrativo possível (BASTOS; PERIM; BUSSINGER, 2021).

1.1.3. A eficácia do direito fundamental à boa administração

Todo e qualquer preceito constitucional, mesmo os denominados de cunho programático, são dotados de certo grau de eficácia jurídica e aplicabilidade (SARLET, 2015, posição 8804). Isso porque “[...] uma norma é capaz de gerar os seus efeitos essenciais em tendo, por si mesma, normatividade suficiente para tanto, não há como desconsiderar a íntima vinculação da noção de densidade normativa com a da eficácia (e aplicabilidade) da norma” (SARLET, 2015, posição 8714).

Entretanto, os direitos e garantias fundamentais, por força do art. 5º, § 1º da Constituição Federal, têm aplicação imediata, a qual, segundo Sarlet (2015, posição 8874), deve ser considerada de acordo com as diversas funções assumidas pelos direitos fundamentais. O autor classifica os direitos fundamentais em dois grandes grupos: (i) os direitos de defesa, no qual se inserem os direitos de liberdade, igualdade, as garantias às liberdades sociais e os direitos políticos; e (ii) os direitos a prestações, em sua maioria, os direitos sociais de natureza prestacional (SARLET, 2015, posição 8874). Atribui aos direitos de defesa aplicabilidade imediata, por se tratarem de direitos dirigidos, em regra, a uma abstenção do Estado. Por outro lado, o mesmo não ocorreria com o direito a prestações, por exigir comportamento positivo

dos destinatários, suscitando dificuldades diversas que impedem sua aplicabilidade imediata e a plena eficácia (SARLET, 2015, posição 8874).

Em contraponto à posição de Sarlet, Stephen Holmes e Cass Sunstein (2019, p. 32-35) aduzem que todos os direitos são positivos, sendo incabível a dicotomia entre direitos negativos e direitos positivos. Para os autores, os “[...] indivíduos só gozam de direitos no sentido jurídico, e não apenas no sentido moral, quando as injustiças de que são objeto são reparadas pelo Estado de maneira justa e previsível”, realidade que revela a insuficiência da distinção entre direitos negativos e positivos (HOLMES; SUNSTEIN, 2019, p. 39).

Isso porque todos os direitos têm um custo alto, em razão da necessidade do Estado de garanti-los por meio de uma estrutura formal, ou seja, “Não há direito algum que se resuma ao direito de ser deixado em paz pelos agentes públicos; todos os direitos implicam uma pretensão a uma resposta afirmativa por parte do Estado” (HOLMES; SUNSTEIN, 2019, p. 39).

Como exemplo, cita-se o custo público da polícia, dos bombeiros e da própria estrutura do sistema judicial, pois essas estruturas formais do Estado tornam possível o gozo e o exercício dos direitos em geral, especialmente das garantias fundamentais estabelecidas na Constituição.

Nada obstante à divergência doutrinária, é certo que a eficácia dos direitos fundamentais dialoga com um relevante conceito da análise econômica do direito, que oportunamente será abordado – a escassez, que se coloca como uma das barreiras que impedem o acolhimento de forma absoluta da interpretação de aplicação imediata a todo e qualquer direito fundamental, diante dos limites dos recursos públicos à disposição do Gestor. Sobre a eficácia dos direitos fundamentais, Sarlet (2015, posição 9106-9121) posiciona-se no seguinte sentido:

Levando-se em conta esta distinção, somos levados a crer que a melhor exegese da norma contida no art. 5º, § 1º, de nossa Constituição é a que parte da premissa de que se trata de norma de cunho inequivocamente principiológico, considerando-a, portanto, uma espécie de mandado de otimização (ou maximização), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais, entendimento este sustentado, entre outros, no direito comparado, por Gomes Canotilho e compartilhado, entre nós, por Flávia Piovesan. Percebe-se, desde logo, que o postulado da aplicabilidade imediata não poderá resolver-se, a exemplo do que ocorre com as regras jurídicas (e nisto reside

uma de suas diferenças essenciais relativamente às normas-princípio), de acordo com a lógica do tudo ou nada, razão pela qual o seu alcance (isto é, o quantum em aplicabilidade e eficácia) dependerá do exame da hipótese em concreto, isto é, da norma de direito fundamental em pauta.

Ou seja, as normas constitucionais que reconhecem direitos fundamentais possuem uma presunção de eficácia, de tal sorte que a “[...] recusa de sua aplicação, em virtude da ausência de ato concretizador, deverá (por ser excepcional) ser necessariamente fundamentada e justificada” (SARLET, 2015, posição 9137).

Ana Paula de Barcellos (2002, p. 343), ao discorrer acerca da interpretação das normas constitucionais em relação aos direitos fundamentais, ressalta que o próprio constituinte explicitou três finalidades a serem observadas: (i) a primeira é a de que todos os direitos fundamentais tenham aplicação imediata e sejam concretamente fruídos pelas pessoas (art. 5º, § 1º da CF); (ii) a segunda finalidade prevê que é um dos objetivos do Estado a promoção do bem de todos, ou seja, os direitos devem ser fruídos por todas as pessoas e não só por grupos determinados (art. 3º, IV, CF); e (iii) a terceira, que o Estado tem como objetivo erradicar a pobreza e a marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III CF) (BARCELLOS, 2022, p. 343). Conclui a autora:

Existem prioridades quanto à promoção de direitos, como se vê, e elas dizem respeito ao atingimento desses dois objetivos: erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades. Assim, antes da realização mais ampla de um determinado direito, é importante que todos tenham acesso a níveis mais básicos dele, sobretudo aos direitos que integram a noção de mínimo existencial, sobre o que se tratará adiante. (BARCELLOS, 2022, p. 343).

Dessa forma, tratando-se o direito à boa administração de um direito fundamental de caráter instrumental, pressuposto para a concretização de diversos direitos fundamentais, a ele deve ser atribuída a máxima eficácia no sentido que trata Ingo Sarlet (2015, posição 9106-9121), pois “[...] as escolhas administrativas serão legítimas se – e somente se – forem, sistematicamente eficazes, sustentáveis, motivadas, proporcionais, transparentes, imparciais e ativadoras da participação social, da moralidade e da plena responsabilidade.” (FREITAS, 2014, p. 23, grifos do autor).

Além disso, os direitos fundamentais revelam uma dupla perspectiva: (i) a dimensão subjetiva, que trata dos direitos de defesa do indivíduo contra atos do poder público que podem ser reclamados em juízo, quando violados (SARMENTO, 2004, p. 135); e

(ii) dimensão objetiva, que consiste em “[...] decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos”, ou seja, os direitos fundamentais transformam-se em princípios superiores do ordenamento jurídico-constitucional, sendo componentes estruturais básicos da ordem jurídica (SARLET, 2015, posição 3441).

A não observância do direito à boa administração gera a degradação do Estado Democrático, por deturpar os valores basilares consagrados na Constituição. A má gestão é apontada por Senna (2019, p. 297) como um demérito administrativo que acaba funcionando como espaço hábil a propiciar o florescimento da corrupção em suas diversas formas.

Observa-se, assim, que tanto a malversação de recursos públicos, com sua alocação irracional e ineficiente, quanto a prática de atos de corrupção impedem a concretização dos direitos fundamentais, deteriorando a própria democracia.

1.2. A ORGANIZAÇÃO DO ESTADO E A MÁ GESTÃO PÚBLICA

A Constituição, em seu Título III, estabelece a organização do Estado, dispondo sobre a estrutura dos entes federativos e suas competências e positivando os princípios que devem nortear a atividade da Administração Pública. Em seu art. 37, *caput*, estabelece que a Administração Pública direta e indireta de todos os poderes e esferas administrativas obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (BRASIL, 1988). Ou seja, o poder constituinte originário estabeleceu, na Constituição, os princípios que devem conduzir o gestor público no trato com a *res publica*, visando à concretização dos direitos fundamentais e o atingimento dos objetivos fundamentais da República.

É corolário dos princípios constitucionais previstos no art. 37 da Constituição a boa gestão da Administração Pública, com respeito às leis, à moralidade, e de forma eficiente, tendo como única finalidade a consecução dos objetivos afetados pelo interesse público.

Entretanto, a estrutura administrativa idealizada na Constituição convive (e sempre conviveu), com a deturpação do sistema conceitualmente previsto. A má gestão, em um sentido *lato*, pode ser concebida quando a *res publica* é gerida por um gestor inábil e ineficiente, que não aloca de forma racional os escassos recursos públicos ou, ainda, quando ocorre o fenômeno da corrupção, com seus deletérios efeitos à Sociedade.

1.2.1. A má gestão pública: da malversação de recursos públicos à corrupção

A boa administração dos recursos públicos se mostra como meio adequado à obtenção de bons resultados, compatíveis com as necessidades da Sociedade e com a concretização do objetivo fundamental de promoção do bem de todos, estabelecido no art. 3º da Constituição Federal. Suzana Mendonça (2020, p. 1358) afirma que a boa administração estimula o bem administrar, conduzindo a bons resultados que, em termos práticos, atendem às demandas sociais, notadamente quanto ao núcleo dos direitos fundamentais.

A má gestão pública, a contrário senso, gera desperdício de recursos públicos, com uma alocação ineficiente dos bens escassos, impedindo que os objetivos constitucionais fundamentais sejam alcançados.

Assim, não só os atos praticados com desonestidade são responsáveis pela ineficiente alocação dos recursos escassos. Também os atos provenientes de decisões políticas equivocadas, fruto de um processo de tomada de decisão enviesado pelos atalhos cognitivos a que toda e qualquer pessoa se sujeita, podem ocasionar a violação ao direito à boa administração. O tema dialoga com as concepções da Análise Econômica do Direito, que auxiliam na compreensão, implementação e correção de políticas públicas que visem diminuir ou controlar os atos de malversação de recursos públicos, de qualquer espécie.

Embora a malversação de recursos públicos – concebida como simples ineficiência em sua alocação ótima – possa caracterizar ofensa ao direito fundamental à boa administração, é, segundo Senna (2019, p. 305), o “[...] ralo voraz e insaciável da corrupção” o maior obstáculo à concretização de investimentos em áreas essenciais ao desenvolvimento econômico, como a educação, a ciência e a tecnologia.

Embora o problema de pesquisa diga respeito a toda forma de malversação de recursos públicos, é na sua forma dolosa e qualificada – a corrupção –, adiante abordada, que o sistema de controle interno se mostra de forma mais evidente como medida preventiva potencialmente eficaz para concretizar o direito à boa administração.

A princípio, cabe ressaltar que podemos tratar do fenômeno da corrupção na realidade brasileira tanto na seara cível (improbidade administrativa) quanto na criminal (crime de corrupção e demais crimes contra a Administração Pública). Entretanto, para os fins do presente trabalho, trataremos o fenômeno em seu sentido *lato*, como “corrupção”, conforme suas variadas perspectivas de definição a seguir abordadas, sem promover sua diferenciação entre as esferas cível, criminal ou administrativa, por não influenciarem diretamente na análise proposta.

Etimologicamente, a expressão *corrupção* deriva do latim *corruptio*, que significa putrefação, decomposição e adulteração (ROMEIRO, 2017, p. 17). Nos dicionários modernos, corrupção significa o ato de corromper, de alterar a característica de algo, a depravação, a devassidão, a degradação moral e ética. Conceituá-la não é tarefa simples, diante da multiplicidade de seus significados, conforme as variadas perspectivas de definição.

Emerson Garcia (2015, p. 51), quanto à esfera estatal, ressalta que “[...] a corrupção indica o uso ou a omissão, pelo agente público, do poder que a lei lhe outorgou em busca da obtenção de uma vantagem indevida para si ou para terceiros, relegando a plano secundário os legítimos fins contemplados na norma”. (GARCIA, 2015) Susan Rose-Ackerman e Bonnie Palifka (2020, p. 23), no mesmo sentido, ressaltam que o termo poder delegado é o termo chave para definição da corrupção, pois encerra a raiz de todos os tipos de corrupção, econômicos ou políticos.

A corrupção não é somente objeto de estudo no âmbito do Direito, vez que se trata de fenômeno complexo e multidisciplinar, sendo analisada também no âmbito das Ciências Sociais, em razão de sua repercussão nas relações sociais e por seu caráter cultural.

Sob um viés antropológico, Marcos Otávio Bezerra (2018, p. 209-210) afirma que a discussão acerca da corrupção no Brasil tem se limitado ao aspecto

predominantemente moral, sendo a corrupção um “[...] comportamento desviante de pessoas sem princípios éticos”.

O conceito de moral é, para Garcia (2015, p. 129), “[...] eminentemente volátil, sendo norteado por critérios de ordem sociológica que variam consoante os costumes e os padrões de conduta delimitadores do alicerce ético de determinado grupamento”. Entretanto, a moral, no sentido empregado pelo autor, está ligada ao cumprimento de regras de conduta pelo grupo social.

Essa concepção moralista mostra-se imbricada com questões de ordem histórica e cultural, notadamente no Brasil, onde a corrupção nos remete ao descobrimento do país e sua colonização por Portugal. Para Adriana Romeiro (2017, p. 21), a corrupção ainda não foi enfrentada pelos historiadores da época colonial brasileira de uma forma sistemática, que privilegiasse sua análise como um problema histórico relevante. Por outro lado, ressalta que os achados indiretos em obras clássicas sobre a colonização, sobretudo de Caio Prado Júnior, Charles R. Boxer e Fernando Novais, fornecem dados importantes para esta análise.

Romeiro (2017, p. 21) registra a perspectiva pouco alentadora de Caio Prado Júnior na obra *Formação do Brasil contemporâneo* que, ao analisar a administração colonial, atribuiu-lhe como características a falta de organização, de eficiência e de agilidade, em meio à confusão de competências e funções atribuídas à centralização excessiva do poder em Lisboa. Citando Caio Prado Junior, afirma:

A Corrupção seria uma das faces dessa máquina monstruosa: “numa palavra, e para sintetizar o panorama da sociedade colonial: incoerência e instabilidade no povoamento; pobreza e miséria na economia; dissolução nos costumes; inércia e corrupção nos dirigentes leigos e eclesiásticos”. (*apud* ROMEIRO, 2017, p. 21).

De igual forma, Romeiro (2017, p. 22) traz a concepção de Charles Boxer, para o qual a administração das colônias portuguesas poderia ser “[...] descrita como corrupta e venal, contaminada pelo ambiente de lassidão moral que teria caracterizado a colonização portuguesa em todos os seus domínios.”

A corrupção não ocorre somente em grandes esquemas criminosos, ou em atos de improbidade administrativa, mas também no dia a dia da vida em sociedade, mesmo nos pequenos atos que culturalmente são tolerados, como furar filas, obter

favorecimentos por meio de relações pessoais, praticar nepotismo, entre outros. Trata-se, assim, de questão cultural, que dialoga com a noção de patrimonialismo na esfera estatal, em que, no trato da coisa pública, o agente a trata como se privada fosse, com a evidente confusão entre o que é público e o que é privado (BASTOS; PERIM; BUSSINGER, 2021). A respeito, Faoro (2001, p. 866) atribui à cidadania brasileira a persistência dessa forma de poder patrimonialista, que se reproduz na tradição: “assim é porque sempre foi”.

De toda sorte, seja sob a interpretação moralista, que correlaciona a corrupção a desvios éticos, ou sob a vertente essencialista, que a liga a heranças históricas (BEZERRA, 2018, p. 225-226), é certo que a corrupção gera efeitos deletérios na Sociedade, aumentando a desigualdade e impedindo a concretização dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição (BASTOS; PERIM; BUSSINGER, 2021).

Entretanto, “Cultura e história são explicações, não desculpas”, uma vez que qualquer país experimenta, em determinados momentos históricos, níveis mais elevados de corrupção (ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, 2020, p. 52).

A compreensão sobre as causas da corrupção é importante para a definição de estratégias para seu enfrentamento, com a redefinição das políticas públicas necessárias à implementação de uma Administração Pública proba e comprometida com a concretização dos princípios constitucionais que a regulamentam e na formação de cidadãos conscientes de seus direitos e deveres para com a coletividade.

1.2.2. As métricas da corrupção e suas consequências

A corrupção tem como uma de suas características a clandestinidade, uma vez que é praticada às escuras, o que dificulta a sua percepção e, conseqüentemente, a definição de políticas eficazes ao seu enfrentamento.

Para combater a corrupção é necessário, antes, obter dados de sua ocorrência, entretanto, em face à clandestinidade de sua prática, que pode ocorrer em uma ampla gama de atividades, é difícil encontrar formas objetivas de obter indicadores da prática da corrupção e também da eficácia de medidas que visem a seu enfrentamento (ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, 2020, p. 29).

A principal métrica para mensurar a corrupção é o Índice de Percepção da Corrupção (IPC) da Transparência Internacional, que promove a comparação entre países, que são pontuados em uma escala de 0 a 100, em que os valores mais altos significam uma menor incidência de corrupção (ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, 2020, p. 30).

O IPC combina informações de distintas fontes, que coletam dados de empresários e especialistas acerca dos níveis de corrupção no setor público. Para tanto, quantifica os dados, aplicando uma metodologia que avalia as fontes provenientes de instituições confiáveis, considerando uma margem de variação das pontuações que permita a comparação entre países. No ano de 2020, o IPC foi calculado utilizando 13 (treze) fontes de dados de 12 (doze) instituições independentes, que colheram as informações durante 2 (dois) anos (TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL, 2020)

No ano de 2021, com base no IPC, o Brasil figurou na 96ª posição, em um *ranking* de 180 países, com 38 pontos, denotando um alto índice de corrupção no país (TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL, 2021).

Similar ao IPC é o Indicador de Controle da Corrupção do Banco Mundial (ICC) que, utilizando as mesmas bases do IPC, porém com metodologia de pontuação diferente, chega a resultados muito próximos deste (ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, 2020, p. 31).

Em contraponto ao índice de percepção da corrupção e ao indicador de controle da corrupção, que obtêm seus dados por meio de indicadores colhidos junto a especialistas e empresários, o Barômetro Global da Corrupção da Transparência Internacional promove ampla pesquisa de opinião junto ao grande público, por meio de entrevistas pessoais, por telefone ou pelo preenchimento de formulários pela *internet*. A metodologia é diferente dos demais, pois o respondente atribui uma pontuação de 1 a 5 sobre as questões formuladas, que versam tanto sobre a percepção da corrupção quanto pela sua efetiva incidência em casos concretos (ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, 2020, p. 37).

Acerca dos indicadores colhidos, Rose-Ackerman e Palifka (2020, p. 38) pontuam que

O que é especialmente preocupante nesses dados é que as instituições percebidas como mais corruptas — partidos políticos, a polícia, funcionários públicos e servidores civis, Parlamento ou Poder Legislativo, e o Judiciário —

são precisamente as instituições que têm a responsabilidade de criar e tornar efetivas as leis.

Estima-se que, no Brasil, a corrupção tenha como custo econômico o equivalente a 2,3% do Produto Interno Bruto (PIB) que, em 2020, correspondeu a R\$ 172,5 bilhões de reais (FERNANDES, 2010, p. 27).

As consequências da corrupção têm alto custo para os cidadãos, para a economia e para a própria democracia, tendo em vista que interesses privados se sobrepõem à finalidade pública, que deve nortear os gestores, gerando um círculo vicioso que se perpetua culturalmente, ao ponto de, no Brasil, os atos de um nível mais brando de corrupção serem chamados de “jeitinho brasileiro”, que atribui de forma pejorativa a característica da malandragem ao brasileiro.

Verifica-se que “[...] países com níveis mais altos de corrupção têm níveis mais baixos de desenvolvimento humano. Similarmente, como regra, países mais ricos e aqueles com maiores taxas de crescimento têm reportado menos corrupção e governos mais funcionais” (ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, 2020, p. 47). Ou seja, a prática de uma corrupção endêmica, como ocorre no Brasil, tem impacto direto no PIB do país, impedindo o pleno desenvolvimento econômico e a concretização dos direitos fundamentais, hábeis a proporcionar o bem-estar social, previsto na Constituição.

1.2.3. O controle da corrupção

A corrupção, como fenômeno complexo, de múltiplas causas e incidente nas searas pública e privada, pode (e deve) ser enfrentada em diversas frentes.

No âmbito do Direito Administrativo, o combate à corrupção dialoga com o poder-dever do Estado de autocontrole de seus atos. Nesse sentido, Medauar (2018, p. 376) pontua que o controle da Administração pode se revestir das seguintes modalidades/classificações:

- a) quanto ao aspecto em que incide: a.1) controle da legalidade, visando à legalidade em geral ou à legalidade contábil-financeira; a.2) controle de mérito; a.3) controle da “boa administração” (eficiência, produtividade, gestão);
- b) quanto ao momento em que se exerce: b.1) controle prévio, por realizar-se antes da eficácia da medida ou decisão; b.2) controle concomitante, que se efetua durante a realização da medida ou ato; b.3) controle sucessivo ou a posteriori, realizado após a edição do ato ou adoção da medida;

c) quanto à amplitude: c.1) controle de ato, por incidir sobre atos específicos, considerados isoladamente; c.2) controle de atividade, por abranger um conjunto de atuações;

d) quanto ao modo de se desencadear: d.1) controle de ofício, por iniciativa do próprio agente; d.2) controle por provocação, quando pessoas, entidades, associações, solicitam a atuação do agente controlador; d.3) controle compulsório, que se realiza necessariamente no momento oportuno, em atendimento a normas que o disciplinam.

O presente trabalho tem como um de seus enfoques o momento da prática da corrupção, ou seja, da execução dos atos ilícitos, razão pela qual classificaremos seu enfrentamento como preventivo ou repressivo. Para tanto, consideramos que medidas preventivas de enfrentamento à corrupção são as ações que visam impedir a prática de atos de corrupção; por outro lado, repressivas são as ações que visam buscar a punição do agente público infrator e a recomposição do erário público ao *status quo ante* (BASTOS; PERIM; BUSSINGER, 2021).

A ordem natural de abordagem dessas medidas será invertida, visando possibilitar que os temas tratados nesta dissertação sigam uma sequência lógica quanto a seu objetivo final de enfrentar o problema de pesquisa. Por essa razão, passamos a tratar, inicialmente, as medidas repressivas, para, então, abordar as preventivas, em que se situa, preponderantemente, o sistema de controle interno.

1.2.4. Medidas repressivas de enfrentamento à corrupção: a morosidade e a perpetuação da corrupção

O poder do Estado é, segundo Emerson Garcia (2015, p. 213, grifo do autor), “[...] expressão de sua soberania, a qual, consoante a *Teoria da Soberania Nacional*, cunhada sob os influxos das ideias político-filosóficas dos séculos XVII e XVIII, é una, indivisível e imprescritível”, sendo este poder exercido por intermédio de órgãos estatais autônomos, legitimados pelo corpo de cidadãos que formam a organização política.

A Constituição estabelece, em seu art. 2º, que este poder é exercido pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, os quais são independentes e harmônicos entre si (BRASIL, 1988). A concepção clássica de Montesquieu acerca da tripartição do poder, materializada na Constituição, possibilita a independência e especialização dos órgãos estatais no desempenho de suas competências constitucionais, evitando

os males da concentração de poder (GARCIA, 2015, p. 214). Trata-se, pois, do sistema de freios e contrapesos (*check and balances*), em que o poder é limitado pelo próprio poder (BARROSO, 2019, p. 33).

Esse controle se dá pelo exercício de atividades de controle mútuo entre os poderes, a fim de que se mantenha hígido o aparato estatal, buscando garantir a integridade dos fins almejados na Constituição Federal (GARCIA, 2015, p. 216).

Quando da prática de atos de corrupção, exsurge o dever do Estado de reprimir a prática ilícita, buscando a recomposição do *status quo* anterior, bem como a aplicação de sanções aos agentes públicos ou privados que tenham participado dos atos.

As ações repressivas, visando à aplicação de sanção e ao ressarcimento do dano ao erário, em tese, podem ocorrer pela via administrativa, por meio da autotutela da Administração na revisão de seus atos, ou pela instauração de processo administrativo que vise à punição do agente público infrator. De igual forma, podem se dar pela via legislativa, no livre exercício de seus poderes de fiscalização política; ou pela atuação dos órgãos de controle externo, como os Tribunais de Contas, na análise financeira, orçamentária, e demais atribuições previstas no art. 71 da Constituição Federal, pelas polícias e pelo Ministério Público, no exercício de suas atribuições constitucionais previstas no art. 129 da Magna Carta (GARCIA, 2015, p. 219-262; BASTOS; PERIM; BUSSINGER, 2021). Entretanto, a aplicação coercitiva do direito, com potencialidade de impor sanções e de expropriar bens para minimizar os efeitos da corrupção, dá-se por meio do controle repressivo pela via jurisdicional.

Um fator que influencia de forma preponderante para o enfrentamento repressivo da corrupção é a certeza (ou não) da punição do agente pela prática do ato ilícito. Nesse sentido, é senso comum a prevalência da impunidade no cenário nacional, notadamente nos chamados crimes do colarinho branco, praticados sem o emprego de violência e que visem ao auferimento de indevida vantagem financeira.

Esta percepção geral se comprova na análise dos dados estatísticos que indicam que o controle repressivo da corrupção pela via jurisdicional tem se mostrado insatisfatório, pois nem sempre a resposta estatal ocorre de forma célere e eficiente. Dentre outras causas bem mais complexas, como a discricionariedade, o ativismo judicial e a insegurança jurídica dela decorrente – também objeto de interesse para a

análise econômica do direito – , pode-se citar o acúmulo de processos em tramitação perante o Poder Judiciário, que ocasiona uma indesejável morosidade no julgamento de ações que visam reprimir atos de corrupção e a recomposição do erário público (BASTOS; PERIM; BUSSINGER, 2021).

A morosidade da resposta jurisdicional aos atos ilícitos praticados aumenta a sensação de impunidade, que influencia negativamente na relação de custo vs. benefício da atividade violadora da lei. Neste ponto, insere-se a análise econômica do direito, a ser aprofundada em momento oportuno, mas que corrobora a visão de Gary Becker, de 1968, em *Crime and Punishment: An Economic Approach*, em que concluiu que criminosos tomam decisões racionais relacionadas à análise de custo vs. benefício da atividade criminosa, baseados na probabilidade de serem processados e condenados a uma pena cuja magnitude seja superior à expectativa de ganho financeiro com a prática (PORTO; GAROUPA, 2022, p. 599).

Acerca da morosidade da atividade jurisdicional, Bastos, Perim e Bussinger (2021), em artigo que tratou paralelamente do tema, apresentaram dados acerca de relevante pesquisa levada a efeito pelo Conselho Nacional de Justiça, com o objetivo de enfrentar a estrutura e a cultura da impunidade. No trabalho acadêmico, foram apresentados dados acerca do tempo de tramitação de investigações e de ações penais e cíveis (improbidade administrativa) ligadas à repressão de ato de corrupção. Pontuam

Os dados coletados pelo CNJ informam que uma investigação criminal, no âmbito da Polícia Federal, por crimes contra a Administração Pública (corrupção, concussão, peculato, tráfico de influências, etc), lavagem de dinheiro e demais crimes correlatos, tem uma duração média de 639 dias (1 ano e 9 meses), sendo que em 56,45% das investigações foi observado que a conduta investigada não constituía crime. (MOISÉS, 2019, p. 83-85 apud BASTOS; PERIM; BUSSINGER, 2021).

Ainda no âmbito criminal, aduzem os autores que, vencida a fase da investigação, após a judicialização, o estudo, com base em dados fornecidos pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, aponta “[...] que a tramitação de um processo criminal relativo a crimes ligados à corrupção, permanecem ativos (tramitando) por cerca de 1500 dias (4 anos e 1 mês)” (MOISÉS, 2019, p. 114). Somados os tempos de tramitação da investigação e da ação penal, em média, decorrem 5 anos e 10 meses (BASTOS; PERIM; BUSSINGER, 2021).

No campo cível, a situação é ainda pior. Pesquisa realizada no âmbito do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), referenciada por Bastos, Perim e Bussinger (2021), informa que o tempo médio de julgamento de uma ação de improbidade administrativa é de 1.855,83 dias, ou cerca de 5,15 anos, considerando-se somente como marcos temporais as datas de ajuizamento da ação e do trânsito em julgado, deixando de considerar o tempo despendido nas fases investigatória e executória (GOMES JÚNIOR *et al.*, 2015, p. 22).

Os dados obtidos junto ao CNJ (2015) não se mostram suficientes para aferir o tempo de tramitação de uma investigação cível, nos mesmos moldes do estudo relativo à investigação e ação penal levantados por Moisés (2019). No intuito de elucidar o lapso temporal aproximado, apontam Bastos, Perim e Bussinger (2021):

O Ministério Público do Estado do Espírito Santo, em pesquisa denominada “Tempo das Ações de Improbidade Administrativa no Espírito Santo”, corrobora e amplia o espectro de análise da pesquisa realizada pelo CNJ, face também considerar como marcos temporais, a data da prática do ato ilícito e o tempo de tramitação dos procedimentos investigatórios que irão eventualmente embasar as ações de improbidade. (MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESPÍRITO SANTO, 2020 apud BASTOS; PERIM; BUSSINGER, 2021).

O referido estudo informa que o tempo médio entre a data da prática do fato ímprobo e o trânsito em julgado da ação de improbidade, é de aproximadamente 13 anos e 6 meses. (MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESPÍRITO SANTO, 2020 apud BASTOS; PERIM; BUSSINGER, 2021).

A pesquisa realizada pelo Ministério Público do Espírito Santo (MPES) constatou que o tempo de tramitação de uma ação de improbidade administrativa variava a depender da quantidade de demandados e pelo tipo de improbidade (enriquecimento ilícito, dano ao erário ou violação de princípios), podendo o lapso de tramitação ser acrescido em até 4 anos (LINO *et al.*, 2020, p. 173).

Mais uma vez, em razão de os estudos realizados pelo CNJ e pelo MPES deixarem de considerar o tempo de tramitação das ações de execução forçada da sentença, comuns nesses tipos de ações, os pesquisadores pontuam:

Neste sentido, não se pode deixar de considerar que na seara cível, somente após a execução forçada da sentença, é que ocorre a efetiva recomposição do erário, caso o executado possua patrimônio para responder pelo dano ao erário a que foi condenado. Neste passo, registra-se que o tempo de tramitação de uma ação de execução judicial chega a 6 anos e 8 meses. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021).

Assim, considerando-se os dados fornecidos e aglutinando as pesquisas realizadas, conclui-se que a repressão a um ato de improbidade administrativa, da data de sua ocorrência até o término do processo de

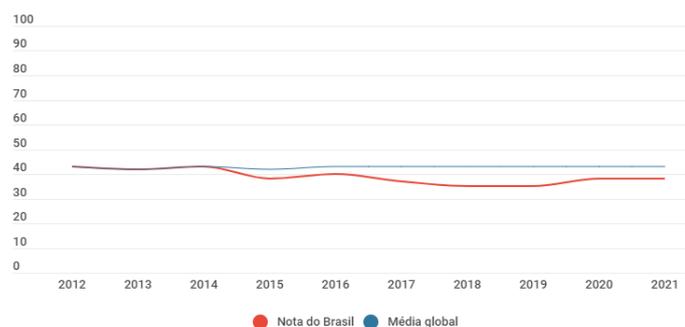
execução, demora cerca de 20 anos e 2 meses, só se mostrando efetivas as medidas judiciais caso o infrator possua patrimônio a ser expropriado, com a finalidade de ressarcir o erário público. (BASTOS; PERIM; BUSSINGER, 2021).

A demora na recuperação dos valores desviados, tanto na persecução judicial realizada nas searas cíveis quanto na criminal, constitui importante fator de impunidade, a influenciar a análise criminosa acerca do binômio custo vs. benefício da conduta. Para além disso, é indubitoso que, após uma longa tramitação de ações judiciais, em raras vezes se observa a efetiva reparação dos danos (GOMES JÚNIOR *et al.*, 2015, p. 38). A resposta tardia gera a sensação de impunidade na sociedade e o descrédito das instituições do sistema de justiça, afetando o mecanismo inibidor de comportamentos ilícitos, uma vez que a prevenção é uma das bases do direito sancionador (LINO *et al.*, 2020).

A respeito da morosidade da tramitação dos processos, Hermes Zaneti Júnior (2018, p. 52) alerta que o problema de sobrecarga do Poder Judiciário e do Ministério Público decorre da atuação deficiente da Administração Pública na tutela dos direitos, o que faz com que ela seja uma das maiores litigantes no Brasil.

Os dados ora trazidos demonstram que, embora a tutela repressiva aos atos de corrupção se mostre como fundamental para sancionar os atos ilícitos praticados, ela se mostra pouco eficiente no combate à corrupção, pois os indicadores internacionais de percepção da corrupção têm demonstrado que o Brasil não tem evoluído em seu enfrentamento. A respeito, colaciona-se os dados publicados pela Transparência Internacional, que informa que a pontuação do Brasil com base no IPC se mantém estável, sem evolução, e abaixo da média global

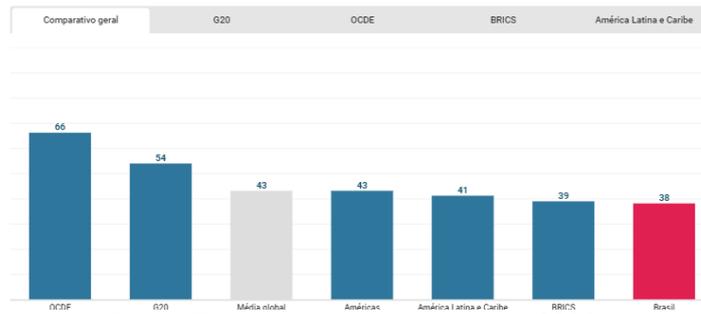
Gráfico 1 – Comparativo IPC



Fonte: Transparência internacional (2021).

Informa ainda a Transparência Internacional que o Brasil não só figura abaixo da média global, mas também na média de pontuação dos BRICS¹, de 39 pontos, da América Latina e Caribe, de 41 pontos, dos países do G20² (54 pontos) e da OCDE (66 pontos), conforme o gráfico 2 abaixo:

Gráfico 2 – IPC Média Global



Fonte: Transparência internacional (2021).

O cenário negativo que se mostra diante de uma corrupção endêmica oculta números ainda maiores, que dizem respeito ao gasto público ineficiente, gerado pela malversação do dinheiro público em seu sentido *lato*. Segundo o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) (2019), os gastos públicos ineficientes no Brasil chegam a 3,9% do PIB e ocorrem principalmente nas compras governamentais e na gestão do funcionalismo público.

As significativas cifras referenciadas trazem à reflexão a análise acerca da escolha das políticas públicas mais adequadas para possibilitar o controle eficiente e eficaz da gestão dos escassos recursos públicos.

1.2.5. Medidas preventivas de enfrentamento à corrupção: o controle interno e a prevenção à corrupção e à malversação de recursos públicos

Segundo Rose-Ackerman e Palifka (2020, p. 623), as causas da corrupção se relacionam com três grandes categorias, sendo elas: (i) as Instituições, (ii) os incentivos e (iii) a ética pessoal, as quais interagem entre si.

¹ Sigla que referencia os cinco grandes países economicamente emergentes, Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul.

² Grupo formado pelas 19 maiores economias do mundo, mais a União Europeia

As práticas corruptas seriam *instituições* informais, que enfraquecem as instituições formais, concebidas como a estrutura política que, com sua estrutura normativa e a imperatividade dessas normas, ajudam a alterar a cultura em relação à corrupção (ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, 2020, p. 623). Para as autoras, *incentivos* são medidas de favorecimento à corrupção, baseados no poder de servidores públicos de “[...] alocar bens escassos e impor custos onerosos” (ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, 2020, p. 623).

Os seguintes incentivos estimulam a corrupção por parte dos servidores públicos: poder sobre a distribuição de um benefício público ou sobre a imposição de custos; processos decisórios baseados em arbítrio e não em regras claras; baixos salários; falta de profissionalismo; falta de supervisão; punições leves ou ineficazes; falta de responsabilização; falta de transparência; e a proporção de participantes que sejam (ou pareçam ser) corruptos. Do lado da demanda, são incentivos para envolver-se em corrupção: os altos custos das políticas governamentais (tanto regulatórias quanto tributárias); regras complexas ou confusas; o desejo de limitar competição; e o desejo de conquistar um valioso contrato governamental. (ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, 2020, p. 623-624).

Por fim, afirmam que a *ética pessoal* desempenha um papel relevante quanto à corrupção, pois as convicções morais pessoais influenciam na predisposição de resistir a propostas de corrupção (ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, 2020, p. 624). Assim, o senso de moralidade atua como fator inibitório da prática de corrupção.

A classificação de Rose-Ackerman e Palifka evidencia que a estrutura das Instituições, os incentivos à corrupção e a ética pessoal se inter-relacionam e exigem, para o enfrentamento à corrupção, a adoção de medidas preventivas que reestruturem as Instituições, diminuam os estímulos à corrupção e reforcem a percepção da prática da corrupção, fortalecendo os valores morais dos agentes públicos e privados que se relacionam com a Administração. Assim, medidas como a redução da burocracia, o aumento da eficiência, o fomento de uma cultura de integridade na Administração Pública mostram-se como estruturantes para o enfrentamento da corrupção.

Além disso, o fortalecimento da cidadania, com a participação efetiva do cidadão na fiscalização da Administração Pública, tem o condão de “[...] buscar a construção de uma cultura que enxergue na participação popular o caminho adequado para o exercício da cidadania plena, caucada nas chamadas virtudes cívicas” (SILVA, 2018, p. 177).

Emerson Garcia (2015, p. 187), ao tratar do controle preventivo da probidade administrativa, ressalta a importância dos códigos de conduta na Administração Pública, pois, ao elaborarem e explicitarem diretrizes básicas para nortear a atuação dos agentes públicos, densificam os valores afetos à moralidade administrativa, potencializando este princípio que possui alto grau de abstração. (GARCIA, 2015, p. 187) Ainda, o autor referencia a figura do *Ombudsman*, no Brasil, representado, no mais das vezes, pelas Ouvidorias, como relevante contribuição para a manutenção da “atividade estatal nos trilhos da juridicidade”, ao proporcionar o estreitamento da relação entre a administração e os administrados, na busca da concreção do princípio da eficiência (GARCIA, 2015, p. 197).

Em comum, as medidas estruturantes citadas, aliadas a outras iniciativas legislativas, como o controle sobre a evolução patrimonial dos agentes públicos (Lei nº 8.429/92), a regulamentação das hipóteses que configurem conflito de interesses (Lei nº 12.813/2013), a transparência (Lei nº 12.527/2011), os atos lesivos praticados por particulares contra a Administração (Lei nº 12.846/2013), têm o condão de prevenir a prática corruptiva, concretizando o direito fundamental à boa administração e, também, as boas práticas as quais o país se obrigou por meio de convenções internacionais.

Nesse sentido, observa-se que a Convenção da Nações Unidas contra a Corrupção, de 31 de outubro de 2003, foi internalizada no Brasil pelo Decreto nº 5.687/2006, incorporando ao ordenamento jurídico pátrio relevantes diretrizes na prevenção e repressão de atos que produzem danos ao Patrimônio Público, como a implementação de políticas de devida gestão dos assuntos e bens públicos, integridade pública e privada, transparência e prestação de contas (BRASIL, 2006).

Em outra vertente de prevenção, menos ligada a questões culturais atinentes à corrupção, e com viés técnico-administrativo, encontra-se o sistema de controle interno, que tem um papel fundamental para a prevenção da corrupção e para a viabilização da boa governança das administrações públicas.

1.3. CONTROLE INTERNO

A Constituição Federal, em seus artigos 31, 70 e principalmente em seu artigo 74, estabeleceu como importante ator no combate preventivo à corrupção e à malversação de recursos públicos o sistema de controle interno, o qual desempenha um papel fundamental no enfrentamento preventivo da corrupção, em face de sua posição mais próxima aos atos administrativos de gestão, possibilitando o auxílio direto ao gestor público (ZENKNER, 2019, p. 285).

O sistema de controle interno atua como fio condutor das boas práticas gerenciais, permitindo o controle intraorgânico do poder.

1.3.1. Diretrizes constitucionais e internacionais aplicáveis ao Sistema de Controle Interno

No Brasil, a ideia de controle financeiro e contábil da Administração remonta aos tempos da colonização, em que se observam normas que visavam proporcionar alguma forma de controle financeiro e orçamentário da gestão pública. Entretanto, somente no século XIX, após a transferência da Corte portuguesa para o Brasil, iniciaram-se as primeiras atividades que podem ser consideradas como embrião de um controle interno (BALBE, 2019, p. 43). A Administração Pública enfrentava grandes dificuldades de funcionamento, diante da instabilidade política vivenciada na época e, somente após a Proclamação da República, foi possível observar um maior controle das contas públicas, cabendo registro à criação, em 07 de novembro de 1890, do Tribunal de Contas, ao qual cabia o exame, revisão e julgamento das operações de receita e despesa da República (BALBE, 2019, p. 44).

Balbe (2019, p. 44) ressalta que, no início do século XX, o governo brasileiro se viu obrigado a realizar operações de crédito de grande monta, em função de desequilíbrios macroeconômicos relativos à oferta de café. E, para obter os valores necessários, “[...] foram adotadas medidas visando implantar técnicas de contabilidade, como padronização dos registros, orientação metodológica, e controle dos atos de gestão em todos os níveis.”

O sistema de controle da administração foi gradativamente evoluindo e, em 1964, foi promulgada a Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, durante a presidência de João Goulart, robustecendo a sistemática do controle interno na administração (BALBE, 2019, p. 45). Referida lei estatuiu normas gerais de direito financeiro para elaboração e consequente controle dos orçamentos (BALBE, 2019, p. 45). A Lei 4.320/64 trouxe novas atribuições aos controles externo e interno: “O controle da execução orçamentária, sem prejuízo das atribuições do Tribunal de Contas, passou a ser exercido pelo controle interno, prévia, concomitante e subsequente.” (BALBE, 2019, p. 45). Além disso, estabeleceu que o controle compreenderia a análise da legalidade dos atos e da higidez dos atos funcionais dos agentes públicos (BALBE, 2019, p. 45). A Constituição de 1967 consolidou as evoluções do sistema de controle da administração.

Por sua vez, a Constituição Federal de 1988 ampliou a necessidade da existência do controle interno a todos os poderes da República, determinando que o Executivo, o Legislativo e o Judiciário devem manter sistema de controle interno, que tem como funções a avaliação do cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos, a verificação da legalidade e avaliação dos resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial, dentre outras, as quais, por toda a sistemática trazida pela Magna Carta, são aplicáveis a todos os entes públicos da organização estatal. (BRASIL, 1988; BASTOS; PERIM; BUSSINGER, 2021).

Historicamente, a concepção do controle interno esteve ligada a um viés extremamente formal, limitado à área de contabilidade ou à simples verificação da legalidade dos documentos comprobatórios dos procedimentos adotados (SPINELLI; CRUZ, 2019, p. 229-230). A respeito do tradicional conceito de controle interno, Mário Spinelli e Hamilton Cruz (2019, p. 229) aduzem que o controle interno está relacionado com o

[...] conjunto de ações, métodos, procedimentos e rotinas que uma organização exerce sobre seus próprios atos, a fim de preservar a integridade de seu patrimônio e de examinar a compatibilidade entre as operações desenvolvidas, os parâmetros preestabelecidos e os princípios pactuados.

A partir da delimitação traçada pela Constituição de 1988, a concepção de controle interno sofre significativa alteração, notadamente pela implícita previsão do direito fundamental à boa administração. Odete Medauar (2018, p. 376-377) registra que o controle interno

[...] visa ao cumprimento do princípio da legalidade, à observância dos preceitos da “boa administração”, a estimular a ação dos órgãos, a verificar a conveniência e a oportunidade de medidas e decisões no atendimento do interesse público (controle de mérito), a verificar a proporção custo-benefício na realização das atividades e a verificar a eficácia de medidas na solução de problemas.

No âmbito internacional, a Convenção da Nações Unidas contra a Corrupção – Convenção de Mérida, de 31 de outubro de 2003 (internalizada no Brasil pelo Decreto nº 5.687/2006), incorpora ao ordenamento jurídico pátrio relevantes diretrizes na prevenção e repressão de atos que produzem danos ao Patrimônio Público, como a implementação de políticas de devida gestão dos assuntos e bens públicos, integridade pública e privada, transparência e prestação de contas (BRASIL, 2006; BASTOS; PERIM; BUSSINGER, 2021).

Dentre as principais diretrizes aplicáveis em alguma medida ao sistema de controle interno, citam-se: a implementação de políticas de devida gestão dos assuntos e bens públicos (*good governance*), integridade pública e privada (*compliance*), transparência e prestação de contas (*accountability*) (BASTOS; PERIM; BUSSINGER, 2021).

As diretrizes trazidas pela convenção internacional fomentam um círculo virtuoso que maximiza a boa gestão, a integridade e a prestação de contas, possibilitando, além dos benefícios que se esperam de uma boa administração, proba e eficiente, que ela possa ser controlada por seus órgãos de controle interno, pelos órgãos de controle externo e pela própria Sociedade (controle social).

O controle interno não se restringe a um único órgão para promover o complexo controle que a Constituição lhe incumbiu. Trata-se de um sistema ao qual é integrada a totalidade dos agentes vinculados ao ente público, que devem verificar a conformidade dos atos administrativos de gestão às exigências legais. Spinelli e Cruz (2019, p. 228-229) afirmam que o ambiente público limpo e livre das práticas danosas ao interesse público converge para a construção de um “sistema de integridade

pública”, em que ganha importância o conceito de *accountability*, que representa a obrigação que o governo tem de prestar contas à sociedade. Ressaltam os autores que a concretização do *accountability* “[...] depende da capacidade dos cidadãos para atuarem na definição das metas coletivas e da construção de mecanismos institucionais que garantam o controle público das ações dos governantes”, que deve ocorrer não apenas no processo político eleitoral, mas também ao longo do mandato dos representantes (SPINELLI; CRUZ, 2019, p. 229).

A *accountability*, segundo a distinção proposta por Guillermo O’Donnel, divide-se em *accountability* vertical, que representa a relação entre o povo e seus representantes eleitos, e a *accountability* horizontal, que se relaciona com a existência de agências estatais que possuem o poder-dever de fiscalizar e controlar o próprio Estado, ou seja, mecanismos de *check and balances* (SPINELLI; CRUZ, 2019, p. 229).

O’Donnel (1998, p. 40) define *accountability* horizontal como a

[...] existência de agências estatais que têm o direito e o poder legal e que estão de fato dispostas e capacitadas para realizar ações, que vão desde a supervisão de rotina a sanções legais ou até o impeachment contra ações de omissões de outros agentes ou agências do Estado que possam ser qualificadas como delituosas.

No mesmo sentido, Balbe (2013, posição 1430), adotando as concepções de O’Donnel, aduz que o *accountability* horizontal “[...] não é tarefa para agências isoladas, mas, sim, uma rede de agências”. Dessa forma, o controle interno da administração é, em alguma medida, realizado por todos os agentes públicos envolvidos, aos quais compete, dentro de suas atribuições, analisar a conformidade dos atos praticados com a lei e, para além disso, na forma do art. 74 da Constituição, avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração, o cumprimento de metas previstas no plano plurianual e a execução dos programas de governo (BRASIL, 1988).

Ademais, o controle interno tem foco na promoção da integridade na gestão pública, com potencialidade de superar a preponderância da atuação repressiva e a *posteriori* dos órgãos de controle externo, uma vez que sua atividade pode ser prévia ou concomitante aos atos administrativos.

1.3.2. Órgãos e funções de controle interno

As atividades de controle interno, por não possuírem uma forma de estruturação fechada prevista em lei, são diversas nos órgãos da administração pública federal, estadual ou municipal. Spinelli e Cruz (2019, p. 233) citam as quatro macrofunções adotadas pela Controladoria Geral da União (CGU), órgão de controle interno da Administração Pública Federal: auditoria, ouvidoria, prevenção da corrupção e correição. Acerca dessas atividades de controle interno, os autores esclarecem que “[...] a auditoria é a responsável pela verificação dos atos de gestão, cabendo-lhe checar a regularidade dos procedimentos adotados e a sua compatibilidade com as normas vigentes” (SPINELLI; CRUZ, 2019, p. 233). A correição é incumbida dos processos administrativos disciplinares e dos processos de responsabilização por atos danosos à Administração, praticados pelas empresas que prestam serviço ao Poder Público. A Ouvidoria tem como função exercer a interlocução com a sociedade, recebendo denúncias, reclamações, sugestões ou elogios quanto aos serviços públicos e à execução das políticas públicas estatais (SPINELLI; CRUZ, 2019, p. 233).

Por fim, segundo os autores, a prevenção à corrupção reuniria uma série de políticas direcionadas à redução do fenômeno da corrupção, possuindo, dentre outras funções: (i) desenvolver políticas de promoção da transparência e acesso à informação; (ii) estimular iniciativas de integridade no setor privado; (iii) fomentar condutas éticas no setor público, dentre outras funções que visem melhorar a gestão dos recursos públicos e diminuir a corrupção (SPINELLI; CRUZ, 2019, p. 234).

No mesmo sentido, Zenkner (2019, p. 292) nomeia as quatro macrofunções do controle interno como controladoria, auditoria, ouvidoria e correição e registra que, no ano de 2014, o Conselho Nacional de Controle Interno³ (Conaci), em parceria com o Banco Mundial, desenvolveu um projeto visando estabelecer um modelo integrado de atuação dos órgãos de controle interno, capaz de efetivar “[...] o controle das funções de orçamento, finanças, contabilidade, gestão, transparência e estímulo ao controle

³ O Conaci evoluiu de um fórum de ideias, em junho de 2004, para transformar-se em Conselho Nacional dos Órgãos Centrais de Controle Interno, inicialmente contemplando os Estados Brasileiros e o Distrito Federal. Em 2009, passou a incluir os órgãos Centrais de Controle Interno das capitais brasileiras e a denominar-se Conselho Nacional de Controle Interno.

social da Administração Pública e prevenção da corrupção” (ZENKNER, 2019, p. 292).

Para tanto, foi adaptado para a realidade brasileira o modelo de controle interno denominado como as três linhas de defesa, concebido pelo *Institute of International Auditors* (IIA), que propõe a efetivação do controle interno em três camadas: gestão operacional, gestão de riscos e funções de conformidade e auditoria (ZENKNER, 2019, p. 292). Acerca do papel de cada uma dessas linhas de defesa, esclarece

Cada uma das três linhas desempenha um papel distinto dentro da estrutura de governança da organização: na primeira linha de defesa, os gerentes operacionais são os responsáveis por gerenciar os riscos e por implementar as ações corretivas capazes de resolver as deficiências identificadas nos diversos processos e controles; já a segunda linha de defesa comporta a supervisão de conformidade estabelecida pela gerência, o monitoramento da implementação de práticas eficazes de gerenciamento de riscos por parte da gerência operacional e o auxílio na função da gerência de reportar adequadamente informações relacionadas aos riscos em toda a organização; a terceira linha de defesa (auditoria interna), por derradeiro, é a responsável por realizar avaliações sobre a eficácia da governança, do gerenciamento de riscos e dos controles internos, incluindo a forma como a primeira e a segunda linha de defesa alcançaram os objetivos de gerenciamento de riscos e controle, reportando-se sempre à alta administração e ao órgão de governança. (ZENKNER, 2019, p. 292-293).

No âmbito da União, a Controladoria Geral da União é o órgão central de controle interno e a estrutura do seu sistema está regulamentada pela Instrução Normativa Conjunta nº 01/2016, que trata dos controles internos, gestão de riscos e governança no âmbito do Poder Executivo Federal (BRASIL, 2016). A IN nº 01/2016 aplica, no Poder Executivo Federal, o modelo das três linhas de defesa.

Segundo a norma (art. 3º), os controles internos da gestão constituem a primeira linha de defesa e são operados por todos os agentes públicos responsáveis pela condução das atividades e tarefas dos macroprocessos finalísticos e de apoio dos órgãos do Executivo Federal. Este controle interno baseia-se no gerenciamento de riscos que envolvem o processo de gestão e tem como objetivos os descritos em seu art. 10 (BRASIL, 2016).

Art. 10. Os objetivos dos controles internos da gestão são:

I - dar suporte à missão, à continuidade e à sustentabilidade institucional, pela garantia razoável de atingimento dos objetivos estratégicos do órgão ou entidade;

II - *proporcionar a eficiência*, a eficácia e a efetividade operacional, mediante execução ordenada, ética e econômica das operações;

III - assegurar que as informações produzidas sejam íntegras e confiáveis à tomada de decisões, ao cumprimento de obrigações de transparência e à prestação de contas;

IV - assegurar a conformidade com as leis e regulamentos aplicáveis, incluindo normas, políticas, programas, planos e procedimentos de governo e da própria organização; e

V - salvaguardar e proteger bens, ativos e recursos públicos contra desperdício, perda, mau uso, dano, utilização não autorizada ou apropriação indevida. (BRASIL, 2016, grifo nosso).

A segunda linha de defesa é executada por instâncias específicas, como comitês de risco e controle interno, ou por unidades específicas ou executoras de controle interno, às quais cabe supervisionar e monitorar os controles internos realizados pela primeira linha de defesa (BRASIL, 2016). Essas Unidades Executoras de Controle Interno implementam e padronizam as rotinas internas, inclusive dos procedimentos de controle.

Já a terceira linha de defesa é responsável pelo gerenciamento e coordenação de todo o sistema e é realizada pela Unidade Central de Controle Interno, responsável pela auditoria interna, definida pela IN nº 01/2016, em seu art. 2º, inciso III, como

[...] atividade independente e objetiva de avaliação e de consultoria, desenhada para adicionar valor e melhorar as operações de uma organização. Ela auxilia a organização a realizar seus objetivos, a partir da aplicação de uma abordagem sistemática e disciplinada para avaliar e melhorar a eficácia dos processos de gerenciamento de riscos, de controles internos, de integridade e de governança. As auditorias internas no âmbito da Administração Públicas e constituem na terceira linha ou camada de defesa das organizações, uma vez que são responsáveis por proceder à avaliação da operacionalização dos controles internos da gestão (primeira linha ou camada de defesa, executada por todos os níveis de gestão dentro da organização) e da supervisão dos controles internos (segunda linha ou camada de defesa, executada por instâncias específicas, como comitês de risco e controles internos). Compete às auditorias internas oferecer avaliações e assessoramento às organizações públicas, destinadas ao aprimoramento dos controles internos, de forma que controles mais eficientes e eficazes mitiguem os principais riscos de que os órgãos e entidades não alcancem seus objetivos; (BRASIL, 2016).

As mencionadas diretrizes foram adotadas pela nova Lei de Licitações, Lei nº 14.133/2021, que, em seu art. 169, ao estabelecer os mecanismos de controle preventivo e de gestão de riscos nas contratações públicas, submeteu a Administração Públicas às três linhas de defesa, conforme se verifica:

I - primeira linha de defesa, integrada por servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade;

II - segunda linha de defesa, integrada pelas unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade;

III - terceira linha de defesa, integrada pelo órgão central de controle interno da Administração e pelo tribunal de contas. (BRASIL, 2021).

A respeito, Maria Sylvia Zanella di Pietro (2022, p. 1217) considera que o controle estabelecido no art. 169 da nova Lei de Licitações tem um sentido mais amplo que o de controle e fiscalização dos contratos, pois submete a Administração a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo.

Marçal Justen Filho (2021, p. 1684-1685) aduz que o Estado contemporâneo adota soluções de freios e contrapesos, consistentes na multiplicação de estruturas de controle. Esta fragmentação de poder político tem o condão de propiciar uma redução do risco de decisões arbitrárias e possibilitando uma gestão mais eficiente dos recursos públicos.

O sistema de controle interno pode ser estruturado de forma variada nos diversos entes públicos, mas não pode se afastar das diretrizes constitucionais e das normas internacionais das quais o Brasil é signatário.

Ordinariamente, os órgãos de controle interno do ente federativo possuem denominações variadas, como Controladoria, Auditoria ou Secretaria de Controle, além de ser realizado por outros agentes públicos que promovem, sobretudo, o controle de juridicidade, notadamente pela Advocacia Pública.

Os atos praticados no âmbito do sistema de controle interno se inserem na classificação que a doutrina confere às funções administrativas em geral, os quais serão abordados oportunamente.

1.3.3. O controle interno: a prevenção à malversação de recursos públicos e à corrupção

A atividade de controle interno tem impacto direto na prevenção à malversação de recursos públicos e à corrupção, pois a adoção de uma política pública de integridade, consagrando os valores previstos na Constituição Federal e em tratados internacionais, pode impedir o desperdício de escassos recursos públicos, o que se verifica seja na análise prévia ou concomitante dos atos administrativos – permitindo

o poder-dever de autotutela da Administração – ou a comunicação da irregularidade aos órgãos de controle externo (BASTOS; PERIM; BUSSINGER, 2021).

O arcabouço normativo constitucional fomenta o fortalecimento de uma cultura de integridade, prevenindo a malversação de recursos públicos por meio da sistematização de práticas e de procedimentos. A esse respeito, Spinelli e Cruz (2019, p. 228) afirmam que

Integridade e corrupção são estados inversamente proporcionais; entretanto, a promoção da integridade é mais do que a simples ausência de corrupção, uma vez que, ao conduzir à utilização adequada de fundos, recursos, bens e poderes, influencia os resultados da administração e privilegia diversos aspectos da implementação de políticas públicas, com eficiência, efetividade e eficácia.

No mesmo sentido, Zenkner (2019, p. 285) ressalta que o controle interno tem papel fundamental no enfrentamento preventivo da corrupção, diante de sua posição mais próxima aos atos administrativos de gestão, relacionando-se, por esse motivo, ao fortalecimento da integridade governamental, pois “[...] se funcionar adequadamente e alcançar os resultados que dele se esperam, servirá de mola propulsora para a boa governança e a eficiência administrativa”.

Como é possível observar, não se trata apenas da mudança para uma cultura de integridade. Para além disso, observa-se que o sistema de controle interno tem a potencialidade de proporcionar um enfrentamento preventivo da malversação de recursos públicos e da corrupção, uma vez que cada ator responsável por um fragmento da minuciosa atividade de controle interno age como um fiscal do agente público que praticou o ato administrativo anterior, e é fiscalizado pelo agente subsequente (BASTOS; PERIM; BUSSINGER, 2021).

As funções conferidas constitucionalmente ao sistema de controle interno têm o condão de torná-lo efetivo ator na gestão de políticas públicas, já que lhe cabe aferir o cumprimento de metas previstas no plano plurianual e a execução dos programas de governo, além de avaliar os resultados quanto à eficácia e eficiência da gestão orçamentária do Estado. Assim, em razão da transversalidade da atuação do controle interno e de sua posição na estrutura administrativa, percebe-se sua potencialidade de influir decisivamente na concretização do direito fundamental à boa administração,

tornando a administração pública mais “ágil, eficiente e resolutive” (SPINELLI; CRUZ, 2019, p. 234).

Assim, o controle interno, dada sua atividade prioritariamente preventiva, além de atuar na melhoria da gestão pública, possibilita o efetivo controle da gestão dos gastos públicos, pois tem a potencialidade de impedir que sejam malversados e deixem de ser direcionados à implementação de políticas públicas ligadas à concretização de direitos fundamentais. Age o sistema de controle interno como fio condutor entre a concretização dos direitos fundamentais à boa administração pública e a efetivação das políticas públicas (BASTOS; PERIM; BUSSINGER, 2021).

A superação do estado de degradação causado pela corrupção sistêmica que assola o país passa, assim, pela priorização de medidas preventivas e potencialmente mais eficazes para o combate à corrupção, em contraposição à inefetividade verificada pela preponderante adoção do mecanismo jurisdicional repressivo abordado (BASTOS; PERIM; BUSSINGER, 2021).

Nesse sentido, partindo-se das premissas até então abordadas de que (i) a coletividade é titular do direito fundamental à boa administração; (ii) que este direito fundamental resta violado pela prática sistemática da malversação de recursos públicos, e notadamente pela corrupção; (iii) que o controle repressivo da corrupção é pouco eficaz; (iv) que o controle preventivo exercido por meio do controle interno tem a potencialidade de concretizar o direito fundamental à boa administração, servindo de instrumento para efetivação dos direitos fundamentais, exsurge o problema de pesquisa: Em face da Constituição Federal estabelecer o direito fundamental à boa Administração, quadra questionar se, em um Estado Democrático de Direito, os gestores públicos podem deixar de observar as orientações técnicas dos órgãos de controle interno.

A análise do problema de pesquisa não comporta simplesmente uma resposta binária, baseada na argumentação jurídica ordinária que, para Fux e Bodart (2021, p. 48-49), constitui “[...] um misto confuso de elementos deontológicos com doses esparsas e desconexas de consequencialismo”, em que constantemente são empregados fundamentos abstratos metafísicos e não falseáveis. Ao revés, intenta-se buscar fundamentos teóricos sólidos e racionais que possibilitem compreender o processo de

tomada de decisão, conformando os valores consagrados explícita ou implicitamente na Constituição com o princípio democrático.

Nesse sentido, consideramos o benefício da utilização da economia para o exame de problemas jurídicos, conferindo-lhe uma abordagem científica (FUX; BODART, 2021, p. 48).

O economista Gary Becker, em 1968, inaugurou a abordagem econômica sobre o direito penal, partindo da premissa de que criminosos tomam decisões avaliando o custo-benefício de sua conduta e a probabilidade de sua punição (BECKER, 1968, p. 9-10).

Conforme será abordado, como consequência da aplicação por Gary Becker do pensamento econômico a áreas não mercadológicas, surge a Análise Econômica do Direito, que objetiva a aplicação da teoria econômica e dos métodos econométricos ao Direito, contribuindo na compreensão dos fenômenos sociais e do processo de tomada racional de decisões.

2 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

As teorias da Análise Econômica do Direito intentam compreender o comportamento humano e o processo de tomada de decisão, a partir da premissa de que o indivíduo é um agente econômico que toma suas decisões de forma racional, visando à maximização de uma utilidade. Traçam, ainda, um paralelo do contexto social com o mercado, interpretando o comportamento humano conforme as teorias econômicas. Ou seja, aplica uma visão econômica sobre o processo democrático e sobre as relações e comportamentos humanos.

Por essa razão, as concepções e teorias da Análise Econômica do Direito serão utilizadas para responder ao problema de pesquisa, pela potencialidade que apresentam de afastar o subjetivismo comum aos atos decisórios dos gestores públicos que, sob o manto de uma falsa compreensão da amplitude do poder discricionário proveniente do mandato outorgado pelo povo, deixa de balizar suas ações por dados técnicos e empiricamente aferíveis, para fazer prevalecer o voluntarismo, em detrimento da racionalidade e da eficiência.

Nesse sentido, o sistema de controle interno age como fomentador da boa administração, ao exercer sua missão constitucional de velar pela legalidade, pela eficiência, pela integridade, pelo cumprimento de metas e programas previstos em lei. Enfim, pela boa gestão pública que transcende governos e constitui políticas públicas de Estado.

Para tanto, passamos a conceituar a Análise Econômica do Direito e a apresentar alguns de seus institutos e teorias, com a finalidade de justificar a razão e a forma pelas quais ela será adotada como base teórica e como pode contribuir para a concretização de direitos fundamentais.

2.1. O QUE É A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO?

Antes de definir a Análise Econômica do Direito (AED), é preciso conceituar o que se entende por Economia e em que contexto a AED surgiu nos Estados Unidos e está sendo considerada no Brasil.

Para Richard Posner (2022, p. 38), a economia é a ciência da escolha racional em um mundo no qual os recursos são limitados em relação aos desejos humanos. Luiz Fux e Bruno Bodart (2021, p. 27) a definem como “[...] o estudo da alocação de recursos escassos em seu uso mais eficiente, considerando o comportamento de diferentes agentes na busca pela maximização do atendimento de suas preferências pessoais.”

Posner (2022, p. 84) informa que, antes da década de 1960, a análise econômica do direito se limitava ao direito antitruste, embora houvesse trabalhos econômicos esparsos em relação ao direito tributário, empresarial, contratual e quanto a questões relativas a patentes, regulação de serviços públicos e transportes coletivos. Entretanto, o autor classifica como o novo direito e a economia os que derivam dos primeiros artigos de Guido Calabresi e de Ronald Coase (POSNER, 2022, p. 84).

Depreende-se que a AED surgiu do movimento de economistas e juristas inspirados pelo pensamento econômico, tendo como marcos iniciais os trabalhos de Gary Becker - *The Economics of Discrimination* (1959), de Ronald Coase - *The Problem of Social Cost* (1960) e de Guido Calabresi – *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts* (1961). Trata-se de movimento indiferente às tradicionais concepções relativas às diferentes escolas de pensamento no Direito (FUX; BODART, 2021, p. 40). Aperfeiçoou-se na década de 1970, tornando-se uma disciplina do campo do Direito, sendo sistematizada pelo juiz americano Richard Posner, na obra *The Economic Analysis of Law*, de 1973 (PORTO; GAROUPA, 2022, p. 141).

Para Posner (2022, p. 39), “[...] o homem é um agente maximizador racional de utilidade em todas as esferas da vida, e não apenas no âmbito de suas atividades ‘econômicas’, isto é, não apenas quando está comprando ou vendendo em um mercado explícito.”

Para Salama (2008, p. 10), a disciplina se origina a partir de duas tradições intelectuais, a economia política de Adam Smith, que constitui a espinha dorsal do que se convencionou chamar de ciência econômica, e do realismo jurídico, de onde advém a tradição de aplicar as ciências sociais ao Direito, buscando-se entender as

complexas questões que envolvem a formulação e aplicação do Direito. (SALAMA, 2008, p. 10)

Ressaltando que a AED se originou de movimento externo ao Direito e indiferente às tradicionais escolas de pensamento, como formalismo, realismo, jusnaturalismo e positivismo, Fux e Bodart (2021, p. 46-47) registram que

Ronald Coase, considerado o pensador que inaugurou o movimento da análise econômica do Direito, declarou expressamente que, ao escrever seu seminal artigo “The Problem of Social Cost”, não possuía nenhuma intenção de contribuir para a academia jurídica e sua preocupação era exclusivamente influenciar o debate econômico. Também Gary Becker, economista que explorou a aplicação do pensamento econômico a áreas “não mercadológicas” até então analisadas principalmente por juristas, como o sistema criminal e as relações familiares, não sofreu qualquer influência da escola jus-realista. A inexistência de conexão histórica entre o realismo jurídico e a análise econômica do Direito também é ressaltada por Richard Posner, outro precursor do Direito e Economia. Posner observa que o realismo não era conhecido por Coase e Becker, bem como afirma ser duvidosa a influência daquela corrente do pensamento jurídico sobre o trabalho de Guido Calabresi na área de responsabilidade civil, considerado um dos primeiros no campo da análise econômica do Direito – apesar de Calabresi ser oriundo da escola de Direito de Yale, antigo reduto de acadêmicos realistas.

Ivo Gico Júnior (2021, p. 23) situa a AED no pós-positivismo, ressaltando que, nos Estados Unidos, surgiu o realismo jurídico, em reação ao positivismo, face ao clamor pela interdisciplinaridade com as demais ciências, aproximando o Direito da realidade social, afastando-o de um formalismo estéril. Esse movimento acabou por gerar escolas de pensamento jurídico interdisciplinares que tentavam enxergar o mundo de uma forma mais realista e pragmática pela ciência, dentre elas, a Análise Econômica do Direito.

No cenário nacional, Gico Júnior (2021, p. 23 e 25) ressalta que, em oposição ao positivismo, surge o chamado “neoconstitucionalismo”, que se propõe a denunciar a incapacidade de o raciocínio lógico-formal lidar com questões valorativamente controversas, para as quais não existe apenas uma resposta correta. Para tanto, buscando-se critérios operacionalizáveis de como tomar uma decisão jurídica racional, com base em proposições racionais e justas, surgem teorias como “a postura “minimax” por detrás do véu da ignorância de John Rawls, a situação de discurso ideal de Jürgen Habermas, os mandados de otimização de Robert Alexy ou o juiz hercúleo de Dworkin e sua decisão ‘correta” (GICO JÚNIOR, 2021, p. 26). Entretanto, o autor afirma que, atualmente, a vontade positivada na lei foi relativizada,

sem que surgisse um critério mínimo que substituísse a criação, interpretação e aplicação do direito.

Nesse panorama, começa a ser considerada e discutida no Brasil a Análise Econômica do Direito, com o propósito de adotar uma metodologia que contribua de forma efetiva para a compreensão de fenômenos sociais e auxílio na tomada de decisões (GICO JÚNIOR, 2021, p. 26).

A Análise Econômica do Direito é definida por Antônio Maristrello Porto e Nuno Garoupa (2022, p. 140) como “[...] a aplicação da teoria econômica, e dos métodos econométricos, ao exame da formação, da estrutura, dos processos e dos impactos do direito e das instituições legais.” Ou seja, os conceitos e teorias da microeconomia são aplicados ao Direito, trazendo parâmetros racionais mais bem delimitados a orientar a regulamentação da vida em sociedade.

Por sua vez, Guilherme Maines Caon (2021, p. 19-20) conceitua a AED como “[...] um corpo teórico fundado na aplicação da Economia às normas e instituições jurídico-políticas”, pois tem como objetivo a utilização do instrumental teórico e empírico da Economia ao Direito, notadamente por ser a Economia uma “[...] ciência do comportamento humano, na compreensão dos fatos sociais e na resposta a incentivos normativos, com especial destaque para a avaliação das consequências decorrentes da regulação jurídica” (CAON, 2021, p. 19–20).

Sob a visão da análise econômica, “[...] o Direito é uma política pública, sendo que o raciocínio analítico teórico e a pesquisa empírica são utilizados para torná-la mais eficiente no cumprimento dos objetivos eleitos pela sociedade” (FUX; BODART, 2021, p. 27).

Para Richard Posner (2022, p. 87), a teoria possui tanto aspectos normativos quanto positivos. O aspecto positivo diz respeito à tentativa de explicar as regras e os resultados legais como eles realmente são, ao passo que o aspecto normativo se ocupa da eficiência enquanto um valor. O autor exemplifica sua acepção da eficiência enquanto um valor no seguinte exemplo:

Embora os economistas não possam dizer à sociedade se ela deve tentar controlar o roubo, eles podem mostrar que seria ineficiente (§1.2) permiti-lo de forma ilimitada. Dessa forma, esclarece-se um conflito demonstrando o quanto de um valor — a eficiência — deve ser sacrificado para alcançar

outro. Ou, tomando-se como meta a limitação do roubo, o economista poderia ser capaz de mostrar que os meios utilizados pela sociedade para alcançar o objetivo são ineficientes e que a sociedade poderia obter mais prevenção a um custo menor usando diferentes métodos. Se os métodos mais eficientes não prejudicarem outros valores, eles seriam socialmente desejáveis mesmo que a eficiência fosse baixa na escala de valores sociais. (POSNER, 2022, p. 87)

Ivo Gico Júnior (2021, p. 32), adotando a classificação dicotômica da Análise Econômica do Direito, esclarece que

A ideia aqui é que há uma diferença entre o mundo dos fatos que pode ser investigada e averiguada por métodos científicos, cujos resultados são passíveis de falsificação – o que chamamos de análise positiva – e o mundo dos valores, que não é passível de investigação empírica, não é passível de prova ou de falsificação e, portanto, não é científico, que chamaremos de análise normativa. Nesse sentido, quando um juiz investiga se A matou B, ele está realizando uma análise positiva (investiga um fato). Por outro lado, quando o legislador se pergunta se naquelas circunstâncias aquela conduta deveria ou não ser punida, ele está realizando uma análise normativa (investiga um valor), ainda que fatos sejam relevantes para a decisão.

Utilizando o instrumental teórico da Economia, a AED busca responder dois tipos de questões na concepção de Caon: (i) quais as consequências de uma determinada norma jurídica?; (ii) qual norma jurídica deve ser adotada? O autor classifica a resposta à primeira questão, como uma abordagem descritiva ou explicativa com resultados preditivos, como um viés positivo da AED. Ou seja, trata das repercussões do Direito sobre o mundo real. Por sua vez, quando se utilizam os conceitos econômicos para a escolha da norma jurídica mais eficiente, a AED tem um viés normativo, relacionando-se com conceitos econômicos como eficiência, maximização de riqueza e bem-estar, que adiante serão abordados devido a sua importância para o presente trabalho.

A este respeito, sintetiza Gico Júnior (2021, p. 35):

Em resumo, a AED positiva nos auxiliará a compreender o que é a norma jurídica, qual a sua racionalidade e as diferentes consequências prováveis decorrentes da adoção dessa ou daquela regra, ou seja, a abordagem é eminentemente descritiva/explicativa com resultados preditivos. Já a AED normativa nos auxiliará a escolher entre as alternativas possíveis a mais eficiente, isto é, escolher o melhor arranjo institucional dado um valor (vetor normativo) previamente definido.

Essas concepções dialogam com a efetividade da atuação do controle interno na Administração Pública, uma vez que dados e indicadores econômicos e sociais devem nortear a atividade administrativa, que deve ser eficiente e racional.

A AED tem por base os métodos da teoria microeconômica, segundo a qual “[...] antes de tomar uma decisão os agentes econômicos comparam os benefícios e os custos das diferentes alternativas, sejam elas de natureza estritamente econômica, seja de natureza social ou cultural” (PORTO; GAROUPA, 2022, p. 141). Ou seja, dados e indicadores sociais e econômicos não podem ser desprezados na formulação de políticas públicas e, conseqüentemente, na concretização de direitos fundamentais, que consistem na maximização do bem-estar social.

Em síntese, a “[...] perspectiva econômica vê o Direito como uma instituição que deve promover a eficiência, contribuindo, dessa forma, para melhorar o bem-estar social” (PORTO; GAROUPA, 2022, p. 143).

A AED promove uma análise crítica sobre o Direito, ao qual faltaria cientificidade. A aplicação dos conceitos econômicos, da econometria, da matemática, da estatística, seriam então capazes de conferir a objetividade que falta ao Direito, uma vez que conceitos como eficiência, maximização de riqueza, bem-estar, escolha racional, dentre outros que serão abordados, teriam o condão de afastar a subjetividade do hermenêuta.

Nesse sentido, para Luiz Fux e Bruno Bodart (2021, p. 29), não existe “[...] no Direito um núcleo axiomático do qual derivam logicamente as demais proposições do raciocínio jurídico”. Prosseguem os autores, em rigorosa crítica:

[...] o Direito não é baseado em leis gerais ou teorias sobre o comportamento humano – toda a disciplina gira em torno de formulações artificiais sobre o que seria o Direito em si mesmo. Justamente pela ausência de base teórica sobre o comportamento humano, o Direito é despido de capacidade preditiva, atributo essencial a qualquer ciência. Teses são construídas, divulgadas e, o mais grave, informam decisões práticas sem nenhuma preocupação com a sua prova. Isso porque a argumentação jurídica é marcada por um misto desorganizado de argumentos deontológicos com inserções consequencialistas. Na parte deontológica, afirmações são amparadas por noções não falseáveis de justiça, em contraposição ao caráter observacional e universalista da ciência. Nenhum rigor formal é empregado para ligar premissas a conclusões e a matemática é amplamente ignorada entre juristas. Por fim, o recurso a argumentos empíricos é realizado sem preocupação com os métodos e técnicas que permitiriam extrair inferências válidas a partir de dados, do que resultam falácias e erros fundamentais. (FUX; BODART, 2021, p. 29-30).

Assim, a Economia teria uma estrutura básica e geral de caráter científico, para guiar a análise do comportamento humano, com potencial para constituir a “[...] viga mestra de todas as ciências sociais” (FUX; BODART, 2021, p. 29).

Essa visão objetiva e dotada de cientificidade é, em certa medida, aplicável ao Direito Administrativo, pois o direito fundamental à boa administração representa a aplicação dos princípios constitucionais regentes da Administração Pública, consagrados no art. 37 da Constituição, dentre eles, o princípio da eficiência, cujo conceito é basilar e fundamental na AED.

2.2. PRINCIPAIS CONCEITOS E TEORIAS RELATIVAS À ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Para que seja possível compreender a Análise Econômica do Direito e sua adequação para responder ao problema de pesquisa, conceitos, teorias e concepções da Economia necessitam ser assimilados, pois servirão de parâmetro para a análise do problema e serão constantemente citados no capítulo 3.

Inicialmente, registramos que esses conceitos possuem não só um viés próprio da Economia tal qual ordinariamente conhecemos, ligada a mercados financeiros, ao dinheiro, dentre outras preconcepções. Para além disso, estão ligados a uma ciência com robustos mecanismos para compreensão do comportamento humano e da tomada de decisões, as quais trata o campo da Economia Comportamental, campo complementar à AED.

2.2.1. Preferência e escassez

Dentre vários conceitos econômicos, a AED trabalha com as ideias de mercado, preferência, escassez, eficiência, bem-estar e maximização da riqueza/utilidade. Parte da premissa de que os agentes econômicos (pessoas físicas, jurídicas ou Instituições), na tomada de decisão, atuam em um mercado cujos recursos são escassos e que sofre constante pressão baseada na oferta e na procura desses recursos. Ou seja, os agentes econômicos seriam racionais maximizadores de utilidade em todas as esferas da vida, que não se limitariam, segundo Posner (2022, p. 39), às atividades econômicas. Esse mercado, fora da concepção econômica/financeira, pode ser a disputa democrática, a relação entre partes contratantes, ou o direito penal, em que se busca um equilíbrio, que representa a estabilidade entre a oferta e a procura (POSNER, 2022, p. 53).

Em um Estado Democrático, a tensão entre a legitimidade conferida ao Gestor Público para administrar a *res publica* e a vontade popular consagrada na Constituição e nas leis estará sempre presente. A busca pelo ponto de equilíbrio não é tarefa simples, mas quando um mercado possui uma falha, que ocorre quando indivíduos ou organizações buscam maximizar seus interesses próprios em detrimento do interesse social, gerando a alocação ineficiente dos recursos públicos (PORTO; GAROUPA, 2022, p. 165), surge a importância dos mecanismos de controle, interno, externo ou social. A questão dialoga com a falibilidade humana e a AED fornece subsídios para compreensão de fenômenos relacionados ao processo de tomada de decisão.

A AED tem como uma de suas premissas a de que os indivíduos possuem preferências e que são capazes de ordenar suas preferências de acordo com a utilidade que cada uma lhe gera. Essas preferências variam de pessoa a pessoa, sendo subjetivas e idiossincráticas (GICO JÚNIOR, 2020, p. 35-36). Para Gico Júnior (2020, p. 37), tais preferências decorrem das opiniões e do gosto pessoal, não podendo ser consideradas certas ou erradas, pois “elas simplesmente são”. A partir desse raciocínio, pode-se conceber que uma pessoa valorize mais um bem ou qualquer outra utilidade do que outra. Não se mostra viável, pois, a comparação intersubjetiva de utilidades (GICO JÚNIOR, 2020, p. 38).

A ideia de escassez é uma das bases do método econômico, pois, se os recursos não fossem escassos, não haveria problema econômico, pois todos poderiam, de forma livre, satisfazer suas necessidades. A escassez impõe que os integrantes de uma sociedade façam escolhas possíveis e excludentes (GICO JÚNIOR, 2021, p. 36). Ou seja, a finitude dos recursos (escassez) impõe escolhas que geram custos que são sopesados com os benefícios pretendidos.

Os custos são, para a teoria econômica, a segunda alocação factível mais interessante para o recurso, ou seja, trata-se do custo de oportunidade que corresponde à escolha que foi preterida. Para melhor compreensão, calha apresentar o exemplo fornecido por Gico Júnior (2020, p. 40):

Assim, por exemplo, se decidimos comprar caças para fortalecer nossa Aeronáutica, abdicamos de outra alocação que esses recursos poderiam ter (e.g. construir escolas). Se você opta por ler este livro, deixa de realizar outras atividades como ver os amigos, passear com a pessoa amada ou

assistir a um bom filme. A utilidade que cada um gozaria com uma dessas atividades que não pôde ser realizada (trade-off) é o seu custo de oportunidade, i.e., o preço implícito ou explícito que se paga pela primeira alternativa.

A noção de escassez conduz a uma série de implicações no estudo do Direito, dentre elas, talvez a principal seja a de que os direitos são custosos (SALAMA, 2008, p. 16). O Estado, para garantir o livre exercício dos direitos, precisa de recursos financeiros, pois “[...] os direitos custam dinheiro e não podem ser protegidos nem garantidos sem financiamento e apoio públicos” (HOLMES; SUNSTEIN, 2019, p. 11).

Segundo Holmes e Sunstein (2019, p. 101), em razão de a Administração Pública dispor de recursos escassos, a escassez desses recursos é, lamentavelmente, uma razão legítima para que um direito não seja protegido. Por este motivo, não existem direitos absolutos. (SOUZA; OLIVEIRA, 2018, p. 79-80) Ou seja, mesmo que haja garantia constitucional ou legal de um direito, se o Estado não dispuser de meios financeiros para concretizá-lo, ele não será protegido.

Dessa constatação infere-se que a malversação de recursos públicos, ou seu desvio através da corrupção devem ser enfrentados com a seriedade que merecem, sem discursos retóricos que privilegiem uma suposta discricionariedade administrativa imotivada e irracional, em detrimento da efetivação de uma boa gestão, que aloque de forma eficiente os escassos recursos públicos.

O sistema de controle interno, ao exercer o controle da economicidade dos atos administrativos e avaliar o cumprimento de metas previstas no plano plurianual e dos programas de governo e orçamentos dos entes públicos, inclusive quanto à eficácia e eficiência de seus resultados, mostra-se como relevante ator no controle dos gastos públicos, com a potencialidade de fomentar a boa gestão pública.

2.2.2. Eficiência e a maximização da riqueza/utilidade

A eficiência, em termos gerais, refere-se à otimização de alguma medida de valor, ou seja, em uma realidade de escassez de recursos, o agente econômico buscará extrair dos fatores de produção seu rendimento máximo (PORTO; GAROUPA, 2022, p. 145). Por exemplo, quando a Constituição Federal estabelece um arcabouço de princípios regentes da Administração Pública, os agentes econômicos, concebidos no sentido

de tomadores de decisões (gestores públicos), devem decidir de forma eficiente e maximizar este valor constitucional.

Nesse sentido, a própria Constituição positivou o princípio da eficiência no rol de princípios constitucionais da Administração, impondo ao administrador público o dever de observar as boas práticas administrativas, visando exercer com celeridade e adequação suas funções, em prol do bem comum (GARCIA, 2015, p. 111-113).

A eficiência econômica é medida, usualmente, pela fórmula do bem-estar social, que é “[...] uma medida de agregação do nível de utilidade aferido por cada membro de uma determinada sociedade em face das consequências resultantes de determinada escolha política, jurídica ou social” (PORTO; GAROUPA, 2022, p. 145).

Para a economia, todo indivíduo racional possui preferências, predileções, que são associadas a um nível de satisfação, usualmente chamada de nível de utilidade. A fórmula do bem-estar social seria uma medida de agregação dos níveis de utilidade atribuída a todos os indivíduos de uma sociedade (PORTO; GAROUPA, 2022, p. 145-146).

Para Gico Júnior (2020, p. 81), em uma democracia, as políticas públicas e o direito não podem estar dissociados do conceito de eficiência, o qual costuma ser analisado pelos juseconomistas sobre dois aspectos: a eficiência produtiva e a eficiência alocativa.

A eficiência produtiva considera uma entidade como produtivamente eficiente, quando o bem ou o serviço é produzido ao menor custo possível. É inerente à eficiência produtiva a *produtividade* e a *economicidade*. Ou seja, haverá eficiência quando se produz mais “[...] gastando o mesmo (produtividade) ou quando produz o mesmo gastando menos (economicidade)” (GICO JÚNIOR, 2020, p. 81).

Por sua vez, a eficiência alocativa discute a utilidade alcançada no processo produtivo e, na hipótese de políticas públicas, consiste no grau de preferência da sociedade. Para Gico Júnior (2020, p. 83), “Haverá eficiência alocativa quando houver a distribuição ótima de bens e serviços levando-se em consideração as preferências da sociedade, i.e., quando o resultado do processo produtivo, o produto, for aquele que gerar a maior utilidade ou bem-estar social possível.”

A concepção acerca da eficiência alocativa diz respeito, sobretudo, à adequação da escolha realizada, uma vez que, se “[...] houver outra alocação de recursos que gere mais bem-estar, então esse estado social é alocativamente ineficiente” (GICO JÚNIOR, 2020, p. 84). Nesse contexto, o controle interno, em sua função constitucional, tem a potencialidade de fornecer ao gestor dados concretos que possibilitem uma atuação eficiente e que lhe permita gerir de forma eficaz os escassos recursos públicos em prol da coletividade.

O conceito de eficiência está relacionado à maximização da fórmula do bem-estar social. Ou seja, é eficiente toda medida que gere uma maior satisfação do maior número de indivíduos de uma sociedade, sendo esta a ideia-base da filosofia utilitarista, materializada no critério de eficiência de Kaldor-Hicks, que estabelece o somatório simples desses níveis de utilidade dos indivíduos na sociedade (PORTO; GAROUPA, 2022, p. 146-148).

O pioneiro critério de aferição da eficiência foi desenvolvido pelo engenheiro, sociólogo e economista Vilfredo Pareto, que significa que não existe nenhuma outra alocação de recursos que torne a situação de pelo menos uma pessoa melhor, sem piorar a situação de nenhuma outra (POSNER, 2022, p. 60). Ou seja, pelo critério de Pareto, “[...] uma determinada medida pode ser considerada eficiente somente quando melhora o nível de bem-estar de alguém sem piorar o nível de bem-estar de outra pessoa”, sendo, portanto, mais restritiva do que o critério de Kaldor-Hicks (PORTO; GAROUPA, 2022, p. 148), devido à superioridade de Pareto constituir uma unanimidade para todas as pessoas afetadas (POSNER, 2022, p. 60).

Gico Júnior (2020, p. 85) afirma que Pareto tentava resolver o problema do utilitarismo de Bentham, “[...] que pressupunha a possibilidade de agregação e de comparabilidade intersubjetiva de utilidade”, e, portanto, é uma estratégia de comparação de estados sociais “[...] que não incorre em comparação intersubjetiva de utilidade”.

Assim, considera-se uma política Pareto superior, se ela melhorar a situação de uma pessoa, sem piorar a situação de nenhuma outra; ao passo que uma política seria Pareto inferior, se a política piorar a situação de alguém sem melhorar a situação de ninguém. Nomeia-se uma situação como ótimo de Pareto, quando não houver

qualquer melhora de Pareto possível. Diz-se, também, que o ótimo de Pareto é um estado Pareto eficiente (GICO JÚNIOR, 2020, p. 86).

O ótimo de Pareto não possui, necessariamente, um aspecto socialmente benéfico ou aceitável, ao estabelecer, na prática, que nenhuma mudança seria possível na ausência de unanimidade, que se mostra como flagrante limitação da eficiência paretiana como guia de políticas públicas (SALAMA, 2008, p. 24). Por outro lado, o critério de Kaldor-Hicks busca superar a restrição imposta pelo ótimo de Pareto, pois, neste critério, “[...] o importante é que os ganhadores possam compensar os perdedores, mesmo que efetivamente não o façam. Isso quer dizer que o critério de Kaldor-Hicks permite que mudanças sejam feitas ainda que haja perdedores” (SALAMA, 2008, p. 24).

Para Posner (2022, p. 60-61), o critério de superioridade de Pareto tem poucas aplicações no mundo real, porque as transações têm efeito sobre terceiros e a unanimidade para todas as pessoas afetadas seria uma limitação. Assim, o jurista adota o conceito menos austero de eficiência de Kaldor-Hicks, em que “Os vencedores poderiam compensar os perdedores, independentemente de que venham ou não a fazer tal compensação”, sendo, por isso também, chamado sugestivamente de superioridade potencial de Pareto (POSNER, 2022, p. 60-61).

Gico Júnior (2020, p. 87) esclarece que as limitações do critério de Pareto e a necessidade de superar a comparação intersubjetiva de utilidade geraram debates na década de 1930, os quais levaram os professores Nicholas Kaldor e John Richard Hicks a oferecerem duas alternativas que viriam a ser conhecidas como o critério de Kaldor-Hicks, mais utilizado atualmente para se discutir políticas públicas.

Kaldor objetivava desenvolver um critério de bem-estar mais amplo que o de Pareto e, segundo o seu critério, a eficiência poderia ser aferida sempre que “[...] os beneficiados por uma mudança no *status quo* podiam compensar os prejudicados e, ainda assim, auferir algum benefício líquido” (GICO JÚNIOR, 2020, p. 87). Ou seja, uma mudança é Kaldor eficiente “[...] se, após a mudança do *status quo*, for hipoteticamente possível uma redistribuição de recursos capaz de criar um estado Pareto superior ao estado original”. Por essa razão, o critério foi conhecido como “Princípio da Compensação ou Pareto Potencial” (GICO JÚNIOR, 2020, p. 88).

A partir do critério de Kaldor, Hicks desenvolveu sua tese de forma semelhante, “[...] mas focado não na possibilidade de compensação *ex post* pelos beneficiários da mudança e sim na possibilidade de compensação *ex ante* pelos potenciais prejudicados” (GICO JÚNIOR, 2020, p. 89). Combinados os critérios, sintetiza Ivo Gico Júnior (2020, p. 90) que

[...] uma mudança social é uma melhora Kaldor-Hicks se aqueles que se beneficiarem da mudança puderem compensar os que por ela forem prejudicados ou os prejudicados puderem compensar os beneficiários pela não mudança, ainda que não o façam (Pareto potencial). Ao contrário de Pareto, no critério Kaldor-Hicks é possível que algumas pessoas sejam prejudicadas com a mudança de estado social e ainda assim se reconheça que houve um aumento do bem-estar social.

Dessa forma, o critério de Kaldor-Hicks se mostra mais aderente como guia de políticas públicas, notadamente em uma sociedade complexa, como a que contemporaneamente vivemos.

Essa diferença entre os critérios de eficiência de Pareto e Kaldor-Hicks se dá em razão da dicotomia entre as ideias de maximização da riqueza, conforme concebida por Posner, como sinônimo de eficiência, e de maximização da utilidade.

A teoria da maximização da riqueza de Richard Posner adotava o valor monetário como ponto central a ser maximizado, entretanto, após severas críticas, Posner reconheceu que “[...] não havia base moral para limitar o objetivo imediato do direito à maximização da riqueza” (GICO JÚNIOR, 2020, p. 135). Esclarece Posner que “[...] riqueza, como usada por economistas, não é um conceito de contabilidade. Ela é medida por quanto uma pessoa pagaria pelas coisas ou a demanda de troca por desistência das coisas que possui, não pelo que eles pagam efetivamente por elas” (POSNER, 2022, p. 65). Assim, tendo Posner abandonado a ideia de maximização da riqueza, resta superado o debate acerca do antagonismo entre maximização da riqueza e maximização da utilidade, que não será aqui aprofundado.

O critério de Pareto considera a diferença entre a maximização da utilidade e a da riqueza, uma vez que os indivíduos podem atribuir utilidades distintas a uma mesma quantidade de riqueza. Assim, apesar de mais restritivo, o critério de Pareto garante que o aumento de bem-estar se dê também em termos de utilidade (PORTO; GAROUPA, 2022, p. 148). Por outro lado, a eficiência Kaldor-Hicks considera

eficientes as medidas sempre que os ganhos sociais superem as perdas dela decorrentes.

A Administração Pública, para cumprir sua finalidade constitucional, tem que se pautar pela eficiência, cujo conceito dialoga com a noção de custo vs. benefício e com a economicidade administrativa. Para tanto, os gestores públicos devem tomar decisões racionais em uma lógica econômica, ou seja, devem buscar a maximização do bem-estar social.

2.2.3. A Teoria da Escolha Racional e A Teoria dos Jogos

Para a AED, o comportamento humano é racional, pois o indivíduo age visando maximizar a utilidade pretendida, o que ocorre tanto na economia quanto em qualquer esfera da vida (POSNER, 2022, p. 39). Para Porto e Garoupa (2022, p. 149), a análise da relação custo-benefício como método para tomada de decisões tem como modelo teórico tradicional a Teoria da Escolha Racional, que pressupõe que as pessoas são agentes racionais que buscam a maximização de sua utilidade/bem-estar. Referida teoria possibilita a elaboração de previsões inerentes ao comportamento humano, que buscaria promover sua utilidade.

No âmbito da Administração Pública, a racionalidade se mostra como parâmetro fundamental para a tomada de decisões sobre recursos escassos e para a concretização de direitos fundamentais. Isso porque é indiscutível que políticas públicas adequadas possibilitam que a Administração concretize direitos fundamentais, contribuindo para a redução da desigualdade (SENNÁ, 2019, p. 56).

Entretanto, a racionalidade do modelo de escolha racional não deve ser sobredimensionada, por possuir limitações consistentes na abordagem de apenas algumas das premissas de um processo decisório. Fux e Bodart (2021, p. 36) aduzem que as premissas abrangidas na teoria são: (i) de que todo agente possui preferências; (ii) de que todo agente é capaz de ordenar suas preferências, estabelecendo uma prioridade entre elas (completude); que há uma compatibilidade lógica entre as ordens eleitas para as diversas preferências individuais (transitividade).

As pessoas não são sempre racionais, pois existem situações em que a escolha racional é bloqueada por incertezas, definidas como um risco não calculado (POSNER, 2022, p. 39). Ivo Gico Júnior (2021, p. 45) salienta que a hipótese trazida na Teoria da Escolha Racional é a de que os indivíduos se comportam como se fossem racionais e não de que sejam racionais. Para o autor, “A teoria econômica não pressupõe que internamente cada agente esteja conscientemente realizando contas o tempo todo e ponderando custos e benefícios de cada ato de suas vidas, apenas que na média eles se comportam como se estivessem” (GICO JÚNIOR, 2021, p. 45). Ou seja, a hipótese pode ser aplicada a uma parcela substancial dos problemas, pois a racionalidade do dia a dia está em todos os lugares. Entretanto, nas situações que envolvem riscos e incertezas, os agentes podem não se comportar da forma esperada (GICO JÚNIOR, 2021, p. 45).

A teoria convencional da escolha racional supõe que as pessoas tomam decisões sem considerar a reação de outras pessoas a elas. Entretanto, em algumas situações, uma pessoa racional, ao decidir como agir, considerará a provável reação das outras pessoas, agindo estrategicamente (POSNER, 2022, p. 73). Nesse cenário, exsurge a denominada Teoria dos Jogos, que “[...] engloba conjunto de teorias filosóficas, matemáticas, estatísticas e políticas sobre como os agentes racionais tomam ou deveriam tomar suas decisões ao longo das interações humanas”, tratando de situações que envolvem estratégias para a tomada de decisões, considerando a interdependência entre os agentes envolvidos (PORTO; GAROUPA, 2022, p. 257).

Para a Teoria dos Jogos, os agentes são considerados jogadores e as decisões estratégicas de cada jogador influenciarão nas decisões dos demais. Objetiva a teoria auxiliar os jogadores na adoção das melhores estratégias, com escolhas que produzam o melhor resultado no contexto do jogo (PORTO; GAROUPA, 2022, p. 257). Na Administração Pública, o melhor contexto do jogo não pode ser outro senão o objetivo fundamental de promoção do bem de todos, devendo o gestor tomar as decisões racionais e eficientes para que seja possível alcançar esta finalidade.

Porto e Garoupa (2022, p. 257) registram que as teorias dos jogos podem ter três aplicações:

Em primeiro lugar, fornecem uma compreensão adequada, envolvendo a descrição e a análise de problemas de decisão interativa entre agentes

racionais, isto é, as situações de jogo. Em segundo, ajudam a solucionar situações em que há potencial conflito e nas quais algum grau de cooperação é desejável por parte dos agentes. Por fim, aprofundam o entendimento acerca das interações estratégicas e do papel das regras jurídicas nesse contexto, podendo servir para a criação de mecanismos normativos de incentivo, com o intuito de produzir determinados comportamentos desejáveis. Portanto, as teorias dos jogos têm papel extremamente relevante na compreensão das ações em contextos de interação, de modo geral, e, mais especificamente, para o Direito, podendo se aplicar às mais diversas situações.

A racionalidade é a base da Teoria dos Jogos, pois trabalha com a hipótese de que os jogadores buscarão, necessariamente, a estratégia que maximizará seu bem-estar, empregando os meios adequados para vencer o jogo. Pressupõe que não só um envolvido, mas todos eles se comportem com total racionalidade (POSNER, 2022, p. 75).

Para tanto, a Teoria dos Jogos considera várias situações em que se encontram os agentes e importantes variáveis nas estratégias, como: se as decisões são simultâneas ou concomitantes, qual o nível de informação dos jogadores, a dominância e o equilíbrio e os tipos de “mercado” em que se dá o jogo. Para cada tipo de estratégia, a Teoria dos Jogos prevê um comportamento racional esperado e evidencia também os vieses cognitivos aos quais estão sujeitos os jogadores.

Um exemplo clássico é o denominado *dilema dos prisioneiros*, em que se imagina que dois criminosos, presos, vivem um dilema entre trair ou cooperar e a relação entre essa decisão e as consequências de sua prisão.

Porto e Garoupa (2022, p. 264) exemplificam o dilema dos prisioneiros com as figuras de Bonnie e Clyde, que teriam sido presos em uma tentativa de roubo e confinados em celas separadas, de modo que sua comunicação fosse interrompida, não tendo um o conhecimento sobre as decisões do outro. A ambos, foi feita a mesma proposta de que, por terem sido flagrados portando arma de fogo, cada um poderia cumprir dois anos de reclusão. Entretanto, caso um confessasse a tentativa de roubo do parceiro, poderia sair livre, enquanto o comparsa cumpriria 10 anos de prisão. Caso ambos delatassem o parceiro, cumpririam cada um a pena de 5 anos (PORTO; GAROUPA, 2022, p. 264).

Nesse jogo, ambos os prisioneiros têm uma estratégia dominante que é confessar, tentando, assim, maximizar seu interesse individual de sair impune. Entretanto, ambos estariam melhor se não confessassem, pois cumpririam 2 anos de prisão.

Segundo Porto e Garoupa (2022, p. 264-265), pontua-se que mesmo que os dois jogadores tivessem combinado não confessar, essa decisão seria irracional, pois contraria o seu próprio interesse. Para os autores, “Esse tipo de estrutura de jogo revela, portanto, a dificuldade de cooperação entre dois agentes, mesmo em cenários de comunicação prévia e produção de acordos sobre as estratégias a serem adotadas no jogo.” (PORTO; GAROUPA, 2022, p. 265)

A Teoria dos jogos, para Posner (2022, p. 76), tem muitas aplicações potenciais no direito, em face de sua íntima relação com o comportamento estratégico, como ocorre nas negociações de contratos, nos litígios e acordos e em diversas outras áreas.

Ronald Hilbrecht (2021, p. 172-173) informa que a Teoria dos Jogos tem se mostrado útil ao Direito, por dois motivos. Primeiro, a Teoria dos Jogos fornece uma estrutura de análise que auxilia na previsão do impacto de leis e de políticas públicas, pois se refere ao comportamento das pessoas e como elas, como agentes racionais, agem para escolher a melhor ação possível para alcançar seus próprios objetivos. Dessa forma, a Teoria dos Jogos pode ajudar juristas e legisladores a analisar e entender as consequências de determinadas estruturas legais. Segundo, a Teoria dos Jogos pode ajudar profissionais das áreas jurídicas a desenharem sistemas legais para que os objetivos desejados sejam mais facilmente alcançados.

Entretanto, como mencionado, a Teoria dos Jogos e a Teoria da Escolha Racional trabalham com a hipótese da racionalidade dos agentes, que agem visando maximizar sua utilidade, podendo ser aplicada a uma parcela substancial dos problemas e à coletividade como um todo. Porém, existem situações que envolvem riscos e incertezas, em que os agentes podem não se comportar da forma esperada.

A psicologia, a economia e as demais ciências correlatas apontam que o comportamento humano exhibe desvios sistemáticos de racionalidade, ligados a um “ambiente ancestral” do cérebro humano, em que a atenção se voltava para eventos de alta probabilidade de ocorrência, que garantiriam a sobrevivência e, por outro lado, não lidaria bem como eventos de menor risco (POSNER, 2022, p. 69). Esses desvios

cognitivos acabam por impedir que os agentes tomem decisões eficientes, baseadas na análise de custo-benefício (PORTO; GAROUPA, 2022, p. 150).

Os primeiros a investigar esses desvios comportamentais foram Daniel Kahneman e Amos Tversky, com a *Prospect Theory*, que, devido a sua importância, fez com que Kahneman fosse laureado com o Nobel de Economia, em 2002. Para os pesquisadores, o comportamento humano diverge, em várias circunstâncias, do modelo econômico tradicional. Entretanto, essa divergência é sistemática, possuindo um padrão que torna o comportamento humano previsível, bastando que essas limitações cognitivas sejam adaptadas ao modelo de análise (GICO JÚNIOR, 2021, p. 45). No mesmo sentido, em 2017, o economista Richard Thaler foi laureado com o Nobel da Economia, também pelos estudos realizados unindo a psicologia e a economia e como as pessoas nem sempre agem com racionalidade.

Os desvios comportamentais se devem ao enviesamento da percepção da realidade, que faz com que o cérebro opte por atalhos resolutivos para facilitar o processo de tomada de decisão (KAHNEMAN, 2011, p. 15). Esses atalhos, chamados de *heurísticas* ou *vieses*, acabam por nos conduzir a decisões que não são as melhores, do ponto de vista da maximização da utilidade (PORTO; GAROUPA, 2022, p. 151).

A investigação das circunstâncias em que o indivíduo diverge do comportamento racional possui uma abordagem multidisciplinar que envolve a economia, a psicologia, as neurociências e o direito, sendo denominada de Economia Comportamental, a qual se mostra relevante para a compreensão do processo de tomada de decisão e em contextos nos quais o elemento volitivo é relevante.

O conhecimento da existência dos vieses e heurísticas se mostra relevante para compreensão do processo de tomada de decisão na Administração Pública e para estabelecer os mecanismos de controle que os evitem ou que possibilitem sua correção.

2.2.4. A Economia Comportamental

A economia comportamental tem o objetivo de entender os desvios recorrentes dos pressupostos da Teoria da Escolha Racional, que se dá por meio dos vieses

cognitivos que desviam o agente, quando da tomada de decisão, do atingimento do resultado racionalmente direcionado para a maximização da utilidade.

Richard Posner (2022, p. 72-73), ao reconhecer que as nossas limitações cognitivas afetam a habilidade humana de fazer escolhas racionais, persuadindo e recomendando ajustes na análise econômica convencional do direito, registra que há duas razões para conter o entusiasmo com a análise do direito por meio da economia comportamental. A primeira, porque a economia comportamental não consideraria a autosseleção, consistente na evolução do cérebro humano, e sua capacidade de lidar com eventos de baixa probabilidade de ocorrência; a segunda, porque as limitações cognitivas afetam tanto os agentes públicos quanto os particulares, independentemente dos incentivos e restrições econômicas normais para cada qual, o que limitaria as implicações nas diretrizes do direito comportamental e da economia (POSNER, 2022, p. 72-73).

Porto e Garoupa (2022, p. 289) rechaçam a abordagem antagônica entre a economia tradicional, baseada na Teoria da Escolha Racional, e a economia comportamental, com as descobertas análises comportamentais. Para os autores, são abordagens complementares, devendo a economia comportamental ser vista como uma nova ferramenta que sofisticada as previsões e análises da economia neoclássica, sem desconsiderar sua qualidade preditiva.

Essa complementariedade se dá em razão de a teoria neoclássica prever comportamentos que não são empiricamente verificáveis e que, por isso, desconsideram decisões triviais incompatíveis com o sujeito ideal da Teoria da Escolha Racional (PORTO; GAROUPA, 2022, p. 292). Isso porque a teoria neoclássica se baseia em duas características essenciais do ator racional:

- (i) compreende todas as opções física e logicamente possíveis a sua disposição, bem como conhece todos os estados do mundo possíveis, física e logicamente, relevantes para sua escolha; (ii) é um agente bayesiano, dotado de uma estrutura preferencial coerente, sendo ainda capaz de estimar a utilidade esperada de cada curso de ação.(PORTO; GAROUPA, 2022, p. 292)

Em razão da discrepância entre o comportamento real das pessoas e a idealização da Teoria da Escolha Racional, Herbert Simon⁴ denominou como “Racionalidade

⁴ Laureado com o Nobel da Economia, em 1978, pela elaboração da teoria da racionalidade limitada.

Limitada” a carência de capacidade cognitiva que as pessoas têm para resolver problemas complexos (THALER, 2019, p. 37). Referida teoria é a base da economia comportamental (PORTO; GAROUPA, 2022, p. 295-296) e, posteriormente, foi complementada por Kahneman e Tversky, quando alertaram que os erros que acometiam o processo de tomada de decisão não eram aleatórios.

O complexo funcionamento do cérebro humano, cujo estudo é afeto à psicologia, à medicina e às demais neurociências, devido a sua multidisciplinariedade, também é tratado no âmbito da economia, que se interessa pelo sistema de tomada de decisões. Os desvios comportamentais foram tratados, dentre outros, por Daniel Kahneman e Amos Tversky, com a *Prospect Theory*, que descreve o modo como as pessoas escolhem entre alternativas que envolvem riscos, cujas probabilidades de resultados são incertas. Os autores constataram que os vieses sistemáticos na mente humana influenciavam o processo de tomada de decisões, por meio de preferências intuitivas que violavam consistentemente as regras da escolha racional (KAHNEMAN, 2011, p. 17).

Posteriormente, Daniel Kahneman, Olivier Sibony e Cass Sunstein (2021, p. 6) diferenciaram os componentes do erro humano, classificando-os como decorrentes dos *vieses* e dos *ruídos*.

Para Kahneman (2011, p. 30), em sua obra *Rápido e devagar*⁵, após expor a imagem de uma mulher com raiva e de um problema de multiplicação, ressaltando como chegamos a conclusões rápidas e intuitivas, ou lentas e racionais, com sua simples visualização, traz a proposta criada pelos psicólogos Keith Stanovich e Richard West, da existência de dois sistemas na nossa mente:

O Sistema 1 opera automática e rapidamente, com pouco ou nenhum esforço e nenhuma percepção de controle voluntário.

O Sistema 2 aloca atenção às atividades mentais laboriosas que o requisitam, incluindo cálculos complexos. As operações do Sistema 2 são muitas vezes associadas com a experiência subjetiva de atividade, escolha e concentração. (KAHNEMAN, 2011, p. 30).

O Sistema 1 (rápido) tem uma natureza intuitiva, incluindo habilidades inatas que compartilhamos com outros animais, pois “Nascemos preparados para perceber o mundo em torno de nós, reconhecer objetos, orientar a atenção, evitar perdas e ter

⁵ Título original em inglês *Thinking, Fast and Slow*.

medo de aranhas” (KAHNEMAN, 2011, p. 31). De igual forma, esse Sistema 1 aprende a associar ideias e habilidades, como ler e compreender nuances de situações sociais (KAHNEMAN, 2011, p. 31). Kahneman (2011, p. 32) cita como exemplos a compreensão de sentenças simples em sua própria língua, a capacidade de orientação na direção de um som alto e inesperado, ou a associação ao resultado da equação matemática $2+2=4$, ou o pensamento em Paris quando a capital da França é mencionada.

Richard Thaler e Cass Sunstein (2008, p. 32) afirmam que, segundo os neurocientistas, as atividades do sistema automático estão ligadas às partes ancestrais do cérebro, que funcionam de forma semelhante e comum a todos os animais.

Quanto ao Sistema 2, as habilidades são reflexivas, exigindo esforço intelectual, tendo como característica a atenção. Como exemplo, Kahneman (2011, p. 32) cita a impossibilidade de se calcular o produto de 17×24 quando se faz uma curva no tráfego pesado. Thaler e Sunstein (2008, p. 32) consideram o sistema reflexivo como premeditado e autoconsciente. Ou seja, extrai-se das mencionadas concepções que o processo decisório é muito mais complexo do que o modelo estipulado pela Teoria da Escolha Racional, pois a nossa forma de pensar não é linear. Assim,

Ao ampliar o escopo da análise dos fatores determinantes para a tomada de decisão, indo além da ideia de maximização do bem-estar, incluindo elementos psicológicos e sociológicos, a Economia Comportamental enriquece a compreensão do processo decisório, e torna possível o desenho de políticas públicas mais inteligentes e responsivas às nuances do comportamento humano. (PORTO; GAROUPA, 2022, p. 297-298).

Os seres humanos são orientados preponderantemente pelo Sistema 1 (automático), que é responsável pela maioria das decisões tomadas, sendo o Sistema 2 (reflexivo), nas palavras de Kahneman (2011, p. 46), “preguiçoso”, relutando em investir mais esforço do que o necessário no processo decisório.

Isso acarreta, em determinados casos, erros intuitivos, acerca dos quais esclarece o autor:

Tirar conclusões precipitadas é eficaz se há grande probabilidade de que as conclusões estejam corretas e se o custo de um ocasional erro for aceitável, e se o “pulo” poupa grande tempo e esforço. Pular para as conclusões é arriscado quando a situação é pouco familiar, existe muita coisa em jogo e não há tempo para reunir mais informação. Essas são as circunstâncias em

que erros intuitivos são prováveis, os quais podem ser evitados com uma intervenção deliberada do Sistema 2. (KAHNEMAN, 2011, p. 123).

As heurísticas e os vieses nascem da interação entre os sistemas automático e reflexivo (THALER; SUNSTEIN, 2008) e esses atalhos resolutivos geram ilusões relativas à nossa forma de ver e compreender o mundo.

As questões afetas à economia comportamental guardam íntima relação com o processo de tomada de decisão na Administração Pública. Os agentes públicos em geral, como qualquer ser humano, são suscetíveis a erros de julgamento, quer esses erros sejam sistemáticos (vieses) ou aleatórios (ruídos).

A pioneira obra de Kahneman, cuja riqueza de conteúdo não será aprofundada no presente trabalho, traz concepções que podem ser sintetizadas em diversos vieses ou heurísticas, que consubstanciam pequenos erros, sistematicamente cometidos de forma repetida e consistente. São atalhos resolutivos que nosso cérebro escolhe para facilitar a tomada de decisões, as quais não poderiam ser consideradas as melhores, quando se busca a maximização da utilidade (PORTO; GAROUPA, 2022, p. 315-316).

Posteriormente, na obra Ruído⁶, Kahneman, Sibony e Sunstein promovem a diferenciação entre as formas de erro humano, em vieses e em ruídos. A principal diferença entre ambos é que, nos vieses, os desvios cognitivos são sistemáticos; nos ruídos, a dispersão é aleatória, estando, por isso, o ruído presente onde quer que haja a elaboração de um julgamento (KAHNEMAN; SIBONY; SUNSTEIN, 2021). Para os autores, o ruído de um sistema ocorre onde “[...] a variabilidade indesejada em julgamentos que deveriam, em termos ideais, ser idênticos, gera injustiça generalizada, altos custos econômicos e erros de muitos tipos” (KAHNEMAN; SIBONY; SUNSTEIN, 2021, p. 28).

Uma parte considerável dos vieses cognitivos é proveniente de uma avaliação equivocada do mundo, a partir da nossa experiência ou de intuições pouco fundamentadas (PORTO; GAROUPA, 2022, p. 316).

⁶ Título original em inglês, *Noise*.

No intuito de tornar mais concreta (ou menos teórica) as acepções das teorias da Economia Comportamental que dizem respeito ao processo de tomada de decisões, citamos abaixo os principais vieses apontados por Daniel Kahneman, Richard Thaler, Cass Sunstein e Olivier Sibony:

(i) *viés da representatividade* – é uma heurística da similaridade, em que se correlaciona o que algo ou alguém parece ser e o que realmente é, o que se dá em razão de uma alta probabilidade decorrente da similaridade, baseada em estereótipos (KAHNEMAN, 2011, p. 651). Por exemplo, considerar que um homem afro-americano de mais de 2 m de altura tem mais probabilidade de ser um jogador de basquete do que um judeu de 1,60 m (THALER; SUNSTEIN, 2008), ou considerar como inteligente uma pessoa apenas porque usa óculos (PORTO; GAROUPA, 2022, p. 317);

(ii) *viés da disponibilidade* – é a tendência de “[...] que as pessoas estimem a frequência de uma classe ou a probabilidade de um evento pela facilidade com que os casos ou ocorrências podem ser trazidos à mente”. Por exemplo, a estimativa de que a população de meia-idade tenha maior risco de ataque cardíaco (KAHNEMAN, 2011, p. 658);

(iii) *excesso de confiança* – é a superestimação que os indivíduos têm em suas crenças de que as coisas boas acontecerão com mais frequência do que as estatísticas apontam e que as ruins têm menos chance de ocorrer (KAHNEMAN, 2011, p. 136);

(iv) *viés confirmatório* – é o atalho cognitivo que “[...] favorece a aceitação acrítica de sugestões e o exagero da probabilidade de eventos extremos e improváveis” (KAHNEMAN, 2011, p. 136);

(v) *viés da análise retrospectiva* – tendência de analisar uma situação a partir de seu desfecho, passando a interpretar os fatos anteriores como se eles necessariamente só pudessem ter conduzido àquele final, sem considerar as probabilidades verdadeiramente aplicáveis quando os fatos estavam se desenrolando (PORTO; GAROUPA, 2022, p. 326). No viés confirmatório, os observadores são levados a avaliar a qualidade de uma decisão sem considerar se o processo foi sólido, mas se o desfecho foi bom ou ruim (KAHNEMAN, 2011, p. 311);

(vi) *viés da ancoragem* – o tomador de decisão inicia o processo com uma âncora que corresponde a um valor que conhece, a partir do qual faz ajustes na direção que considera apropriada. Por exemplo, a estimativa de quantidade de habitantes de uma cidade, a partir de um parâmetro aparentemente similar (THALER; SUNSTEIN, 2008, p. 36-37). A ancoragem resulta de ativação associativa entre uma memória e um fato (KAHNEMAN, 2011, p. 195);

(vii) *efeito moldura* – neste viés, considera-se que a forma por meio da qual as opções são apresentadas, mesmo que substancialmente iguais, acaba influenciando a decisão das pessoas. Nosso sistema associativo tende a se ajustar a um “padrão coerente de ativação e de dúvida e ambiguidade suprimidas” (KAHNEMAN, 2011, p. 137);

(viii) *efeito dotação/de reforço* – consiste em valorizar os bens que possuímos em detrimento dos que não possuímos, mesmo que sejam bens iguais. Está ligado “[...] à nossa aversão à perda, isto é, somos mais sensíveis, negativamente, diante de perdas do que somos, positivamente, em relação a ganhos” (PORTO; GAROUPA, 2022, p. 332–333);

(ix) *viés do status quo* – é uma consequência de nossa aversão à perda, em que tendemos a valorizar mais a posição na qual já estamos, sem realizar uma análise detida de seu custo-benefício. A aversão à perda é uma força conservadora que favorece mudanças mínimas no *status quo* (KAHNEMAN, 2011, p. 470).

Além dos vieses (ou heurísticas) e ruídos, que relativizam a Teoria da Escolha Racional, em outro ponto, a economia comportamental difere e complementa a teoria neoclássica: a ideia de que os agentes racionais são sempre maximizadores da sua utilidade. A complementariedade se dá devido à consideração de que, no processo de tomada de decisões, os agentes racionais trabalham com custos e benefícios marginais da aquisição de unidades adicionais de informação, ou seja, para uma escolha racional, os agentes dispensam custos elevados para conseguir informações, evidenciando que decidir com menos informações se mostra como uma estratégia mais eficiente. Trata-se das técnicas denominadas de *otimizadora* e *satissuficiente* (PORTO; GAROUPA, 2022, p. 295-296).

Assim, os agentes racionais visariam não só a maximização da utilidade, mas também sua otimização, pois, em determinadas hipóteses, o custo-benefício da aquisição de informações não se mostra eficiente, contentando-se o agente com as informações disponíveis para realizar sua escolha, pois a busca das informações adicionais poderia importar em prejuízos, ao invés dos benefícios esperados (PORTO; GAROUPA, 2022, p. 301-302).

De igual forma, as estratégias satissuficientes “[...] se fundamentam na busca pela primeira opção suficientemente satisfatória”. Nesse caso, o agente não avalia o custo-benefício da busca de unidades adicionais de informação, deixando de procurar a melhor decisão dentre todas as opções disponíveis. Em suma, o agente não visa atingir o melhor resultado em abstrato, mas sim o melhor possível no contexto conhecido (PORTO; GAROUPA, 2022, p. 303-304).

Assim, desde o erro no julgamento (vieses e ruídos), até a relativização da ideia de que os agentes racionais são sempre maximizadores da sua utilidade, a economia comportamental se mostra como relevante ciência na complementação das concepções clássicas da Análise Econômica do Direito e possui direta relação com o objeto de pesquisa, pois tanto os gestores públicos quanto os agentes que atuam no sistema de controle interno estão sujeitos aos erros de julgamento, que podem ser acometidos pelos vieses e heurísticas, ou pelo ruído.

Por isso constata-se que o sistema de controle intraorgânico consagrado constitucionalmente se mostra como meio hábil à prevenção da prática de atos de má gestão, seja pela malversação de recursos públicos por simples erros do gestor, ou pela deliberada prática da corrupção, sendo certo que em ambos os casos há violação ao direito fundamental à boa administração e, conseqüentemente, grave repercussão na concretização dos direitos fundamentais.

2.2.5. A Análise Econômica do Direito no Brasil

A AED se popularizou nos Estados Unidos por influência da doutrina de Posner, com base na ideia de eficiência, definida por ele como a maximização da riqueza, em que, na estrutura da tradição da *common law*, um precedente ineficiente era suscetível de ser questionado e rejeitado. Para a teoria efficientista de Posner, a *common law* teria

como tendência o desenvolvimento de soluções eficientes no longo prazo (PORTO; GAROUPA, 2022, p. 36). No mesmo sentido, Salama registra que o traço comum dos primeiros escritos de Posner foi o estudo dos incentivos criados pelas mais influentes interpretações e construções da *common law* norte-americana (SALAMA, 2012, p. 440).

Porto e Garoupa (2022, p. 109-110) registram que,

Para Richard Posner, a *Common Law* é capaz de promover um sistema de incentivos, coerente e consistente, que induz o comportamento eficiente da sociedade como um todo, não apenas do mercado. Justamente por isso, o autor aponta para a capacidade dessa tradição jurídica de reduzir custos de transação, o que seria desejável para o desenvolvimento de mercados. Naturalmente, tudo isso contribui para que o sistema anglo-saxão seja indicado como mais eficiente a partir da perspectiva econômica.

Isto se dá, sobretudo, pela diferença entre as tradições jurídicas da *common law* e da *civil law*, em que, na primeira, o magistrado tem um papel central na própria criação do Direito, ao passo que na *civil law* seria apenas um mero intérprete, vinculado aos princípios codificados (PORTO; GAROUPA, 2022, p. 38).

Entretanto, mesmo que concebida como alternativa às tradicionais teorias da *common law* nos Estados Unidos, a AED tem sido gradativamente aplicada no Brasil. Para Caon (2021, p. 21), a tradição norte-americana se vale da AED, sobretudo do raciocínio econômico, para explicar a lógica das normas jurídicas e para avaliar determinado regime-jurídico do ponto de vista do custo-benefício.

Na prática brasileira, prevalece a utilização das premissas da economia “[...] como técnica de previsão das consequências concretas das normas jurídicas, sendo de menor relevância as considerações de eficiência, diversamente do que ocorre no pensamento norte-americano.” (CAON, 2021, p. 22). Ressalta, ainda, a busca dos operadores do direito pelas teorias do comportamento humano, como consequência do crescimento do papel do Poder Judiciário na formulação e implementação das políticas públicas (CAON, 2021, p. 22).

Em pesquisa específica, objetivando analisar a aplicação da AED pelo Supremo Tribunal Federal, Caon (2021, p. 216–217) conclui que, sobretudo a partir de 2015, comprova-se o crescimento quantitativo e qualitativo no grau de utilização da AED no Supremo Tribunal Federal. Para o autor, houve o aumento no grau de densidade da

fundamentação tendo por base o raciocínio econômico, bem como o número de citações de autores de Economia ou do movimento *Law and Economics* desde então.

Ressalta, ainda, o aprimoramento técnico dos acórdãos sob o aspecto do raciocínio econômico e a utilização expressa e ostensiva dos conceitos e institutos da AED, de forma precisa e metodologicamente adequada, o que denota uma contínua evolução na aplicação da AED no Supremo Tribunal Federal.

A gradativa adoção de conceitos e teorias da Análise Econômica do Direito no Brasil permite que a Administração Pública seja analisada com base nessas acepções, pois a lógica econômica é inerente a diversos conceitos, atividades e institutos jurídicos. É a hipótese, por exemplo, do princípio da eficiência previsto no art. 37 da Constituição Federal, cujo conceito é afeto à Economia.

2.3. POR QUE A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO?

A Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, intentava eliminar a influência de ideologias políticas e da moral no então paradigma jusfilosófico do século XX, tratando a ciência jurídica de forma autônoma, restringindo seu objeto ao direito positivo, baseado na norma hipotética fundamental, que precede as normas jurídicas positivadas e que são validadas pela aceitação do povo (COURA; AZEVEDO, 2014, p. 3-4).

Para Kelsen, no que tange ao processo de interpretação das normas, com a finalidade de estabelecer seu sentido, a interpretação se consubstanciaria em uma atividade intelectual que acompanha o próprio processo de criação do direito, que se daria não só na atividade legislativa, mas também na atividade estatal de julgar (COURA; AZEVEDO, 2014, p. 5).

A interpretação das normas jurídicas sempre foi ponto de discussão nas diversas escolas de pensamento, em razão da abertura semântica das palavras e da necessidade de definição do sentido das normas. Adriano Sant'Ana Pedra (2020, p. 13), referenciando Herbert Hart, aponta que os textos jurídicos possuem uma textura aberta, que significa uma abertura tanto no sentido da indeterminação conotativa (contexto de significação) quanto na indeterminação denotativa (contexto de aplicação).

Gico Júnior (2021, p. 16) registra que, após a Segunda Guerra Mundial, a reação dos juristas romano-germânicos ao juspositivismo do século XIX foi o retorno ao direito enquanto valor, em sentido próximo ao jusnaturalismo, mas fixado em princípios constitucionais, o que ocorreu nos Estados Unidos com o realismo jurídico e, no Brasil, com o denominado “neoconstitucionalismo”.

No atual paradigma constitucional, a Constituição deixa de ser um sistema em si e passa a irradiar seus preceitos em todo o sistema jurídico, que deve ter as normas constitucionais como norte hermenêutico (BARROSO, 2019, p. 410-411).

Como resultado dessa complexa realidade, os operadores do Direito abandonam a ideia de ciência jurídica, afastando-se “[...] das demais ciências naturais e sociais na medida em que elas teriam falhado em fornecer uma Teoria do Valor que pudesse racionalizar decisões jurídicas” (GICO JÚNIOR, 2021, p. 16). No mesmo sentido, Fux e Bodart (2021, p. 48-49) registram que o estudo do Direito possui notórias carências quanto a elementos que lhe permitiriam ter o *status* de uma verdadeira ciência, pois não há um núcleo central de axiomas com aceitação relativamente consensual entre os acadêmicos. Para os autores,

A argumentação jurídica ordinária constitui um misto confuso de elementos deontológicos com doses esparsas e desconexas de consequencialismo. Frequentemente são invocados fundamentos abstratos metafísicos e não falseáveis. Sendo assim, não há rigidez analítica na formulação de proposições teóricas para explicar a realidade observada. Ao mesmo tempo, argumentos pretensamente empíricos são invocados oportunisticamente, sem nenhuma preocupação com postulados básicos de probabilidade e inferência estatística. A impressão que se tem é a de que o jurista é treinado para obscurecer seus argumentos, com o recurso a artifícios retóricos, para obter sempre o resultado mais favorável aos seus interesses na aplicação do direito, independentemente da solução socialmente desejável. (FUX; BODART, 2021, p. 48-49).

Para suprir essa carência estrutural e metodológica que os estudiosos do Direito não solucionaram internamente, exsurge o benefício da utilização da economia para o exame de problemas jurídicos, conferindo-se uma abordagem científica (FUX; BODART, 2021, p. 48).

E como a análise econômica do direito pode ser utilizada para responder ao problema de pesquisa? Afinal, qual a relação entre a natureza (vinculante ou discricionária) da decisão do gestor público frente a um ato de controle interno e a análise econômica

do direito? E em que medida essa prevalência pela prevenção pode se mostrar mais eficaz para o enfrentamento da corrupção?

Conforme já abordado, a AED é o campo do conhecimento que objetiva a aplicação da teoria econômica e dos métodos econométricos ao Direito, trazendo parâmetros racionais mais bem delimitados (objetivamente) a orientar a regulamentação da vida em sociedade. Oferece um instrumental teórico que auxilia a mensuração da eficácia de políticas públicas e suas consequências. Seu propósito reside na introdução de uma metodologia que contribua significativamente na compreensão dos fenômenos sociais e que auxilie, por meio da economia comportamental, na tomada racional de decisões, ou mesmo na descoberta do elemento volitivo do agente (GICO JÚNIOR, 2021, p. 26).

A análise acerca da eventual vinculação do gestor público a ato proveniente do controle interno trata de questões caras à democracia, como, por exemplo, o suposto antagonismo entre a legitimidade conferida ao gestor público em uma democracia representativa para agir conforme sua vontade e o respeito aos valores positivados nas Constituição (principalmente ao direito fundamental à boa administração), entre uma democracia e uma tecnocracia, entre a discricionariedade administrativa irrestrita do gestor e o atual contexto constitucional, dentre outras.

E como interpretar questões tão profundas sem subjetivismos? Sem transitar oportunisticamente na tênue linha que separa a vontade popular estabelecida na Constituição Federal (direito fundamental à boa administração) da vontade popular delegada ao gestor público em uma democracia representativa?

Nesse sentido, para a resposta ao problema de pesquisa, mostra-se imperativa a pergunta inversa à realizada no título desta seção: por que não a Análise Econômica do Direito?

Acerca da adequação da utilização da Análise Econômica do Direito, é pontual a lição de Ivo Gico Júnior (2021, p. 26-27):

E é exatamente nesse aspecto que a Análise Econômica do Direito oferece sua maior contribuição do ponto de vista epistemológico jurídico. Se a avaliação da adequação de determinada norma está intimamente ligada às suas reais consequências sobre a sociedade (consequencialismo), a juseconomia se apresenta como uma interessante alternativa para este tipo

de investigação. Primeiro, porque oferece um arcabouço teórico abrangente, claramente superior à intuição e ao senso comum, capaz de iluminar questões em todas as searas jurídicas, inclusive em áreas normalmente não associadas como suscetíveis a este tipo de análise. Segundo, porque é um método de análise robusto o suficiente para o levantamento e teste de hipóteses sobre o impacto de uma determinada norma (estrutura de incentivos) sobre o comportamento humano, o que lhe atribui um caráter empírico ausente no paradigma jurídico atual. E terceiro, porque é flexível o suficiente para adaptar-se a situações fáticas específicas (adaptabilidade) e incorporar contribuições de outras searas (inter e transdisciplinaridade), o que contribui para uma compreensão mais holística do mundo e para o desenvolvimento de soluções mais eficazes para problemas sociais em um mundo complexo e não ergódico.

Afinal, a própria Constituição baliza os atos dos agentes públicos no respeito ao princípio da eficiência, cujo conceito, como visto, é afeto à economia, podendo ser mensurado de forma objetiva sob o prisma da análise econômica do Direito.

A AED traz elementos consistentes de auxílio à entrega do Direito. Entretanto, por mais que sejam úteis as ferramentas da economia para conferir objetividade à atividade jurídica, para a explicação do processo de tomada de decisão e da própria dinâmica comportamental na Sociedade, sua utilização não pode ser considerada de forma absoluta e irrestrita, pois as teorias econômicas podem, em alguns casos, se mostrar deficientes quanto a alguns aspectos caros à Democracia brasileira, como a proteção de interesses e direitos das minorias e ao próprio caráter contramajoritário da sistemática de proteção aos direitos fundamentais. Por isso, sua aplicação no Brasil deve se dar em conformidade com as normas constitucionais.

Nada obstante, a AED traz subsídios valiosos para avaliação da eficiência de políticas públicas, de contratações administrativas e da prática dos atos administrativos em geral.

Alerta-se, contudo, que a análise do Direito sob o prisma econômico não é algo simples ou trivial, embora sua ideia primária pareça ser. Imaginar a premissa de Gary Becker de que criminosos tomam decisões avaliando o custo-benefício de sua conduta e a probabilidade de sua punição nos traz à mente os métodos interpretativos que usualmente utilizamos, e não uma fórmula matemática que o custo (C) da ação criminosa corresponde ao produto da probabilidade (ρ) de o criminoso ser condenado com a magnitude da pena (M), ou matematicamente ($C = \rho M$). E que, se o resultado desta equação for menor que o benefício esperado com a ação ilícita, o criminoso,

como um agente racional e amoral, cometeria o crime (PORTO; GAROUPA, 2022, p. 657).

Evitaremos ao máximo as complexas equações formuladas pelos economistas e teóricos da AED, pois esse não é o cerne deste trabalho acadêmico, que não visa também considerar as diversas variáveis que influenciam em uma equação que defina a eficiência, em razão da complexidade advinda desta abstração. A AED será utilizada em sua acepção conceitual, ou seja, as premissas de Richard Posner, Gary Becker, dentre outros, internalizadas à realidade do ordenamento jurídico brasileiro por Antônio Maristrello Porto e Nuno Garoupa, por Luiz Fux e Bruno Bodart e por Ivo Gico Júnior, que servirão de marco teórico para esta dissertação.

Afinal, tratando o objeto desta dissertação do controle de uma política pública (combate à malversação de recursos públicos e à corrupção) por meio de uma forma preventiva de enfrentamento (sistema de controle interno), em detrimento de um ineficiente combate repressivo e, ainda, por envolver questão afeta à tomada de decisão do gestor público, observamos que diversos conceitos e teorias da AED podem ser utilizados para lançar luz sobre o problema de pesquisa, pois, a rigor, falamos de escassez, escolha racional, eficiência e maximização de utilidade/bem-estar.

3. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EFICIENTE E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Até então, no Capítulo 1, falamos sobre o direito fundamental à boa administração e sua eficácia, bem como sobre os malefícios que a malversação de recursos públicos e, em especial a corrupção, impinge à coletividade e, ainda, sobre a importância que o sistema de controle interno possui para prevenir a prática da corrupção. Após, no Capítulo 2, contextualizamos a Análise Econômica do Direito, seus conceitos e teorias e a pertinência de sua utilização como marco teórico para resposta ao problema de pesquisa. Neste Capítulo 3, passaremos a analisar o problema de pesquisa à luz da Análise Econômica do Direito. Para tanto, antes de formular uma resposta ao problema de pesquisa, é necessário discutir três temas fundamentais.

O primeiro tema trata da repercussão da impunidade e da ineficiência dos mecanismos repressivos de combate à corrupção (e também a qualquer forma de malversação de recursos públicos), na prática ilícita. A questão envolve a discussão acerca da alocação de recursos públicos escassos e a definição da melhor política pública no enfrentamento da corrupção, a qual irá proporcionar a maximização do bem-estar social e a concretização de direitos fundamentais.

O segundo diz respeito à racionalidade que deve nortear a tomada de decisão dos gestores públicos, pois a concretização do direito fundamental à boa administração impõe ao gestor público que ele aja com racionalidade, e o sistema de controle interno aja como fio condutor entre essa decisão racional, que deve evitar os vieses e atalhos cognitivos que desviam o tomador de decisões de sua escolha racional, a qual deve proporcionar o melhor ato administrativo, em respeito ao direito fundamental à boa administração.

Por fim, o terceiro tema se refere à ideia de eficiência na Administração Pública no atual cenário constitucional, em que há uma permanente tensão entre a soberania popular em uma democracia representativa e os valores consagrados na Constituição. Nesse ponto, mostra-se necessário delimitar a discricionariedade administrativa sob o prisma da eficiência, que constitui elemento essencial da teoria econômica.

3.1. A IMPUNIDADE E A INEFICIÊNCIA E SUA REPERCUSSÃO NA PRÁTICA ILÍCITA: UMA VISÃO À LUZ DA AED

Em 1968, o economista Gary Becker, no artigo intitulado *Crime and Punishment: an Economic Approach*, inaugurou a abordagem econômica sobre o direito penal. O autor partiu da premissa de que criminosos tomam decisões avaliando o custo-benefício de sua conduta e a probabilidade de sua punição (BECKER, 1968, p. 9-10).

Becker (1968, p. 9) parte da abordagem econômica de que uma pessoa, quando resolve praticar um delito, o faz quando a utilidade por ela esperada excede a utilidade que poderia obter usando seu tempo e recursos em outras atividades. E, ainda, quando decide delinquir, avalia o custo-benefício do auferimento do benefício com a atividade ilícita, com a probabilidade de sua punição, em determinada pena, cuja magnitude também seria considerada por este agente racional (PORTO; GAROUPA, 2022, p. 599). Para Posner (2022, p. 521), os benefícios esperados são a satisfação do ato criminoso, tanto os tangíveis (recursos financeiros) quanto os intangíveis (na hipótese de crimes passionais); os custos incluem despesas com, por exemplo, as armas, ferramentas, máscaras; os custos de oportunidade, relacionados com o tempo do criminoso e os custos esperados da punição penal, que pode ser aumentado ou diminuído conforme a política pública adotada.

Essas concepções de Becker denotam a visão da economia sobre a prática delitativa, em que o comportamento criminoso não é tratado como algo irracional, mas sim como uma atividade que é orientada por uma análise racional, com base na reação aos incentivos internos e externos que recebe. Logo, diversas variáveis, como (i) a relação entre os ganhos que pode auferir com a prática criminosa em contraposição ao que conseguiria com atividade lícita; (ii) a probabilidade de sucesso na empreitada criminosa diante dos recursos públicos (policiais, equipamentos, câmeras, etc.) e privados (muros, cercas, monitoramento, alarmes) existentes; (iii) a probabilidade de ser descoberto, preso e condenado; (iv) a avaliação da natureza da pena (multa, prisão) e sua quantidade, influenciariam os criminosos na decisão racional de praticar crimes.

Para a economia, as hipóteses comumente discutidas na criminologia de que os delinquentes são doentes mentais, pessoas excluídas pela família, ou vítimas da

sociedade que não possuem condições de competir no mercado de trabalho não possuem sustentação, pois os criminosos seriam indivíduos “[...] comumente racionais e impetuosos, oportunistas diante de um ambiente propício e factível, e sem nenhuma preocupação com o lado moral do negócio ou com o bem-estar social” (SHIKIDA; AMARAL, 2021, p. 466).

Richard Posner esclarece que a racionalidade do agente é presumida, não sendo consistentes as críticas à visão de que o criminoso é um agente racional, face a literatura empírica sobre o crime demonstrar que os criminosos respondem às mudanças no custo de oportunidade:

A noção de que o criminoso é uma máquina de calcular racional pode parecer a muitos leitores inverossímil, especialmente quando aplicada a criminosos que tiveram pouca educação formal ou a crimes que não tenham ganho pecuniário como fim. Mas como enfatizado no capítulo 1, para uma teoria, um teste melhor que seu caráter verossímil é sua habilidade de prever. A literatura empírica sobre crime mostra que criminosos respondem a mudanças nos custos de oportunidade, na probabilidade de apreensão, na gravidade da punição e em outras variáveis relevantes, como se fossem de fato calculadoras racionais do modelo econômico — e isso independentemente de o crime ser por motivos pecuniários ou passionais e de o criminoso possuir uma educação elevada ou baixa, podendo, inclusive, ser menor de idade. (POSNER, 2022, p. 522).

De fato, as questões que levam um indivíduo a delinquir são complexas e envolvem diversas áreas do conhecimento e, por não serem o objeto da presente dissertação, não serão aprofundadas. Entretanto, a teoria econômica da Gary Becker se mostra relevante quando se analisa o “incentivo” do indivíduo à prática delituosa, ao considerar a racionalidade de sua conduta após a ponderação sobre a ineficiência do sistema persecutório e sobre a impunidade da conduta.

Nesse sentido, para Shikida e Amaral (2021, p. 467),

[...] a análise econômica do crime baseia-se fortemente na relação delito-punição como determinante da taxa criminal, em que a eficácia policial e judicial se relaciona com a possibilidade dos benefícios da atividade criminosa suplantarem seus custos e compensarem o risco estipulado.

A análise econômica do crime pode ser aplicada a toda forma de direito sancionador, pois, não obstante a seara punitiva (cível, criminal ou administrativa), a ineficácia do sistema persecutório e a impunidade influenciarão na prática ilícita.

No que tange à corrupção, como abordado na seção 1.2.4, uma investigação criminal em crimes contra a Administração Pública tramita por cerca de 1 ano e 9 meses, e o

processo criminal cerca de 4 anos e 1 mês, totalizando 5 anos e 10 meses (MOISÉS, 2019, p. 83-85 e 114).

Na seara cível, a situação se mostra muito pior, pois as investigações e as ações de responsabilização por ato de improbidade administrativa tramitam, do início da investigação até a execução da sentença, por até 20 anos. Trata-se de um lapso temporal excessivo, que indica a ineficiência do sistema persecutório e punitivo estatal.

A aplicação tardia das sanções gera a sensação de impunidade no próprio delinquente, influenciando na propensão de praticar o ilícito. A esse respeito, Porto e Garoupa (2022, p. 600) afirmam:

Ademais, as punições costumam ser aplicadas apenas muito tempo depois de os crimes serem cometidos. Dessa maneira, a recompensa mais próxima (o sucesso na empreitada delituosa) acaba ganhando, psicologicamente, mais peso que a possível punição futura a ser aplicada, isso porque as pessoas tendem a valorizar mais o que está mais próximo, no caso cronologicamente, em comparação com o que está mais distante. Com isso, a percepção da sanção acaba sendo reduzida.

Essa ineficiência dos meios persecutórios repressivos, com a consequente impunidade, influencia negativamente no controle do comportamento dos indivíduos e, no que nos interessa no presente trabalho, no enfrentamento da corrupção. Para Senna (2019, p. 293),

[...] a impunidade, em especial das elites, acaba representando um estímulo à proliferação do fenômeno, um efeito cascata, na medida em que aquelas condutas ilegais acabam sendo consideradas como práticas rotineiras, refletindo inclusive no comportamento da população e criando um ciclo vicioso e perverso que contribui para o surgimento de uma espécie de “cultura da corrupção”, que passa a dominar a sociedade.

Isso porque as normas que fixam sanções têm um esperado efeito dissuasivo que, no prisma econômico, indica que os indivíduos são responsivos ao risco de punição e aos benefícios do comportamento ilícito. Trata-se da aplicação da teoria da demanda sobre o direito penal, pois o aumento dos recursos que a sociedade emprega na investigação, persecução e condenação dos criminosos reduziria a quantidade de crimes e seus custos sociais (PORTO; GAROUPA, 2022, p. 606). Ou seja, aumentar os investimentos nas atividades policiais e na estrutura do sistema judiciário teria a potencialidade de tornar mais célere a punição que, consequentemente, diminuiria a impunidade e a propensão à prática delitiva.

No mesmo sentido foi a percepção de Gary Becker, em 1968, ao estimar em 21 bilhões de dólares o custo do crime, que constituía 4% do PIB dos Estados Unidos em 1965. Referido montante envolveria o dispêndio (perda) de recursos estatais na prevenção e repressão (polícia, judiciário, sistema prisional, advogados criminais etc.), dos recursos privados na proteção contra as atividades ilícitas (alarmes, muros etc.), a falta de recolhimento de impostos, dentre outros custos (BECKER, 1968, p. 4).

Rose-Ackerman e Palifka (2020, p. 259), referenciando Becker (1968), ressaltam que a “[...] dissuasão do comportamento criminal depende da probabilidade de detecção e punição, assim como das penalidades decorrentes — tanto as impostas pelo sistema legal como custos mais sutis, tais como vergonha e perda de reputação”. Assim, concluem que, para Becker, a probabilidade de detecção era mais importante que a punição na dissuasão do crime (ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, 2020, p. 259).

A constatação apresentada por Becker, em 1968, e tratada por economistas e juristas contemporaneamente torna certa a concepção de que é melhor prevenir os crimes do que os punir. Isso porque é um ponto fundamental da teoria da dissuasão a de que as taxas de criminalidade respondem às punições aplicadas (POSNER, 2022, p. 523). E, na realidade brasileira, quanto às punições relativas à prática de corrupção, o resultado tem se mostrado ineficiente, com a perpetuação da impunidade, ou com a aplicação tardia de sanções, que corroboram a máxima de que o crime compensa.

A questão posta dialoga diretamente com a ideia de escassez, (in)eficiência e maximização de bem-estar e com o tema objeto da presente dissertação.

Em um mundo onde os recursos são escassos, é preciso ter em mente que investigar os atos que configuram prática de corrupção, promover a persecução judicial ou até mesmo administrativa dos agentes públicos e de particulares que enveredam pelas sendas da corrupção e aplicar as sanções cabíveis mostra-se oneroso, sobretudo financeiramente. Ou seja, é importante alocar de forma eficiente os recursos escassos, visando maximizar a utilidade, que neste ponto é melhor traduzida no aumento do bem-estar social, advindo da abstenção da prática de atos de corrupção, que gera o desperdício de recursos públicos e impede, ao menos em tese, a

concretização de direitos fundamentais, sobretudo os prestacionais, que exigem uma especial alocação de recursos do Estado.

Neste ponto se insere o sistema de controle interno como mecanismo preventivo de enfrentamento à malversação de recursos públicos e à corrupção. Por desempenhar o exame de conformidade e de economicidade nos procedimentos administrativos, verificando sua adequação às normas e aos preços de mercado, mostra-se como mecanismo eficiente que impede ou reduz a níveis significativamente mais baixos, ao menos teoricamente, a prática ilícita, possibilitando que o Estado maximize a finalidade de suas ações, que deve ser o atingimento do interesse público, entregando ao cidadão o melhor ato administrativo possível.

Mais do que isso, cabe rememorar as quatro macrofunções do Sistema de Controle Interno, que convergem no mesmo sentido das concepções de Becker, tratadas na Análise Econômica do Direito: auditoria, ouvidoria, prevenção da corrupção e correição, abordadas no item 1.3.2, ao qual remetemos a leitura (SPINELLI; CRUZ, 2019, p. 233).

Pode-se conceber que seria um enfrentamento eficiente da corrupção aquele que maximize o bem-estar social, com a concretização dos valores positivados pelo poder constituinte originário na Constituição, por meio da efetivação do direito fundamental à boa administração, que se mostra instrumental para que os demais direitos fundamentais possam ser fruídos pela coletividade.

Além disso, o enfrentamento preventivo à corrupção constitui a observância de compromissos a que o Brasil se submeteu quando foi signatário de convenções internacionais, sobretudo da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, Convenção de Mérida de 2003, que, como já mencionado, trouxe como principais diretrizes a implementação de políticas de devida gestão dos assuntos e bens públicos (*good governance*), de integridade pública e privada (*compliance*), transparência e prestação de contas (*accountability*).

Neste ponto, a AED, com a aplicação da Teoria dos Jogos, mostra-se relevante para a definição da melhor estratégia na implementação de uma política pública, como é o enfrentamento à corrupção. Porto e Garoupa (2021, p. 216-217) afirmam que saber

identificar a estratégia dominante⁷ e seu equilíbrio é extremamente relevante aos operadores do direito e aos formuladores de políticas públicas.

Isso porque em diversas situações a sociedade tem interesse em algum resultado específico em uma situação de jogo. Assim, deve-se criar incentivos, que podem ser legais (como tornar certos atos ilícitos), econômicos (criar multas ou bonificações), tributários (estabelecer incentivos fiscais), proibitivos (criar sanções criminais), para que os jogadores sejam estimulados a adotar estratégias estritamente dominantes, de forma que seja criado um equilíbrio que corresponda ao resultado desejado pela sociedade. (PORTO; GAROUPA, 2022, p. 269)

Dessa forma, verifica-se que, sob a análise de custo-benefício trazida pela AED, a prevenção se mostra como uma política pública mais eficaz no enfrentamento da corrupção do que a repressão. Assim, resta fixada uma das premissas necessárias a resposta ao problema de pesquisa, qual seja, a constatação de que a prevenção – aqui representada pela atuação eficaz do sistema de controle interno – deve ser priorizada.

Como consequência da priorização da atividade preventiva de proteção ao erário público, possuindo o sistema de controle interno relevante papel nesta prevenção, o gestor público deve agir com racionalidade, para que possa entregar ao administrado o melhor ato administrativo possível, maximizando o bem-estar social.

Para tanto, as tomadas de decisão devem ser racionais e o mais livre possível dos vieses e atalhos cognitivos, que serão adiante abordados.

3.2. A ESCOLHA RACIONAL E A TOMADA DE DECISÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A AED, em seu modelo teórico tradicional, adota a Teoria da Escolha Racional, que pressupõe que as pessoas são agentes racionais que buscam a maximização de sua utilidade em todas as esferas da vida (POSNER, 2022, p. 39). Assim, o agente racional, segundo a AED, realiza a análise da relação custo-benefício na tomada de decisões.

⁷ Os autores consideram que uma estratégia é estritamente dominante para determinado jogador quando ela lhe garante os melhores *payoffs*, independentemente da estratégia escolhida pelo outro jogador, ou seja, os melhores resultados (PORTO; GAROUPA, 2022, p. 269).

Na vida privada, os indivíduos podem tomar suas decisões com base na análise de custo-benefício, conforme seus objetivos pessoais, sua concepção individual de mundo, visando maximizar a utilidade pretendida, seja ela a riqueza financeira, o bem-estar ou qualquer outra. Entretanto, quando a tomada de decisão se dá no âmbito da Administração Pública, a Constituição fixa balizas para a atuação da autoridade decisória.

Uma primeira diretriz impõe que o gestor público sempre esteja vinculado à finalidade pública, ou seja, deve tomar a melhor decisão possível que impulse os atos de administração ao atingimento do interesse público.

A segunda diretriz diz respeito à racionalidade que deve nortear a tomada de decisão dos gestores públicos, pois a concretização do direito fundamental à boa administração impõe ao gestor público que ele atue com racionalidade e, neste ponto, o sistema de controle interno aja como fio condutor entre essa decisão racional, que deve evitar os vieses e atalhos cognitivos que desviam o tomador de decisões de sua escolha racional, ao melhor ato administrativo buscado na boa administração.

Isso porque uma análise técnica acerca da conformidade dos atos com a lei, ou sobre a economicidade da medida pretendida, no intuito de possibilitar a devida gestão de recursos escassos representa uma alocação racional e eficiente da coisa pública.

3.2.1. A racionalidade e o direito fundamental à boa administração

O direito fundamental à boa administração decorre do feixe de regras e princípios consagrados na Constituição, especialmente quanto aos princípios que regem a Administração Pública, previstos no art. 37 da Constituição (SENNA, 2019, p. 46). Para além da Constituição, esse direito fundamental implícito abarca as concepções internalizadas no ordenamento jurídico brasileiro, provenientes de tratados internacionais de que o país é signatário, como, por exemplo, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção – Convenção de Mérida –, que formam um macrossistema que fixa as diretrizes que devem nortear as ações do gestor público.

Juarez Freitas (2014, p. 21), em seu conceito-guia citado na seção 1.1.2⁸, destaca o compromisso do Estado Democrático de velar por uma Administração Pública eficiente e cumpridora de seus deveres e que respeite a moralidade.

Neste ponto, cabe abordar em que consiste a racionalidade constante na teoria econômica e qual a sua relação com o direito fundamental à boa administração, ou seja, como um agente racional (gestor público) deve nortear suas decisões na gestão da *res publica*. A questão passa pela prévia definição do que é o bem-estar social, ou bem comum, em um Estado de Direito.

A Constituição Federal estabeleceu em seu art. 3º, como um dos objetivos fundamentais do Estado, a promoção do bem de todos, sem qualquer forma de discriminação. Barcellos (2022, p. 283) aduz que a noção de bem-estar social está ligada ao desenvolvimento do *Welfare State* (Estado de bem-estar social) na década de 30, que se caracterizou pelo abandono do liberalismo e pela intervenção na ordem econômica, para “[...] garantia de direitos trabalhistas e previdenciários, por meio dos quais se procurou superar o desemprego e a miséria e assegurar a existência de um mercado consumidor para a produção industrial.”

Trata-se de um princípio jurídico com matriz constitucional, que (i) estabelece um fim geral, que funciona como limite de contenção contra políticas desvinculadas desta finalidade; (ii) funciona como parâmetro de interpretação do restante da ordem jurídica; e (iii) impõe, de imediato, efeitos mínimos obrigatórios que decorrem do sentido elementar da norma constitucional e são exigíveis a partir dela. Possui sob o ponto de vista jurídico-constitucional um conteúdo individual, que o relaciona com as condições materiais de vida do indivíduo, aproximando-se, neste ponto, do princípio da dignidade humana, e um conteúdo coletivo, atinente à preservação dos direitos fundamentais sociais a toda coletividade (BARCELLOS, 2022, p. 283-284).

⁸ “[...] direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade sobre suas condutas omissivas e comissivas” (FREITAS, 2014, p. 21, grifos do autor).

O princípio do bem-estar consagra a concepção de que o Estado não é um fim em si mesmo, sendo, por outro lado, um meio para o bem-estar da pessoa humana, para o respeito e promoção de seus direitos (BARCELLOS, 2022, p. 320).

Assim, sendo o bem-estar social um objetivo fundamental do Estado, o gestor público deve direcionar suas ações à concretização desse objetivo, devendo sua vontade coincidir com a finalidade pública. A questão posta dialoga com a Teoria da Escolha Racional, adotada como modelo teórico tradicional na AED. Essa teoria pressupõe que as pessoas (gestores públicos, no que interessa à presente dissertação) são agentes racionais que buscam a maximização de sua utilidade, traduzida na seara da Administração Pública, na maximização do bem-estar social.

Entretanto, o processo de tomada de decisão não é tão simplório como a afirmação de que os gestores devem sempre agir racionalmente, buscando a maximização do bem-estar. E a Teoria da Escolha Racional não pode ser sobredimensionada, como afirmam Fux e Bodart (2021, p. 36), por possuir limitações quanto à abordagem a apenas algumas das premissas do processo decisório⁹.

Isso porque a teoria convencional da escolha racional pressupõe que as pessoas tomam decisões sem considerar a reação de outras pessoas a elas. Entretanto, em algumas situações, a pessoa racional considerará a provável reação das outras pessoas, agindo estrategicamente no processo decisório, entrando no domínio da Teoria dos Jogos (POSNER, 2022, p. 73).

Nesse contexto, a Teoria dos Jogos se mostra como ferramenta útil na orientação do processo de tomada de decisão, uma vez que tem a racionalidade como base, trabalhando com a hipótese de que os jogadores (gestores públicos) buscarão, necessariamente, a estratégia que maximizará o bem-estar social, empregando os meios adequados para vencer o “jogo”. A Teoria dos Jogos, por tratar de variáveis importantes nas estratégias adotadas, possibilita a previsão de um comportamento racional esperado e evidencia também os vieses cognitivos aos quais estão sujeitos os jogadores.

⁹ A respeito, vide seção 2.2.2.

A aplicação da Teoria dos Jogos na Administração Pública tem especial importância na definição de políticas públicas, pois os dados coletados das diversas fontes disponíveis podem auxiliar o gestor na alocação dos recursos escassos do Estado. Por exemplo, em tempos de crise econômica, a realização de shows artísticos seria mais importante do que o investimento em saúde e educação? Qual alocação de recursos públicos maximiza o bem-estar social? Essas questões aparentemente retóricas trazem à reflexão a ideia de eficiência na Administração Pública, que mais adiante será abordada.

Como visto, por ser a Economia uma ciência que fornece um instrumental teórico e empírico sobre o comportamento humano e na compreensão dos fatos sociais (CAON, 2021, p. 19-20), sua aplicação no processo de tomada de decisão tem o condão de conferir objetividade às escolhas trágicas postas ao gestor público em uma realidade de gestão de recursos escassos.

O controle interno, por pautar suas ações em critérios técnicos, tem a potencialidade de auxiliar o gestor público na tomada de decisão, fornecendo subsídios que direcionem seus atos em conformidade com a lei e respeitando a probidade, evitando, ainda, que os vieses cognitivos impeçam o atingimento do bem comum.

3.2.2. O controle interno e sua potencialidade de evitar os vieses cognitivos

O controle interno consiste no sistema que visa, na forma do art. 74 da Constituição Federal, comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração; avaliar o cumprimento de metas previstas no plano plurianual e a execução dos programas de governo e, ainda, auxiliar os órgãos de controle externo no exercício de sua missão constitucional (BRASIL, 1988).

Conforme abordado na seção 1.3.2, o controle interno não possui uma estruturação fechada estabelecida em lei, mas suas funções são bem delimitadas constitucionalmente e, no âmbito da Controladoria Geral da União, divide-se em auditoria (ou controladoria), prevenção à corrupção (integridade governamental), Ouvidoria e correição (SPINELLI; CRUZ, 2019, p. 234; ZENKNER, 2019, p. 292).

No processo de tomada de decisão, mostra-se relevante para a resposta ao problema de pesquisa destacar a função de controladoria dos órgãos de controle interno, constante da primeira e da segunda linhas de defesa. Conforme aduzem Spinelli e Cruz (2019, p. 233), esta atividade (por eles denominada de auditoria) é a responsável pela verificação dos atos de gestão, incumbindo-lhe a verificação da conformidade dos atos com a lei. Essa atividade de controle interno possui relação direta com o problema de pesquisa, pois abarca o controle de legalidade concomitante, ou seja, a verificação da legalidade dos atos administrativos no momento em que são praticados. Por exemplo, no curso das contratações públicas, licitações, atos de gestão relativos a despesas, dentre outros, o controle interno emite seu juízo acerca da conformidade do ato com a lei (controle de legalidade), sendo um momento crucial para o auxílio à tomada de decisão do gestor público.

No mesmo sentido se observa a análise de economicidade realizada pelo sistema de controle interno, que analisa se a despesa pública se encontra compatível com os custos do mercado.

A atividade de auditoria, quando realizada em momento posterior à prática dos atos de gestão (terceira linha de defesa), tem o objetivo de identificar as eventuais desconformidades do ato administrativo, fornecendo ao gestor informações para que salvguarde o patrimônio público.

O processo de tomada de decisão no âmbito da Administração Pública, enquanto materializado por ato humano, de uma pessoa – o gestor público –, também está sujeito aos vieses cognitivos que desviam o agente do resultado racionalmente direcionado para a maximização da utilidade (bem-estar). Afinal, os seres humanos são falíveis por diversos motivos, ligados desde o complexo funcionamento do cérebro humano (vieses cognitivos) até o dolo na propulsão a práticas corruptas e criminosas, ambas questões de interesse para a Economia Comportamental e para a Análise Econômica do Direito, como disciplina que intenta dar contorno ao comportamento humano.

Feita a necessária digressão, passaremos a abordar os vieses cognitivos como expressão da falibilidade humana não intencional (erro) e a deliberada intenção do agente de desviar da escolha racional e do bem-estar social, em proveito próprio, sob

a ótica da Economia Comportamental e da Análise Econômica do Direito, abordando, ainda, o papel do controle interno como ator importante na tomada de decisão.

Acerca dos vieses cognitivos, registra-se que o processo de tomada de decisão é complexo, não sendo passível de análise somente baseada na Teoria da Escolha Racional, enquanto modelo teórico adotado pela AED (PORTO; GAROUPA, 2022, p. 294). Isso porque a nossa forma de pensar não é linear, como teoriza a AED, agindo a Economia Comportamental como complemento que sofisticada as previsões e análises da economia neoclássica, sem desconsiderar sua qualidade preditiva (PORTO; GAROUPA, 2022, p. 294).

Os atalhos resolutivos existentes no processo de tomada de decisões geram ilusões cognitivas, relativas à nossa forma de ver e compreender o mundo, sabotando o nosso próprio pensamento (KAHNEMAN, 2011, p. 15).

A partir da doutrina de Kahneman (2011, p. 31), observamos que esses erros são sistematicamente cometidos de forma repetida e consistente pelo nosso cérebro, para facilitar o processo de tomada de decisões, em que há a prevalência do que o autor denomina como Sistema 1 (rápido), que tem uma natureza intuitiva e inclui as habilidades inatas que compartilhamos com outros animais. Ou seja, como indicam Porto e Garoupa (2022, p. 316), parte considerável dos vieses cognitivos é proveniente de uma avaliação equivocada do mundo a partir da nossa experiência ou de intuições pouco fundamentadas.

No âmbito da Administração Pública, o gestor público, tomador de decisão que aloca os escassos recursos da coletividade, também está sujeito a esses vieses a todo tempo. Por exemplo, cita-se a tendência que as pessoas têm de confirmar sua posição pessoal quando da interpretação de fatos (viés confirmatório), ou quando agem com excesso de confiança, acreditando que as coisas boas acontecerão com mais frequência do que apontam as estatísticas.

Tomemos um exemplo mais concreto: um gestor público que opta por prorrogar a locação de equipamentos de tecnologia, que se mostra, ao final, menos vantajosa do que a aquisição dos mesmos equipamentos. Na hipótese, houve uma valorização da posição ao qual se encontrava o gestor (locação), sem a realização de uma análise detida do seu custo-benefício (viés do *status quo*) (KAHNEMAN, 2011, p. 684). Ou

seja, opta-se por um tipo de contratação (locação), porque ela já era realizada daquela forma, em detrimento da escolha racional, que seria a aquisição dos equipamentos. Na hipótese em questão, trabalha-se com a presunção de que o gestor seguiria o instinto tratado por Kahneman (2011, p. 46), na prevalência do seu Sistema 1 (rápido), em detrimento de uma decisão racionada, em que prevaleceria o Sistema 2 (devagar).

Nesse contexto se insere o controle interno que, ao realizar uma análise concomitante do ato administrativo, instado a se manifestar, pode alertar o gestor acerca da devida observância ao princípio da economicidade em uma contratação pública (eficiência produtiva), como corolário do feixe de princípios que regem a Administração. Ressalta-se que se trata de uma manifestação técnica sobre a economicidade, que não pode ser confundida com os atos políticos legítimos do gestor, que mais adiante serão abordados.

Importante destacar que há um órgão constitucionalmente previsto, o controle interno, que tem a função de analisar os atos administrativos e sua conformidade com a lei e com a própria Constituição e, assim, contribuir para uma racional tomada de decisão.

Lado outro, considerando o mesmo exemplo, caso o gestor público obrasse com a deliberada intenção de auferir benefícios ilícitos em uma contratação desvantajosa para o Poder Público, também o ato de controle interno se mostraria relevante sobre a ótica da AED. Afinal, a impunidade é um dos elementos sopesados pelos delinquentes racionais, quando optam por praticar um crime, conforme observado na doutrina de Gary Becker, em que o autor parte da premissa de que criminosos tomam decisões avaliando o custo-benefício de sua conduta e a probabilidade de sua punição (BECKER, 1968, p. 9-10).

Age o controle interno nesses casos como ator que reduz a utilidade esperada pelo delinquente, em sua análise sobre o custo-benefício da atividade ilícita, uma vez que, descoberta sua intenção de se desviar da escolha racional, aumenta-se a probabilidade de sua punição, aumentando o custo de oportunidade e dissuadindo a intenção da prática ilícita.

Observa-se que a atividade do controle interno em sua função de verificar a conformidade dos atos administrativos com a lei e a Constituição pode colaborar para

o desenvolvimento no processo de tomada de decisão, sendo certo que a prevalência da opinião técnica sobre o ato administrativo está longe de ser pacífica, como veremos adiante.

3.2.3. A escolha racional e a motivação das decisões administrativas

A racionalidade do gestor público, concebida em um Estado Democrático de Direito, deve ser aferida na motivação de sua decisão.

Ana Paula de Barcellos (2022, p. 938) considera que o princípio da motivação, embora não conste expressamente no art. 37 da Constituição Federal, resta positivado na legislação infraconstitucional, como no art. 2º da Lei nº 9.784/1999, que regulamenta o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Trata-se da

[...] exigência geral de que o administrador justifique seus atos, expondo os fundamentos normativos que autorizam sua ação, bem como as razões ou motivos pelos quais decidiu levá-la a cabo, tendo em conta a realidade e, mais ainda, quando o ato envolva elementos discricionários. (BARCELLOS, 2022, p. 938).

De igual forma, Maria Sylvia Zanella di Pietro (2022, p. 279) registra que o princípio da motivação “[...] exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões”, estando consagrado pela doutrina e pela jurisprudência, embora na Constituição Federal conste expressamente somente para as decisões do Poder Judiciário e do Ministério Público¹⁰, “[...] não havendo menção a ela no artigo 37, que trata da Administração Pública, provavelmente pelo fato de ela já ser amplamente reconhecida pela doutrina e jurisprudência”¹¹ (DI PIETRO, 2022, p. 279). Arremata a autora, afirmando que se mostra descabida a velha discussão doutrinária quanto se a obrigatoriedade de motivação alcançava somente os atos vinculados ou só os atos discricionários, devendo ser aplicada a ambos (DI PIETRO, 2022, p. 279).

¹⁰ Prevista nos arts. 93 e 129, § 4º, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/04.

¹¹ No mesmo sentido, Georges Abboud registra que José Carlos Barbosa Moreira considera a motivação das decisões judiciais como uma garantia constitucional do cidadão, mesmo antes da expressa menção à sua obrigatoriedade no art. 93, incisos IX e X da Constituição (ABBOUD, 2015, p. 100).

A motivação possui relação direta com a legalidade, pois se mostra como um meio que possibilita a verificação da legalidade do ato, tanto aos particulares quanto à própria Administração, decorrendo do próprio princípio republicano (BARCELLOS, 2022, p. 938). Segundo Barcellos (2022, p. 938), “[...] em uma república, todos são iguais, e os agentes públicos exercem um poder delegado, devendo prestar contas dos atos praticados, até porque eles terão inevitável repercussão sobre a vida das pessoas.”

A motivação está também ligada ao dever de *accountability* do gestor público, pois a prestação de contas à Sociedade é uma das diretrizes constantes da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção – Convenção de Mérida –, que integra o ordenamento jurídico brasileiro.

Barcellos (2022, p. 938) registra que “Através da motivação, o administrador presta contas à sociedade de forma geral, explicando por que considera estar autorizado pela ordem jurídica para praticar determinado ato, bem como as razões que o levam a praticá-lo”. Além disso, possibilita o controle desses atos, pela sociedade, e eventualmente também por parte do Poder Judiciário (BARCELLOS, 2022, p. 938). Ainda, citamos que tanto os órgãos de controle interno quanto externo, diante da análise da motivação do ato administrativo, podem verificar sua conformidade com a lei e, no que nos interessa diretamente nesta dissertação, na análise acerca da racionalidade das decisões do gestor público, visando à maximização do bem-estar social.

Di Pietro (2022, p. 282) ressalta que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) tornou mais rigorosa a exigência de motivação nas decisões administrativas e dos órgãos de controle, pois (i) excluiu a possibilidade de decisão com base em valores jurídicos abstratos, sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão (art. 20 da LINDB); (ii) incluiu a necessidade de observância nas decisões, da motivação que demonstre a necessidade e adequação da medida imposta ou da invalidação em face das possíveis alternativas (art. 20, parágrafo único da LINDB); (iii) que a decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas (art. 21 da LINDB) (DI PIETRO, 2022, p. 282; BRASIL, 1942).

A motivação visa também afastar a possibilidade de decisionismos e arbitrariedades na Administração Pública, sendo uma limitação aos poderes do gestor público, como consectário da consagração dos direitos fundamentais e dos princípios da moralidade e impessoalidade (ABBOUD, 2015, p. 41). Para além disso, mostra-se “[...] fruto da evolução do processo civilizatório das sociedades sob a égide do constitucionalismo” (ABBOUD, 2015, p. 41).

A motivação da decisão administrativa deve conter os fundamentos que levaram o decisor a adotar determinada opção em detrimento das outras possibilidades cabíveis. Essa afirmação nada mais é do que a verificação acerca da racionalidade do gestor, pois, possuindo este o dever de entregar ao administrado o melhor ato administrativo possível, suas decisões devem ser racionais, ou seja, aquelas que maximizam o bem-estar social e concretizam, sobretudo, os direitos fundamentais.

Nesse contexto, emerge a discussão acerca da legitimidade do gestor público no processo de tomada de decisões, devendo ser indagado se ele possui liberdade absoluta para adotar as decisões que melhor lhe aprouver, ou se encontra vinculado a pareceres, opiniões, relatórios técnicos.

Retomemos o exemplo já utilizado, do gestor público que opta por prorrogar a locação de equipamentos de tecnologia, que se mostra, ao final, menos vantajosa do que a aquisição dos mesmos equipamentos. Se, nesse caso hipotético, houvesse um parecer do órgão de controle interno, informando que a aquisição se mostra economicamente mais vantajosa que a locação, o gestor estaria vinculado a essa opinião? Ou poderia realizar a contratação menos vantajosa? Aplicando os conceitos da AED, reformulamos a indagação: o gestor pode alocar os recursos escassos de uma forma ineficiente? Poderia adotar uma decisão que não seja considerada a racional no contexto constitucional?

Antes ainda de responder ao problema de pesquisa, mostra-se necessário fixar algumas premissas acerca dos paradoxos entre a titularidade do poder em uma democracia representativa e sobre a irradiação dos preceitos constitucionais sobre os atos administrativos de gestão pública, desvendando-se o mito da discricionariedade administrativa e conceituando a eficiência da Administração à luz da AED.

3.3. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EFICIENTE

Desde o descobrimento do Brasil até a presente data, decorridos 522 anos, ainda nos deparamos com situações que evidenciam o quão longe estamos de garantir direitos fundamentais aos indivíduos. A dignidade da pessoa humana é constantemente violada pela inação estatal, sendo certo que o Estado não consegue atingir os objetivos constitucionais positivados em um passado relativamente recente, em 1988, na Constituição Federal.

Não se pode falar hoje que vivemos em uma sociedade “livre, justa e solidária”, ou que estejamos no caminho certo para erradicar a pobreza ou, ao menos, diminuindo a desigualdade social. A promoção do bem de todos resta prejudicada, dentre outros motivos, pela malversação dos escassos recursos públicos, ou pela corrupção que viola a democracia e, por via transversa, impede a concretização de direitos fundamentais e dos que estão inseridos no que se denomina o mínimo existencial, como componente do princípio da dignidade da pessoa humana.

A incapacidade histórica do Estado de promoção do bem-estar de todos dialoga com a ideia de eficiência na Administração Pública no contexto da Constituição Federal de 1988. Afinal, o que seria uma Administração eficiente?

3.3.1. Democracia representativa e a titularidade do poder

A palavra democracia “*demokratia*”, de origem grega, significa o governo do povo e foi utilizada originalmente em Atenas, no sentido semântico de governo das pessoas simples, em contraposição ao governo dos aristocratas, do qual o povo havia obtido o poder. A democracia grega possuía complexas regras, que traziam em seu âmago a autorização para que todos os cidadãos participassem das decisões políticas (DAHL, 2001, p. 21-22).

Contemporaneamente à democracia grega, Roma preferiu chamar seu sistema de governo de República “*res publica*”, tida como a administração dos “negócios do povo”, ou da “coisa pública”, inicialmente restrita aos patrícios e aristocratas e, após muita luta, estendida ao povo, compreendido, naquele momento histórico, por uma restrita categoria de cidadãos, notadamente de homens livres (DAHL, 2001, p. 23).

Com a expansão do império romano, as deliberações populares em assembleia mostraram-se inadequadas, diante do aumento descomunal de cidadãos e do distanciamento geográfico das demais cidades com Roma. Surgiam, então, registros da democracia representativa como solução para a viabilidade da Administração Pública, baseada em eleições democráticas (DAHL, 2001, p. 24).

O exercício da democracia de forma direta pelo povo – concebida como um modelo ideal de democracia política –, em que há o autogoverno do povo, com coincidência entre governantes e governados, é impraticável no Estado contemporâneo, posta a inviabilidade de que todo o povo decida sobre tudo (FERRAJOLI, 2011, p. 16). Adriano Sant’Ana Pedra (2018, p. 223) ressalta que a democracia direta pode ser considerada como impraticável, devido, sobretudo, ao grande número de cidadãos que compõem um Estado e a sua incapacidade de gerir os problemas técnicos e complexos do Estado contemporâneo.

Exsurge, assim, a democracia indireta ou representativa, para viabilizar a continuidade da democracia nos Estados modernos, permitindo que os representantes eleitos pelo povo expressem, ao menos em tese, sua vontade na gestão política do Estado. A democracia representativa surgiu para contornar os problemas práticos que a democracia direta enfrentou com o aumento da população, seu distanciamento geográfico e pelas dificuldades de deliberações políticas. Assim, pelo exercício do direito político de voto, o povo elege seus representantes para exercerem, em seu nome, o poder (FERRAJOLI, 2011, p. 165).

A democracia representativa, que em determinado momento histórico se mostrou como solução para as dificuldades na gestão do Estado, também apresenta seus problemas, ligados, sobretudo, à legitimidade das decisões tomadas pelos representantes. Benevides (2003, p. 13) ressalta que a democracia representativa “[...] é uma instituição deficiente para exprimir, com fidelidade, a vontade popular e a realização dos interesses do povo, na multiplicidade de suas manifestações”, o que se apoia na crescente insatisfação popular com essa forma de exercício da democracia.

A democracia representativa não é garantia de legitimidade popular nas decisões políticas que sucedem as eleições, em face da ausência de garantia de que os

representantes se mantenham fiéis às propostas apresentadas aos representados, ou seja, ao povo¹² (FERRAJOLI, 2011, p. 165-166).

O autor italiano aponta como falácia ideológica ao regime de democracia representativa a perda da representatividade dos partidos políticos, fazendo com que não haja identidade entre a vontade da maioria do povo e a dos representantes. Ressalta, ainda, que a crise da representação política se deve, também, à relação perversa entre dinheiro e política, que corrompe de forma estrutural o sistema democrático representativo, com a mercantilização da política (FERRAJOLI, 2011, p. 171-178).

Maria Victória Benevides (2003, p. 49) aduz que a polêmica entre os adversários da democracia representativa e direta começa no século XVIII com as maiores figuras do pensamento político da época, Montesquieu e Rousseau.

Rousseau é lembrado como defensor radical da soberania popular, para o qual a representação seria uma fraude. Para o filósofo, a soberania não poderia ser representada, sendo nula qualquer lei que o povo não tivesse ratificado. Criticou, por essa razão, a Constituição Inglesa e, de forma indireta, seu idealizador Montesquieu, apontando que o povo inglês pensava ser livre, mas somente era para escolher os membros do parlamento, sendo, na verdade, escravo das escolhas desses representantes (BENEVIDES, 2003, p. 49-52).

Por outro lado, Montesquieu ressaltava as vantagens da representação em grandes Estados, pontuando que o povo não teria aptidão para discutir determinados assuntos, mas, por outro, teria plena capacidade de escolher pessoas “mais esclarecidas” para discuti-los, possuindo, assim, uma “capacidade natural” para eleger seus representantes, que não deveria ser subestimada (BENEVIDES, 2003, p. 50).

A crise de legitimidade política dialoga diretamente com a questão afeta à titularidade do poder em um Estado Democrático. A respeito, Ana Paula de Barcellos (2022, p. 209, grifo da autora) informa que “A existência do poder constituinte originário –

¹² Ferrajoli (2011, p. 165-166) afirma que, nas democracias modernas, a forma representativa que melhor atende aos postulados democráticos adota os mandatos imperativos, que torna obrigatória a satisfação dos interesses e expectativas populares. Além disso, ressalta a necessidade de estabelecer mecanismos de revogação de mandatos, quando os representantes não atinjam os objetivos populares.

superior aos poderes constituídos – foi elaborada teoricamente de forma mais clara e organizada no contexto da Revolução Francesa por Sieyès, em seu livreto *O que é o Terceiro Estado?*”.

A Revolução Francesa afastou-se das concepções de Rousseau e se aproximou das ideias de Montesquieu e de Sieyès, instituindo um Estado Representativo. Entretanto, consagrou no art. 6º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que “A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação” (BENEVIDES, 2003, p. 53).

Para Barcellos (2022, p. 209), a partir das concepções trazidas pela Revolução Francesa por Sieyès, houve a distinção entre o poder constituinte originário e o poder constituído.

A distinção tem uma consequência óbvia: os governantes apenas exercem o poder – os poderes constituídos – mas não são seus titulares. O titular efetivo do poder é o poder constituinte (na visão de Sieyès, o Terceiro Estado, e na concepção afinal adotada em vários momentos na França revolucionária, a nação), que pode, portanto, escolher mudar o Estado e a organização dos poderes constituídos. (BARCELLOS, 2022, p. 209).

A doutrina de Sieyès combinou o sistema representativo com o poder constituinte, trazendo a ideia de soberania nacional, pela qual o poder constituinte tinha como titular a nação, subtraindo do monarca e do povo a titularidade do poder, que foi exercido por uma assembleia constituinte, que não precisava ratificar a constituição perante o povo (BARROSO, 2019, p. 116-117).

A teoria da soberania nacional restou superada, prevalecendo a teoria da soberania popular, para a qual o poder constituinte é titularizado pelo povo, consagrado, historicamente, no preâmbulo da Constituição Americana e nas Constituições Alemã de 1949, Francesa de 1958 e em diversas outras (BARROSO, 2019, p. 126). No Brasil, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu tanto no preâmbulo quanto em seu art. 1º que o poder é titularizado pelo povo, que o exerce diretamente ou por meio de seus representantes (BARROSO, 2019, p. 126).

Dessa forma, não restam dúvidas acerca da positivação na Constituição Federal, de que o titular do poder é o povo e não os seus representantes, questão que dialoga com o suposto paradoxo entre a vontade popular que positivou na Constituição

Federal os valores do povo brasileiro e o poder exercido pelos representantes do povo em uma democracia representativa que, como visto, nem sempre caminham juntos.

O grande momento do exercício da soberania do povo se dá com a elaboração de uma Constituição, na qual os preceitos fundamentais são estabelecidos, vinculando os representantes e todo o povo. A Constituição organiza e limita o exercício dos poderes constituídos e determina sua observância (BARROSO, 2019, p. 115). Trata-se do poder de fato que transforma suas aspirações em norma jurídica fundamental, materializada em uma Constituição (BARCELLOS, 2022, p. 209).

O Estado de Direito tem como característica a vinculação do poder estatal ao direito, trazendo o que, segundo Ingo Sarlet, ao citar Konrad Hesse, compreende a afirmação do princípio da supremacia da Constituição combinado com o princípio da primazia da lei, que tem o condão de vincular, de forma direta, o Legislador e, de forma direta e indireta, os Poderes Executivo e Judiciário à Constituição e às leis (MITIDIERO; SARLET; MARINONI, 2021). Como corolário, além da “[...] submissão à lei, é característica essencial do Estado de direito a submissão de todos à jurisdição” (BARCELLOS, 2011, p. 186).

Pedra (2018, p. 38) aduz que o poder constituído está inserido na Constituição e dela retira a sua força, tratando-se de um poder jurídico, caracterizando-se por ser derivado, subordinado e condicionado. Prossegue o autor esclarecendo que o poder constituído é “[...] *derivado* porque extrai sua força do poder constituinte; *subordinado* porque está limitado pelas normas estabelecidas pelo poder constituinte; e *condicionado* porque seu exercício deve seguir as condições previamente fixadas na Constituição” (PEDRA, 2018, p. 38, destaques do autor).

As Constituições elaboradas após a Segunda Guerra Mundial positivaram preceitos que consagraram valores, princípios e direitos fundamentais nas novas ordens constitucionais, em resposta aos regimes autoritários, como o nazista e os fascistas, “[...] na esperança de que eles formassem um consenso mínimo a ser observado pelas maiorias” (BARCELLOS, 2015, p. 86).

A atribuição de um *status* de norma jurídica dotada de superioridade hierárquica e de vinculação obrigatória pelo Poder Público e pelo povo tornou indispensável a criação de uma dogmática capaz de “[...] conferir eficácia jurídica a tais elementos normativos”

(BARCELLOS, 2015, p. 86). Assim, do atual paradigma constitucional depreende-se a constitucionalização do direito. A Constituição deixa de ser um sistema em si e passa a irradiar seus preceitos em todo o sistema jurídico, que deve ter as normas constitucionais como norte hermenêutico (BARROSO, 2019, p. 410-411).

Esse fenômeno, em uma sociedade plural, traz uma permanente tensão entre direitos e princípios de matriz constitucional, que parecem entrar em choque em diversas circunstâncias (BARCELLOS, 2015, p. 87).

Assim, a hermenêutica jurídica no atual contexto constitucional, segundo Barroso (2019, p. 410-411), traz três mudanças de paradigmas: (i) o reconhecimento de força normativa às disposições constitucionais, que passaram a ter aplicabilidade direta e imediata; (ii) a expansão da jurisdição constitucional; e (iii) a nova interpretação constitucional, que deve considerar a normatividade dos princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação como técnica de decisão e a argumentação jurídica.

As disposições constitucionais que implicitamente constituem o direito fundamental à boa gestão devem ser concretizadas pelos gestores públicos que, como mandatários do povo, direta ou indiretamente, devem se vincular às disposições constitucionais, sob pena de invalidação de seus atos e decisões, por inconstitucionalidade material.

As teorias da Análise Econômica do Direito traçam um paralelo entre a Democracia e o Mercado, aplicando uma visão econômica sobre o processo democrático. Richard Posner (2022, p. 1315), referenciando Joseph Schumpeter, afirma que o método democrático é um arranjo institucional para chegar a decisões políticas, na qual os indivíduos obtêm o poder de decidir por meio de uma luta competitiva pelo voto do povo. Segundo o autor, “[...] a competição política é semelhante à competição econômica em que votos equivalem a vendas e o poder, aos lucros, e com os dois lados do mercado bastante diferenciados”, sendo os agentes políticos equiparados aos vendedores, e o povo aos consumidores (POSNER, 2022, p. 1315).

Segundo Posner (2022, p. 1318), a teoria econômica age como um corretivo da teoria da escolha pública dos agentes políticos na democracia representativa, que enfatiza as falhas do governo na administração do interesse público. Isso porque “A teoria democrática toma conhecimento do fato, mas está ciente de que a falha é o preço da

democracia ou talvez simplesmente o preço do governo, pois não há prova de que os regimes não democráticos sejam mais eficientes que os democráticos” (POSNER, 2022, p. 1318). Ressaltando as vantagens do sistema democrático e exemplificando a visão econômica sobre a democracia, o autor continua:

O sufrágio universal tem grande valor como um método de reduzir a utilização da política como um meio de enriquecimento, uma vez que os indivíduos que não possuem representação são presas naturais dos políticos que buscam o enriquecimento e que têm, em suas mãos, o controle do poder governamental. Além disso, quanto maior for o eleitorado, mais difícil é para que esses políticos que buscam o enriquecimento articulem coalizões para explorar a minoria eleitoral, já que os custos organizacionais aumentam na mesma proporção que aumenta o número de pessoas que devem ingressar na organização para torná-la eficiente. Costumava-se temer que a democracia encorajasse a pilhagem dos ricos simplesmente porque eles são uma minoria. Porém, os custos para que a maioria matasse essa “galinha dos ovos de ouro” limitam essa forma de exploração. Quanto mais impostos forem aplicados aos ricos, menor será a geração de renda deles, sujeita à taxação, de forma que sob índices suficientemente altos de impostos, a transferência líquida ao restante da população seria negativa. (POSNER, 2022, p. 1320).

Contextualizadas as visões tradicional e econômica sobre a democracia, é necessário analisar se, em um regime democrático de direito, os atos de controle interno que apontem nos atos do gestor inconformidades com a lei e com a Constituição, ou que tragam questões eminentemente técnicas, vinculam o administrador público. Ou seja, se o gestor público estaria submetido a opinamentos técnicos, em detrimento de sua escolha política, o que acarretaria uma limitação da discricionariedade do gestor, a qual estaria ameaçada por uma tecnocracia.

A questão posta, longe de ser pacífica, traz a discussão acerca do antagonismo entre uma possível tecnocracia em contraposição à democracia, em que as decisões técnicas teriam o condão de prevalecer sobre as decisões políticas.

A influência das normas técnicas no Direito é um assunto caro à AED, pois, ao pretender analisar o direito mediante a utilização de instrumental teórico da Economia, deixa evidente a necessidade de uma abordagem interdisciplinar no Direito e no que nos interessa, a Administração Pública.

Miguel Reale (2012, p. 11) ressalta que o atual Estado de Direito é plural e complexo, sendo necessário que, no campo em que preteritamente somente decidiam os juristas, hoje também sejam ouvidos e decidam os economistas, os físicos, os

geólogos e pessoas de todas as procedências do saber humano, “[...] porque a tecnologia é marcada por um princípio que se chama a interdisciplinariedade”.

No mesmo sentido, Benoit Frydman (2016, p. 94), ao abordar a problemática entre a influência das normas técnicas, que trazem *standarts* e indicadores e sua influência na democracia, conclui que é “[...] necessário e urgente que o jurista se emancipe de uma concepção muito estreita, formal e rígida, a fim de voltar seu olhar, seu interesse e seus estudos para o campo mais vasto da normatividade, em toda a diversidade de suas formas e suas técnicas”. Para o autor, é tempo de complementar a teoria do direito por uma teoria das normas técnicas, que estabelecem os *standarts* e indicadores, pois o jurista não será o único a analisar essas questões, devendo trabalhar e dialogar, em colaboração ou concorrência, com os sociólogos, economistas, administradores, engenheiros e também com os filósofos (FRYDMAN, 2016).

Campilongo (2000, p. 48-49), ao abordar questões relativas à regra da maioria, ressalta que, na Grécia clássica, Platão já esclarecia que, quando a Assembleia se reunia, se a questão a ser tratada era relativa a construções, os arquitetos deveriam ser chamados a decidir. Quanto às questões de interesse geral da cidade, era indiferente tomar a palavra os arquitetos, ferreiros, sapateiros. Sintetizando este pensamento clássico em suas palavras: “[...] questões técnicas devem ser decididas por especialistas, questões políticas pelos cidadãos”. Por sua vez, o autor chama atenção para o risco oposto, pois em uma sociedade em que a ciência e a tecnologia são alçados aos postos de árbitros dos comportamentos, há o risco de uma completa inversão dos processos democráticos, confrontando uma democracia da maioria com a tecnocracia elitista.

No mesmo sentido, Nelson Camata Moreira e Rodrigo de Paula (2018, p. 84) reconhecem a importância e necessidade de que questões técnicas sejam consideradas na formulação de políticas públicas que tenham por objeto a efetivação de direitos fundamentais. Entretanto, ressaltam que não pode ser “[...] desconsiderado o caráter essencialmente político que envolve a tomada de decisão sobre as políticas públicas voltadas à efetivação desses mesmos direitos” (MOREIRA; PAULA, 2018, p. 84).

A questão posta não pode ser interpretada em seus extremos, ou seja, nem em posições que prevejam uma prevalência da técnica, alijando do processo decisório questões políticas, ou o contrário, quando as decisões políticas desconsideram a técnica. Neste último ponto reside a importância do sistema de controle interno e da AED como método interpretativo, com potencial de conferir objetividade a essa delimitação, no atual contexto constitucional.

3.3.2. A discricionariedade administrativa na perspectiva da Constituição de 1988

Os atos administrativos são classificados pela doutrina administrativista como atos vinculados e atos discricionários. Nos atos vinculados, a Administração Pública está plenamente vinculada à única solução possível diante de determinada situação de fato. A norma fixa todos os requisitos para o ato e o agente público, limitando-se à constatação da existência dos requisitos normativos, sem qualquer margem de apreciação subjetiva, deve efetivar o ato (DI PIETRO, 2022, p. 559; MELLO, 2012, p. 434). Para Medauar (2018, p. 103), nas hipóteses de atos vinculados, “[...] há matérias de reserva legal absoluta, em que o vínculo da Administração ao bloco de juridicidade é máximo.”

Por sua vez, os atos discricionários dizem respeito aos atos administrativos em que, diante do caso concreto, a Administração tem a possibilidade de “[...] apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito” (DI PIETRO, 2022, p. 559). Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 434) registra a imprecisão da expressão atos discricionários, pois, na verdade, deveriam ser nominados como “[...] atos praticados no exercício da competência discricionária”. O autor aduz, ainda, que os atos discricionários não se mostram antagônicos com os atos vinculados, mas desses se diferenciam por possuir a Administração “[...] certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade” (MELLO, 2012, p. 434).

Odete Medauar (2018, p. 104) pontua que o termo “discricionariedade”, antes de figurar nos livros de direito administrativo, indicava um atributo do soberano e de seus agentes de bem desempenhar suas funções. A expressão não foi utilizada pelos primeiros autores franceses e italianos do direito administrativo e, na segunda metade

do século XIX, doutrinadores franceses denominaram como “atos de pura administração” às decisões que hoje constituem o que se designa como poder discricionário. Somente no fim do século XIX, o termo passou a integrar a linguagem da doutrina e jurisprudência de direito administrativo.

A evolução das teorias sobre a discricionariedade administrativa a partir do final do século XIX partiu da ideia inicial de que se tratava de uma escolha livre do gestor, baseada em apreciações subjetivas, sendo conceituado na França como os atos insuscetíveis de controle jurisdicional. Em 1908, o mais alto tribunal administrativo francês inadmitiu a existência de atos totalmente livres, mas restringiu o controle à observância às regras de competência e de forma (MEDAUAR, 2018, p. 104-105). Abboud (2015, p. 4) ressalta o surgimento na França do recurso de “excesso de poder” como uma exceção à imunidade do ato discricionário, que contemplava inicialmente o controle da competência e da forma e, posteriormente, o “desvio de poder”, pois “[...] a liberdade de decisão conferida ao órgão não o autoriza a se distanciar do fim em consideração quando tal poder lhe foi outorgado”. Ressalta, ainda, que, no final do século XIX, a sindicabilidade era mais ampla e dizia respeito a qualquer violação da lei (ABBOUD, 2015, p. 4).

Atualmente, nada obstante a falsa compreensão da extensão da discricionariedade administrativa, não é possível cogitar poder discricionário fora do direito, pois ele “[...] significa uma condição e liberdade, mas não liberdade ilimitada” (MEDAUAR, 2018, p. 105).

A liberdade do gestor público na administração da *res publica* deve se pautar na Constituição e nas leis, e sua finalidade deve ser, inexoravelmente, a maximização do bem-estar social.

Para Juarez Freitas (2013, p. 330), no nosso sistema jurídico não se admitem atos puramente discricionários ou completamente vinculados, devendo ambos serem submetidos a um controle sistemático das escolhas públicas, com foco no cumprimento dos deveres de implementação, em tempo útil, das políticas públicas prioritárias do Estado Constitucional, controlando-se as arbitrariedades por ação ou por omissão. Para o autor, o controle sistemático dos atos administrativos, compreendendo todo o processo de tomada de decisão é capaz de desconstruir as

falácias que presidem as “[...] decisões desastrosas, intensificadoras da iniquidade e perpetuadora das oligarquias plutocratas” (FREITAS, 2013, p. 330).

No atual contexto constitucional, os atos administrativos devem observar as disposições constitucionais e, dentre elas, o direito fundamental à boa administração. Assim, os princípios da Administração Pública funcionam como norte para os gestores públicos, que devem agir dentro da legalidade, com probidade, impessoalidade e eficiência.

Neste sentido, Georges Abboud (2015, p. 88) defende que a discricionariedade administrativa em um Estado Constitucional subordina a Administração à lei em suas relações com os particulares, não podendo representar outra vontade senão a da lei. Os atos administrativos discricionários que não observem a lei constituem, na verdade, atos arbitrários, que expressam a vontade do agente.

Freitas (2013, p. 344, grifo do autor), no atual contexto constitucional, traz a compreensão que deve ser dada à discricionariedade administrativa:

Pode-se, assim, compreender a discricionariedade administrativa legítima como a competência administrativa (não mera faculdade) de avaliar e escolher, no plano concreto, as melhores consequências, mediante justificativas válidas, fática e juridicamente aceitáveis, observados os requisitos da efetividade do direito fundamental à boa administração pública.

A racionalidade tratada na seção 3.2 dialoga intimamente com a discricionariedade administrativa, pois as decisões dos gestores públicos devem ser isentas dos vieses cognitivos, tomadas de forma racional, pois a suposta liberdade para emitir juízos de conveniência não pode dar ensejo a decisionismo irracional (FREITAS, 2013, p. 347). Ou seja, não é lícito ao gestor agir de forma arbitrária e, portanto, ineficiente.

No mesmo sentido, Abboud (2015, p. 84) afirma que discricionariedade administrativa pura não existe, pois o agente deve sempre motivar e fundamentar o ato administrativo, sob pena de emitir um ato inválido.

Acerca do controle sobre os atos discricionários, rompido o óbice histórico acerca da insindicabilidade da decisão tida como discricionária, tem-se que ela pode ser objeto de amplo controle, interno, externo, social e jurisdicional acerca de sua juridicidade, “[...] o qual não implica em usurpação do poder ou invasão do merecimento em si” (FREITAS, 2013, p. 360).

Esse amplo controle defendido por Juarez Freitas, em face do dever de concretização do direito fundamental à boa administração, coaduna com as premissas da análise econômica do direito, porquanto o gestor público, enquanto agente racional, deve gerir os recursos escassos visando maximizar o bem-estar social. Ou seja, deve agir de forma eficiente, e o ônus argumentativo da motivação do ato administrativo atua como fator que eleva o custo de uma decisão ineficiente.

3.3.3. Eficiência na Constituição e sob o prisma da Análise Econômica do Direito

A Constituição Federal estabelece no art. 37 que a administração pública obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, tendo o princípio da eficiência sido incluído na Constituição pela Emenda Constitucional nº 19/1998 (BRASIL, 1988).

Há farta literatura discutindo a definição de eficiência e suas implicações morais e éticas, sendo o conceito de eficiência plurissignificativo, pois cada “[...] conceito tem sua utilidade, contexto e limitações próprios e tais conceitos são utilizados nas mais diversas áreas do conhecimento humano” (GICO JÚNIOR, 2020).

Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 125) e Maria Sylvia Zanella di Pietro (2022, p. 283) fazem alusão ao princípio da eficiência como correspondente ao “dever de boa administração” ou “princípio da boa administração”, do direito italiano, aduzindo que a eficiência é uma faceta da boa administração. Por outro lado, autores como José do Santos Carvalho Filho (2013, p. 30) e Odete Medauar (2018, p. 127) o tratam como princípio autônomo.

Entretanto, os referidos autores convergem no sentido de atribuir ao princípio da eficiência a produção de um resultado rápido e preciso, satisfazendo as necessidades da população (MEDAUAR, 2018, p. 127).

Ana Paula de Barcellos (2022, p. 970) emprega uma conotação econômica ao princípio da eficiência, ao afirmar que consiste no “[...] dever imposto à Administração Pública de decidir pela melhor opção disponível, considerando os custos envolvidos e benefícios almejados”. Prossegue a autora:

A ideia de eficiência relaciona-se diretamente com a noção de custo/benefício e de economicidade administrativa, isto é, a atuação eficiente será aquela que produza o melhor resultado na realização da finalidade pública com o menor custo. Note-se, porém, que a eficiência não se ocupa apenas de custos financeiros (embora também o faça); o abalo e/ou a restrição que outros bens valiosos para a Administração Pública venham a sofrer (como, e.g., a interrupção na prestação de um serviço público, ou retardamento no atendimento de determinada necessidade coletiva) também deverão ser considerados. (BARCELLOS, 2022, p. 970).

A Administração Pública, para cumprir com seu desiderato constitucional, tem que utilizar meios eficazes para atingir o bem comum. A natureza econômica intrínseca ao princípio da eficiência é também abordada por Emerson Garcia (2015, p. 111-112), que registra que “[...] a atividade estatal será norteada por parâmetros de economia e celeridade na gestão dos recursos públicos” para buscar não só um bom resultado, mas o melhor resultado para os administrados.

Como anteriormente abordado, para a teoria econômica, a eficiência, em termos gerais, refere-se à otimização de alguma medida de valor, sendo cediço que, na alocação de recursos escassos, o agente buscará extrair dos fatores de produção seu rendimento máximo (PORTO; GAROUPA, 2022, p. 145). Ou seja, a eficiência é alcançada quando se maximiza o bem-estar social.

Na Administração Pública, a eficiência na concepção jurídica, consistente na produção de um resultado rápido e preciso que satisfaça as necessidades da população (MEDAUAR, 2018, p. 127), correlaciona-se com a concepção econômica e da Análise Econômica do Direito de maximização do bem-estar social, em que é considerado eficiente todo ato administrativo que gere uma maior satisfação ao maior número de indivíduos de uma sociedade.

Observa-se que o princípio da eficiência vincula tanto a Administração quanto o próprio gestor, possuindo a natureza de um poder-dever, ou seja, um poder que a autoridade não pode deixar de exercer, sob pena de omissão (DI PIETRO, 2022, p. 253). No mesmo sentido, Carvalho Filho (2013, p. 68) registra que o dever de eficiência dos administradores públicos reside na necessidade de tornar a Administração Pública qualitativamente eficaz.

As concepções de eficiência sob o prisma constitucional dialogam com os conceitos econômicos relativos à eficiência. Nesse diapasão, observa-se sob o viés constitucional que a eficiência deve ser produtiva, considerando as ideias de

produtividade e de *economicidade*, ou seja, a Administração que reduz seus custos e aumenta suas entregas (GICO JÚNIOR, 2020, p. 81). Além disso, a eficiência constitucional deve ser alocativa, em que há uma distribuição ótima de bens e serviços, levando-se em consideração as preferências da sociedade. Nessa concepção considera-se, ainda, a adequação da escolha realizada, pois a alocação de recursos da Administração deve ser necessariamente a que gere o maior bem-estar social (GICO JÚNIOR, 2020, p. 84).

Assim, uma Administração Pública eficaz, sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito, de forma não taxativa, pode ser concebida como a que: (i) direcione seus recursos escassos com racionalidade; (ii) proporcione ao cidadão o melhor ato administrativo possível; (iii) tenha como objetivo a maximização do bem-estar social; (iv) observe e concretize o direito fundamental à boa Administração; (v) formule políticas públicas com base em dados objetivos.

A avaliação dos resultados da Administração quanto à eficácia e eficiência é uma das funções atribuídas na Constituição ao controle interno, conforme se observa no art. 74, inciso II (BRASIL, 1988). Dessa forma, o sistema de controle interno, tanto no controle concomitante de legalidade quanto nas auditorias que aferem os processos e rotinas dos órgãos administrativos, contribui para o aperfeiçoamento da Administração (RIBEIRO; BLIACHERIENE; SANTANA, 2019, p. 35), apontando as melhores práticas, que constituem a concretização tanto do direito fundamental à boa administração, quanto da *good governance* estabelecida na Convenção de Mérida.

Para além disso, a concretude da eficiência, por si só, implica no controle da corrupção, pois esta constitui uma má alocação de recursos públicos, portanto, irracional e ineficiente em meio à escassez.

Nesse contexto, o controle interno se mostra, ao mesmo tempo, como mecanismo de apoio e de controle aos atos de administração, possuindo caráter instrumental para concretização do direito fundamental à boa administração. Ele fornece subsídios técnicos ou jurídicos quando do controle concomitante de legalidade e economicidade dos atos; possibilita sua correção quando das auditorias; avalia e monitora o cumprimento de metas e programas de governo, ou seja, em relação às políticas

públicas; avalia os resultados quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial, dentre outras atividades.

O controle interno atua de forma estratégica em apoio à gestão; e seus atos, da mesma forma que sua estrutura, não se mostram uniformes e com nomenclatura fechada, materializando-se em inspeções, relatórios, pareceres, recomendações.

A natureza dos atos de controle interno será adiante abordada, pois ela repercute diretamente na eventual vinculação do gestor aos atos de controle.

3.4. A NATUREZA DOS ATOS DE CONTROLE INTERNO E A VINCULAÇÃO DO GESTOR AO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Os atos praticados tanto pelo gestor público quanto pelos agentes públicos que integram o sistema de controle interno devem ser norteados pelo direito fundamental à boa administração e, sob a perspectiva da AED, devem ser racionais e visando à maximização da utilidade (bem-estar social).

A alocação dos recursos escassos no contexto constitucional não admite a ineficiência, a pessoalidade, a imoralidade ou a ilegalidade. Ou seja, a probidade e a boa gestão dos recursos escassos dialogam com a concretização dos direitos fundamentais.

A natureza dos atos praticados pelos gestores públicos, decorrente dos poderes imanescentes à Administração Pública, fundamenta-se direta ou indiretamente no sistema democrático, por meio do qual o gestor se legitima a proferir formalmente a palavra final no processo decisório de sua competência. Lado outro, a Administração Pública é integrada também por agentes públicos e por órgãos, com atribuições fixadas por lei.

O equilíbrio entre a legitimidade política do gestor e o exercício das atribuições do corpo funcional da Administração possui estrita relação com a maneira pela qual as políticas públicas são ou não direcionadas à maximização do bem-estar de todos.

3.4.1. Natureza das funções e dos atos na Administração Pública

A Administração Pública é composta de órgãos e entes personalizados, conduzidos por um corpo de agentes públicos na realização de suas atividades, que devem ser dirigidas ao interesse público (MEDAUAR, 2018, p. 99). Para o desempenho dessas atividades, a Administração, por meio de seus agentes, exerce funções administrativas que são correlacionadas pela doutrina administrativa a poderes imanescentes à Administração Pública (DI PIETRO, 2022, p. 297-299). Dentre eles, destacam-se o poder vinculado e o poder discricionário¹³.

O poder vinculado, também denominado como competência vinculada, diz respeito à materialização dos atos administrativos em que a lei direciona o agente público à tomada de decisão em um único sentido, isto é, sua conduta é ditada previamente pela norma jurídica, havendo uma reserva legal absoluta, que vincula a Administração (MEDAUAR, 2018, p. 103).

O poder discricionário, tratado na seção 3.3.2, possibilita a prática dos atos discricionários, em que é conferida ao agente público a faculdade de optar entre mais de uma solução, dentre as opções legalmente previstas ou permitidas.

No atual contexto constitucional, qualquer que seja o ato administrativo emanado, ele deve observar as disposições legais e constitucionais, dentre as quais está o direito fundamental à boa administração.

Entretanto, é necessário fazer uma prévia distinção. Nem todo ato proveniente da Administração é um ato administrativo. A esse respeito, adotamos o posicionamento de Maria Sylvia Zanella di Pietro, que diferencia os atos da administração dos atos administrativos. Para a autora, os atos da administração são todos aqueles emanados no âmbito da Administração Pública, qualquer que seja sua natureza, ao passo que os atos administrativos consistem na “[...] declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário” (DI PIETRO, 2022, p. 530-531).

¹³ Além dos poderes vinculado e discricionário, são recorrentes na doutrina a menção aos poderes hierárquico, normativo, regulamentar e disciplinar.

No mesmo sentido, Carvalho Filho (2013, p. 100-101) ressalta três pontos fundamentais para a caracterização de um ato como ato administrativo: (i) que expresse a vontade da Administração; (ii) que produza efeitos jurídicos com fim público; (iii) que seja regido pelo direito público.

A produção de efeitos se mostra como um diferenciador entre os atos da administração e os atos administrativos. Os atos materiais (reforma de um prédio, limpeza), os despachos de mero expediente, os atos enunciativos ou de conhecimento (atestados, certidões) e os atos de opinião (pareceres e laudos) não produzem efeitos jurídicos imediatos, sendo atos da administração, preparatórios ou acessórios do ato principal – o ato administrativo (DI PIETRO, 2022, p. 532-533).

Há que se diferenciar, ainda, os atos administrativos dos atos de governo ou atos políticos. Medauar (2018, p. 147) aduz que há divergência no entendimento quanto a sua autonomia, como uma quarta espécie de ato emanado pelos Poderes da República, ao lado do ato administrativo, da lei e da sentença. Entretanto, a administrativista o aloca como espécie de ato administrativo, com aspecto político e restrito à mais elevada autoridade do Poder Executivo. Diz respeito ao relacionamento com outros poderes, com outros países e refere-se a decisões de alto relevo para o País, Estado ou Município. Di Pietro (2022, p. 216) cita como exemplos a convocação extraordinária do Congresso Nacional, nomeações de Ministros de Estado, a declaração de guerra e celebração da paz, declaração de estado de emergência. A autora insere dentre os atos políticos a fixação de metas, diretrizes ou de planos governamentais. Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 388) ressalta que os atos políticos ou de governo são praticados com margem de discricção e possuem um regime jurídico-constitucional, no exercício da função puramente política, como o indulto, a iniciativa de lei, a sanção ou o veto.

Neste ponto, é importante registrar que os atos praticados pelos gestores públicos no exercício de sua competência administrativa são atos administrativos que expressam os poderes da Administração, como o vinculado e o discricionário.

Por outro lado, os atos de controle interno são, em regra, atos de opinião, que não produzem efeitos jurídicos imediatos e se mostram preparatórios ao ato principal. Nesta categoria de atos da administração, citam-se como exemplos os pareceres,

recomendações, laudos, relatórios, dentre outros similares, nos quais se enquadram os atos de controle interno que não extraem da Constituição ou da lei natureza decisória ou eficácia imediata.

Quanto ao parecer, em regra é definido como o ato pelo qual os órgãos da Administração emitem opinião sobre assuntos técnicos ou jurídicos de sua competência (DI PIETRO, 2022, p. 593). Tratam-se, por exemplo, de pareceres jurídicos em procedimentos licitatórios, laudos técnicos para avaliação de imóveis, dentre outros.

Ordinariamente, os pareceres são meramente opinativos, cabendo ao gestor acatar ou refutar a opinião, de forma fundamentada – como deve ocorrer em um Estado de Direito –, podendo ser facultativos ou obrigatórios, conforme a lei exija ou não sua existência. Quando obrigatório, o parecer integra o processo de formação do ato, sendo sua ausência um vício de legalidade (CARVALHO FILHO, 2013, p. 139).

Extraordinariamente, os pareceres são vinculantes, sendo a Administração obrigada a solicitá-los e a acatar sua conclusão. Di Pietro (2022, p. 593) exemplifica essa modalidade na concessão de aposentadoria por invalidez, quando a Administração deve requisitar o laudo médico oficial e não pode decidir em sentido contrário.

A diferenciação teórica entre atos administrativos e atos da administração, com a consequente definição da natureza dos atos de controle interno, dialoga com a vinculação ou não dos gestores às orientações emanadas pelo sistema de controle interno. Isso porque há uma tensão permanente entre a soberania popular em uma democracia representativa e a concretização das normas constitucionais que estabelecem direitos fundamentais.

O Supremo Tribunal Federal, em mais de uma oportunidade, enfrentou questão análoga, na qual se pode inferir que a liberdade do gestor não é absoluta, encontrando limites em seu dever de fundamentação e na *accountability*, cara ao Estado Democrático de Direito.

3.4.2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: os Mandados de Segurança nº 24.073-3/DF, 24.584-1/DF e MS 24.631-6/DF e o Estado de Direito

O Supremo Tribunal Federal apreciou o tema relativo à vinculação do gestor público quanto ao conteúdo de pareceres, nos autos dos Mandados de Segurança 24.073-3/DF, 24.584-1/DF e 24.631-6/DF, nos quais é possível verificar a posição da Corte Constitucional sobre o assunto.

O Mandado de Segurança nº 24.073-3/DF, de relatoria do Ministro Carlos Velloso, tratava da possível responsabilidade solidária de Advogado Público que emitiu parecer sugerindo a contratação direta, sem licitação, mediante a interpretação da Lei de licitações (BRASIL, 2002).

Em seu voto, acolhido em unanimidade pelo STF, o relator aduziu que o autor de parecer emite opinião não vinculante, não podendo ser responsabilizado por sua manifestação técnico-jurídica como operador do direito. De igual forma, o parecer emitido não era um ato administrativo, razão pela qual o parecerista não poderia ser equiparado ao administrador, sendo somente civilmente responsável pelos danos causados se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo (BRASIL, 2002).

No ano de 2007, o Supremo Tribunal Federal enfrentou novamente o tema, nos Mandados de Segurança nº 24.584-1 e 24.631-6, ambos julgados no mesmo dia e tendo como *vexata quaestio* a (ir)responsabilidade do parecerista pelo conteúdo do ato emanado.

O MS nº 24.584-1 tratou da responsabilidade de Advogado Público frente ao disposto no art. 38 da Lei nº 8.666/93, que estabelece em seu parágrafo único que as minutas de editais de licitação, bem como os contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente analisados e aprovados pela Assessoria Jurídica da Administração (BRASIL, 2007a) .

O Ministro-relator Marco Aurélio, invocando a doutrina de Marçal Justen Filho, adotou a concepção de que, ao examinar e aprovar atos da licitação, a assessoria jurídica possui responsabilidade solidária no ato administrativo praticado pelo gestor. Em seu voto, afirmou:

O momento é de mudança cultural; o momento é de cobrança e, por via de consequência, de alerta àqueles que lidam com a coisa pública. Os servidores públicos submetem-se indistintamente, na proporção da responsabilidade de que são investidos, aos parâmetros próprios da Administração Pública. A imunidade profissional do corpo jurídico – art. 133 da Constituição Federal – não pode ser confundida com indenidade. (BRASIL, 2007a).

Nesse sentido, o relator denegou a segurança pretendida, que visava ao reconhecimento de que a atuação do parecerista seria meramente opinativa, pois nessa hipótese se tratava da prática de um ato administrativo complexo, em que a aprovação do edital e do contrato administrativo pelo órgão de controle interno (assessoria jurídica) era obrigatória.

No MS nº 24.631-6, o remédio constitucional tinha como objeto, em síntese, a exclusão de procurador autárquico do rol de responsáveis em processo administrativo do Tribunal de Contas da União (TCU), no qual havia sido inserido por ter emitido parecer técnico-jurídico em procedimento de sua alçada. A questão posta dizia respeito, sobretudo, à possível responsabilização do parecerista na prática de ato administrativo julgado irregular pelo TCU, pela simples emissão de parecer, que teria sido utilizado como fundamento para a decisão do gestor (BRASIL, 2007b).

No voto condutor do Min. Relator Joaquim Barbosa, afastou-se a impossibilidade absoluta de responsabilização dos advogados públicos pareceristas, a qual não poderia consistir em um salvo-conduto para a chancela, com base nos pareceres, a atos abusivos praticados em procedimentos administrativos (BRASIL, 2007b). No relatório, foi pontuado que,

Se a lei (i) não exige expressamente parecer favorável como requisito de determinado ato administrativo, ou (ii) exige apenas o exame prévio por parte do órgão de assessoria jurídica, o parecer técnico-jurídico em nada vincula o ato administrativo a ser praticado, e dele não faz parte. (BRASIL, 2007b).

Embora os objetos dos MS 24.073, 24.584 e 24.631 não sejam os mesmos enfrentados no problema de pesquisa, verifica-se que a questão posta foi tratada *obiter dictum*, quando da análise acerca da responsabilização do parecerista e da natureza, tanto da decisão do gestor público quanto do ato de opinião do órgão de assessoramento/controlado técnico-jurídico.

Nos precedentes, o STF deliberou no sentido de que o problema guardava estrita relação com a estruturação hierárquica da administração e o princípio da legalidade,

pois “[...] é que ao administrador, salvo disposição legal específica, cabe aplicação da lei e demais normas administrativas, exercendo ele o juízo cabível, na esfera administrativa, sobre a legalidade de determinada medida” (BRASIL, 2007b).

Segundo Di Pietro (2022, p. 594-595), no MS 24.631/DF, foi feita a distinção entre três hipóteses de parecer: (i) os de consulta facultativa; (ii) os de consulta obrigatória; e (iii) os de natureza vinculante.

O Ministro-Relator, em mencionado precedente, sintetizou as hipóteses e suas consequências:

- (i) Quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo;
- (ii) Quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer;
- (iii) Mas quando a lei estabelece a obrigação de “decidir à luz de parecer vinculante” (décider sur avis conforme), o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir. (BRASIL, 2007b).

O posicionamento do Ministro-Relator é registrado também em seu voto-vista no MS 24.584, em que referencia René Chapus, ao centralizar a análise sobre a obrigação que a lei impõe ou não ao gestor, de proceder a consulta antes de praticar o ato administrativo, e não exclusivamente à natureza jurídica do parecer enquanto ato da administração (BRASIL, 2007a).

Esclarece que, na primeira hipótese, quando a consulta é facultativa, o administrador não se vincula ao parecer, pois seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo (BRASIL, 2007a).

Na segunda hipótese, quando a consulta é obrigatória, a Autoridade Administrativa fica, segundo o Ministro,

[...] obrigada a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário. Caso pretenda praticar o ato com conteúdo e forma diversos do que foi submetido à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer. Isto porque, se submeter à consultoria a minuta ou esboço de um ato com um determinado conteúdo e, ao tomar a decisão, publicar ato de conteúdo diverso, estará burlando a obrigatoriedade do parecer prévio, que nada mais é do que um mecanismo adicional de controle da administração. (BRASIL, 2007a).

Na terceira hipótese, quando a lei estabelece a vinculação do Administrador ao parecer, há uma partilha do poder decisório, sendo o parecer favorável do órgão consultivo um pressuposto de perfeição do ato administrativo, que geraria a responsabilização do parecerista.

A posição até então prevalente no STF se fundamenta na legalidade e prestigia a *mens legis* de proporcionar o controle interno na Administração, mediante o prévio controle de legalidade. O Ministro Carlos Brito, no MS nº 24.584, aduziu que

Ao submeter ao corpo técnico e jurídico da repartição pública essas minutas, qual foi o objetivo da lei? Foi primar por um rígido controle prévio de legalidade, de licitude. O objetivo da lei foi válido, chamar os assessores jurídicos a participarem da confecção de atos administrativos bilaterais ou multilaterais. (BRASIL, 2007a).

O respeito à legalidade pelo gestor público nada mais é do que a concretização de uma das dimensões do direito fundamental à boa administração, que também impõe aos agentes públicos que externem os motivos que o levaram a praticar seus atos, a fim de que possa se submeter ao controle interno e ao controle externo, como decorrência do sistema de *check and balances*.

A harmonia e a independência dos Poderes é requisito para o adequado desempenho de suas funções e, como “poder freia poder”, o equilíbrio desse controle de freios e contrapesos se mostra fundamental para a democracia (ZANETI JÚNIOR, 2014, p. 110). Ou seja, quando o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que o Administrador está vinculado à lei, limitou a possibilidade de que aja de forma arbitrária, delimitando as balizas de sua atuação discricionária a um bloco de juridicidade.

As conclusões contidas nos precedentes analisados estão imbricadas com as que devem reger os demais atos de controle interno.

3.4.3. O alcance dos atos de controle interno no processo de tomada de decisão do gestor público: uma análise sob o prisma da Análise Econômica do Direito em um Estado Democrático de Direito

O sistema de controle interno compreende uma ampla gama de órgãos na Administração Pública, e seus atos são praticados em diversos momentos e nos mais variados processos e procedimentos, como consequência das disposições

constitucionais que estabelecem esse importante controle intraorgânico (MEDAUAR, 2018, p. 376), visando à concretização do direito fundamental à boa administração.

Para atingir seu desiderato constitucional, o controle interno atua, por exemplo, na atividade de controladoria, em que verifica a conformidade dos atos administrativos com a lei e, sobretudo, com a Constituição, e na auditoria, que é uma atividade independente, que objetiva tornar uma organização mais eficiente, “[...] a partir da aplicação de uma abordagem sistemática e disciplinada para avaliar e melhorar a eficácia dos processos de gerenciamento de riscos, de controles internos, de integridade e de governança [...]” (BRASIL, 2016).

Nessas atividades de controle interno, o resultado das análises, inspeções, consultas, e até mesmo de atos de aprovação prévia é materializado em relatórios e pareceres, que são submetidos a posterior análise e decisão da autoridade administrativa que é incumbida de expedir o ato administrativo, seja este ato vinculado ou discricionário.

Durante todo este processo de produção do ato administrativo, o respeito ao direito fundamental à boa administração é imperativo. Nele é compreendido como um de seus componentes o princípio da eficiência, que o conecta às concepções das teorias que integram a Análise Econômica do Direito.

Assim, considerando a ideia de eficiência como um conceito multidisciplinar, mas que converge em certa medida para sua acepção econômica, não se pode conceber que, em um ciclo de produção de um ato administrativo típico, os agentes públicos pratiquem nele quaisquer atos em desconformidade com a lei e com a Constituição, ou que não sejam pautados por uma eficiência produtiva ou alocativa.

Os gestores públicos, como responsáveis pela tomada de decisão, quando da expedição de atos administrativos, devem se pautar pela racionalidade, evitando os vieses cognitivos que os afastam da escolha racional e, conseqüentemente, da concretização do direito fundamental à boa administração, com a disponibilização do melhor ato administrativo ao cidadão.

Dessa forma, segundo as premissas da AED, os gestores públicos devem tomar decisões racionais, com eficiência, maximizando o bem-estar social. Essa premissa

econômica encontra abrigo na Constituição, quando seu art. 37 estabelece o princípio da eficiência como norte para a atuação da Administração Pública.

A ideia de eficiência positivada na Constituição dialoga com a tomada de decisão racional, pois seus conceitos estão imbricados. De igual forma, a atuação eficiente possibilita a maximização da utilidade pretendida que, na ordem constitucional brasileira é, acima de todas as outras, o bem-estar social.

O controle interno age neste processo como fomentador da boa gestão, ao controlar a atuação do gestor público, verificando a conformidade do ato administrativo com o ordenamento jurídico, e se este atende aos postulados de economicidade, da eficiência, enfim, da boa gestão pública, pautada pelo respeito às metas, planejamentos e políticas públicas estabelecidas.

Revisitados os temas ora abordados e partindo das premissas de que (i) a coletividade é titular do direito fundamental à boa administração, que possui característica instrumental para efetivação dos demais direitos fundamentais; (ii) as disposições constitucionais irradiam seus efeitos sobre todo o ordenamento jurídico, e também sobre os atos administrativos; (iii) o controle preventivo dos atos de malversação de recursos públicos, por meio do controle interno tem a potencialidade de proporcionar uma atuação administrativa racional, que promova a alocação eficiente dos escassos recursos públicos, concretizando o direito fundamental à boa administração, retorna-se à indagação inicial que constitui problema de pesquisa na presente dissertação: Em um Estado Democrático de Direito, os gestores públicos podem deixar de observar as orientações técnicas dos órgãos de controle interno?

Para Richard Posner (2022, p. 1561), o desenho e a interpretação das Constituições, em uma perspectiva econômica, evidenciam uma tensão entre a eficiência e a democracia. A eficiência possibilita que o Estado se limite à prevenção das externalidades negativas e incentive as externalidades positivas, notadamente através da adoção de políticas públicas de menor custo. O espírito do governo, nesta acepção, seria de um governo limitado e não necessariamente de um governo democrático.

Por outro lado, o princípio democrático dá voz contra os abusos do funcionalismo público e, ao mesmo tempo, aumenta os riscos de que o governo seja capturado por

uma coalisão interessada em se apropriar das riquezas dos demais, ou de grupos que se dediquem à produção de leis para enriquecimento próprio em detrimento da sociedade em geral (POSNER, 2022, p. 1561).

A visão de Posner, sob a perspectiva econômica, vislumbra a tensão entre a democracia representativa e a soberania popular, em que nem sempre convergem as vontades do representante e do representado.

Embora a abordagem de Posner diga respeito à realidade da *commom law*, mais especificamente da tradição jurídica adotada nos Estados Unidos da América, dela se denota que a teoria econômica agiria como corretivo da teoria da escolha pública dos agentes políticos na democracia representativa (POSNER, 2022, p. 1318). Aduz o autor que o propósito da separação de poderes, em termos econômicos, é de prevenir a monopolização do poder coercitivo do Estado (POSNER, 2022, p. 1563).

Na realidade brasileira, essa lógica pode ser observada no sistema de freios e contrapesos que equilibra o exercício de poder. Nessa perspectiva econômica, de livre mercado, age o sistema de controle interno como importante ator na correção da falha de mercado, quando indivíduos ou organizações buscam maximizar seus interesses próprios em detrimento do interesse social, gerando a alocação ineficiente dos recursos públicos (PORTO; GAROUPA, 2022, p. 165).

Os precedentes do Supremo Tribunal Federal (MS nº 24.073, 24.584 e 24.631) se mostram compatíveis com a perspectiva econômica tratada neste trabalho acadêmico, uma vez que a *accountability* horizontal se mostrou como um mecanismo adequado para a concretização da boa gestão. Ou seja, ao reconhecer a importância da partilha da responsabilidade entre o gestor público e o órgão de controle interno (assessoria jurídica), o STF concluiu que a manifestação técnico-jurídica integra o ato administrativo.

Quanto aos atos praticados no âmbito do controle interno, registra-se que eles podem ser classificados como (i) vinculativos ou (ii) opinativos, conforme a lei ou as normas regulamentares da Administração assim disponham.

Pode-se deduzir, partindo-se das premissas adotadas nesta dissertação, que os gestores públicos se vinculam às orientações técnicas dos órgãos de controle interno

quando a lei ou os atos regulamentares de natureza normativa (decretos, regulamentos, portarias etc.) assim preverem.

A lei, pois, está ligada, em primeiro lugar, à garantia do Estado Democrático de Direito, em que a ação estatal deve ter como fundamento uma decisão majoritária, democrática e não pessoal do agente público (BARCELLOS, 2022, p. 931). E os atos normativos, desde que expedidos com observância da Constituição e das leis, possuem força vinculante no âmbito da Administração Pública, vinculando as autoridades administrativas, sendo os atos contrários aos atos normativos passíveis de correção pelos órgãos de controle, inclusive pelo Poder Judiciário (DI PIETRO, 2022, p. 174).

Os atos de controle interno de natureza vinculativa podem ser verificados quando a lei condiciona a decisão do gestor à prévia oitiva, aprovação ou manifestação favorável de algum órgão de controle interno. Por exemplo, cita-se a atual previsão contida na Lei nº 8.666/93, em seu art. 38, parágrafo único, que “[...] torna obrigatório o exame e a aprovação das minutas de edital de licitação e dos contratos por assessoria jurídica da Administração” (DI PIETRO, 2022, p. 593–594). Nesse caso, o ato do controle interno (assessoria jurídica) consubstancia-se em uma avaliação técnico-jurídica no controle da juridicidade, restando estabelecido pela lei a partilha do poder de decisão entre a autoridade executiva e o órgão consultivo, tal qual foi mencionado no voto condutor do MS 24.631/DF (BRASIL, 2007b).

Para além disso, a própria lógica de funcionamento dos sistemas de controle interno, estruturados em três linhas de defesa, propicia que o processo de tomada de decisão do gestor público seja orientado pela racionalidade, alocando de forma eficiente os recursos escassos da sociedade, culminando com um ato administrativo que concretize o direito fundamental à boa gestão e, ao fim e ao cabo, os direitos fundamentais. Dessa forma, sempre que houver previsão legal ou normativa de consulta obrigatória a órgão de controle interno, restará o gestor público vinculado à observância das orientações técnicas, devendo sanar as inconformidades apontadas, ou as rechaçar fundamentadamente.

Isso porque a legitimidade do gestor público em uma democracia representativa (e também a sua discricionariedade) encontra limites na Constituição, na Lei e também

nos atos regulamentares da própria Administração Pública, que lhe atribuem a obrigação de agir em conformidade com as normas e visando à maximização do bem comum. Por isso, nessas hipóteses, quando o próprio legislador ou a autoridade administrativa impuserem a obrigação de observância aos atos de controle, não poderá o gestor se afastar deste caminho, estando vinculado às orientações dos órgãos de controle interno.

Já os atos de controle interno de natureza opinativa, por não serem dotados de eficácia imediata, são classificados como atos da administração (não como atos administrativos), sendo preparatórios ou acessórios ao ato principal, que materializa a decisão do gestor, representando a vontade administrativa e sujeito a ampla sindicabilidade jurisdicional. Nessas hipóteses, não está o gestor formalmente vinculado às orientações dos órgãos de controle interno.

No atual contexto constitucional, as disposições constitucionais irradiam seus efeitos a todo ordenamento jurídico, sendo a concretização do direito fundamental à boa administração um dever do gestor público. Nesse sentido, quadra questionar se seria racional a decisão do gestor que contrarie o opinamento do órgão técnico, notadamente que vise verificar a conformidade dos atos administrativos com a lei e com a Constituição, ou avaliar sua eficiência. Sob o prisma da Análise Econômica do Direito, qualquer decisão irracional do gestor, que não possa ser classificada como eficiente, seria inválida.

Entretanto, a adoção irrestrita dessa interpretação se mostra um risco para a própria democracia, uma vez que afastaria do processo decisório a intervenção do representante eleito pelo povo, que se veria como um ser autômato, desprovido de vontade, esvaziando a legitimidade política que lhe foi conferida no processo democrático. Estaria, assim, instalada uma tecnocracia, em sua pior acepção.

Nessa hipótese, o opinamento do órgão de controle interno age tão somente como fator que eleva o custo de oportunidade de eventual ato de malversação de recursos públicos que, conforme as concepções de Gary Becker sobre a análise econômica do crime, representa efeito dissuasório da prática irregular ou ilícita. Ou seja, a advertência acerca da irracionalidade ou da ineficiência do ato é um incentivo (em termos econômicos) para que o gestor se paute pela boa gestão.

Além disso, uma manifestação opinativa do sistema de controle interno em sentido contrário à decisão do gestor público impõe um maior ônus argumentativo para afastar os fundamentos apresentados e reafirmar a racionalidade e eficiência de sua decisão. Isso porque não se concebe no cenário constitucional brasileiro que a decisão final acerca da expedição do ato administrativo não seja atribuída ao agente público legitimamente investido no cargo pelos meios democráticos, mesmo que sua decisão não seja racional, ou que não maximize o bem-estar social, já que peculiaridades de um Estado Democrático de Direito não podem ser alcançadas exclusivamente pela técnica. Por exemplo, a proteção dos interesses e direitos das minorias, ou outras atuações economicamente deficitárias do Estado podem não constituir a escolha racional e a maximização de utilidade preconizadas na AED.

Entretanto, essa suposta irracionalidade e ineficiência são o custo da democracia. Segundo Posner (2022, p. 1318), a “[...] teoria democrática toma conhecimento do fato, mas está ciente de que a falha é o preço da democracia [...]”. O custo de uma decisão ineficiente é menor que os riscos da ausência de um processo democrático, em que os agentes políticos concorrem no “mercado” dos votos, agindo o sufrágio como método para redução da utilização da política como um meio de enriquecimento privado (POSNER, 2022, p. 1320).

A não vinculação do gestor público ao ato de controle interno por ausência de juridicidade que expressamente lhe vincule não significa a relativização do direito fundamental à boa administração, pois a constatação da prática de ato ilegal, irracional ou ineficiente deve ser comunicada aos órgãos de controle externo, nos termos do art. 74, § 1º da Constituição, que estabelece que os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas, sob pena de responsabilidade solidária (BRASIL, 1988).

O dever de comunicação, positivado no art. 74, § 1º da Constituição Federal, é aplicável, em regra, aos servidores públicos em seus regimentos jurídicos, a exemplo do art. 116, VI, do Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União, replicado nas normas das demais entidades da administração pública direta ou indireta, o qual contém uma dimensão mais abrangente, ao dispor que os servidores públicos devem “[...] levar as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ao conhecimento

da autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, ao conhecimento de outra autoridade competente para apuração” (BRASIL, 1990). Assim, além do Tribunal de Contas, estariam incluídos o Ministério Público, a Polícia Judiciária, dentre outros órgãos e Instituições incumbidos do combate à corrupção ou a malversação de recursos públicos.

O dever de comunicação age, então, como mecanismo de controle que afasta os males da concentração de poder, possibilitando a atuação dos órgãos de controle externo que devem, no âmbito de suas atribuições constitucionais, sindicarem os atos apontados como irracionais e ineficientes. Trata-se do sistema de freios e contrapesos, que permite que o poder seja limitado pelo próprio poder, a fim de que se mantenha hígido o aparato estatal.

O Poder Judiciário, em sua competência constitucional para dirimir os conflitos de interesses seria, então, o *locus* adequado para declarar a nulidade do ato administrativo praticado de forma ineficiente ou irracional, por se mostrar inconstitucional, possibilitando a concretização do direito fundamental à boa administração, que tem caráter instrumental para a concretização dos direitos fundamentais. Para Hermes Zaneti Júnior (2016, p. 382), o Poder Judiciário não só atua legitimamente nesses casos, mas tem o dever constitucional de revisão judicial dos atos dos demais poderes para garantia da Constituição (*judicial review*).

Portanto, a submissão à lei e à jurisdição é característica essencial do Estado de Direito e constitui uma garantia de que o direito à boa administração seja concretizado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição possuem eficácia jurídica e aplicabilidade imediata, nos termos do art. 5º, § 1º da Constituição, não se tratando de normas meramente programáticas ou de observância facultativa.

O Estado deve dirigir suas ações com a finalidade de atingir os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, de constituir uma sociedade livre, justa e solidária, de promover o desenvolvimento nacional, de erradicar a pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais, e de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O direito à boa administração é um direito fundamental implícito, reconhecido em razão do conceito materialmente aberto contido no art. 5º, § 2º da Constituição, que possibilita a existência de outros direitos fundamentais implícitos nos demais dispositivos constitucionais, ou previstos em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário. Decorre do feixe de regras e princípios consagrados na Constituição Federal, especialmente aos positivados no art. 37 e os internalizados no ordenamento jurídico nacional, provenientes de convenções internacionais.

Os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência são valores consagrados pelo poder constituinte e são norte para o gestor público na condução da *res publica*, em benefício da coletividade. Ou seja, para a concretização do direito fundamental à boa administração, o Administrador Público deve nortear suas ações pela probidade e pela eficiência, observando as diretrizes da boa administração (*good governance*), da integridade pública (*compliance*), da transparência e da prestação de contas (*accountability*), exercendo com celeridade e adequação as funções públicas que lhe incumbem.

O direito fundamental à boa administração possui caráter instrumental, sendo pressuposto para a concretização de diversos direitos fundamentais, uma vez que o Estado dispõe de recursos escassos, que devem ser geridos com probidade e eficiência. Isso porque todo e qualquer direito tem custos e a sua eficácia e aplicabilidade dependem da sua adequada alocação.

A malversação dos recursos públicos, tanto por sua má gestão quanto pela prática da corrupção, afeta a alocação racional e eficiente desses recursos escassos, impedindo a concretização de direitos fundamentais, notadamente os prestacionais.

O controle interno consiste na aplicação de um conjunto de ações, métodos, procedimentos e rotinas que a Administração exerce sobre seus próprios atos, na forma do art. 74 da Constituição Federal, para comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração. Também avalia o cumprimento de metas previstas no plano plurianual e a execução dos programas de governo e, ainda, auxilia os órgãos de controle externo no exercício de sua missão constitucional.

As atividades do sistema de controle interno constituem medida preventiva de controle à malversação de recursos públicos e da corrupção, com a potencialidade de minimizar os riscos das práticas ilícitas ou irregulares, agindo como um fio condutor entre a concretização do direito fundamental à boa administração e a efetivação das políticas públicas.

A Análise Econômica do Direito consiste na aplicação da teoria econômica e dos métodos econométricos ao Direito, visando compreender o fenômeno social e o processo de tomada de decisões. Fornece uma metodologia baseada em sólidas teorias econômicas, com potencialidade de propiciar uma interpretação mais objetiva do direito.

A teoria microeconômica que constitui a base da Análise Econômica do Direito trabalha, dentre outros, com os conceitos de escassez, de racionalidade e de eficiência, sendo estes aplicáveis à Administração Pública, uma vez que a escassez impõe que os gestores públicos façam escolhas racionais, sopesando os custos e benefícios de suas ações, com eficiência, que se traduz na produção de um resultado que maximize o bem-estar de todos.

O princípio constitucional da eficiência impõe ao administrador público o dever de produzir o melhor ato administrativo possível ao administrado, com respeito ao direito fundamental à boa administração e concretizando direitos fundamentais.

Com base na aplicação da teoria econômica de Gary Becker, constata-se que a prevenção se mostra como uma política pública mais eficaz no enfrentamento da corrupção do que as medidas repressivas, pois os criminosos tomam decisões racionais avaliando o custo-benefício de sua conduta e a probabilidade de sua punição a uma sanção em dada magnitude. Ou seja, a impunidade do agente integra a equação de custo-benefício realizada pelo delinquente, levando à conclusão de que os mecanismos repressivos de combate à corrupção (e também aos atos de malversação e recursos públicos em geral) são potencialmente ineficientes quando morosos, ou quando não impliquem para o agente um custo maior que o benefício pretendido na prática ilícita.

Quanto à impunidade, os atos de controle interno agem como fator de redução da utilidade esperada pelo delinquente, uma vez que, descoberta sua intenção de se desviar da escolha racional, aumenta a probabilidade de sua punição, constituindo, por isso, em fator dissuasório da prática ilícita.

O bem-estar social é um objetivo fundamental do Estado, razão pela qual o gestor público deve direcionar suas ações balizado por uma finalidade pública, em prol da coletividade. A Teoria da Escolha Racional, adotada como modelo teórico tradicional na Análise Econômica do Direito, pressupõe que os indivíduos são agentes racionais que buscam a maximização de sua utilidade, traduzida na seara da Administração Pública, na maximização do bem-estar social.

O sistema de controle interno, por pautar suas ações em critérios técnicos, tem a potencialidade de contribuir para que o gestor público aja com racionalidade, minimizando a incidência dos vieses cognitivos que maculam o processo de tomada de decisão.

A motivação da decisão administrativa deve conter os fundamentos que levaram o decisor a adotar determinada opção em detrimento das outras possibilidades cabíveis, possibilitando que a racionalidade da decisão seja aferida pelos órgãos de controle interno e externo.

Evidencia-se uma tensão permanente entre a soberania popular em uma democracia representativa e a concretização das normas constitucionais que estabelecem direitos fundamentais, notadamente em uma sociedade complexa e no contexto constitucional

contemporâneo, em que as disposições constitucionais não constituem um sistema fechado, irradiando seus preceitos por todo o ordenamento jurídico.

Assim, o direito fundamental à boa gestão deve ser concretizado pelos gestores públicos, que se vinculam às disposições constitucionais, sob pena de invalidação de seus atos e decisões, por inconstitucionalidade material. Daí se extrai que a discricionariedade administrativa irrestrita não encontra fundamento na ordem constitucional, devendo o agente público motivar e fundamentar o ato administrativo, demonstrando que sua escolha é racional e eficiente, bem como que respeita as balizas do direito fundamental à boa administração. Age a motivação como fator que eleva o custo de uma decisão ineficiente.

Verifica-se que a avaliação dos resultados da Administração, quanto à eficácia e eficiência, é uma das funções atribuídas na Constituição ao sistema de controle interno, que atua em diversas etapas e momentos na formação do ato administrativo, ou seja, durante o processo de tomada de decisão do gestor público.

A ideia de eficiência é multidisciplinar, mas converge em certa medida para sua acepção econômica. Nesse sentido, sob a perspectiva econômica, não se pode conceber que os agentes públicos tomem decisões irracionais, ou que pratiquem atos que não sejam considerados produtivos ou alocativamente eficientes.

A premissa econômica acerca da eficiência encontra fundamento na Constituição Federal, pois seu art. 37 estabeleceu o princípio da eficiência como norte para a atuação da Administração Pública. A ideia de eficiência está imbricada com a tomada de decisão racional.

Em um Estado Democrático de Direito, evidencia-se a tensão entre o direito fundamental à boa gestão, em especial do princípio constitucional da eficiência, e a legitimidade democrática do gestor público para tomar decisões em nome do povo. Observa-se que nem sempre há coincidência entre as diretrizes e opinamentos técnicos do sistema de controle interno e a decisão do gestor público.

Nessas hipóteses, questionou-se se os gestores públicos teriam sua legitimidade democrática limitada por uma manifestação técnica proveniente do sistema de controle interno, uma vez que o ato representaria mecanismo de autocontrole da

prática de um ato administrativo irracional ou ineficiente e com potencialidade de adequar a decisão do gestor ao direito fundamental à boa administração.

Pode-se deduzir das premissas adotadas nesta dissertação, bem como dos fundamentos constantes nos precedentes do Supremo Tribunal Federal examinados, que os gestores públicos se vinculam às orientações técnicas dos órgãos de controle interno quando a lei ou os atos regulamentares de natureza normativa assim preverem, pois nessas hipóteses a lei condiciona a decisão do gestor à prévia oitiva, aprovação ou manifestação favorável de algum órgão de controle interno.

Essa conclusão decorre da constatação de que a legitimidade do gestor público em uma democracia representativa (e também a sua discricionariedade) encontra limites na Constituição, na Lei e também nos atos regulamentares da própria Administração Pública. Quando essas normas lhe atribuem a obrigação de observância aos atos de controle, não poderá o gestor se afastar desse caminho, estando vinculado às orientações dos órgãos de controle interno.

Por outro lado, quando a lei não dispuser sobre a obrigação de consulta ou de aprovação do ato administrativo por órgão integrante do sistema de controle interno, esses atos de controle possuem natureza meramente opinativa, sem eficácia imediata, sendo preparatórios ou acessórios ao ato principal, que materializa a decisão do gestor e o ato administrativo. Nessas hipóteses não está o gestor formalmente vinculado às orientações dos órgãos de controle interno.

A desconformidade do ato administrativo apontada pelo sistema de controle interno, relativa ao processo de tomada de decisão racional e eficiente do gestor que não faça a alocação eficiente dos escassos recursos públicos em observância ao direito fundamental à boa administração, deve ser comunicada aos órgãos de controle externo, possibilitando, dentre outras medidas, sua revisão pelo Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Discricionariedade Administrativa e Judicial**: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ALVES, Felipe Dalenogare; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. O direito fundamental ao bom governo e o dever de proteção estatal: uma análise das competências federativas à implementação de políticas de prevenção e repressão aos atos de malversação do patrimônio público. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 21, n. 2, p. 11-46, 2020. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1487/549>. Acesso em 13 abr. 2022.

BALBE, Ronald da Silva. **Controle Interno e o foco nos resultados**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BALBE, Ronald da Silva. Controle Interno Brasil: uma visão histórica. In: BLIACHERIENE, Ana Clara; BRAGA, Marcus Vinicius de Azevedo; RIBEIRO, Renato Jorge Brown (Coord). **Controladoria no Setor Público**. 2. ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2019. p. 41-63.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**: O princípio da Dignidade da Pessoa humana. 3. ed. [s.l: s.n.], 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, p. 83, 2015. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620/44697>. Acesso em: 28 jul. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito Constitucional Contemporâneo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BASTOS, Rafael Calhau; PERIM, Maria Clara Mendonça; BUSSINGER, Elda Coelho de Azevedo. **Controle interno**: democracia e eficácia preventiva no enfrentamento à corrupção. Vitória: no prelo, 2021.

BECKER, Gary. **Crime and punishment**: an economic approach. p. 1-59, 1968. Disponível em: <http://www.nber.org/chapters/c3625%0D>. Acesso em: 14 abr. 2022.

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. **A Cidadania Ativa**: Referendo, plebiscito e iniciativa popular. 3. ed. São Paulo: Atica, 2003.

BEZERRA, Marcos Otavio. **Corrupção**: um estudo sobre poder público e relações pessoais no Brasil. 2. ed. Rio de Janeiro: Papéis Selvagens, 2018.

BID. **Gastos públicos ineficientes no Brasil chegam a 3,9% do PIB**: estudo do BID. 2019. Disponível em: <https://www.iadb.org/pt/gastos-publicos-ineficientes-no-brasil-chegam-39-do-pib-estudo-do-bid>. Acesso em: 22 jun. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 fev. 2022.

BRASIL. **Instrução Normativa Conjunta nº 01, de 10 de maio de 2016**. Diário Oficial da União, Brasília, 11/05/2016. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/21519355/do1-2016-05-11-instrucao-normativa-conjunta-n-1-de-10-de-maio-de-2016-21519197. Acesso em: 02 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Brasília, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 02 jun. 2022.

BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Rio de Janeiro, 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 02 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 24.073-3**. Brasília, 2002. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=ODgxMw%2C%2C>. Acesso em: 20 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 24.584-1**. Brasília, 2007a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=534997>. Acesso em: 20 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 24.631-6**. Brasília, 2007b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=506595>. Acesso em: 20 jun. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Brasília, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Acesso em: 25 jun. 2022.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e Democracia**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CAON, Guilherme Maines. **Análise Econômica do Direito**: Aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Dialética, 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números**. 2021. Disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opensdoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT. Acesso em: 14 Jan. 2021.

COURA, Alexandre de Castro; AZEVEDO, Silvagner. Indeterminação do Direito e Discricionariedade Judicial: pensando a crise do positivismo jurídico a partir de Kelsen, Hart e Dworkin. In: COURA, Alexandre de Castro; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo (Orgs.). **Direito, política e Constituição**: reflexões acerca da tensão entre constitucionalismo e democracia à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito. Curitiba: CRV, 2014. p. 1-49.

DAHL, Robert Alan. **Sobre a democracia**. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

FAORO, Raimundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 3. Ed. Globo, 2001.

FERNANDES, Renato Corona. **Relatório corrupção**: custos econômicos e propostas de combate. 2010. Disponível em: <http://www.fiesp.com.br/indices-pesquisas-e-publicacoes/relatorio-corrupcao-custos-economicos-e-propostas-de-combate/>. Acesso em: 21 jun. 2022.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia Iuris II**: Teoria del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2011a. v. 18.

FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

FREITAS, Juarez. **Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

FRYDMAN, Benoit. **O Fim do Estado de Direito**: governar por standards e indicadores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo civil e análise econômica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

GARCIA, Emerson. **Improbidade Administrativa**: Parte I. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. Introdução ao direito e economia. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil**. 4. ed. Indaiatuba: Atlas, 2021. p. 16-

61.

GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. **Análise Econômica do Processo Civil**. Indaiatuba: Foco, 2020.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel *et al.* (coord.). **Lei de improbidade administrativa : obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

HILBRECHT, Ronald Otto. Uma introdução à Teoria dos Jogos. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil**. 4. ed. Indaiatuba: Atlas, 2021. p. 172-203.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass Robert. **O Custo dos Direitos**. São Paulo: Martions Fontes, 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011.

KAHNEMAN, Daniel.; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass Robert. **Ruído**: uma falha no julgamento humano. Rio de Janeiro: Objetiva, 2021.

LINO, Daniela. Bermudes *et al.* O tempo da Improbidade Administrativa no Espírito Santo. In: VITORELLI, Edilson *et al.*(Org.). **Coletivização e Unidade do Direito Vol II**. Londrina: Thoth, 2020.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em juízo**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. v. 03.

MENDONÇA, Suzana. A boa administração como aliada das políticas públicas. **RJLB**, v. 6, n. 2020, p. 1345-1363, 2020. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/6/2020_06_1345_1363.pdf. Acesso em: 21 jun. 2022.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESPÍRITO SANTO. **Painel “Tempo das Ações de Improbidade Administrativa no Espírito Santo”**. 2020. Disponível em: <http://sumoto/relatorios/powerbi/CEAF/Improbidade?rs:embed=true>. Acesso em: 20 jan. 2021.

MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

MOISÉS, José Álvaro (coord). **Justiça pesquisa**: justiça criminal, impunidade e prescrição. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2019.

MOREIRA, Nelson Camatta; PAULA, Rodrigo Francisco de. Direito e política entre regras, princípios, indicadores e standards: fim do Estado de Direito? In: MORAIS, Jose Luis Bolzan (Org.). **Estado & Constituição: o “fim” do Estado de Direito**. Florianópolis: Tirant le Blanch, 2018. p. 75-84.

O'DONNELL, Guillermo. Accountability horizontal e novas poliarquias. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, 1998.

PEDRA, Adriano Santana. **A Constituição Viva**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

PEDRA, Adriano Santana. **Mutação Constitucional: A interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de Análise Econômica do Direito**. 2. ed. Barueri: Atlas, 2022.

POSNER, Richard. **Análise Econômica do Direito**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2022.

REALE, Miguel. **Da democracia liberal à democracia social**. v. 2, p. 1-15, 2012.

RIBEIRO, Renato Jorge Brown; BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTANA, José Lima. Considerações sobre formas, processos e isoformismos nas estruturas de controle interno da Federação brasileira. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; BRAGA, Marcus Vinicius de Azevedo; RIBEIRO, Renato Jorge Brown (Coord). **Controladoria no Setor Público**. 2a Edição. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2019. p. 27-39.

ROMEIRO, Adriana. **Corrupção e poder no Brasil: uma história, séculos XVI a XVIII**. Belo Horizonte: Autêntica, 2017.

ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie Jo. **Corrupção e governo: causas, consequências e reforma**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2020.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em Direito e Economia? **Estudo**, São Paulo, FGV, n. 22, 2008. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2811>. Acesso em: 09 abr. 2022.

SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, v. 1, n. 1, p. 435-483, 2012. Disponível em: <https://blook.pt/publications/publication/2633a7ee63eb/>. Acesso em: 09 abr. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SENNA, Gustavo. **Combate à má governança e à corrupção: uma questão de direitos fundamentais e de direitos humanos**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

SHIKIDA, Pery Francisco Assis; AMARAL, Thiago Bottino do. Análise Econômica do Crime. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia No Brasil**. 4. ed. Indaiatuba: Foco, 2021. p. 457–490.

SILVA, Rodrigo Monteiro da. **Corrupção e Controle Social**: a transparência como elemento de aperfeiçoamento da administração pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SOUZA, Oreonnilda de; OLIVEIRA, Lourival José de. O custo dos direitos fundamentais: o direito à saúde em frente às teorias da reserva do possível e do mínimo existencial. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 18, n. 2, p. 77-110, 9 fev. 2018. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1058>. Acesso em 24 jul. 2022.

SPINELLI, Mário Vinicius Claussen; CRUZ, Hamílto Cota. Controle Interno e Prevenção da Corrupção. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; BRAGA, Marcus Vinicius de Azevedo; RIBEIRO, Renato Jorge Brown (Coord). **Controladoria no Setor Público**. 2a Edição. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2019. p. 227-242.

THALER, Richard. H. **Misbehaving**: a construção da economia comportamental. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019.

THALER, Richard H; SUNSTEIN, Cass Robert. **Nudge**: Como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. **Transparência Internacional - Metodologia 2020**. Disponível em: <https://www.transparency.org/en/cpi/2020>. Acesso em: 28 fev. 2022.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. **Índice de Percepção da Corrupção - 2021**. Disponível em: <https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/indice-de-percepcao-da-corrupcao-2021>. Acesso em: 28 fev. 2022.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração e governança: democratizando a função administrativa**. 2010. Tese (Pós-Doutorado em Administração) - Escola Brasileira de Administração Pública e Empresas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: [https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/6977/VANICE VALLE.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/6977/VANICE_VALLE.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 10 fev. 2022.

WOLKMER, Antonio Carlos. Direitos Humanos: Novas Dimensões e Novas Fundamentações. **Direito em Debate**. 2002. p. 9-32. Disponível em: <https://revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/768/490>. Acesso em 19 jan. 2021.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes**: Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O Ministério Público e o Novo Processo Civil**.

Salvador: Juspodivm, 2018.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A Constitucionalização do Processo**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ZENKNER, Marcelo. **Integridade Governamental e Empresarial**: Um espectro da repressão e da prevenção à corrupção no Brasil e em Portugal. Belo Horizonte: Fórum, 2019.