

III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

JANAÍNA RIGO SANTIN

MATEUS EDUARDO SIQUEIRA NUNES BERTONCINI

JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente:

Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuitiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito administrativo e gestão pública II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Janaína Rigo Santin; José Sérgio da Silva Cristóvam; Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-343-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

Apresentação

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

O III Encontro Virtual do CONPEDI, ocorrido entre os dias 23 e 28 de junho de 2021, mais uma vez proporcionou um importante e qualificado espaço de debates para a comunidade jurídica e, em especial, para os programas de pós-graduação de todo o Brasil, seus docentes e discentes.

Um evento totalmente virtual, à exemplo dos que lhe antecederam em 2020, proporcionando um espaço de encontro e de partilha das pesquisas realizadas neste período de crise tão profunda, onde vimos a edição de muitas leis e políticas públicas que merecem e devem ser estudadas e problematizadas, mas que ainda há muito a ser feito, no sentido de enfrentar e propor soluções para superar os efeitos deletérios advindos da pandemia da Covid-19.

Nada obstante todas as adversidades do período, o III Encontro Virtual do CONPEDI proporcionou aos seus participantes conferências, painéis e grupos de trabalho de elevadíssimo nível, a exemplo do Grupo de Trabalho “Direito Administrativo e Gestão Pública II”, com artigos marcados pela sensibilidade, pelo engajamento e pela preocupação com os problemas atuais e os desafios do Direito Público nesta nova realidade.

A marca que perpassou os artigos apresentados reflete o apuro intelectual e a respectiva atualidade, complementados pelos debates de alto nível sobre as mais diversas temáticas do Direito Administrativo de ontem, de hoje e também de amanhã.

Os artigos aqui publicados gravitam em torno das seguintes temáticas:

1. FOME E CADEIAS DE PRODUÇÃO: UMA PERSPECTIVA PÓS PANDEMIA
2. O ACESSO À INTERNET COMO SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL E GARANTIA DO EXERCÍCIO DA CIDADANIA: UMA ANÁLISE NO CONTEXTO DA PANDEMIA DE COVID -19

3. O DEVER DE PRECAUÇÃO DA COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS PARA ATUAR NO JUDICIÁRIO SOBRE MATÉRIA PENDENTE DE CONCLUSÃO NA ESFERA ADMINISTRATIVA

4. RACIONALIDADE LIMITADA E PANDEMIA: ESTUDO DA PANDEMIA DA COVID-19 À LUZ DO COMPORTAMENTALISMO ECONÔMICO

5. A LEI 9469/97 E A OMISSÃO DO PAGAMENTO DOS PRECATÓRIOS ALIMENTARES: UMA BREVE ANÁLISE SOB A ÓTICA DO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

6. O PATO, O OVO E O PODER DE POLÍCIA

7. A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE PODER DE POLÍCIA NO ESTADO REGULADOR: INSTRUMENTO OU SINÔNIMO?

8. PODER DE POLÍCIA: DELEGAÇÃO À PARTICULARES, O CASO DO OPERADOR NACIONAL DO SISTEMA ELÉTRICO – ONS

9. INTERESSE PÚBLICO E PODER DE POLÍCIA: A COMPETÊNCIA DOS MUNICÍPIOS PARA ADOTAR MEDIDAS DE ENFRENTAMENTO À PANDEMIA DA COVID-19

10. O DEVER DE CONTROLE DAS EMPRESAS CONCESSIONÁRIAS DE TRANSPORTE COLETIVO SOBRE OS USUÁRIOS: INEXISTÊNCIA DE PODER DE POLÍCIA E NECESSIDADE DE COOPERAÇÃO NO ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA DE COVID-19.

11. O PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO CONTEXTO DA PANDEMIA DO COVID-19

12. OS COMITÊS DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS COMO MEIOS DE PREVENÇÃO DA LITIGIOSIDADE E SUA EFICIÊNCIA NA GESTÃO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS COMPLEXOS

13. A CULPA É DO NAPOLEÃO

14. A OBRIGATORIEDADE DO CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE CONTROLADOR INTERNO MUNICIPAL COMO GARANTIA DA EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

15. MAPEANDO FORÇAS REGULATÓRIAS: UMA ANÁLISE DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 106/2020 À LUZ DAS TEORIAS SOBRE A EXPLICAÇÃO DA REGULAÇÃO

16. DOCTRINA CHEVRON E O CONTROLE JUDICIAL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

17. CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NAS DOCTRINAS NORTE-AMERICANA E BRASILEIRA: ANALISANDO AS DOCTRINAS CHEVRON E MEAD A PARTIR DOS ELEMENTOS DO ATO ADMINISTRATIVO

18. O CISCO A TRAVE E O TRIBUNAL DE CONTAS UMA ANÁLISE DOS TRIBUNAIS DE CONTAS SEGUNDO SUA PRÓPRIA RÉGUA

19. TENDÊNCIAS DO CONTROLE ADMINISTRATIVO: ENSAIO SOBRE AS MUTAÇÕES DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

20. POSSIBILIDADE JURÍDICA DA RESPONSABILIZAÇÃO ISOLADA DE PARTICULARES POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

21. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE PÚBLICO QUE DESRESPEITA AS PRIORIDADES PREVISTAS NO PLANO NACIONAL DE OPERACIONALIZAÇÃO DA VACINAÇÃO CONTRA A COVID-19

22. CRISE E ESCASSEZ: A CRISE FINANCEIRA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL E SUAS IMPLICAÇÕES NAS POLÍTICAS PÚBLICAS

23. A ANÁLISE DAS LICITAÇÕES SUSTENTÁVEIS FRENTE AO PROJETO DE LEI N.º 4.253/2020

25. LEI 14.133/2021: O SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS COMO PROCEDIMENTO AUXILIAR DAS LICITAÇÕES

25. LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS (LEI 14.133/2021): O DIÁLOGO COMPETITIVO COMO NOVA MODALIDADE DE LICITAÇÃO

Trata-se de um rico conjunto de temáticas, que evidencia a interdisciplinaridade e contemporaneidade das discussões afetas à atividade administrativa e à gestão pública, de forma a indicar rumos para a pesquisa e o debate sobre os grandes temas do Direito Administrativo na atualidade.

Honrados pela oportunidade de coordenar este importante Grupo de Trabalho (GT), registramos o significativo aumento do número e da qualidade dos trabalhos submetidos em nosso Gt, quando comparados aos anos anteriores, o que demonstra a preocupação e o engajamento cada vez maior dos pesquisadores do país com o direito público e, em especial, com a área do direito administrativo.

Cumprimentos ao CONPEDI, pelo destacado empenho e a qualidade da organização de mais este encontro virtual, sempre na vanguarda da pesquisa científica na área do Direito!

Cordial abraço e esperamos que os leitores apreciem essa coletânea e suas temáticas!

De Florianópolis (SC), de Passo Fundo (RS) e de Curitiba (PR), junho de 2021.

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam – Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Profa. Dra. Janaína Rigo Santin – Universidade de Passo Fundo (UPF) e Universidade de Caxias do Sul (UCS)

Prof. Dr. Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini – Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA)

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Administrativo e Gestão Pública II apresentados no III Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**TENDÊNCIAS DO CONTROLE ADMINISTRATIVO: ENSAIO SOBRE AS
MUTAÇÕES DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

**THE TRENDS IN PUBLIC ADMINISTRATIVE CONTROL: A ESSAY ABOUT THE
CHANGES IN PUBLIC ADMINISTRATION CONTROL**

**Felipe Ramirez Gullo
Bruno Felipe de Oliveira e Miranda**

Resumo

A trajetória recente do controle da administração pública pode ser resumida como um enredo sobre o avanço das possibilidades e dos mecanismos de fiscalização da administração, alcançando domínios antes interditados à disciplina e ao escrutínio do direito. Novas tendências esboçam-se na arena do controle, e este ensaio revela a tentativa de capturar e antecipar algumas dessas insinuações. Definidas como tendências no campo das ações, das estruturas, da linguagem e da reflexão, pontua-se o que se identifica como a substância difusa dessas transformações do controle, ilustrando suas implicações para a prática e a teoria no direito administrativo.

Palavras-chave: Direito administrativo, Controle, Tendências, Ensaio

Abstract/Resumen/Résumé

The recent trajectory of public administration control can be summed up as a plot about the advancement of administration's possibilities and inspection mechanisms, reaching areas previously prohibited to the discipline and scrutiny of law. New trends are emerging in the control arena, and this essay reveals an attempt to capture and anticipate some of these hints. Defined as trends in the field of actions, structures, language and reflection, we point out what is identified as the diffuse substance of these transformations of control, illustrating its implications for practice and theory in administrative law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Administrative law, Control, Trends, Academic essay

1. Introdução

Muito mudou na paisagem do controle da administração pública brasileira desde quando, no já distante ano de 1941, Miguel Seabra Fagundes lançava seu primeiro e célebre livro, “O Contrôlo dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário” (FAGUNDES, 1941, Capa). Revisitar e reler a obra – central e canônica nos estudos do controle administrativo no Brasil – é um convite à percepção de que não apenas as práticas, os instrumentos e o objeto do controle do Poder Público mudaram, mas, em extensão semelhante, a compreensão que se tem das possibilidades e dos limites da fiscalização jurídica da administração.

E parece natural que seja assim. Transformações foram sentidas não apenas no horizonte do direito público e nos conteúdos normativos que limitam e conformam o agir jurídico da administração brasileira. A ascensão prática e dogmática de um novo estilo de direito administrativo, alterações (premeditadas, irrefletidas ou improvisadas) no esquema institucional do aparato de Estado e novos desafios a que se encontra exposta a governança pública implicaram câmbios profundos sobre as expectativas, a visão e a compreensão que se tem do controle administrativo (MENDONÇA, 2014, p. 179-198).

E é assim que as démarches do controle ao longo desse tempo compõem um enredo com diferentes eixos narrativos – e que admite até mesmo diversas e inconciliáveis versões.

Na mais corrente dessas crônicas, o controle da administração pública investiu sobre terrenos antes não adentrados, a cartografia das escolhas administrativas observou avanços qualitativos, os controladores tomaram posse de espaços antes exclusivos do gestor, e o discurso e a calibragem da fiscalização da administração ganharam em termos de sofisticação e de sensibilidade.

Um processo incremental, conjugado no gerúndio, e que, decerto, apresentou-se de modo não linear – travado por impasses políticos, fraturado por rupturas institucionais e no mais das vezes sujeitos aos refluxos e reações próprios da arena política.

A história do que mudou ao longo desses anos encontra-se razoavelmente bem documentada. Assim também a descrição do amplo conjunto de alterações recentes e de novas dinâmicas que se insinuam ou já começam a se cristalizar.

O controle administrativo do século XXI, talvez não seja exagero dizer, já tem uma personalidade esboçada, e a literatura contempla, com inegáveis méritos, um perfil dessa nova arquitetura e do paradigma em germe que pautarão a fiscalização das atividades e das escolhas administrativas no curso das próximas décadas.

O objetivo e o tema geral deste texto inscrevem-se neste esforço: o empenho de questionar e rastrear algumas das novas dinâmicas e tendências do controle do Poder Público.

Mas o faz não com o propósito de detalhar uma ou algumas poucas delas, nem de compreendê-las isoladamente em verticalidade.

Em parte, cuida-se de fazer um apanhado geral das tendências, tentando unificá-las em um esquema compreensivo medianamente amplo. Em outro giro, um experimento de captar não as tendências já em voga, operacionais e praticamente estabelecidas, mas as coagulações ou precipitações próximas que, talvez ainda abaixo da linha de consciência, apresentam-se um ou dois passos mais à frente.

Trata-se, nesse sentido, de um esforço ensaístico, que reúne, de modo abrangente, algumas intuições sobre tendências próximas – talvez ainda não suficientemente maduras – do controle administrativo.

O objetivo não é o de empreender uma análise minudente de categorias ou instituições, e menos ainda de oferecer uma rota de entendimento causal para as alterações detectadas: o que se espera é traduzir a percepção que se tem de alguns dos cenários próximos do controle público; de alguns caminhos que já começaram a ser trilhados, e de novas sendas cuja exploração parece iminente.

Difícilmente um ensaio resiste à tentação de se exercitar nos domínios da predição. Considerado o seu objeto, este ensaio tampouco. Mas a leitura aqui contida não pretende revelar o quadro geral do tempo, nem cravar a previsão meteorológica de amanhã. Compartilham-se observações, reunidas a partir da percepção de que a barometria e o curso dos ventos estão mudando.

Como o direito e o controle administrativos irão se adaptar à circunstância de uma progressiva complexificação material e institucional da administração pública (JORDÃO, 2016, p. 33)? Como denotam o exame direto dos instrumentos e alguns de seus indicadores, realidades, desafios e soluções bastante diversos dos experimentados ao longo dos últimos oitenta anos apresentam-se no horizonte.

2. Que tipo de tendências?

Há diferentes tendências em curso no campo do controle da administração. O elenco de alterações é vasto, várias delas estão bem descritas e devidamente diagnosticadas, e enumerar meia dúzia delas talvez não seja tarefas das mais árduas.

Mas é interessante notar que nem todas essas tendências são do mesmo tipo. Nem todas compartilham a mesma substância. São como espécies, ou até mesmo gêneros diferentes de coisas. Parece haver diferentes modalidades de tendências, diferentes modos de como essas

transformações se materializam, perfis ou giros diversos para os múltiplos desenvolvimentos que se insinuam.

Algumas dessas tendências dizem respeito ao modo como controladores e controlados agem. São modificações na maneira como se comportam e interagem. Mudanças nas iniciativas, nas condutas e nas atitudes dos atores da arena do controle administrativo. Aqui, denominaremos esse primeiro perfil específico de tendências no campo das ações.

Outro conjunto de tendências, a seu turno, materializa-se não propriamente por meio de comportamentos, estratégias nem posturas, mas de maneira mais estrutural. Refletem-se em novos desenhos e arquiteturas institucionais. São dinâmicas corporificadas não em termos de como fazer o controle, mas de como compor, organizar e estruturar o aparato de controle – daí se falar aqui em tendências no âmbito das estruturas.

Um terceiro conjunto é rastreável no campo discursivo. Não se trata de como controladores e controlados agem, nem de como organizam o espaço institucional. A paisagem do controle administrativo altera-se, nesse nível de compreensão, como decorrência de novas ideias em circulação, ou, mais especificamente, de novas formas de comunicar. O controle vê-se timbrado por um novo discurso, por novas formas expressivas e discursivas, compondo-se assim um corpo de tendências próprio, que nominamos como do terreno da linguagem.

Finalmente, é possível apontar um quarto e derradeiro vetor, cuja substância não repousa no fato de como os atores do controle administrativo agem, nem de como as instituições encontram-se modeladas e tampouco na forma dos discursos, da linguagem e das ideias em circulação. Trata-se de desenvolvimentos que se fazem sentir no campo especulativo, nos domínios da reflexão e da compreensão meditada sobre o controle administrativo; na autoanálise que os agentes do controle e os teóricos do controle fazem sobre o próprio controle e sobre si mesmos. Denominamos esse quarto e derradeiro agregado de campo da reflexão.

3. Ações

Quando se fala em tendências e novos desenvolvimentos no terreno das ações, pretende-se com isso dizer que é possível rastrear novos comportamentos, novas atitudes e padrões de conduta mais ou menos inéditos na arena do controle administrativo.

Há pelo menos dois modos de enxergar ou entender essas tendências: em parte, elas refletem uma progressiva sofisticação de controladores e de controlados, uma complexificação e refinamento da sua atuação e de suas possibilidades de intervenção, em

uma espécie de incremento ou aperfeiçoamento da racionalidade própria da arena do controle; por outro lado, aponta também para uma segunda dimensão, que repousa na ampliação do horizonte de sentido e de atuação do próprio controle administrativo, que passa a contemplar novas premissas de interação e expectativas de comportamento.

Em primeiro lugar, portanto, constatam-se novas tendências no campo das ações porque o controle torna-se mais sofisticado. Diz-se que o controle se sofisticou, e que isso repercute nas ações e na prática da fiscalização da administração pública, no sentido de que uma pluralidade de formas, de modos e de intensidades de atuação passa a compor o catálogo do agir administrativo – quer na perspectiva da administração-controlada, quer da administração-controladora. Nessa trajetória, à complexificação da ação administrativa, enquanto objeto de controle, seguem-se refinamentos da ação administrativa controladora – nomeadamente quanto aos parâmetros, aos instrumentos, aos vetores e ao modo de engajamento na atividade de verificação de conformidade.

Espelham esse itinerário de sofisticação, de refinamento das soluções práticas para a fiscalização jurídica da administração, por exemplo, os esforços de adaptação da intensidade do controle administrativo, de modulação dos padrões adjudicatórios para que se tornem mais sensíveis à multiplicidade de aspectos substanciais das escolhas públicas controladas.

Mas há também um segundo modo de entender as mudanças no campo da ação. Cuida-se de reconhecer que os comportamentos mudam não porque se refinam, se desenvolvem e evoluem para tornar-se cada vez mais sensíveis à natureza de decisão ou do agir administrativo controlado. O controle muda porque está se tornando estratégico.

Em uma frase, este modo de enxergar e compreender a questão poderia ser assim resumido: controlados e controladores estão jogando.

Controladores e controlados jogam na perspectiva de que o horizonte de sentido do modo como agem não pode ser compreendido como se fosse uma performance isolada, voltada exclusivamente a fins de verificação de conformidade. A tomada de decisões, também na ambiência do controle, ocorre em um contexto de interação, segundo táticas, estratégias e dinâmicas de enfrentamento, comportando-se os players com vistas a maximizar suas próprias vantagens – especialmente a partir de cálculos de natureza pessoal, política e econômica. Esse quadro, desejado ou indesejado, denota que as coordenadas formais de atuação são mais ricas do que o quadrilátero controle-controlador-decisão-revisão pode levar inicialmente a supor.

Algumas das tendências que se podem apontar no campo das ações parecem insinuar este terreno ou elemento cimentador comum: um conjunto de novas práticas que aos poucos

vai se diagrafando na arena do controle é a expressão do fato de que, cada vez mais, o campo do controle administrativo é um espaço – mais um espaço – de pura interação estratégica.

Não que nunca tenha sido. Talvez sempre o tenha, mas aos poucos essa realidade torna-se mais evidente. Além do que, e mais importante, a complexificação crescente do teatro de operações do controle administrativo – dos seus agentes, cenários e instrumentos – tem descortinado e exponenciado cada vez mais possibilidades, dificuldades e tensões, exacerbando os pontos e as linhas de interação.

Essa constatação parte da premissa de que o significado do atuar na esfera do controle público deve ser encarado de modo mais abrangente. Uma sintaxe e uma pragmática redutoras podem ser cognitivamente confortantes, mas não traduzirão à exatidão o que efetivamente se passa. E olhando a atuação de fiscais e de fiscalizados, não é difícil constatar que no controle da administração pública também se joga.

E porque controladores e controlados não apenas se sofisticam, mas também interagem (e interagem estrategicamente), novos arranjos e padrões de comportamento – alguns estruturados, outros nem tanto assim – surgem e vão se somando ao repertório de movimentos possíveis no tabuleiro do controle administrativo. Novas cadeias de movimentos começam a se revelar, denotando o aparecimento de novos modos e estratégias de atuação. Analisaremos aqui, brevemente, um desses movimentos.

3.1. Moderação no controle

Se a trajetória do controle administrativo ao longo do século XX e das primeiras duas décadas do século presente pode ser resumida como uma história de expansão, não é exagero diagnosticar que o itinerário recente começa a observar um movimento de reação.

Essa reação é calcada, ou pode ao menos ser resumida, na ideia de contenção ou calibragem do controle. Embora nada leve a crer que cessarão os esforços de tornar a administração pública cada vez mais transparente, e tampouco que será colocado um termo à valiosa tarefa de incrementar o nível geral de accountability da governança estatal, parece haver, em paralelo, ou como reverso crítico dessas iniciativas, outro frente ou campo de ações, voltadas a tornar o controle mais moderado ou austero.

A expansão do controle administrativo foi tradicionalmente festejada, sobretudo nos meios jurídicos, por traduzir aspirações (legítimas aspirações) de uma conformação progressiva do Poder Público ao direito e à juridicidade, de modo a prevenir e coibir abusos de poder.

Mas seria ingênuo supor que esse importante processo não teve subprodutos indesejados. A sobreposição de camadas e níveis de controle, a superposição de controladores atuando por meio de esforços não coordenados, a submissão dos controlados não a um, dois ou três regimes de fiscalização e repressão, mas a mais de dezena deles, entre tantas outras catalogações que a inflação dos mecanismos de supervisão pública permitiria enunciar, são experiências que aos poucos foram revelando que o avanço e a expansão desmesurada do controle também apresenta uma nota patológica.

Nesse sentido, uma das facetas descortinadas por esse novo controle administrativo parte da compreensão de que a fiscalização da administração pública gerou, a par de ganhos e incrementos em termos de governança, também excessos e abusos, também problemas em termos de sobreposição e sobrecarga. E é por isso que se pode rastrear um vetor ou tendência geral, para que o controle administrativo torne-se, em sua prática, cada vez mais – ou ao menos um pouco mais – moderado.

Essa moderação no controle tem diferentes projeções e desdobramentos, e pode ser analisada de diferentes formas. Mas há, essencialmente, dois modos fundamentais de visualizar a moderação no controle – uma por dentro, outra por fora.

Por dentro, moderação no controle significa, em essência, contenção e deferência. Significa, grosso modo, esboçar e enriquecer a paleta de intensidades do controle administrativo, substancial e procedimentalmente, horizontal e verticalmente, de modo não apenas a ampliar o espectro das atitudes judicatórias possíveis, mas igualmente com o escopo de oportunizar ganhos de sensibilidade em face da escolha pública controlada, franqueando adaptação e aderência às peculiaridades do agir administrativo. A moderação, entendida por dentro, é quase sempre um esforço de autocontenção do sujeito que avalia e julga a conformidade, dizendo respeito ao que o controlador tem a dizer, no mérito, sobre a observância ou ao modelo de escrutínio do padrão de juridicidade.

Mas há uma outra acepção de moderação – é a moderação tal como vista externamente, por fora. Trata-se, então, de moderar o controle não na perspectiva da deferência, mas sim da austeridade. Essa compreensão externa, por fora, ancora-se em uma desnaturalização da visão de que o controle administrativo deve ser pleno e irrestrito. Radica-se na percepção crítica do modelo de expansão incondicional da fiscalização (sobretudo da fiscalização judicial) da administração.

Na base, trata-se de reconhecer que não existe controle administrativo grátis – quer do ponto de vista econômico, quer político (VERMEULE, 2019, p. 15-43). Na medida em que controlar significa não apenas zelar abstratamente por padrões de conformidade, mas

porque implica também, concretamente, empoderar instituições e incorrer em despesas e custos econômicos, calibrar os limites, as tarefas e as expectativas do controle afigura-se não menos fundamental.

Esse controle mais austero, externamente moderado, pode ser identificado nas preocupações crescentes com as patologias de *accountability*, sobretudo aquelas corporificadas nas noções de *overloading* e *overlapping* (HALACHIMI, 2018, p. 560-573).

Por sobrecarga (*overloading*) quer-se aludir à multiplicidade de regimes de fiscalização e à diversidade numerosa de níveis por meios dos quais o controle se materializa – trata-se da exponenciação dos arranjos de *accountability*, que implica prejuízos para a própria consecução das tarefas e afazeres precípuos da gestão pública. Fala-se em sobreposição (*overlapping*) fazendo referência à circunstância de que o incremento da quantidade de controladores, e das tarefas e instrumentos e eles atribuídos, cria redundâncias contraproducentes e não virtuosas na arena da governança pública. Trata-se de um olhar múltiplo de fiscalização sobre os mesmos fatos e as mesmas escolhas administrativas, mas que se revela não de modo saudável, mas sim disfuncional.

Um olhar atento a essas disfuncionalidades faz surgir um controle mais moderado – seja na perspectiva da deferência, seja da austeridade. Essa moderação encaminha-se como uma tendência geral, a ser experimentada, com especial ênfase, no modo como os controladores se comportam e agem.

4. Estruturas

Outra forma de caminho que surge para o controle é com o novo rearranjo estrutural das instituições. Isso se reflete nos novos desenhos institucionais e nas novas formas de atuação das próprias instituições de controle sobre os controlados. As formas concretas de materialização destas mudanças institucionais ocorrem em como se compõe, se organiza e se estrutura o aparato de controle – por isso é necessário falar de tendências no âmbito das estruturas.

Estas estruturas se formam dentro do rearranjo institucional que molda a nova governança entre os controlados e controladores. Sabemos que o conceito de governança, por si só, é polissêmico e polêmico, e seu uso ampliado e vago, tanto no debate público quanto no acadêmico. No entanto, concordamos que sua utilização aqui pode ser útil no contexto de se tratar de formulação de nova política que engloba a diversidade de atores públicos atuando em novos papéis, numa nova peça da administração pública, cujo pano de fundo é a mudança oriunda do direito administrativo.

Assim, a governança aqui remete a um processo de coordenação de atores e de instituições causando mudanças no controle jurídico de um poder sobre outro, gerando efeitos sistêmicos. E se um dia houve incertezas, hoje é inequívoco que diante de uma sociedade moderna caracterizada pela incerteza, risco e imprevisibilidade decorrentes das revoluções industrial e científica, além da própria globalização, a ilimitada fiscalização judicial causa mais danos do que benefícios ao colonizar o Executivo pelo Judiciário.

Quando o controle judicial não segue critérios bem definidos ou fica sujeito a parâmetros de atuação muito abstratos, causam problemas sistêmico-institucionais. Pretende-se, portanto, analisar o fenômeno neste enfoque bem específico: do perfil institucional.

O objetivo desta parte do artigo é apontar a transformação institucional de segunda ordem viável para o problema do controle judicial de uma administração pública complexa, afastando-se das fórmulas teóricas que confiam demasiadamente em idealismos ou na capacidade de educar juízes.

Para tanto, essa parte trará três formas por meio das quais as estruturas de controle tem se apresentado, quais sejam: “Controle em rede”, “Sistemas Multiportas” e “Sandboxes de controle”. A despeito dos títulos serem autoexplicativos, cabe aqui um disclaimer: estes itens, em que pesem serem independentes entre si, são lentes do mesmo espectro diante deste novo olhar institucional do controle sobre a administração pública. Em outras palavras, com o processo cada vez mais complexo de produção das políticas de controle tornou-se necessário ampliar o escopo das análises para atingir a eficiência administrativa e do ponto de equilíbrio entre modernização e segurança na gestão pública brasileira.

Assim, o controle evoluiu. O controle em rede é, portanto, como ele atua dentro da governança, de forma mais capilarizada dentro da administração pública como decorrência de uma interpretação sistemática do texto constitucional, no Poder Executivo — tanto em sua administração direta como na indireta —, no Poder Legislativo, no Poder Judiciário e, ainda, no Ministério Público e Tribunais de Contas, todos no âmbito Federal, Estadual e Municipal.

Já a tendência de um sistema multiportas surge devido aos ganhos diretos e indiretos que a Administração Pública brasileira pode valer-se de métodos autônomos e não-adversariais para a solução de controvérsias (conciliação e mediação). Seria a gestão dos conflitos entre controlados e controladores por meios alternativos, ou seja, a utilização de mecanismos como a arbitragem para que não se evite conflitos, mas, caso surjam, a solução evite o Judiciário – que seria acionado somente em último caso.

Sandboxes de controle seria a utilização por analogia do conceito sandboxes regulatório, o qual utilizaria o mesmo método de regras mais abertas para aplicação das

normas de controle. Seria assim moldada uma forma de controle mais fluída para que o controlado possa ter margens de manobra para aplicação das regras e assim poder ter a liberdade para projetar combinações de ferramentas que produzam incentivos adequados para possibilitar a inovação. Essas estratégias são potencializadas por meio de uma associação aos métodos de experimentalismo, incrementalismo e minimalismo institucional.

4.1 Sistema multiportas

Quando se fala em multiportas, a primeira dimensão a se ter em mente é pensar os procedimentos especiais à maneira do próprio direito processual civil, pois mesmo que o direito administrativo tenha surgido a partir de uma tentativa de separar, realizada pelos revolucionários franceses, este tipo de jurisdição dedicado aos assuntos do estado da jurisdição comum, é notório que a Administração Pública brasileira pode valer-se de métodos autônomos e não-adversariais para a solução de controvérsias.

Não se trata de nenhuma inovação a utilização de técnicas extrajudiciais para a resolução de conflitos pela Administração Pública, tanto que são expressamente previstas em vários diplomas normativos (por exemplo, Lei n. 9.037/1996; Resolução CNJ n. 125/2010; Lei n. 13.105/2015; Lei n. 13.140/2015), opções dentro do princípio da legalidade bem como equivalentes à jurisdição.

Assim, é correto afirmar que está positivado no ordenamento jurídico brasileiro o sistema do tribunal multiportas – no qual não existe uma só alternativa cogente para a solução de qualquer controvérsia, mas várias (por vezes, sucessivas), todas à disposição.

E quem regerá a escolha administrativa será a combinação do caso concreto com a norma jurídica: seja ela legal, regulamentar e/ou contratual. A exemplo da arbitragem, em paralelo ao que acontece com o processo civil, se torna espaço possível para auditoria do processo administrativo sancionatório.

Vale mencionar que aqui não se defende, nem que fosse possível, a extinção do modelo clássico. Porquanto, o modelo típico não vai deixar de vigorar, nosso ponto, é tão somente dizer que no meio desta floresta que é controle, florescem novos procedimentos de resoluções de conflitos que já fazem algum ruído na trama que o controle está vivenciando.

Escrito de outra forma, o mesmo ordenamento jurídico que exige obediências específicas para celebração de contratos de licitações, com seus procedimentos, critérios e impedimentos, preceitua agora que a solução para os eventuais conflitos que surgirem nesses mesmos pactos serão solucionadas por meio de determinadas técnicas alternativas de gestão

de conflitos (conciliação, mediação, arbitragem, etc.). Assim, a lei positiva este novo sistema de direitos e deveres a serem executados por meio da função administrativa do Estado.

Com a nova legalidade substancial relativa à conciliação, mediação e arbitragem, surge uma reconfiguração objetiva da competência outrora detida pelos respectivos agentes públicos. Pois, nota-se uma mudança clara do tipo de título jurídico que habilita este ou aquele agente público a praticar determinados atos administrativos.

Nenhum agente público detém a competência e poder para revogar administrativamente nem a Lei de Arbitragem, nem a de Mediação, nem, muito menos, o Código de Processo Civil (dentre outros diplomas). Ao contrário: devem-lhes plena aplicação, sob pena de concretizarem condutas contra legem, forçando-os, como dever público, a conciliar, servir-se de mediadores e, quando disso não advier resultado positivo, procurar a arbitragem.

Em se tratando dos órgãos de controle externo, cabe o mesmo respeito e obediência ao axioma do princípio da legalidade. Assim, caberá também ao Ministério Público e os Tribunais de Contas submeterem-se à lei. Portanto, no momento que se modifica competências administrativas pela lei, *secundum legis*, isto deve ser respeitado pelos órgãos de controle, afinal, todos integram o Estado e exercem função administrativa. Em suma, devem respeito à conciliação, mediação e arbitragem promovidas pela Administração Pública.

Este talvez que será o maior desafio: os órgãos de controle tratem com deferência institucional o cumprimento da lei – e de cláusulas contratuais – por parte do gestor público. Pois, é necessário que não se imiscuam no mérito da decisão adotada em sede de conciliação, mediação e arbitragem. Esse tipo de invasão institucional tem que ser evitado sob risco de implicar subversão ao princípio da legalidade. É de extrema importância a atenção sobre esta invasão de “mérito” das decisões e substituição do administrador público e/ou da corte arbitral pelo órgão controlador ao arrepio do que a lei definiu como competente (a própria Administração, na conciliação e mediação; a corte arbitral, na arbitragem).

Inclusive, tal atenção significa olharmos para própria impossibilidade de tais órgãos de controle externo pretenderem se substituir aos tribunais arbitrais – seja para impedir a sua instalação, seja para declarar a invalidade de cláusulas, seja para usurpar a competência quanto ao mérito da decisão final.

Assim, por exemplo, se caso o contrato administrativo possua cláusula compromissória fechada, o Tribunal de Contas estaria impedido de pretender substituir-se à câmara arbitral e julgar o contrato. Isso, quando menos, em razão da Lei n. 9.307/1996, artigo 8º, § 1º, que torna privativa a competência do próprio tribunal arbitral para apreciar a

controvérsia e definir se é (ou não) competente para julgá-la. Ou seja, o Tribunal de Contas, o Ministério Público e o próprio Poder Judiciário não detêm competência para dizer se a corte arbitral pode (ou não) conhecer do caso concreto. Só quem pode fazer isso – inclusive para decidir pela própria incompetência – é o órgão arbitral definido no contrato administrativo.

O Tribunal de Contas só controlaria, de fato, na sua função fiscalizatória, mesmo porque ela não se confunde com o que os contratantes discutirão em sede de arbitragem. Assim, se caso o contrato administrativo possua cláusula compromissória fechada, o Tribunal de Contas estaria impedido de pretender substituir-se à câmara arbitral e julgar o contrato, somente para solução de controvérsias inerentes à própria execução do contrato.

O fato é que a conciliação, mediação e arbitragem fazem parte do Ordenamento Jurídico brasileiro, inclusive em sede de Direito Administrativo, assim o que mais se demanda hoje é a aplicação das leis que as instituíram, propiciando o respeito ao princípio da legalidade.

5. Linguagem

As alterações experimentadas no controle administrativo alimentam-se também de transformações discursivas. Expressas de maneira mais geral, essas transformações abrangem desde alterações, distorções e criações de sentido, até novas e repristinadas formas de se comunicar. Explorando possibilidades no terreno da linguagem, controladores e controlados inauguram novos campos semânticos, resgatam outros há muito esquecidos, ou iluminam a arena pública com um novo contraste.

O controle público, não menos do que o direito administrativo, pressupõe constructos discursivos – não houvesse a linguagem artificial da dogmática jurídica, não seria possível reconstruir o conflito no sentido jurídico, não seria viável colocar a questão jurídica como tal (TEUBNER, 2020, p. 16). São as criações e possibilidades linguísticas do discurso jurídico que, produzindo uma espécie de segunda realidade, permitem veicular normas, critérios e argumentações – a ficcionalização e formulação discursivas abrem a possibilidade de que conflitos tornem-se aptos a uma decisão no estado de sua indissolubilidade moral e social original.

Nesse sentido, a maior invenção do direito administrativo parece, de fato, ser o próprio direito administrativo (MENDONÇA, 2016, p. 9), pois são as categorias, os conceitos e o discurso – juridicamente criados, diferenciados ou recuperados – que viabilizam o prática jusadministrativa e, nesse campo incluído, também a prática do controle público. O

pensamento jurídico – como o pensamento de maneira geral – precisa se escorar no parapeito de categorias e anteparos linguísticos ordenadores.

Ocorre que o controle administrativo vem passando por novos esforços ordenação, pelo esboço de novas formas ou perfis de racionalidade – decorrências sejam da prática do controle, sejam de exigências da manipulação do próprio aparato discursivo do direito administrativo. Essas alterações, em diferentes níveis e intensidades, refletem-se no discurso jurídico, e na linguagem do controle em especial.

A nota distintiva dessas alterações talvez se resuma na percepção de que a linguagem do controle torna-se cada vez menos linear. O discurso de controladores e controlados se fractaliza, progride em termos de diferenciação – passa a abrigar, em suas dobras, em vez de linearidades, rugosidades e n-dimensionalidades.

São conteúdos expressivos e formas de comunicar não apenas mais plurais, no sentido da expansão do seu repertório de possibilidades, mas também mais indexicais – os conteúdos e significados migram de acordo com os contextos especiais em que operam, e a determinabilidade exigida e esperada do direito administrativo, sobretudo no campo do controle, impescinde cada vez mais do esforço concreto de seus aplicadores. Vejamos uma ilustração dessas transformações no campo comunicativo.

5.1. Instrumentos negociais

O desenvolvimento de átrios de consensualidade no seio da administração não representa propriamente uma novidade. A defesa de um agir administrativo mais consensual há muito encontra eco não apenas na academia, mas já produziu frutos concretos, materializados em paradigmas e atos normativos a balizar a atuação do Estado.

Mas há departamentos da administração pública em que a imperatividade ainda é lei. Em certos domínios, a habilitação jurídica da atuação administrativa – estribada no papel configurativo da legalidade como padrão disciplinador e de legitimidade – continua a ser interpretada de modo linear, assentada em um papel passivo da administração quanto à determinação do sentido resultante da legalidade, assim como no referencial de que a desconformidade de qualquer comportamento em relação ao disposto no comando jurídico-positivo gera, ipso facto, a invalidade do ato transgressor (OTERO, 2011, p. 958).

O campo do controle administrativo talvez represente uma ilustração deste perímetro, desta trincheira institucional derradeiramente empenhada em fazer prevalecer um núcleo inviolável de imperatividade.

De fato, se algum tipo de erosão é possível diagnosticar nas sapatas da juridicidade – sobretudo como decorrência de transmutações relevantes no conteúdo da legalidade vinculativa da administração –, o controle da atuação administrativa ainda sobejaria como espaço material exclusivo do atuar imperativo, sem quaisquer ensanchas à disponibilidade, em plena fidelidade à constituição e às leis.

Nesse sentido, à liberdade dispositiva do administrador para, ainda que dentro de determinados limites, flexibilizar a unilateralidade decisória pretensamente emanada da vinculação estrita à lei, não se seguiria, em análogo passo, a disponibilidade das funções e poderes de controle. O controle administrativo, este reduto de indisponibilidade, não estaria ao alcance da negociabilidade: não se conceberia uma situação de abdicação ou renúncia ao poder de tutela pelo controlador, sob pena de gerar situação, manifestamente contra a lei e a constituição, de *toleratio* (OTERO, 2003, p. 846).

A flexibilização da legalidade em matéria de controle, todavia, é um caminho que já começou a ser trilhado. Embora não se possa diagnosticar – nem tampouco subscrever – uma genérica competência dispositiva sobre a fiscalização pública, alguns passos foram dados no sentido de, relativamente a certas relações jurídico-administrativas, habilitar-se espaços de disponibilidade em matéria de autotutela e controle.

Instrumentos de consensualidade administrativa na prevenção e solução de litígios – por meio de instrumentos como termos de ajustamento de condutas, termos de ajustamento de gestão e acordos substitutivos – corporificaram um importante avanço, ainda que de modo fragmentário, na direção de uma progressiva abertura dialógica e flexibilização da imperatividade em matéria de controle.

O arco desses desenvolvimentos não foi interrompido – como denota o recente caso o acordo de não persecução cível, introduzido pela Lei nº 13.964/2019, prevendo a possibilidade de, em havendo horizonte de solução consensual, aplicar-se instrumento de controle consensual no âmbito da ação de improbidade administrativa.

O direito administrativo tem sido um campo privilegiado de experimentos voltados à aplicação de técnicas e ferramentas consensuais – não se podendo dizer que o controle ficou de fora desses esforços. E é interessante notar que esses esforços refletem não apenas uma visão diferenciada em torno da legalidade e da indisponibilidade do interesse público, mas também um olhar distinto sobre autonomia da vontade no campo das relações de direito público. No extremo, talvez não fosse exagerado afiançar que, à maneira do que se passou no campo do direito penal (especialmente no contexto dos esforços de combate à criminalidade

econômica), talvez se insinue um marco – tanto teórico quanto pragmático – de utilitarismo em matéria de controle.

Um controle administrativo mais permeável a vieses utilitaristas assistirá, talvez, ao desenho de diferentes formas de colaboração e à projeção de mecanismos e institutos com incentivos dirigidos à cooperação e mesmo à barganha entre controladores e controlados. O florescimento de instrumentos que, mais do consensuais, revelem notas propriamente negociais – refletindo menos a sempre rememorada aproximação entre as esferas pública e privada, e mais a consideração de premissas analíticas de tipo comportamental e consequencialista.

Uma teoria econômica do controle, ainda que em fase de rascunho, já começa a se estruturar em bases discursivas – e se não em formulações *ex cathedra*, inequivocamente ao nível da linguagem e dos instrumentos por meio das quais novas pretensões são vocalizadas na arena da supervisão administrativa. Semelhando o que se passou nos quadrantes do direito penal, enriquecido teórica e institucionalmente pela leitura da análise macroeconômica (BECKER, 1968), parece não tardar um giro semelhante no campo do controle público.

6. Reflexão

Finalmente, discutam-se alguns caminhos possíveis que se divisam no campo especulativo, nos domínios da reflexão e da compreensão meditada sobre o controle administrativo. Trata-se aqui de identificar alguns esforços possíveis, de caráter marcadamente teórico, orientados à análise do controle; de cogitar que tipo de ênfase especial os teóricos da matéria podem vir a explorar, ou ainda que modalidade ou dimensão de consciência do estado geral do controle público será mais valorizada.

Acredita-se que, em linhas gerais, a teoria do controle tenderá a desviar sua atenção. Ela naturalmente continuará a se concentrar sim nos seus afazeres habituais e já consolidados, enunciando categorias e classificações, explorando alternativas e interpretações, exercendo a crítica da atividade do controlador e indicando possibilidades de aprimoramento. Mas o foco dessa atenção parece que aos poucos será alterado – ou, ao menos, bifurcado.

Se a teoria jurídica do controle administrativo, especialmente aquela praticada no Brasil, em larga medida espelha o esforço de dizer o que é o controle, quais as suas categorias, conceitos institutos e instituições fundamentais, parece que aos poucos essa atenção vai migrando para a consciência e a reflexão sobre a dinâmica do controle – como se a análise empreendida deslizesse, crescentemente, do o quê para o como, tomando como

referente a matéria empírica da prática do controle, e não apenas seus elementos exclusivamente normativos.

Essa transposição – das palavras para as coisas, da sintaxe para a pragmática, da anatomia para a fisiologia do controle – revela-se em especial na tentativa de descrever as práticas e a experiência real do controle da administração, retratando-o com a maior fidelidade cenoscópica possível. O objetivo dessa empreitada, que não é puramente descritivista, remete ao propósito de iluminar o teatro de operações do controle público, identificando seus principais atores, incentivos, instrumentos de atuação e, em especial, as consequências da respectiva dinâmica de operação.

Esta progressiva ênfase no como, em vez de no (ou em paralelo ao) o quê, já exhibe seus frutos: desenvolvimento de trabalhos empíricos aplicando análises quantitativas e estatísticas, abordagens e metodologias mutuando auxílio na economia e na ciência política, abertura para os avanços no campo da psicologia comportamental, entre outros fronts e cabeças de ponte já estabelecidos.

Destaca-se aqui um campo específico cujo desenvolvimento se espera, dentro dessa chave de uma teoria do controle mais preocupada com as dinâmicas e a prática reais do controle da administração.

6.1. Jogos de controle

À constatação de que o espaço institucional do controle administrativo torna-se, crescentemente, uma ambiência de interação e disputa estratégica, espera-se que se siga uma teorização abrangente dessas interações e de sua dinâmica.

É possível constatar não apenas uma necessidade, mas uma demanda crescente de ampliar o horizonte de sentido da maneira como se pensa o controle. Uma espécie de chamado a retirar o véu de ingenuidade que ainda recobre a teorização do tema, de modo a, descendo do altiplano puramente abstrato da normatividade, identificar concretamente os componentes das interações e jogos de controle, mapeando seus *players*, suas regras específicas, recompensas, assim como táticas e estratégias.

Talvez não seja exagerado dizer que a teorização do controle administrativo padece, de regra, de certa visão linear, um modo organizado e idealizado de enxergar o que se passe na arena da fiscalização pública, como se fosse um sistema ancorado hermeticamente em silogismos perfeitos. Tem ficado para trás o tempo, porém, em que o processo do controle administrativo podia ser pensado como uma linear sucessão de exames neutros de eventos consoante a juridicidade, de juízos de conformidade, que se associam independentemente de

intercâmbios e de arranjos estratégicos – aos poucos fica mais claro que o que existe é uma dinâmica de conflitos e interações, essencialmente instável, entrecortada por múltiplos fatores de síntese.

Nesse sentido, uma teorização mais ampla do tema remete à tentativa de responder a uma pergunta capital: afinal, como efetivamente se decide no âmbito do controle administrativo? Cuida-se de retorquir à indagação de modo mais atento ao que controlados e controladores fazem – e não no que dizem que fazem –, buscando indicadores essencialmente práticos, e não meramente normativos e abstratos.

Embora a aplicação da teoria dos jogos no âmbito do direito administrativo não represente propriamente uma novidade, eis que já apresenta uma longa tradição no âmbito da academia e da teoria do direito, ainda se carece de trabalhos que empreendam uma avaliação das implicações práticas de um controle cada vez mais estratégico no campo da fiscalização pública (GIVATI, 2014, p. 485).

Cabe a esse esforço teórico a tarefa construir pontes entre a teorização clássica do controle público e a sua prática. O primeiro passo para tanto envolve admitir que o controle é cada vez mais estratégico e dinâmico. Confessar que, no controle, também há blefes, dilemas do prisioneiro, externalidades, *trade-offs*, *free riders*, recompensas. Que já sabemos os nomes das coisas, das naturezas jurídicas e dos institutos do controle administrativo – o que precisamos é entender melhor como eles funcionam (como eles realmente funcionam; não como se diz que funcionam).

Existe um campo em aberto para repensar a teoria sobre a prática do controle – no mínimo, para admitir novos elementos, hauridos, em especial, da teoria dos jogos e da análise econômica. Trata-se essencialmente de, incorporando um novo olhar (mais atento, menos dogmático), enriquecer a leitura do exercício do controle.

Quem se acha neutro já faz parte da estratégia de alguém – e apenas não sabe: daí a necessidade de refletir, modelar e antecipar o comportamento decisório na arena do controle em novas bases; daí a importância de lidar com situações como informações imperfeitas, lugares no jogo e fatores de influência.

Com isso não se pretende reduzir o controle público a uma batalha campal. Admitir que ele é estratégico, e que a teoria dos jogos e da tomada de decisões tem algo a dizer a respeito, não significa reduzi-lo a tacapes e cangas. Tampouco se cuida de subscrição do cinismo. O que se espera – e no que se aposta – é que a especulação sobre a prática do controle não se contentará com vitórias e troféus metafísicos.

7. Conclusão

A proposta deste ensaio foi a de apresentar um panorama das fronteiras que se divisam para o controle administrativo. Tendências e sugestões menos imediatas que, insinuadas por acontecimentos e experimentos em curso, apontam para determinados eventos e caminhos. Algumas dessas trilhas já começaram a ser percorridas, encontrando-se se não pavimentadas, ao menos palmilhadas; outras sendas revelam-se apenas como traçados, linhas esbatidas.

Procurou-se indicar que tipo de substância essas tendências exibem. Cogitou-se de um exame ao nível de quatro faixas de compreensão – ações, estruturas, linguagem e reflexão. Tentou-se ilustrar os conteúdos que, embora difusos, esses recortes revelam, assim como de que maneira se materializam e decalcam na experiência concreta do controle da administração pública.

Acredita-se que o controle administrativo de amanhã será mais sofisticado e refinado; será também mais estratégico – tanto para controlados como para controladores –, fazendo surgir dinâmicas de comportamento e padrões adjudicatórios diversos do padrão vigente.

O controle será estruturalmente mais reticularizado, avançando dendriticamente sobre amplos campos da esfera pública e administrativa. Embora mais capilarizado, nas pontas será exercido mais moderadamente – quer na perspectiva da deferência, quer da austeridade. Essas estruturas contemplarão mecanismos procedimentais e processuais mais flexíveis e adaptáveis, em um esforço de exame mais aderente e sensível das escolhas administrativas. Potencialmente haverá espaços de tolerância à experimentação, no seio da administração pública.

Na perspectiva da linguagem, o discurso e as técnicas adjudicatórias se fractalizam, tornam-se não lineares, e cada vez mais dirigidas à análise de dados e permeáveis ao paradigma da consensualidade e a influxos hauridos do direito privado – não se tratando propriamente de privatização do controle, mas de abertura à influência de outros códigos e racionalidades.

Finalmente, no plano especulativo, avalia-se que a teoria do controle será mais realista, enfocando crescentemente a dinâmica da fiscalização pública e de seus mecanismos de operação – desdobrando intuições que partem desde a análise econômica e a psicologia comportamental, até à crítica das falhas de controle.

Não se espera que este ensaio tenha o mérito de revelar a substância duradoura do controle administrativo do futuro. Mas se confia que às vezes o valor de um texto encontra-se naquilo que é pontuado por suas reticências.

Os desfechos e resultados das sucessivas transformações do controle público revelam-se inerentemente imprevisíveis. Discutiu-se neste ensaio algumas alternativas, rotas e caminhos possíveis. Mas o que talvez se possa afiançar, com algum, grau qualificado de certeza, é que, como todo caminho, o curso divisado será feito de irregularidades, mudanças, passos desiguais. De mais seguro neste processo, de fato, apenas os seus paradoxos, as suas tensões e contradições.

Referências

1. AUSTIN, John L. **How to do things with words**: The William James Lectures delivered at Harvard University in 1955. Oxford: Oxford University Press, 1962.
2. BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **Understanding Regulation**: theory, strategy and practice. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2012.
3. BECKER, Gary S. Crime and punishment: an economic approach. **Journal of political economy**, vol. 76, n. 01, 1968.
4. DUBNICK, Melvin. The Ontological Challenge. In: BOVENS, Mark; GOODIN, Robert E.; SCHILLEMANS, Thomas (Ed.). **The Oxford Handbook of Public Accountability**. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 649-654.
5. FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Contrôlo dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941.
6. GIVATI, Yehonatan. Game Theory and the Structure of Administrative Law. **The University of Chicago Law Review**, vol. 81, n. 2, p. 481-518, Spring , 2014.
7. HALACHMI, Arie. Accountability Overloads. In: BOVENS, Mark; GOODIN, Robert E.; SCHILLEMANS, Thomas (Ed.). **The Oxford Handbook of Public Accountability**. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 560-573.

8. JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle**. São Paulo: Malheiros, 2016.
9. KEANE, John. **The life and death of democracy**. New York: W. W. Norton & Company, 2009.
10. LESSIG, Lawrence. **Code**. 2. ed. New York: Basic Books, 2006.
11. MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martônio Lima e Paulo Albuquerque. **Revista Novos Estudos CEBRAP**, nº 58, p. 183-202, nov./2000.
12. MCCUBBINS, Mathew D.; NOLL, Roger G.; WEINGAST, Barry R. Administrative Procedures as Instruments of Political Control. **Journal of Law, Economics & Organization**, vol. 3, n. 2, p. 243-277, Autumn, 1987.
13. MENDONÇA, José Vicente Santos de. A verdadeira mudança de paradigmas do direito administrativo brasileiro: do estilo tradicional ao novo estilo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 265, p. 179-198, jan./abr. 2014.
14. _____. Conceitos inventados de direito administrativo. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 14, n. 53, p. 9-18, abr./jun. 2016.
15. MULGAN, Richard. Accountability Deficits. In: BOVENS, Mark; GOODIN, Robert E.; SCHILLEMANS, Thomas (Ed.). **The Oxford Handbook of Public Accountability**. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 545-559.
16. O'DONNELL, Guillermo. Horizontal accountability: the legal institutionalization of mistrust. In: MAINWARING, Scott; WELNA, Christopher. (Ed.) **Democratic accountability in Latin America**. Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 34-54.
17. OGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The Charter of Rights Isn't Such A Bad Thing After All). **Osgoode Hall Law Journal**, v. 35, 1997. p. 75-124.
18. OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. **Revista Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Universidad de Alicante, nº 14, p. 169-194, 1993.

19. OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2011.
20. PARSONS, Craig. **How to Map Arguments in Political Science**. New York: Oxford University Press, 2007.
21. SHAH, Anwar. **Performance Accountability and Combating Corruption**. Washington: World Bank, 2007.
22. TEUBNER, Gunther; ZUMBANESN, Peer. Alienações do Direito: sobre a mais-valia social do décimo segundo camelo. In: TEUBNER, Gunther; CAMPOS, Ricardo; VICTOR, Sérgio Antonio Ferreira (org.). **Jurisprudência Sociológica**: perspectivas teóricas e aplicações dogmáticas. São Paulo: Somos Educação, 2020.
23. TRIBE, Laurence H. The curvature of constitutional space: What lawyers can learn from modern physics. **Harvard Law Review**, vol. 103, p. 1-39, Nov. 1989.
24. TRUBEK, David M. **Developmental states and the legal order: towards a new political economy of development and law**. University of Wisconsin Law School, Paper n. 1075, Feb. 2009. p. 20.
25. VERMEULE, Adrian. Optimal abuse of power. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 278, n. 3, p. 15-43, set./dez. 2019.
26. WILLEMANN, Mariana Montebello. Desconfiança institucionalizada, democracia monitorada e Instituições Superiores de Controle no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 263, p. 221-250, maio/ago. 2013.