

O CONTROLE DE ESCOLHAS ADMINISTRATIVAS NO BRASIL: NOVA PERSPECTIVA PARA A PROSECUÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO

*ADMINISTRATIVE CHOICES CONTROL IN BRAZIL:
A NEW PERSPECTIVE TO THE PUBLIC
INTEREST PURSUIT*

Gabriel Thompsen Niemczewski

*(Especialista em Direito Administrativo e Gestão Pública
pela Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP.
Agente Administrativo da Defensoria Pública da União - DPU)
gthompsen@hotmail.com*

RESUMO

O presente artigo versa sobre a ampliação do controle da discricionariedade administrativa na gestão pública brasileira, abordando o tema sob o pressuposto da globalização, do pluralismo e da necessidade de institucionalização de mecanismos para racionalizar o atendimento do interesse público subjacente aos fins estatais. No curso da pesquisa, registra-se o esforço doutrinário e institucional dedicado ao atendimento da referida demanda, a partir de um programa de gestão pública baseado em três pilares fundamentais, a saber: controle social, gestão de riscos e administração com ênfase em resultados práticos (“consequencialismo”). De maneira central, a pesquisa dedica-se ao estabelecimento de uma compreensão sistematizada sobre cada um dos citados pilares, caracterizando suas premissas teóricas elementares, os seus contornos dentro do ordenamento jurídico, assim como o acervo de métodos, ferramentas e perspectivas disponibilizado para efetuar o controle da discricionariedade administrativa. Sob o ângulo metodológico, a pesquisa é de natureza aplicada, assumindo objetivos descritivos, com suporte em levantamento bibliográfico e documental, análise quantitativa de dados e método de abordagem dedutivo.

Palavras-chave: Gestão Pública. Discricionariedade. Controle. Sociedade Globalizada.

ABSTRACT

This article deals with the administrative discretion control expansion in Brazilian public management, approaching the subject under the assumption of globalization, pluralism and the need to institutionalize mechanisms in order to rationalize public interest services underlying state purposes. In this research course, doctrinal and institutional efforts dedicated to meet this demand are seen based on a public management program aligned on three fundamental pillars, namely: social control, risk management and administration with an emphasis on practical results (“consequentialism”). In a central way, this research is dedicated to establish a systematic understanding of each aforementioned pillars, characterizing its elementary theoretical premises, its contours within the legal system, as well as methods collection, tools and perspectives available to carry out the administrative discretion control. From the methodological point of view, research is nature applied, assuming descriptive objectives, supported by bibliographic and documental research, quantitative data analysis and a deductive approach method.

Keywords: Public management. Discretion. Control. Globalized Society.

Data de submissão: 25/10/2021

Data de aceitação: 02/02/2023

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1. CONTROLE SOCIAL DAS ESCOLHAS ADMINISTRATIVAS: BUSCA DE DECISÕES LEGÍTIMAS EM UMA SOCIEDADE GLOBALIZADA. 2. GESTÃO DE RISCOS NO BRASIL: CONTROLE TÉCNICO DE SUSTENTABILIDADE DAS AÇÕES ADMINISTRATIVAS. 3. “CONSEQUENCIALISMO” NA GESTÃO PÚBLICA BRASILEIRA: CONTROLE DE DESEMPENHO FOCADO EM RESULTADOS PRÁTICOS. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

INTRODUÇÃO

Em uma sociedade com organizações e instituições estruturadas pela perspectiva da superioridade, centralidade e inevitabilidade da dominação estatal, a Administração Pública representa aos indivíduos a possibilidade

de coexistência sob o império de um sistema racional-legal de distribuição da Justiça. Nesse contexto, a interpretação administrativa do interesse público é admitida como uma forma privilegiada de expressão do Direito, assumindo contornos próprios de uma vontade objetiva e imparcial aos olhos da comunidade brasileira e que, por isso mesmo, deve ser exercida de maneira discricionária.

Todavia, na seara de uma sociedade integrada à globalização e, portanto, concebida segundo regras desenhadas em múltiplas instâncias de comunicação, poder e controle social, observa-se que o gestor público nacional é frequentemente colocado em posição de ter de decidir sobre situações práticas da vida das pessoas, sem que disponha de normas seguras para determinar se o seu agir é capaz de atender aos anseios sociais subjacentes aos interesses estatais. Legitimidade, sustentabilidade, humanidade e engajamento nas escolhas administrativas. São apenas algumas das exigências que hoje são colocadas ao Estado, e cujo preenchimento a unanimidade dos autores consultados preconiza, para se evitar sacrificar a utilidade do sistema de gestão pública instituído. Não obstante, a discricionariedade administrativa ainda constitui um postulado dogmático elementar. Como proceder, então?

Essa indagação fundamental desencadeou a realização da presente pesquisa. Com base em revisão bibliográfica e documental das obras referenciadas, análise de dados quantitativa e método de abordagem dedutivo, três perspectivas de estudo foram selecionadas para iluminar e compor o debate. Na forma das seções de trabalho a seguir indicadas, observa-se que cada uma dessas perspectivas representam um momento ou dimensão específica do esforço para atualizar o programa de gestão pública instituído no país, com base em três pilares fundamentais, a saber: controle social, gestão de riscos e administração com ênfase em resultados práticos (“consequencialismo”).

A primeira seção inicialmente discorre sobre os fundamentos epistemológicos e dogmáticos do sistema de gestão pública hoje questionado, debruçando-se sobre a proposta de reformá-lo por intermédio de mecanismos de controle social já incorporados pelo direito positivo brasileiro, entre os quais se incluem instâncias de consulta popular (ouvidorias, conselhos e entidades de defesa do usuário de serviços públicos) e espaços institucionais de colaboração na execução de serviços públicos (“Terceiro Setor”).

O controle social chama a atenção para a necessidade de preservar a legitimidade da gestão pública compartilhando uma parcela do poder administrativo com os cidadãos, mas não responde como o contingente de brasileiros sem acesso aos “mínimos sociais” conseguiria exercer esse poder de maneira livre e consciente. Assim, sem negar a importância da interferência social na gestão pública, uma das tendências no pensamento jurídico contemporâneo é propor que o atendimento administrativo às demandas por prestações estatais positivas seja realizado usando alocação “ótima” de recursos, por meio de técnicas de gestão de riscos.

A gestão de riscos é o tema da segunda seção e procura por mecanismos para identificar, avaliar e administrar potenciais vulnerabilidades no funcionamento da Administração Pública. O módulo em questão apresenta as principais características dessa proposta de controle administrativo e o seu conceito legal, destacando que os processos e as pessoas são as duas principais dimensões a se considerar, na busca de uma modelagem eficiente em gestão de riscos. No ponto, defende-se a gestão por competências como uma solução para incrementar qualidade na cadeia de produção.

Por fim, a terceira seção aborda o controle da discricionariedade administrativa pela perspectiva dos resultados práticos gerados por seu exercício. Trata-se o referido controle de uma atividade hoje prescrita, no Brasil, sob a égide de um compromisso jurídico maior, o qual fornece referências legais para a construção de uma Administração Pública “consequencialista”. Isto é, de um modelo de gestão pública no qual a integridade do sistema deve ser auditada ao nível das realizações práticas do administrador, legitimando um controle de desempenho a partir dos riscos, oportunidades e resultados verificados em cada contexto regulatório.

1. CONTROLE SOCIAL DAS ESCOLHAS ADMINISTRATIVAS: BUSCA DE DECISÕES LEGÍTIMAS EM UMA SOCIEDADE GLOBALIZADA

A cultura ocidental define o Estado como uma referência institucional indispensável para que, em meio à diversidade de interesses e perspectivas incorporadas à sociedade, o indivíduo consiga não apenas existir como também prosperar, sob a égide de uma noção comum de Justiça, expressa

por “[...] uma ordem administrativa e jurídica que pode modificar-se mediante estatutos”¹. Nesse diapasão, a afirmação genérica de que “[...] os homens inventaram o Estado para não obedecer aos homens”² deve ser conectada com a compreensão de que, em um sentido weberiano, “[...] só o Ocidente conhece o Estado no sentido moderno, com uma administração profissional, um funcionalismo especializado e um direito baseado no conceito de cidadania”³.

No âmbito da ciência jurídica, a opção por esse recorte epistemológico trouxe consigo a defesa de que, pela realização de suas funções judicial, legislativa e administrativa, o exercício do poder institucional do Estado esgotaria as possibilidades de expressão jurídica do interesse público, criando, com o auxílio do método cartesiano e da dogmática positivista, um sistema coerente de normas para subsidiar a intervenção institucional sobre as falhas de mercado. Nessa seara, conforme Boaventura Santos,

Quanto maior for o âmbito das relações geradoras de risco, tanto maior será a dependência na confiança do Estado e na sua gestão do risco. A confiança nos sistemas de peritos assenta na possibilidade de o Estado lhes fiscalizar as actividades e gerir os riscos decorrentes de eventuais falhas ou consequências imprevistas do seu funcionamento.⁴

Porque a Administração foi definida, à luz da teoria clássica da separação dos poderes, como “[...] competente para definir o interesse público naquilo que não constitui domínio reservado ao legislador”⁵, a atribuição de autonomia para o gestor público atuar discricionariamente⁶ sobre a realidade é qualificada como condição técnica indispensável para manter a atualidade, a integridade e a efetividade do sistema de Justiça instituído.

¹ WEBER, M. **Conceitos sociológicos fundamentais**, 2019, p. 88.

² BURDEAU, G. **O Estado**, 2005, p. XI.

³ SANTOS, B. de S. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**, 2005, p. 141-142.

⁴ *Ibidem*, p. 180. Falhas de mercado são perturbações no funcionamento da sociedade capitalista ocasionadas por práticas distorcidas dos agentes econômicos. Nesse sentido, ver: CAMPOS, H. A. de. **Falhas de mercado e falhas de governo: uma revisão da literatura sobre regulação econômica**, 2008.

⁵ CUNHA, L. C. da. **A Fazenda Pública em Juízo**, 2018, p. 27.

⁶ “Discricionariedade e arbítrio são atitudes inteiramente diversas. Discricionariedade é liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei; arbítrio é ação contrária ou excedente da lei.” MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo Brasileiro**, 2008, p. 120-121.

Nesse diapasão, para Hely Meirelles, “a atividade discricionária encontra plena justificativa na impossibilidade de o legislador catalogar em lei todos os atos que a prática administrativa exige”⁷. Filia-se esse autor, a propósito, a uma linha de raciocínio que remonta aos estudos de Bernatzik sobre a incumbência do administrador de garantir a integração técnica da sociedade ao direito positivo:

[...] Bernatzik vislumbra a Administração como integrante do Estado, razão pela qual também teria competência para dizer o direito. Sempre haveria, segundo a ótica do autor austríaco, atividades que não são totalmente reguladas pelo Direito, razão pela qual somente por meio de conhecimentos técnico-científicos se poderia concretizar a norma.

[...]

Afonso Rodrigues Queiró acrescenta que Bernatzik aceitou que nessa esfera, da chamada discricionariedade técnica, os agentes públicos deveriam agir como peritos ou técnicos do interesse público, segundo o que entendiam ser a melhor forma de atendê-lo.⁸

Não obstante, no âmbito da hodierna sociedade globalizada, destaca-se que frequentemente o gestor público é colocado em posição de ter de decidir sobre situações práticas da vida das pessoas, sem que disponha de normas seguras para determinar se o seu agir desencadeará uma correta estabilização das expectativas em relação à garantia do interesse público. Ou seja, sua conduta representa um risco⁹ para a manutenção da confiança¹⁰ social no sistema de gestão pública instituído. Primeiramente porque, no contexto global da fragmentação, descentralização e transnacionalização dos espaços de cultura, política e sociabilidade, não parece haver uma “matriz neutra

⁷ MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo Brasileiro**, 2008, p. 121.

⁸ ROMAN, F. J. **Discricionariedade técnica**, 2017.

⁹ “Nas sociedades pluralistas de risco do nosso tempo, o homem é chamado a intervir activamente no mundo sem que disponha sempre à partida de normas predefinidas ou dum conceito fixo de natureza que determina se o seu agir é correcto. Ou seja: ‘seu comportamento implica um risco.’” KAUFMANN, A. **Filosofia do Direito**, 2004, p. 444.

¹⁰ A confiança na ordem estabelecida é um elemento importante para a conservação do carácter funcional e operacional do direito positivo, considerando que, cientificamente, “a ‘objetividade’ não é a produção de um conhecimento fotográfico da realidade, ‘mas uma informação elaborada mediante um conjunto de critérios’, aceitos como os melhores instrumentos para traduzir, num discurso, os dados das sensações e da realidade”. WARAT, L. A. **Introdução geral ao Direito II: a epistemologia jurídica da modernidade**, 1995, p. 371.

permanente”¹¹ para assegurar uma intervenção exclusivamente técnica, isto é, isenta de contaminações ideológicas sobre a realidade. E ainda porque, além de ter de dominar padrões institucionais de comportamento, a realidade jurídica contemporânea impõe ao operador do sistema o desafio de compreender como promover a integração jurídica da sociedade em um ambiente permeado de vários centros de produção normativa, muitos deles construídos à margem da noção de Justiça acoplada ao direito positivo. Acompanhe, nessa toada, o relato de José Faria:

Até recentemente, o cenário social, político, econômico e cultural era identificado como os Estados-nação e com seu poder para realizar objetivos e implementar políticas públicas por meio de decisões e ações livres, autônomas e soberanas, sendo o contexto “internacional” um desdobramento natural dessas realidades primárias. Agora, o que se tem é um cenário interdependente, com atores, lógicas, racionalidades, dinâmicas e procedimentos que se inter cruzam e ultrapassam as fronteiras tradicionais, não fazem distinções entre países, costumam colocar enorme dilemas para os governos, não hesitam em desafiar a autoridade dos “policy makers” quando lhes convém e, em muitos casos, chegam ao ponto de ignorar as próprias identidades nacionais.¹²

Pesquisas abordando temas associados ao pluralismo jurídico não são novas na doutrina e, aliás, sempre forneceram argumentos para objetar a redução epistêmica do Direito ao sistema de dominação racional-legal controlado pelo Estado. Depois de analisar os principais argumentos apresentados nessas pesquisas, Norberto Bobbio concluiu que o monismo constitui apenas um aspecto ou momento do fenômeno jurídico, pois existiriam de fato diferentes estatutos jurídicos vigentes na sociedade (família, mercado, comunidade etc.) e “[...] nenhum motivo para restringir a palavra ‘norma’, assim como é usada pela teoria normativa, somente às normas do Estado”¹³.

¹¹ “Nós não ‘temos’ uma linguagem que servirá como uma matriz neutra permanente para formular todas as boas hipóteses explicativas e não temos a mais vaga noção de como obter uma.” RORTY, R. **A filosofia e o espelho da natureza**, 1994, p. 342.

¹² FARIA, J. E. **O Direito na Economia Globalizada**, 2004, p. 9.

¹³ BOBBIO, N. **Teoria da norma jurídica**, 2005, p. 35.

No ponto, comunga-se da opinião de Norberto Bobbio, defendendo-se também que não existe uma razão lógica para não se refletir sobre a estruturação dogmática do Direito pela perspectiva do pluralismo¹⁴. Afinal, mesmo quando submetido a um sistema racional-legal de dominação, o ser humano não é um agente passivo da ordem instituída. Constitui e destitui princípios de convivência social. Gera, estrutura e administra instituições jurídicas. Fabrica e aperfeiçoa técnicas de resolução de conflitos. Tudo isso dentro de contextos sociais, pensando em conviver e prosperar sob o império dos “direitos humanos fundamentais”¹⁵, com uma base jurídica cada vez mais alargada.

De qualquer sorte, é a partir do advento da globalização que a doutrina passa a admitir mais seriamente o afastamento dos preceitos dogmáticos do monismo, para aceitar, em gestão pública, controle social da discricionariedade administrativa como forma de valorizar “[...] as políticas percebidas e demandadas pela sociedade a ponto de ela dar suporte suficiente para o redesenho das estruturas governamentais do Estado”¹⁶. No âmbito do pensamento jurídico-administrativo brasileiro, é interessante notar que esse discurso possui pontos de contato com o “gerencialismo”¹⁷, cuja incorporação ao direito positivo nacional alçou, aliás, o controle social da atividade administrativa à condição de um direito básico que pode ser exercido, por exemplo, por intermédio de ouvidorias, conselhos e entidades

¹⁴ Talvez por isso, “as duas tendências condutoras da evolução do direito no séc. XX foram uma nova concepção das relações da ordem jurídica com a realidade social e uma convicção de responsabilidade ético-social da ordem jurídica positiva”. WIACKER, F. **História do Direito Privado Moderno**, 2004, p. 646.

¹⁵ O uso da expressão “direitos humanos fundamentais” não é casual. Reflete o “[...] processo de aproximação e mútua relação entre o Direito Internacional e o Direito interno na temática dos direitos humanos” (RAMOS, A. C. **Curso de Direitos Humanos**, 2018, p. 53) capitaneado, no Brasil, por uma abertura do Texto Constitucional aos direitos humanos. Nesse sentido, vale lembrar a inscrição segundo a qual “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (Constituição, art. 5º, § 2º).

¹⁶ SANTOS, C. S. dos. **Introdução à gestão pública**, 2014, p. 16. Afinal, “[...] regulamentações que podem requerer legitimidade são justamente as que podem contar com a concordância de possivelmente todos os envolvidos como participantes em discursos racionais”. HABERMAS, J. **A inclusão do Outro**, 2007, p. 300.

¹⁷ “O modelo gerencial da administração pública, em geral, pode ser representado por dois pilares fundamentais: a fixação de objetivos e a realização de avaliação”. MATIAS-PEREIRA, J. **Manual de Gestão Pública Contemporânea**, 2020, p. 87. No plano jurídico, sua origem no Brasil remonta ao Projeto de Lei Federal n. 1.482/1963, o qual tentou estruturar o Sistema Administrativo Federal sob uma perspectiva que acabou consagrada pelo Decreto-Lei n. 200/1967, quando este estipulou um modelo de gestão pública fulcrado na descentralização administrativa (art. 10, § 3º), no exercício de “accountability” (art. 11) e na valorização da tomada de decisões ao nível administrativo local (art. 79).

de defesa do usuário, conforme especificado na Lei nº. 13.460/2017¹⁸, assim como através da colaboração da iniciativa privada na execução de serviços estatais não exclusivos (“Terceiro Setor”¹⁹). Destarte, no Brasil, há seguramente lastro jurídico para se afirmar que “a participação da sociedade deve ser considerada de fundamental importância para a implantação e implementação de políticas públicas que atendam às reais necessidades da população e estabeleçam seus limites e alcances”²⁰.

Feitos esses esclarecimentos, entende-se que há uma tentativa válida de aproveitar os mecanismos de controle social já incorporados ao direito positivo brasileiro para se criar um paradigma de gestão pública no qual as metas não sejam fixadas apenas com base em dados técnicos, mas também a partir de interesses concretos recolhidos em um “diálogo público melhorado e inclusivo”²¹ com os usuários do sistema, com ênfase na transmissão de satisfação imediata à vida das pessoas e na ampliação do seu poder de influência no processo de tomada de decisões. Sem prejuízo disso, não se sabe se esse projeto poderia registrar algum avanço prático sem uma prévia e efetiva disponibilização de “mínimos sociais”²² a todas as pessoas, para que tenham condições de participar do referido debate de maneira livre e consciente.

¹⁸ Veja-se o que diz a Lei n. 13.460/2017, nos artigos adiante transcritos: “Art. 6º São direitos básicos do usuário: I - participação no acompanhamento da prestação e na avaliação dos serviços; [...] Art. 13. As ouvidorias terão como atribuições precípua, sem prejuízo de outras estabelecidas em regulamento específico: I - promover a participação do usuário na administração pública, em cooperação com outras entidades de defesa do usuário; [...] Art. 18. Sem prejuízo de outras formas previstas na legislação, a participação dos usuários no acompanhamento da prestação e na avaliação dos serviços públicos será feita por meio de conselhos de usuários.”

¹⁹ O “Terceiro Setor” brasileiro é composto pelas “organizações sociais” (Lei n. 9.637/1998), “organizações da sociedade civil de interesse público” (Lei n. 9.790/1999) e “organizações da sociedade civil” (Lei n. 13.019/2015).

²⁰ DIAS, R.; MATOS, F. **Políticas Públicas: princípios, propósitos e processos**, 2021, p. 62.

²¹ CATLAW, T. J.; DENHARDT, R. B. **Teorias da Administração Pública**, 2017, p. 273.

²² A assistência social constitui, no Brasil, uma política pública destinada a prover os “mínimos sociais” (Lei n. 8.742/1993, art. 1º) a quem dela necessite, “independentemente de contribuição” (Constituição, art. 203, caput). Mesmo assim, há dificuldades enormes para garantir acesso universal aos “mínimos” em matéria de habitação, saúde, segurança, higiene e educação no país, notadamente no que concerne às necessidades básicas da população em processo de exclusão e vulnerabilidade social. Para ilustrar, “como informa a PNSB 2017, enquanto 99,6% dos Municípios brasileiros apresentavam abastecimento de água por rede geral, apenas em 60,3% deles informava-se ter serviço de coleta de esgoto”. BRASIL/IBGE. **Atlas de saneamento: distribuição espacial e abrangência das redes de saneamento de água e esgoto**, 2021. Ademais, no ano de 2020, “[...] ao menos 45,2 milhões de pessoas, residentes em 14,2 milhões de domicílios, enfrentavam algum tipo de restrição ao direito à moradia adequada, em seus elementos de acessibilidade econômica, habitabilidade ou segurança da posse”. BRASIL/IBGE. **Síntese de Indicadores Sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira**, 2020, p. 76.

Arthur Kaufmann defende que, “enquanto [...] pessoas não estiverem libertas da sua miséria, não poderão ser sublimados os instintos da agressão destrutiva”²³. Esse fator merece ser levado em conta, sob pena de restar frustrada a busca da ressignificação do funcionamento do sistema instituído à luz de interesses sociais concretos, simplesmente por falta de um entendimento adequado sobre o que realmente aproxima e/ou afasta a sociedade da órbita regulatória e administrativa do Estado.

Assim, o controle social das escolhas administrativas revela oportunidades para preservar a legitimidade do sistema instituído, assim como impõe grandes desafios à garantia do interesse público. Como enfrentar essa situação? Em que termos? “Sempre precisamos saltar antes na realidade, do contrário ela nos assalta”²⁴, responderia Friedrich Müller.

Forte nesse entendimento, acredita-se que a obrigação primeira é fazer mais em termos de inclusão social. Arranjos institucionais “participativos” serão quando muito experiências efêmeras, se a Administração Pública não aparecer, para quem tem fome e sede, primeiro sob a forma de pão e água. Na reflexão sobre esse tema, uma das tendências no âmbito doutrinário tem sido dedicar atenção à edificação de um sistema público de gestão de riscos que permita identificar, avaliar e gerenciar potenciais vulnerabilidades que ocasionam ineficiência na alocação e no uso de recursos para atender às demandas por prestações estatais positivas.

2. GESTÃO DE RISCOS NO BRASIL: CONTROLE TÉCNICO DE SUSTENTABILIDADE DAS AÇÕES ADMINISTRATIVAS

Na sociedade globalizada, há uma crescente tensão entre o aumento de demandas por garantia de bens e serviços através de ações administrativas,

²³ KAUFMANN, A. **Filosofia do Direito**, 2004, p. 506. Por exemplo, “o Estado deve ampliar ações sociais capazes de prover às necessidades da população (saúde, educação, trabalho, segurança etc.), pois a criminalidade organizada ocupa espaços e coopta os indivíduos abandonados por ele, mediante um projeto de médio prazo [...]”. PENTEADO FILHO, N. S. P. **Manual esquemático de Criminologia**, 2018, p. 98.

²⁴ MÜLLER, F. **Fragmentos (sobre) o Poder Constituinte do Povo**, 2004, p. 27.

de um lado, e a “escassez de recursos”²⁵ disponíveis à garantia da efetividade das “prestações estatais positivas”²⁶, de outra parte. E, quando não há mecanismos para trabalhar com essa realidade, a tendência é que a atuação administrativa se torne gradativamente insustentável, promovendo

[...] um descompasso entre, de um lado, as diferenças rapidamente crescentes que os cidadãos constatarem em suas interações cotidianas, e, de outro, as exigências impostas a esses mesmos cidadãos por um sistema jurídico igualitário, a saber: a exigência de que ignorem essas diferenças constatadas de maneira sempre mais penetrante.²⁷

Sob a égide teórica e analítica do risco²⁸, uma das soluções encontradas para resolver esse dilema foi investir em ferramentas e perspectivas institucionais focadas no controle das incertezas e vulnerabilidades críticas do sistema. No Brasil, a atual política de governança estatuída em esfera federal de administração caminha nesse sentido, estipulando que o exercício da discricionariedade deve ser controlado por um sistema de gestão de riscos dedicado a identificar, avaliar e gerenciar potenciais eventos que possam afetar a consecução do interesse público, observadas as seguintes diretrizes fixadas pelo Decreto nº. 9.203/2017, nos dispositivos adiante citados:

Art. 2º Para os efeitos do disposto neste Decreto, considera-se:

[...]

IV - gestão de riscos - processo de natureza permanente, estabelecido, direcionado e monitorado pela alta administração, que contempla as atividades de identificar,

²⁵ A escassez de recursos é um risco à sustentabilidade dos sistemas de proteção social, pois instaura situações de conflito entre a demanda por prestações estatais positivas e a sua efetiva oferta. Como destaca José Faria, “a situação-limite de um cenário de ingovernabilidade é uma crise fiscal, quando o Estado perde crédito público, deixa de acumular poupança, é pressionado por grupos de interesses de todos os tipos, enfrenta dificuldades crescentes para executar suas políticas e vê comprometida a sua capacidade de regular a economia e promover transferências de renda no interior da sociedade”. FARIA, J. E. **O Direito na economia globalizada**, 2004, p. 119.

²⁶ A consagração de direitos prestacionais no ordenamento constitucional brasileiro impõe “[...] a realização de condutas ativas por parte dos poderes públicos (‘status positivo’ ou ‘status civitatis’), seja para a proteção de certos bens jurídicos contra terceiros, seja para a promoção ou garantia das condições de fruição desses bens”. NOVELINO, M. **Manual de Direito Constitucional**, 2013, p. 382.

²⁷ HABERMAS, J. **A inclusão do Outro: estudos de teoria política**, 2007, p. 319.

²⁸ “Risco é o efeito da incerteza sobre objetivos estabelecidos. É a possibilidade de ocorrência de eventos que afetem a realização ou alcance dos objetivos, combinada com o impacto dessa ocorrência sobre os resultados pretendidos.” BRASIL/TCU. **Referencial básico de Gestão de Riscos**, 2018, p. 8.

avaliar e gerenciar potenciais eventos que possam afetar a organização, destinado a fornecer segurança razoável quanto à realização de seus objetivos.

[...]

Art. 17. A alta administração das organizações da administração pública federal direta, autárquica e fundacional deverá estabelecer, manter, monitorar e aprimorar sistema de gestão de riscos e controles internos com vistas à identificação, à avaliação, ao tratamento, ao monitoramento e à análise crítica de riscos que possam impactar a implementação da estratégia e a consecução dos objetivos da organização no cumprimento da sua missão institucional, observados os seguintes princípios: I - implementação e aplicação de forma sistemática, estruturada, oportuna e documentada, subordinada ao interesse público;

II - integração da gestão de riscos ao processo de planejamento estratégico e aos seus desdobramentos, às atividades, aos processos de trabalho e aos projetos em todos os níveis da organização, relevantes para a execução da estratégia e o alcance dos objetivos institucionais;

III - estabelecimento de controles internos proporcionais aos riscos, de maneira a considerar suas causas, fontes, consequências e impactos, observada a relação custo-benefício; e

IV - utilização dos resultados da gestão de riscos para apoio à melhoria contínua do desempenho e dos processos de gerenciamento de risco, controle e governança.

Trata-se a gestão de riscos, então, de uma atividade a ser executada de maneira permanente, integrada e sistematizada na Administração Pública, considerando a necessidade de racionalizar a alocação e o uso de recursos públicos. Por isso, Geoff Dinsdale e Stephen Hill sustentam que há, basicamente, duas dimensões para a modelagem de uma gestão de riscos eficiente. A primeira corresponde à dimensão dos processos, abrangendo “os sistemas, as estratégias e as estruturas que moldam o ciclo da gestão de riscos”²⁹, os quais devem ser periodicamente atualizados e disponibilizados aos colaboradores para que possam identificar o que, quando e como fazer, tendo presente que o controle eficiente sobre a integridade de cada ato na cadeia de produção amplia as chances de realização das metas fixadas pela organização. Já a segunda dimensão corresponde às pessoas, albergando “os

²⁹ DINSDALE, G.; HILL, S. **Uma base para o desenvolvimento de estratégias de aprendizagem para a gestão de riscos no serviço público**, 2003, p. 13.

conhecimentos, as competências, os aspectos culturais, as crenças e os valores necessários para que os servidores públicos gerenciem riscos eficazmente”³⁰.

Entre as duas dimensões citadas, os autores em questão reputam que a dimensão das pessoas é a mais importante, pois “[...] o processo de gestão de riscos baseia-se, fundamentalmente, nas pessoas e são elas que devem trabalhar eficazmente nesse contexto”³¹. Dentro dessa dinâmica, chama-se a atenção para a necessidade de prestar estímulo institucional mais significativo à qualificação dos recursos humanos disponíveis no serviço público brasileiro. A principiar pelo abandono da noção de que a boa gestão dependeria da presença de um tipo humano ideal no exercício da função administrativa, cujos extraordinários atributos pessoais permitiriam à Administração Pública antever e corrigir todas as distorções em gestão derivadas de falhas de mercado e/ou governo. Tanto porque não é concebível que um ser humano julgue e intervenha na realidade com esse nível de precisão³² como porque a garantia da “governabilidade”³³ está incluída entre as principais metas da gestão pública contemporânea, algo que implica admissão tácita de que, em alguma medida, o agente público terá de ser capacitado para o nobre e difícil ofício de realizar “escolhas trágicas” na modelagem das “prestações estatais materiais”³⁴. Recursos dramaticamente escassos, para atender conjunto cada vez maior e mais complexo de demandas. O desafio não é pequeno, pois, esclarece o Eg. Supremo Tribunal Federal - STF, todo investimento em

³⁰ DINSDALE, G.; HILL, S. **Uma base para o desenvolvimento de estratégias de aprendizagem para a gestão de riscos no serviço público**, 2003, p. 14.

³¹ Ibidem. Na década de 1960, José Dias professava semelhante opinião, defendendo que “o melhor atendimento do público nos guichês e em outros pontos de contacto, o exame das relações entre o público e os órgãos da Administração, com o objetivo de estabelecer normas tendentes a dar solução ao problema de atritos entre a clientela das repartições e os funcionários que mantêm contactos diretos com esta, justificam um projeto que se propusesse a demonstrar, em alguns setores mais importantes, como é viável dar melhor tratamento ao assunto”. DIAS, J. de N. T. **A reforma administrativa de 1967**, 1969, p. 222.

³² “Não sabemos como pensa a maioria das pessoas; nós as vemos, encontramos com elas todos os dias, mas como elas pensam, o que querem, nós não sabemos.” ALEKSIÉVITCH, S. **O fim do homem soviético**, 2016, p. 15.

³³ “Em termos conceituais, a noção de governabilidade tem sido associada à incapacidade de um governo ou de uma estrutura de poder formular e de tomar decisões no momento oportuno, sob a forma de programas econômicos, políticas públicas e planos administrativos, e de implementá-las de modo efetivo, em face de uma crescente sobrecarga de expectativas [...]”. FARIA, J. E. **O Direito na economia globalizada**, 2004, p. 118-119.

³⁴ O ordenamento constitucional brasileiro consagra direitos a prestações que exigem uma atuação positiva por parte do Estado. As prestações estatais materiais consistem em condutas positivas desempenhadas em prol do “[...] oferecimento de bens ou serviços a pessoas que não podem adquiri-los no mercado (como alimentação, educação, saúde...) ou no oferecimento universal de serviços monopolizados pelo Estado (segurança pública)”. NOVELINO, M. **Manual de Direito Constitucional**, 2013, p. 383.

determinada área carrega consigo potencial “desinvestimento”³⁵ sobre outro segmento de atuação.

Infelizmente, por mais que adotem um discurso coerente com uma cultura institucional de gestão de pessoas, a verdade é que, na prática, as organizações brasileiras ainda dedicam pouca atenção ao assunto. Prova disso é que, nos últimos anos, em mais de uma oportunidade, o controle externo da Administração Pública foi exercido tendo em conta basicamente o “[...] referencial do ‘administrador médio’ utilizado pelo TCU para avaliar a razoabilidade dos atos submetidos a sua apreciação”³⁶. Com a devida vênia, trata-se de uma proposta de trabalho equivocada, pois estabelece uma falsa relação de causa/consequência entre a “supressão do comportamento desviante” e a “ampliação da virtude organizacional”. Ora, a ética sempre foi e será imprescindível para o sucesso de qualquer empreendimento público. Porém, é preciso ter cuidado para que o excesso de controle não seja convertido em panaceia, sacrificando o espírito colaborativo, o desejo de autorrealização no ambiente laboral e outros elementos igualmente relevantes para a consecução das metas institucionais. Essa é a opinião de Lívia Barbosa quando afirma que, na contramão do sistema “meritocrático” delineado pela atual Constituição³⁷,

A avaliação nunca foi usada no Brasil como instrumento de crescimento e melhoria do serviço, mas como um instrumento de punição de um corpo de funcionários desmotivados e que nunca foi alvo de uma política sistemática de capacitação e melhora de quadros. Analisando-se a história do treinamento e da educação

³⁵ “A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras ‘escolhas trágicas’ [...]” BRASIL/STF. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 639337/SP**, 2011.

³⁶ BRASIL/TCU. **Acórdão n. 1.628**, 2018. Na opinião de Juliana Palma, “Dentre as várias métricas que o TCU se vale para responsabilizar, a do administrador médio é a mais pitoresca. Nada menos de 133 acórdãos se referem a ela. O teste consiste em comparar o comportamento avaliado com o esperado do administrador médio, tomado como razoável (‘razoabilidade da conduta’); se a carapuça do administrador médio não servir, responsabiliza-se.” PALMA, J. B. de. **Quem é o “administrador médio” do TCU?**, 2018.

³⁷ Não é despidendo lembrar que, no Brasil, o ordenamento constitucional sujeita a investidura e a permanência em cargos públicos à observância de requisitos de ordem meritocrática, assim como a avaliações periódicas de desempenho. Nesse sentido, ver: Constituição, art. 37, caput e incs. II, V e IX.

no Brasil, ninguém fica em dúvida de que ambos são vistos como custos e não como investimento.³⁸

A prescrição mais recente para tentar resolver essa situação são os chamados programas de integridade (“compliance”), os quais instituem, em linhas gerais, um “[...] sistema de autorregulação de condutas, cujo descumprimento resultaria na aplicação de sanções como multas e outras penalidades”³⁹. Na esfera pública federal, referido sistema oferta à organização mecanismos internos de controle e preservação da integridade institucional, nos termos do Decreto nº. 11.129/2022 e seus dispositivos adiante citados:

Art. 56. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes, com objetivo de: I - prevenir, detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira; e II - fomentar e manter uma cultura de integridade no ambiente organizacional.

Parágrafo único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e os riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual, por sua vez, deve garantir o constante aprimoramento e a adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade.

Daniel Ferreira e Mateus Bertoncini anotam que o objetivo dos programas de integridade “[...] não é o de reprimir comportamentos desviados, mas de preveni-los e, quando já ocorridos, remediar os efeitos danosos de tanto”⁴⁰. Todavia, sob os auspícios do aludido diploma, evidente que o incremento do controle negativo constitui a principal ferramenta para angariar conformidade em relação às normas, políticas e cultura da organização. No

³⁸ BARBOSA, L. **Meritocracia à brasileira: o que é desempenho no Brasil?**, 2006.

³⁹ GABARDO, E.; MORETTINI E CASTELLA, G. **A nova lei anticorrupção e a importância do compliance para as empresas que se relacionam com a Administração Pública**, 2015.

⁴⁰ BERTONCINI, M. E. S. N.; FERREIRA, D. **A importância do controle cidadão nos programas de integridade (compliance) das empresas estatais com vistas ao desenvolvimento nacional**, 2016.

chamado “programa da norma”⁴¹, não se vislumbra interesse em instituir prêmios, incentivos, destaques ou qualquer outra possibilidade de valorar ou mesmo incentivar o desempenho do agente público, na linha de um possível modelo de gestão por competências. Ou seja, toda iniciativa individual já nasce sob a suspeita de ser disruptiva, contrária ao bom funcionamento da máquina pública, com grande potencial para ser emendada. “Liberdade duradoura [...] é liberdade regrada, condicionada, limitada”⁴², argumenta-se, sem notar que, no âmbito das relações laborais, a obediência à autoridade e a conformação à cultura institucional podem acarretar, a longo prazo, apatia no desempenho da função pública, “acomodamento” no cargo e racionalização de condutas desviantes.

Embora esteja bem documentado na doutrina clássica que “só os órgãos executivos é que estão, em muitos casos, em condições de sentir e decidir administrativamente o que convém e o que não convém ao interesse coletivo”⁴³, observa-se ainda muito arraigada no Brasil a confiança ingênua na possibilidade de “modernizar” a Administração Pública apenas simplificando rotinas e eliminando “ruídos” na máquina estatal. Quem pensa assim certamente desconsidera um dado basilar: “nunca ninguém viu o Estado”⁴⁴. É por intermédio de pessoas que, para o bem e o mal, a Administração Pública interfere na vida de seus usuários. Eis porque algumas vezes já se levantam para falar sobre a importância de gerir por competências no setor público, apontando que

O uso da gestão por competências possibilita o mapeamento e a definição das competências adequadas para os funcionários executarem suas atividades com maior desempenho e alcance dos objetivos estratégicos da organização. Possibilita também, a identificação das necessidades de capacitação, melhoria dos serviços oferecidos, elaboração de um processo seletivo mais eficiente com base nas competências que o órgão necessita,

⁴¹ “Não se deve esquecer que o programa da norma destaca, da totalidade dos dados efetivos atingidos por uma prescrição, os momentos relevantes para a decisão jurídica, no sentido de uma diretiva orientadora; ele estabelece, portanto, critérios de relevância com caráter de obrigatoriedade, tanto para a indagação quanto para a ponderação.” MÜLLER, F. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito**, 2007, p. 225.

⁴² ABREU, R. R. G. de. **Livre iniciativa, livre concorrência e intervenção do Estado no domínio econômico**, 2008.

⁴³ MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo Brasileiro**, 2008, p. 122.

⁴⁴ BURDEAU, G. **O Estado**, 2005, p. 9.

entre outros benefícios. Essas ferramentas desenvolvem um melhor desempenho do funcionário, ajudando-o tanto no crescimento pessoal quanto organizacional.⁴⁵

A tentativa de sujeitar o setor público brasileiro a um modelo de gestão por competências não constitui exatamente uma novidade jurídica, remetendo ao conceito inicialmente posto pelo Decreto nº. 5.707/2006, art. 2º, inc. II, segundo o qual os recursos humanos devem ser objeto de uma “gestão da capacitação orientada para o desenvolvimento do conjunto de conhecimentos, habilidades e atitudes necessárias ao desempenho das funções dos servidores, visando ao alcance dos objetivos da instituição”⁴⁶. Entretanto, talvez em função de uma melhor compreensão sobre a necessidade de racionalizar a influência do “fator humano”⁴⁷ no tipo de valor que é entregue à sociedade, observa-se nos últimos anos o aumento da preocupação com a estruturação de um ambiente de trabalho mais dinâmico, sob a perspectiva da valorização do capital humano. Quer seja isso pelo investimento em capacitação permanente do servidor, quer seja por intermédio de experiências institucionais com os chamados “bancos de talentos”⁴⁸, que abrem a oportunidade para refinar a constituição de equipes de trabalho a partir das características, dos anseios e das habilidades específicas de cada profissional cadastrado no referido repositório.

⁴⁵ AGUIAR, L. S. **Gestão por competências no setor público**, 2015, p. 7.

⁴⁶ Com a superveniência de uma nova política nacional para o desenvolvimento de pessoas na Administração Pública Federal, o conceito foi alargado para contemplar, à luz do Decreto Federal n. 9.991/2019, a execução de planos de desenvolvimento de pessoas centrados em “diagnóstico de competências” (art. 3º, caput e §2º) e “programas de competências” (art. 13, caput e inc. V), sob a supervisão de Escolas de Governo do Poder Executivo Federal.

⁴⁷ Em um futuro distópico, talvez as reformas administrativas possam alcançar êxito, em seu planejamento e implementação, sem a necessidade de aquilatar a influência do “fator humano” no tipo de valor que é entregue à sociedade. Talvez se chegue a um organograma composto majoritariamente por autômatos, ou, quem sabe, construa-se um cenário no qual as tarefas administrativas sejam integralmente executadas por algoritmos. Contudo, até onde a presença de pessoas na gestão pública não for considerada incômoda ou obsoleta, é preciso encarar que a garantia do interesse público não será realizada apenas mediante a institucionalização de novas perspectivas e ferramentas administrativas. Precisar-se-á, ainda, de indivíduos – qualificados, motivados e legitimados – para extrair da tecnologia o fim que dela se espera, na luta diária por tentar garantir um regime básico de direitos humanos fundamentais a cada membro da sociedade brasileira. É o que o movimento em prol da gestão por competências no setor público parece propor e evidenciar.

⁴⁸ Em grandes linhas, o Banco de Talentos é uma ferramenta auxiliar da gestão por competências que permite ao órgão identificar, por intermédio de um cadastro, todos os servidores interessados e dotados de capacidade técnica para executar uma determinada tarefa administrativa. Encontra-se regulamentado, em esfera federal, pela Instrução Normativa - IN n. 4/2018/SGP e IN n. 21/2021/SGP/SEDGG/ME.

Assim, desde que a proposta de administração de riscos no setor público passou a contar com assento normativo – com especial destaque para a tentativa de restaurar a legitimidade do procedimento decisório em cenário sistêmico de racionalização do uso de recursos escassos, assim como de uma compreensão mais holística em relação à gestão dos processos e das pessoas –, verifica-se que eventuais assincronias na afirmação administrativa do interesse público também podem ser controladas e corrigidas por ato próprio da Administração Pública, sem a necessidade de construir soluções extrajurídicas para preservar a sustentabilidade das ações administrativas, ou de ficar na dependência exclusiva da efetividade do controle social sobre o sistema instituído. No próximo tópico, esse debate será aprofundado sob a lente do “consequencialismo”, uma proposta de gestão pública desenhada a partir do controle de resultados práticos.

3. “CONSEQUENCIALISMO” NA GESTÃO PÚBLICA BRASILEIRA: CONTROLE DE DESEMPENHO FOCADO EM RESULTADOS PRÁTICOS

A instauração de uma cultura administrativa baseada na submissão da sociedade a um sistema racional-legal de dominação constitui um evento histórico relativamente recente no Brasil⁴⁹. E até certo ponto inacabado, diga-se de passagem, considerando que ainda hoje no país “há grandes espaços, inclusive nas cidades, onde o Estado simplesmente deixa de existir, pois a justiça é distribuída de forma própria, em grande medida independentemente do ordenamento jurídico estatal”⁵⁰. Assim, na busca de introduzir melhorias na gestão pública brasileira, é fundamental adotar uma visão que permita controlar as consequências do agir administrativo sobre a realidade que se pretende administrar, evitando-se, assim, o risco de converter “[...] as organizações brasileiras em meros recipientes e reprodutores de tecnologia administrativa estrangeira”⁵¹.

⁴⁹ Até o fim da República Velha (1889-1930), o modelo administrativo praticado no país foi basicamente o “patrimonialismo” implantado ao tempo da colonização portuguesa (1530-1822) e repetido, sem grandes alterações, durante o Império (1822-1899). Ademais, algumas das rupturas mais significativas com o sistema patrimonialista foram produzidas, ao menos formalmente, sob a vigência de regimes políticos autoritários, a exemplo da Reforma Administrativa capitaneada pelo Decreto-Lei n. 200/1967.

⁵⁰ ADEODATO, J. M. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*, 2007, p. 75.

⁵¹ CHU, R. A. *Modelo contemporâneo da gestão pública brasileira*, 2010, p. 29.

No âmbito legislativo, a propósito, já há a consagração de que as decisões nas esferas administrativa, controladora e judicial deverão ser adotadas considerando os seus efeitos práticos e motivadas a partir de uma adequada contextualização fática⁵². Na mesma toada, vale mencionar também a determinação da Lei nº. 13.848/2019, no art. 6º, abaixo transcrito, para que interesses gerais de agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados por órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional não sejam normatizados sem a prévia análise do impacto regulatório:

art. 6º. A adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo.

Parece claro que, ao lado da gestão de riscos, essa é uma perspectiva que coloca ao Poder Público uma proposta de atuação mais responsiva, obrigando o gestor a racionalizar suas decisões, bem como a conferir transparência aos critérios de trabalho adotados procurando atender às demandas por prestações estatais positivas da sociedade, sejam elas de ordem material ou normativa⁵³. Ainda assim, Flávio Tartuce registra uma crítica vinculada à possibilidade de essa abordagem subsidiar a relativização do conteúdo normativo dos direitos humanos fundamentais, compreendendo o autor que, no “consequencialismo”, “[...] os fins justificam os meios e o utilitarismo

⁵² No Decreto-Lei n. 4.657/1942, art. 20, afirma-se que “nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”. Ao passo que o Decreto n. 9.830/2019 determina, em seu art. 2º, que “a decisão será motivada com a contextualização dos fatos, quando cabível, e com a indicação dos fundamentos de mérito e jurídicos”. Por oportuno, lembra-se também que o Código de Processo Civil Brasileiro de 2015, de incidência supletiva e subsidiária na seara do processo administrativo (art. 15), proíbe que as decisões busquem amparo em “conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso” (art. 489, § 1º, inc. II).

⁵³ “As ‘prestações estatais’ (‘dimensão objetiva’) podem ser de duas espécies: i) ‘prestações materiais’, consistentes no oferecimento de bens ou serviços a pessoas que não podem adquiri-los no mercado (como alimentação, educação, saúde...) ou no oferecimento universal de serviços monopolizados pelo Estado (segurança pública); ou II) ‘prestações normativas’ (ou ‘jurídicas’), consistentes na criação de normas jurídicas para tutelar interesses individuais, como a regulamentação das relações de trabalho.” NOVELINO, M. **Manual de Direito Constitucional**, 2013, p. 383.

decisório”⁵⁴. Com o devido respeito, acredita-se que a abordagem em questão parte de uma premissa equivocada.

Em filosofia, o termo “consequencialismo” fixa a noção de que a correção ou a aceitabilidade moral de qualquer conduta é definida pelos resultados práticos desencadeados, constituindo-se o “utilitarismo” em sua variante teórica mais conhecida. Daí Roger Conaway e Oliver Laasch afirmarem que “o consequencialismo baseia sua avaliação de certo e errado na ideia hedonista de que o único bem é a felicidade humana, que pode ser medida em termos de prazer e sofrimento”⁵⁵. Porém, conforme explicam Ann Baker e Laurence Bonjour, nem todo “consequencialismo” tem no “hedonismo” o seu repositório axiológico, enquanto a recíproca não é verdadeira:

Quando usamos o termo “utilitarismo” neste livro (sem a qualificação “hedonista”), referimo-nos à concepção geral do utilitarismo, cujas versões específicas são a hedonista, a do utilitarismo ideal e a do utilitarismo de preferências. (Em vez disso, alguns filósofos recentes usam o termo “consequencialismo” para se referir a essa concepção geral).⁵⁶

Cristiano Carvalho aprofunda tal entendimento, dizendo que o “consequencialismo” confere destaque à análise de consequências “sem definir substantivamente quais devam ser elas”⁵⁷. Já o utilitarismo saberia “[...] de antemão quais os resultados são desejáveis: uma ação é moralmente correta se o seu resultado alcança a maior satisfação possível para o maior número de pessoas”⁵⁸. Destarte, a adoção do “consequencialismo” em gestão pública, por si só, nada diz sobre o patamar de proteção jurídica a ser dispensado aos direitos humanos fundamentais.

Não bastasse isso, para espancar de vez as preocupações de Flávio Tartuce, rememora-se que o ordenamento jurídico brasileiro tem na dignidade da pessoa humana verdadeira “norma-princípio”⁵⁹. De sorte que todos

⁵⁴ TARTUCE, F. **Direito civil**: lei de introdução e parte geral, 2021, p. 75.

⁵⁵ CONAWAY, R. N.; LAASCH, O. **Fundamentos da gestão responsável**: sustentabilidade, responsabilidade e ética, 2018, p. 125.

⁵⁶ BAKER, A.; BONJOUR, L. **Filosofia**: textos fundamentais comentados, 2010, p. 391.

⁵⁷ CARVALHO, C. **Teoria da Decisão Tributária**, 2018, p. 92.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ SILVA, J. A. da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, 2004, p. 119.

os critérios auxiliares da decisão no caso concreto, assim como todas as fórmulas para o planejamento e a execução de prestações estatais positivas, encontram-se vinculados ao dever de conferir a maior efetividade possível a esse “valor constitucional supremo”⁶⁰. Nessa esteira, como “princípios são normas que comandam que algo seja realizado na maior medida possível em relação às possibilidades fáticas e jurídicas”⁶¹, na verdade, “a ênfase nas consequências da interpretação enseja a crescente correspondência entre a norma e a realidade, afastando promessas legislativas utópicas que desconsideram o contexto econômico e social em que serão aplicadas”⁶².

Diante disso, entende-se que o mérito do “consequencialismo” é fornecer um referencial epistemológico para que o funcionamento do sistema instituído possa ser auditado ao nível dos resultados práticos alcançados, legitimando, em conjunto com o controle social e a gestão de riscos, a realização de um controle de desempenho a partir dos riscos, oportunidades e resultados verificados em cada contexto regulatório, sem a necessidade de desprezar o compromisso jurídico-dogmático com a manutenção da objetividade, segurança e previsibilidade na aplicação da norma. Para reforçar essa opinião, lembra-se aqui que a Lei 13.460/2017, no art. 5º, inc. XI, dá ao usuário do sistema o direito de exigir do Poder Público a “eliminação de formalidades e de exigências cujo custo econômico ou social seja superior ao risco envolvido”. Seja isso no enfrentamento de desafios próprios de sociedade globalizada, seja considerando as peculiaridades locais que prejudicam a realização de oferta “ótima” de bens e riquezas a toda a população.

Entende-se que os esclarecimentos em tela fornecem um entendimento razoável sobre a importância do “consequencialismo” na estruturação de decisões administrativas mais responsivas. Há a consciência de que o debate poderia ir além, desdobrando-se em uma análise sobre um possível uso do “consequencialismo” para justificar uma atuação mais proativa do Poder Judiciário no controle institucional das decisões administrativas. Isto é, indo além da mera hipótese de controle sobre a legalidade dos atos administrativos, para fiscalizar também a legitimidade dos fundamentos incorporados às

⁶⁰ NOVELINO, M. **Manual de Direito Constitucional**, 2013, p. 361.

⁶¹ ALEXY, R. **Teoria discursiva do Direito**, 2019, p. 128.

⁶² OLIVEIRA, R. C. R. **Novo perfil da regulação estatal: administração pública de resultados e análise de impacto regulatório**, 2015, p. 364.

decisões.⁶³ Afinal, como “[...] há de ser observada alguma juridicidade na gestão do poder público”⁶⁴, e juridicidade é, hoje, conceito que abarca o dever de ser “consequencialista” na gestão pública, parece haver margem para defender o controle judicial sobre o mérito das ações administrativas, sem com isso gerar, “a priori”, nenhuma mácula em relação à deferência que o Poder Judiciário deve prestar às opções políticas (Legislativo) e técnicas (Executivo) apresentadas à sociedade. Todavia, com as escusas do leitor, separa-se o referido tema para receber melhor análise em outro momento, tendo em conta a necessidade de aprimorar o estado da arte da presente pesquisa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Administração Pública é uma ferramenta essencial à prossecução do interesse público. Através de seus métodos e técnicas de intervenção sobre a realidade, o Estado reafirma aos usuários do sistema administrativo que suas demandas por prestações positivas serão atendidas de maneira racional, objetiva, imparcial e com o melhor aproveitamento possível de recursos. Justamente por isso, no âmbito de uma sociedade global pluralista e de risco, procura-se por novas perspectivas institucionais para preservar a eficiência, eficácia e efetividade da gestão pública.

No presente trabalho, ao longo de suas três seções de debate, registrou-se o esforço doutrinário e institucional para construir um programa responsivo de gestão pública no Brasil, a partir da ampliação do controle da discricionariedade administrativa em três níveis específicos, a saber: controle social, gestão de riscos e administração com ênfase em resultados práticos (“consequencialismo”). Sem a pretensão de esgotar as possibilidades de melhoria e modernização do sistema administrativo nacional, cada uma das narrativas apresentadas representa uma tentativa específica de conciliar, no Brasil, a autoridade da Administração e o controle das escolhas administrativas, com ênfase na otimização das decisões direcionadas à

⁶³ “O sucesso da ação do administrador público depende de sua fundamentação em saberes técnicos da área (médico, farmacêutico etc.) – uma medida mal fundada nesses aspectos dificilmente obterá o resultado esperado.” MONTEIRO, A. P. L. **Um horizonte mais amplo para o direito à saúde: ação governamental em escala e processo administrativo para a formulação de protocolos clínicos**, 2017, p. 487.

⁶⁴ FONTE, F. M. **Políticas públicas e direitos fundamentais**, 2015, p. 65-66.

promoção do interesse público em uma sociedade globalizada. Afinal, o manejo isolado da discricionariedade administrativa já não é capaz de assegurar uma adequada tutela ao interesse público subjacente aos interesses estatais.

Se o controle da discricionariedade administrativa será efetivamente incorporado ao cotidiano de trabalho do gestor público brasileiro, ou se o seu uso conduzirá a uma Administração Pública mais responsiva e dedicada a mitigar os efeitos negativos da variável “risco” na esfera particular do administrado, esta breve análise não pode responder. Talvez só o decurso do tempo diga. Ainda assim, tem-se clareza hoje de que, sem precisar abdicar da objetividade, segurança e previsibilidade na execução dos procedimentos, o agente público conta com mecanismos para atenuar os custos de gestão ocasionados pelas contingências da sociedade globalizada, podendo modelar e concretizar suas ações e decisões à luz da realidade, das exigências sociais, dos riscos, das oportunidades e dos resultados verificados em cada contexto regulatório.

REFERÊNCIAS

ABREU, R. R. G. de. **Livre iniciativa, livre concorrência e intervenção do Estado no domínio econômico**. São Paulo, 2008. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/23612458/Conflitos-Livre-iniciativa-Livre-concorrencia-Intervencao-no-dominio-economico>>. Acesso em: 10 out. 2021.

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

AGUIAR, L. S. **Gestão por competências no setor público**. Monografia (Especialização em Gestão Pública) – Fundação Cândido Mendes, Brasília, DF, 2015. Disponível em: <https://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/posdistancia/53124.pdf>. Acesso em: 10 out. 2021.

ALEKSIÉVITCH, S. **O fim do homem soviético**. Tradução de Lucas Simone. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

ALEXY, R. **Teoria Discursiva do Direito**. 3. ed. Tradução de Alexandre Travessani Gomes Trivisanno. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BAKER, Ann; BONJOUR, Laurence. **Filosofia: textos fundamentais comentados**. 2. ed. São Paulo: Artmed, 2010.

BARBOSA, L. Meritocracia à brasileira: o que é desempenho no Brasil? **Revista do Serviço Público**. Brasília, 2006. Disponível em: <<https://revista.ena.gov.br/index.php/RSP/article/download/396/402>>. Acesso em: 10 out. 2021.

BERTONCINI, M. E. S. N.; FERREIRA, D. A importância do Controle Cidadão nos Programas de Integridade (Compliance) das empresas estatais com vistas ao desenvolvimento nacional. **Revista Jurídica**. Curitiba, v. 4, n. 45, 2016. Disponível em: <https://figshare.com/articles/journal_contribution/New_draft_item/4624843>. Acesso em: 10 out. 2021.

BOBBIO, N. **Teoria da Norma Jurídica**. 3. ed. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2005.

BRASIL. Código de Processo Civil Brasileiro de 2015. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil**. Poder Executivo. Brasília, 17 mar. 2015, Seção 1, p. 1.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil**. Poder Executivo. Brasília, 5 out. 1988, Seção 1, p. 27.

BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil**. Poder Executivo. Brasília, 4 set. 1942, Seção 1, p. 1.

BRASIL. Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967. **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil**. Poder Executivo. Brasília, 27 fev. 1967, Seção 1, p. 4.

BRASIL. Decreto n. 5.707, de 23 de fevereiro de 2006. **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil**. Poder Executivo. Brasília, 24 fev. 2006, Seção 1, p. 3.

BRASIL. Decreto n. 9.203, de 22 de novembro de 2017. **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil**. Poder Executivo. Brasília, 22 nov. 2017, Seção 1, p. 3.

BRASIL. Decreto n. 9.991, de 28 de agosto de 2019. **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil**. Poder Executivo. Brasília, 28 ago. 2019, Seção 1, p. 25.

BRASIL. Decreto n. 11.129, de 11 de julho de 2022. **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil**. Poder Executivo. Brasília, 13 jul. 2022, Seção 1, p. 1.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Síntese de Indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira**. 3. ed. Brasília, 2020. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101760.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2022.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Atlas de saneamento: distribuição espacial e abrangência das redes de saneamento de água e esgoto**. 3. ed. Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/atlas_saneamento/#/home>. Acesso em: 17 out. 2022.

BRASIL. Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993. **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil**. Poder Executivo. Brasília, 8 dez. 1993, Seção 1, p. 18769.

BRASIL. Lei n. 13.460, de 26 de junho de 2017. **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil**. Poder Executivo. Brasília, 22 jun. 2017, Seção 1, p. 4.

BRASIL. Lei n. 13.848, de 25 de junho de 2019. **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil**. Poder Executivo. Brasília, 25 jun. 2019, Seção 1, p. 1.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 639337. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Brasília, 23 nov. 2011. **Diário de Justiça Eletrônico**, 15 set. 2011.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **10 passos para a boa gestão de riscos**. Brasília, 2018. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/10-passos-para-a-boa-gestao-de-riscos.htm>>. Acesso em: 10 out. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1.628. Plenário. Brasília, 18 jul. 2018. **Boletim de Jurisprudência**. Brasília, n. 228, 6 ago. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Referencial básico para a gestão de riscos**. Brasília, 2018. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/referencial-basico-de-gestao-de-riscos.htm>>. Acesso em: 10 out. 2022.

BURDEAU, G. **O Estado**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

CAMPOS, H. A. de. Falhas de mercado e falhas de governo: uma revisão da literatura sobre regulação econômica. **Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização**. Brasília, v. 8, n. 1, 2008. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/prisma/article/view/702>>. Acesso em: 10 out. 2022.

CARVALHO, C. **Teoria da Decisão Tributária**. São Paulo: Almedina, 2018.

CATLAW, T. J.; DENHARDT, R. B. **Teorias da Administração Pública**. Tradução de Noveritis do Brasil. São Paulo: Cengage Learning, 2017.

CHU, Rebeca Alves. **Modelo contemporâneo da gestão pública à brasileira**. São Paulo: Cengage Learning, 2010.

CONAWAY, Roger N.; LAASCH, Oliver. **Fundamentos da gestão responsável: sustentabilidade, responsabilidade e ética**. Tradução de Noveritis do Brasil. São Paulo: Almedina, 2018.

CUNHA, L. C. da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DIAS, J. de N. T. **A reforma administrativa de 1967**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1969. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/12415/000377845.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 10 out. 2021.

DIAS, R.; MATOS, F. **Políticas Públicas: princípios, propósitos e processos**. São Paulo: Atlas, 2021.

DINSDALE, G.; HILL, S. **Uma base para o desenvolvimento de estratégias de aprendizagem para a gestão de riscos no serviço público**. Tradução de Luís Marcos B.L. de Vasconcelos. Brasília: Escola Nacional de Administração Pública, 2003. Disponível em: <<https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/692>>. Acessado em: 10 out. 2022.

FARIA, J. E. **O Direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004.

FONTE, F. M. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GABARDO, E.; MORETTINI E CASTELLA, G. A nova lei anticorrupção e a importância do compliance para as empresas que se relacionam com a Administração Pública. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Curitiba, v. 15, n. 60, 2015. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaec/article/view/55>>. Acesso em: 10 out. 2021.

HABERMAS, J. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2007.

KAUFMANN, A. **Filosofia do Direito**. Tradução de António Ulisses Cortês Berna. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

MARTINS, R. M. “**Políticas Públicas**” e **Judiciário**: uma abordagem neoconstitucional. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Curitiba, v. 18, n. 71, 2018. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaec/article/view/875>>. Acesso em: 14 out. 2021.

MATIAS-PEREIRA, J. **Manual de Gestão Pública Contemporânea**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34^a ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MONTEIRO, A. P. L. Um horizonte mais amplo para o direito à saúde: ação governamental em escala e processo administrativo para a formulação de protocolos clínicos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Orgs.). **Judicialização da Saúde: a visão do poder executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 486-519.

MÜLLER, F. **Fragmentos (sobre) o Poder Constituinte do Povo**. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: RT, 2004.

MÜLLER, F. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito**. Vários tradutores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NOVELINO, M. **Manual de Direito Constitucional - Volume único**. 8. ed. São Paulo: Método, 2013.

OLIVEIRA, R. C. R. **Novo perfil da regulação estatal**: administração pública de resultados e análise de impacto regulatório. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PALMA, J. B. de. Quem é o “administrador médio” do TCU? **JOTA**. Brasília, 22 ago. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/quem-e-o-administrador-medio-do-tcu-22082018>>. Acesso em: 10 out. 2021.

PENTEADO FILHO, N. S. P. **Manual esquemático de Criminologia**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

RAMOS, A. C. **Curso de Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

ROMAN, F. J. Discricionariedade técnica. **Enciclopédia Jurídica da PUC São Paulo**. São Paulo, 1º mai. 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/148/edicao-1/discricionariedade-tecnica>>. Acesso em: 10 out. 2021.

RORTY, R. **A filosofia e o espelho da natureza**. Tradução de Antônio Trânsito. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

SANTOS, B. de S. **Para um novo senso comum**: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. Vol. 1 - A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

SANTOS, C. S. dos. **Introdução à gestão pública**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SILVA, J. A. da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

TARTUCE, F. **Direito civil**: lei de introdução e parte geral. Vol. 1, 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

WARAT, L. A. **Introdução geral ao Direito II**: a epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995.

WEBER, M. **Conceitos sociológicos fundamentais**. 2. ed. Lisboa: Biblioteca Nacional, 2019.

WIACKER, F. **História do Direito Privado Moderno**. 3. ed. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.