



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

CONTROLE DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA E ESPECIALIDADE JURÍDICO-FUNCIONAL: COOPERAÇÃO INSTITUCIONAL E LIMITES DA ATUAÇÃO DOS ÓRGÃOS DE CONTROLE EXTERNO

Juliano Oliveira Brandis

Rio de Janeiro
2020

Juliano Oliveira Brandis

CONTROLE DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA E ESPECIALIDADE JURÍDICO-
FUNCIONAL: COOPERAÇÃO INSTITUCIONAL E LIMITES DA ATUAÇÃO DOS
ÓRGÃOS DE CONTROLE EXTERNO

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Especialização em Direito Administrativo da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores: Maria Carolina Cancellata Amorim e Ubirajara de Fonseca Neto.

Rio de Janeiro
2020

CONTROLE DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA E ESPECIALIDADE JURÍDICO-FUNCIONAL: COOPERAÇÃO INSTITUCIONAL E LIMITES DA ATUAÇÃO DOS ÓRGÃOS DE CONTROLE EXTERNO

Juliano Oliveira Brandis

Subprocurador-Geral do TCE-RJ. Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Pós-Graduado em Direito Processual pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF) e Graduado em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF).

Resumo - A presente pesquisa se relaciona com o tema do controle da atividade administrativa e possui como premissa básica a necessidade de fixação de limites para a atuação dos órgãos de controle externo e o fomento à cooperação institucional, em razão da necessidade de respeito à especialidade jurídico-funcional. Assim, pretende-se neste trabalho fixar parâmetros de atuação para que a autocontenção dos órgãos de Controle Externo seja aquela adequada aos fins previstos especialmente na Constituição da República Federativa do Brasil, o que somente é possível com a cooperação recíproca.

Palavras-chave: Controle. Especialidade jurídico-funcional. Cooperação Institucional.

Sumário – Introdução. 1 – O controle externo no âmbito do direito brasileiro. 2 – A especialidade jurídico-funcional como limite para atuação dos órgãos de controle externo. 3 – A necessidade de cooperação institucional entre os órgãos de controle. Conclusão. Referência.

INTRODUÇÃO

O controle externo da atividade administrativa é realizado por meio de mecanismos técnico-jurídicos e por diferentes órgãos, além da própria sociedade. Em razão disso, o administrador deve atuar com zelo, motivando os seus atos, pois eles podem ser objeto de questionamento por parte do Ministério Público, do Poder Legislativo, dos Tribunais de Contas, do Poder Judiciário e da sociedade em geral.

No entanto, depara-se com os seguintes problemas: quais os limites para a atuação de cada um desses órgãos de controle externo? É possível que os Tribunais de Contas fiscalizem atividades que são objeto de controle pelas agências reguladoras? É possível fixar parâmetros de atuação e cooperação entre esses órgãos? O Poder Judiciário possui atualmente capacidade institucional para rever atos e decisões administrativas de ordem estritamente técnica?

Assim, a avaliação da especialidade jurídico-funcional é o critério fundamental que demarca esses limites, ao mesmo tempo em que deflagra a necessidade de cooperação entre diferentes órgãos, com a finalidade de tornar o exercício do controle técnico, amplo e efetivo.

Por isso, em um primeiro capítulo, busca-se identificar com exatidão o papel do controle externo no desenvolvimento da atividade/função administrativa, mencionando as principais normas, sobretudo aquelas de índole constitucional que cuidam do tema.

Em prosseguimento, torna-se necessário explicar o que se entende como especialidade jurídico-funcional. Neste segundo capítulo o escopo é desenvolver o tema de maneira mais detalhada, demonstrando a importância desse critério para fixar o papel institucional que deve ser exercido por cada órgão de controle, inclusive por meio de pesquisa jurisprudencial no âmbito dos Tribunais de Contas e do Poder Judiciário.

Fixados os limites, o terceiro capítulo propõe a cooperação entre órgãos para fins de possibilitar o controle efetivo e não de fachada, pois, é inegável que a atuação especializada de um órgão de controle pode contribuir para o desenvolvimento das funções de controle de outro.

Assim, avalia-se se o controle promovido pelo Estado e pela sociedade somente será efetivo se respeitada a especialidade jurídico-funcional de cada órgão, assim como se houver a devida cooperação, por meio do diálogo institucional e da consequente troca de informações.

Por fim, vale esclarecer que, neste trabalho, pretende-se utilizar o método indutivo, pois parte de fatos/problemas identificados na prática para se chegar a uma conclusão geral. A abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será qualitativa, pois se valerá da bibliografia, legislação e jurisprudência dos Tribunais de Justiça e de Contas pertinentes à temática em foco, que serão devidamente analisadas e fichadas na fase exploratória da pesquisa para sustentar a tese.

1. O CONTROLE EXTERNO NO ÂMBITO DO DIREITO BRASILEIRO

Diferentemente do controle interno, que é aquele exercido por órgão sobre condutas que se encontram dentro de sua esfera administrativa, o controle externo é aquele que se dá quando o órgão fiscalizador se situa em estrutura administrativa diversa daquela em que se originou a conduta¹.

A Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 disciplinou uma série de órgãos com atribuição para o exercício da atividade de controle externo da atividade administrativa, contudo, ocupam papel central no desenvolvimento do controle externo o Poder

¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 996.

Legislativo e os Tribunais de Contas, conforme se pode notar da leitura do artigo 71, *caput*, da CRFB/88²: “O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete (...)”.

Nessa esteira, o artigo 70, interpretado em conjunto com o já mencionado artigo 71, *caput*, ambos da CRFB/88³, também permite concluir que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos órgãos da administração direta e indireta será exercida essencialmente pelo Poder Legislativo e, por óbvio, pelo Tribunal de Contas, que se trata de órgão dotado de autonomia e que possui em seu quadro funcional técnicos especializados no exercício da atividade de controle.

Porém, a CRFB/88 foi mais além ao dispor no rol dos direitos fundamentais sobre o princípio da inafastabilidade da tutela judicial, que se extrai do texto do artigo 5º, inciso XXXV⁴. Desse modo, a atuação do administrador, além de estar sujeita aos mecanismos de controle interno do órgão ao qual pertence, está sujeita ao crivo do Poder Legislativo, do Tribunal de Contas e do Poder Judiciário, sendo que, neste último caso, apenas na hipótese provocação por algum interessado ou órgão legitimado, tendo em vista que o princípio da inércia da jurisdição.

Constata-se, aqui, um dos primeiros e mais relevantes conflitos em matéria de controle externo: imagina-se, por exemplo, a hipótese de emissão de parecer prévio contrário à aprovação das contas do chefe do Poder Executivo pelo Tribunal de Contas que, após submissão à Casa Legislativa, é acatado e as contas julgadas irregulares. Em razão disso, o chefe do Poder Executivo ajuíza ação judicial com a finalidade de contestar o mérito do julgamento das contas. Até que ponto o magistrado possui especialidade jurídico-funcional para reavaliar o mérito do julgamento das contas?

No entanto, os conflitos não estão adstritos à atuação do Poder Judiciário. Neste momento, faz-se necessário tratar sobre outro órgão que possui grande relevância em matéria de controle da atividade administrativa: o Ministério Público. Nos termos do artigo 127 da CRFB/88⁵, ao Ministério Público compete a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, além do exercício das funções institucionais previstas no artigo 129 da CRFB/88⁶.

² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 8 abr. 2019.

³ Ibidem.

⁴ Ibidem.

⁵ Ibidem.

⁶ Ibidem.

Neste ponto, menciona-se como ponto de conflito os acordos de colaboração premiada previstos pela Lei nº 12.850/13⁷, utilizados de maneira frequente no âmbito da “Operação Lava-Jato” e que contaram basicamente com a participação da Polícia Federal, Ministério Público Federal e da Justiça Federal. Em vários dos casos tratados nesses acordos verificou-se uma sobreposição da atuação, seja na esfera criminal, seja na esfera administrativa, isto é, vários dos benefícios dados aos delatores poderiam ser objeto do poder sancionatório dos Tribunais de Contas ou da atuação do Ministério Público estadual. Como racionalizar a colaboração premiada ou os acordos de leniência previstos pela Lei nº 12.846/13⁸ sem a cooperação entre os órgãos de controle? Este ponto será devidamente tratado no último capítulo deste trabalho.

Como se não bastasse o emaranhado de órgãos e competências que se conectam em matéria de controle externo, no qual se encontram os já mencionados Poder Legislativo, Tribunais de Contas, Poder Judiciário e Ministério Público, a CRFB/88, em razão da adoção de um modelo neoliberal de Estado, introduziu a figura da agência reguladora, a quem cabe atuar como agente normativo e regulador da atividade econômica. Contudo, a atuação das agências, inclusive no que tange ao exercício de sua atividade-fim, sofre constantes interferências dos demais Poderes e dos Tribunais de Contas, o que traz a necessidade de uma abordagem específica sobre o tema no segundo capítulo deste trabalho.

Com o intuito de complementar a análise proposta neste capítulo, a Emenda Constitucional nº 45/04 criou o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público, órgãos que também possuem, entre outras atribuições, a competência para atuar no controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do Ministério Público, respectivamente (artigo 103-B, §4º, e artigo 130-A, §2º, ambos da CRFB/88⁹), o que configura mais um ponto de contato com as atribuições previstas pelo artigo 70 e 71 da CRFB/88¹⁰, direcionadas ao Poder Legislativo e aos Tribunais de Contas.

Por fim, não se pode esquecer do controle promovido pela sociedade, que é possibilitado, especialmente, por meio da processualização da atividade administrativa, do respeito ao devido processo legal, ao contraditório, à ampla defesa. Ademais, cabe ao Estado fundamentar e dar a publicidade adequada de seus atos, em obediência ao dever de

⁷ BRASIL. *Lei nº 12.850*, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em 7 out. 2019.

⁸ BRASIL. *Lei nº 12.846*, de 1 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/L12846.htm>. Acesso em 7 out. 2019.

⁹ BRASIL, op. cit., nota 2.

¹⁰ Ibidem.

transparência, o que permite ao cidadão participar e, mais que isso, controlar a atividade administrativa, valendo-se de instrumentos como o direito de petição perante os órgãos da Administração Pública, ações populares ou ajuizando ações individuais, caso seja prejudicado por algum ato administrativo.

Traça-se, desse modo, um complexo panorama do controle da atividade administrativa, que envolve múltiplos órgãos e atores sociais, cada qual com suas especificidades, todos legitimados perante à Constituição, o que dá origem a uma significativa transformação da atuação estatal, caracterizada pelo *policentrismo funcional*¹¹. Evidentemente, conforme será visto no decorrer deste trabalho, vislumbra-se como positivo esse cenário, desde que seja formado um arranjo fundado na especialidade jurídico-funcional e na cooperação institucional, sendo esta a única forma capaz de tornar eficiente a prática do controle.

2. A ESPECIALIDADE JURÍDICO-FUNCIONAL COMO LIMITE PARA ATUAÇÃO DOS ÓRGÃOS DE CONTROLE EXTERNO

Em sessão plenária realizada em 29.05.2019, o Tribunal de Contas da União, nos autos do TC 032.981/2017-1, de relatoria do ministro Aroldo Cedraz, decidiu o seguinte:

determinar à Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), em consonância com os arts. 4º, inciso XIV, 16, caput e inciso V, e 17, caput, de seu Regimento Interno (Anexo I do Decreto 2.335, de 6/10/1997), que, a partir de janeiro de 2020, em conformidade com a política tarifária do setor elétrico e à luz dos princípios da unidade e da universalidade orçamentária, corolários dos artigos 165, § 5º, e 167, inciso I, da Constituição Federal, ao homologar tarifas dos agentes de distribuição e ao definir, nos termos do art. 2º do Decreto 9.022, de 31/3/2017, o valor das fontes de recurso CDE, exclua dos consumidores de energia elétrica, responsáveis pela denominadas quotas anuais, assim como das demais fontes de custeio do referido fundo contábil alheias ao processo orçamentário federal, o ônus relativo ao custeio de subsídios, de qualquer natureza, que não estejam diretamente relacionados à política tarifária do setor, a exemplo do que se verificou nesta auditoria relativamente aos seguintes subsídios (...)¹².

¹¹ Neste ponto Diogo Figueiredo de Moreira Neto leciona que “Ainda, sob outro ângulo, o velho *Estado dirigente*, aos poucos vai se transformando em um *Estado parceiro*, com a prática, cada vez mais generalizada, de modelos de gestão, que agregam a seus recursos os das demais organizações da sociedade que se disponham a organizar algum tipo de associação, como compartes em empreendimentos de interesse comum. Como consequência, abandonando de vez a vetusta olímpica postura de Estado irresponsável, registra-se, pela multiplicação de controles de toda ordem – os internos e externos, os formais e informais -, uma auspiciosa passagem a categoria de Estado responsável: como aquele que se submete à fiscalização de suas ações, ao dever de prestar contas e ao de corrigir quaisquer injuridicidade acaso cometidas. Como resultado dessa notável evolução – a de protetor a garantidor, a de prestador a regulador, a de planejador a planejador, a de dirigente a parceiro e a de irresponsável a responsável -, que passou a ser desenvolvida sob o signo dos princípios da eficiência e do controle, se vem observando no Estado contemporâneo um, cada vez mais acentuado, policentrismo funcional (...)” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O Direito Administrativo no Século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 168).

¹² BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relator: Aroldo Cedraz. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/resultado/acordao-completo>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

Nota-se, com isso, que é possível verificar robusta jurisprudência do TCU e dos Tribunais de Contas dos estados e municípios, que permite concluir o seguinte: atualmente, admite-se o controle externo da atividade-fim das agências reguladoras.

Contudo, o maior risco quando nos deparamos com esse tipo de decisão é a prevalência da atividade controladora sobre a atividade reguladora. Como se não bastasse, a sobreposição de esferas administrativas contribui para o agravamento de um cenário de insegurança jurídica, o que pode afastar investidores do setor da economia regulado, visto que, em última análise, a atuação das agências ainda pode ser revista pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário.

De igual maneira, também haverá sobreposição de instâncias administrativas quando os Tribunais de Contas controlarem a atividade do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, sendo que, neste caso, estão devidamente autorizados pelo artigo 103-B, § 4º, inciso II e pelo artigo 130-A, § 2º, inciso II, ambos da CRFB/88¹³. Em diversas ocasiões, o Supremo Tribunal Federal é provocado para intervir em conflito de entendimentos entre Tribunal de Contas da União e os Conselhos acima referidos, como ocorreu nos autos do Mandado de Segurança nº 31.556 e Mandado de Segurança nº 25.027.

O mesmo ocorre quando o Ministério Público e o Poder Judiciário atuam no controle da atividade administrativa, originando ponto de contato entre suas atuações e a atuação do Tribunal de Contas, do Poder Legislativo, das Agências etc.

O escopo do presente trabalho é fixar parâmetro que auxilie esses órgãos na autocontenção do exercício de suas funções. A especialidade jurídico-funcional parte da premissa de que a separação de poderes deve ser entendida como uma separação de funções especializadas, tendo em vista que cada entidade possui estrutura orgânica com a competência técnica adequada para decidir sobre matérias complexas e técnicas¹⁴. Desse modo, um estudo aprofundado realizado por uma agência, relacionado a sua atividade-fim, aprovado dentro de sua estrutura orgânica, composta por técnicos especializados, não deve ser substituído pelo controle do Tribunal de Contas, do Ministério Público e do Poder Judiciário, já que esses órgãos não possuem a especialização necessária para rever atos administrativos relacionados à atividade-fim da agência.

Luís Roberto Barroso denomina a especialidade jurídico-funcional de capacidade institucional e a descreve como aquela que “envolve a determinação de qual Poder está mais

¹³ BRASIL, op. cit., nota 2.

¹⁴ BINENBOJM, Gustavo. *Temas de direito administrativo e constitucional*: artigos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 40.

habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria”. Segundo o autor “temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter o juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou de conhecimento específico”¹⁵.

A mesma observação feita pelo autor em relação ao Poder Judiciário também se aplica aos demais órgãos que exercem a função de controle externo. Assim, tendo em vista o já mencionado *poli-centrismo* da Administração Pública brasileira, por meio do qual se busca intensificar a especialização do exercício das atribuições estatais, é necessário que cada órgão autocontenha a sua atuação, sobretudo avaliando se possui em sua estrutura conhecimentos técnicos e científicos para substituir a decisão de outro órgão. Com isso evita-se a sobrecarga de controle, que “ocorre quando os arranjos institucionais visando ao exercício das atividade de controle e supervisão tornam-se disfuncionais e acabam desencorajando inovações”¹⁶.

Neste ponto, vale destacar que a atuação dos Tribunais de Contas vem ganhando amplitude nos últimos anos¹⁷, o que levou alguns doutrinadores a questionarem se esses Tribunais não se tornaram uma espécie de “Conselho de Estado”, pois na prática exercem atribuições que se assemelham ao modelo adotado na França. Neste ponto, vale citar as críticas formuladas por Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara¹⁸:

São amplas e incontestes as atribuições dos Tribunais de Contas para analisar a legalidade, a legitimidade e a economicidade da atuação da Administração Pública. Esse conjunto de atribuições possui amparo na Constituição Federal (arts. 70 e 71) e detalhamento em lei. Tais competências podem ser exercidas de ofício como ser provocadas por cidadãos, associações, partidos políticos ou sindicatos (art. 74, §2º, da CF). Todavia, o poder de intervenção do Tribunal de Contas nas atividades da Administração Pública encontra limites. Ele não é instância revisora integral da atividade administrativa, que seja competente para corrigir ilegalidades em toda e qualquer decisão tomada no exercício da função administrativa por entes estatais. Conte de Contas não é Conselho de Estado.

Assim, este trabalho alinha-se à preocupação acima exposta, visto que adota entendimento no sentido de que cabe aos Tribunais de Contas somente exercer as suas atribuições constitucionalmente previstas, especialmente o controle de legalidade, economicidade e legitimidade, que envolva a aplicação de recursos públicos, em razão da necessidade de criação de um sistema administrativo racional e dotado de segurança jurídica.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, [e-book].

¹⁶ WILLEMANN, Marianna Montebello. *Accountability democrática e o destino institucional dos Tribunais de Contas do Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 33.

¹⁷ Pode ser citado como exemplo o recente procedimento de *impeachment* da ex-Presidente Dilma Rousseff, que teve como fundamento técnico principal parecer técnico do Tribunal de Contas da União.

¹⁸ CÂMARA, Jacintho Arruda; SUNDFELD, Carlos Ari. *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. pp. 180/181.

Além do exercício de suas atribuições no exato limite da Constituição e das leis, pode ser apontado como principal limitador do controle exercido pelos Tribunais de Contas a especialidade jurídico-funcional, visto que, ao menos em tese, as agências e demais órgãos especializados deveriam possuir a capacidade técnica necessária e adequada para exercer suas atribuições, não podendo ser objeto de controle irrestrito em relação a sua atividade-fim. Por isso, posiciona-se no sentido de que seria impróprio, por exemplo, o TCU determinar a anulação de registro de medicamento realizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA)¹⁹.

Vale ressaltar que é possível encontrar posicionamentos doutrinários que professam pela construção de *standards* jurídicos aptos ao controle da agência pelos Tribunais de Contas: a – atividade-meio; b – vícios procedimentais e de participação; c – inequívoca omissão regulatória; d – agência praticar ilegalidade manifesta; e – falhas na qualidade da regulação²⁰.

Sobre o posicionamento acima descrito, dúvidas não sobejam em relação à possibilidade de controle da atividade-meio, pois se refere ao controle dos procedimentos licitatórios, de admissão de pessoal, de contratos de locação etc., que são atribuições expressamente previstas no texto constitucional. Quanto aos demais *standards*, trata-se de iniciativa salutar, pois, *contrario sensu*, evita a interferência indevida em matérias que são objeto da discricionariedade técnica das agências.

Nessa esteira, vale destacar os ensinamentos de Marianna Montebello Willeman²¹, que relata a importância da autocontenção das Cortes de Contas e, ao mesmo tempo, ressalta a inexistência de imunidade ao controle e à fiscalização da atuação da agência pelos Tribunais de Contas:

Assim, em linha de princípio, as Cortes de Contas devem seguir padrões de autocontenção, reconhecendo, com humildade e prudência, que não lhes compete formular escolhas regulatórias em substituição às agências, particularmente quanto a aspectos técnicos próprios e específicos do segmento regulado. Ao mesmo tempo, porém, não há qualquer fundamento constitucional para que as agências reguladoras invoquem uma suposta imunidade ao controle e à fiscalização pelos Tribunais de Contas, seja como decorrência do princípio republicano, seja porque muitas de suas decisões finalísticas repercutem diretamente no patrimônio público, atraindo impositivamente a atuação do controle externo financeiro.

Diante disso, resta claro que permitir que o Tribunal de Contas exerça o controle

¹⁹ Ibidem, p. 181.

²⁰ MENDONÇA, José Vicente dos Santos de. A propósito do controle feito pelos Tribunais de Contas sobre as agências reguladoras – Em busca de alguns *standards* possíveis. *Revista de Direito Público da Economia*. Ano 10, n. 38, abr. jun. 2012.

²¹ WILLEMANN, op. cit., nota 16, pp. 302/303.

irrestrito sobre a atividade-fim das agências é um risco à segurança jurídica e produz impactos negativos na avaliação feita pelo mercado, podendo, em última análise, até mesmo afastar investidores. Mais adequado seria o Tribunal de Contas se limitar a fiscalização com base em *standards* objetivos, preservando a especialidade jurídico-funcional das agências. Outrossim, é crucial, em matéria de controle externo, que os órgãos com atribuições para o seu exercício atuem em cooperação, conforme será visto no próximo item, evitando a sobreposição indevida de instâncias, que somente alimenta o cenário atual de incerteza sobre as decisões tomadas pelas agências.

Por outro lado, ultrapassada a discussão inicial, é necessário que seja consolidada a independência dos órgãos técnicos que compõem a estrutura da Administração Pública em matéria de controle externo, incluindo as agências e os Tribunais de Contas. Tal problema possui especial relevância, pois, de nada adianta professar a autonomia jurídico-funcional dos órgãos técnicos se, na prática, alguns daqueles que ocupam os mais altos cargos nessas estruturas não preenchem os requisitos necessários para o exercício das relevantes atribuições que lhes são destinadas.

As mesmas observações realizadas em relação ao controle das agências pelos Tribunais de Contas servem para pautar o controle da atuação de ambos os órgãos pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário. Como exemplo, imagina-se a hipótese de realização de complexa auditoria contábil por um Tribunal de Contas em um ente federativo, fruto de trabalho de um corpo técnico qualificado de auditores. Ressalvadas as hipóteses de vício procedimental e de ilegalidade flagrante, não há justificativa para o proferimento de decisão judicial que substitua decisão da Corte de Contas. Não é crível que um perito nomeado pelo juízo seja capaz de formular parecer técnico mais aprofundado que aquele resultado da atuação dos auditores.

Conclui-se assim que, especialmente o Poder Judiciário e os Tribunais de Contas, devem promover esforços no intuito de fixar parâmetros objetivos para a intervenção de um órgão no exercício da atividade-fim de outro. Por óbvio, conforme se propõe ao longo desse trabalho, a especialidade jurídico-funcional de cada órgão técnico de controle externo deve ser o norte para a fixação de *standards* de controle. A autocontenção do Poder Judiciário e dos Tribunais de Contas resulta de necessidade inafastável de criação de um desenho institucional do controle mais seguro e eficaz.

3 – A NECESSIDADE DE COOPERAÇÃO INSTITUCIONAL ENTRE OS ÓRGÃOS DE CONTROLE

Neste momento, nota-se que o presente trabalho cumpriu seus dois primeiros objetivos: identificar quais são os órgãos ou entidades que possuem a atribuição para o exercício do controle externo e identificar um critério balizador para que cada um exerça suas atribuições sem que haja interferência indevida, o que evitaria, ao menos em tese, o excesso de controle e a sobreposição de instâncias, que são fenômenos que trazem insegurança jurídica e prejuízo à economia, conforme descrito nos dois primeiros capítulos do presente trabalho.

Contudo, é preciso avançar na análise, porque, ainda que cada órgão cumpra o seu papel dentro de sua especialidade jurídico-funcional, é impossível vislumbrar a efetividade do controle sem que haja cooperação e troca de informações entre Tribunais de Contas e Ministério Público, Poder Legislativo e Tribunais de Contas, Ministério Público e Poder Judiciário etc.

Neste ponto, repete-se o exemplo dado no primeiro capítulo, relacionado aos conflitos originados nos acordos de leniência e de colaboração premiada. Em vários dos casos em que esses institutos foram utilizados verificou-se a sobreposição de atuação, seja na esfera criminal, seja na esfera administrativa, o que desincentivou a adesão de interessados, mais uma vez, em razão da insegurança jurídica. É preciso, pois, além de respeitar o espaço institucional de cada órgão de controle, que haja cooperação, isto é, que os órgãos de controle sejam partícipes na formulação desses acordos, para que não haja dúvidas sobre os limites dos benefícios e das responsabilidades daqueles que decidiram pela sua pactuação.

Nessa esteira, pode-se citar como bom exemplo a previsão que consta do Decreto nº 46.366/18²², que regulamenta a Lei Anticorrupção no Estado do Rio de Janeiro, e dispõe em seu artigo 30, §2º, o encaminhamento do Processo Administrativo de Responsabilização (PAR) ao Ministério Público estadual e ao Tribunal de Contas do Estado, conforme texto a seguir descrito:

Art. 30 - A não apresentação do pedido de reconsideração no prazo previsto no art. 29 ou a sua rejeição pela autoridade julgadora tornará exaurida a esfera administrativa.

§1º- Encerrado o processo na esfera administrativa, a decisão final será publicada no Diário Oficial do Estado, dando-se conhecimento de seu teor ao Ministério Público estadual para apuração de eventuais ilícitos, inclusive quanto à responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica ou seus administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe.

²² RIO DE JANEIRO. Decreto nº 46.366, de 19 de junho de 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI284180,11049-Governo+do+RJ+regulamenta+Lei+anticorrupcao+no+Estado>>. Acesso em 08 jul. 2019.

§ 2º - O Controlador Geral do Estado também encaminhará cópia da decisão final do PAR ao Tribunal de Contas do Estado e à Procuradoria Geral do Estado.

A partir da leitura do Decreto, vislumbra-se que o Processo Administrativo de Responsabilização (PAR) é de competência dos órgãos de controle interno do Estado do Rio de Janeiro, em especial da Controladoria Geral do Estado. Contudo, caso seja verificada a possível prática de eventual ilícito ensejador da responsabilidade de pessoa física ou jurídica, a Controladoria deverá dar ciência aos órgãos competentes, especialmente Ministério Público e Tribunal de Contas, para que adotem as medidas pertinentes.

É este tipo de colaboração que permitirá a efetividade do controle externo no Brasil. Imagina-se, por exemplo, uma auditoria na área de pessoal realizada pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, que verifica irregularidades em relação à contratação de pessoal sem concurso público. Além de configurar ilícito passível de aplicação de multa pela Corte de Contas, tal fato poderá ensejar o ajuizamento de ação de improbidade administrativa, de atribuição do Ministério Público Estadual. Diante disso, é fundamental o diálogo institucional e a troca de informações entre os órgãos de controle, pois a especialização jurídico-funcional de um órgão poderá auxiliar no exercício das competências de outro.

Verifica-se do exposto que reconhecer a capacidade institucional ou a especialidade jurídico-funcional não é apenas um critério limitador, mas também uma informação que permitirá ao Administrador avaliar com quem devem ser compartilhadas as informações, para que o controle seja efetivo e não apenas de fachada. Caso uma conduta que enseja responsabilização perante o Tribunal de Contas, Ministério Público e Poder Judiciário, seja apenas de conhecimento do primeiro, não haverá o efetivo controle. Sobre a conexão entre especialidade jurídico-funcional e cooperação vale citar Gustavo Binjenbojm²³:

Como explica Andreas Krell, de forma magistralmente clara, o enfoque jurídico-funcional parte da premissa de que o princípio da separação de poderes deve ser entendido, hodiernamente, como uma divisão de funções especializadas, o que enfatiza a necessidade de controle, fiscalização e coordenação recíprocos entre os diferentes órgãos do Estado democrático de Direito

A coordenação recíproca ou a cooperação entre os órgãos de controle é um dos aspectos da especialidade-jurídico funcional, sobretudo em um cenário jurídico em que a discricionariedade do Administrador teve seu espaço reduzido, exigindo que as decisões administrativas sejam fundamentadas tecnicamente e não apenas fundadas na alegação genérica

²³ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 40.

de preservação do interesse público²⁴.

Assim, a decisão de alugar ar-condicionado para as salas de aulas das escolas do Estado do Rio de Janeiro, além de estar fundamentada no princípio da dignidade da pessoa humana, pois permite que o estudantes aprendam em ambiente propício ao ensino, também deve ser objeto de rigoroso estudo econômico no sentido de comprovar que a opção pela locação é mais vantajosa do que a aquisição dos aparelhos. Em um caso como esse, o Tribunal de Contas possui em seu corpo técnico profissionais capacitados para realizar a análise de economicidade da contratação, tendo em vista ser essa uma das atribuições expressamente conferidas pela Constituição às Cortes de Contas. O resultado da análise, caso compartilhado, facilitará a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário, pois são órgãos que não possuem a mesma capacidade institucional para tratar sobre esse tipo de matéria técnica.

A importância de se ter acesso aos estudos técnicos ganha especial importância com o advento das novas alterações promovidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro pela Lei nº 13.655/18²⁵, segundo a qual os juízes deverão se preocupar com as consequências de suas decisões, tendo em vista o risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejáveis, que recomendam posição de cautela e de deferência por parte do Judiciário²⁶. Visto isso, a deferência ao estudo técnico realizado pela agência reguladora ou pelo Tribunal de Contas deve existir, visto que esses estudos, em muitos casos, servirão de baliza para o proferimento de decisões judiciais melhor fundamentadas.

Diante de tudo que foi exposto, é possível constatar que o exercício da atividade de controle externo somente é possível por meio do diálogo entre as instituições citadas no primeiro capítulo, que, em razão de sua especialidade jurídico-funcional, devem atuar de maneira coordenada, sobretudo por meio do compartilhamento de informações técnicas. A realidade brasileira, sucintamente descrita ao longo deste trabalho, demonstra que, na prática, há uma tentativa de imposição de uma esfera de poder sobre a outra, o que tem origem na dificuldade de fixação de *standards* que limitem o controle recíproco. No entanto, é possível

²⁴ Sobre o tema, mais uma vez vale citar Gustavo Binenbojm: “(ii) a definição do que é interesse público, e de sua propalada supremacia sobre os interesses particulares, deixa de estar ao inteiro arbítrio do administrador, passando a depender de juízos de ponderação proporcional entre os direitos fundamentais e outros valores e interesses metaindividuais constitucionalmente consagrados; (iii) – a discricionariedade deixa de ser um espaço de livre escolha do administrador para se convolar em um resíduo de legitimidade, a ser preenchido por procedimentos técnicos e jurídicos prescritos pela Constituição e pela lei com vistas à otimização do grau de legitimidade da decisão administrativa” (Ibidem, p. 25).

²⁵ Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão (BRASIL. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm>. Acesso em 7 out. 2019.

²⁶ BARROSO, op. cit., nota 15.

identificar, como no caso da regulamentação da Lei Anticorrupção no Estado do Rio de Janeiro, alguns passos, ainda que modestos, com o intuito de criar um ambiente cooperativo entre os órgãos de controle.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a existência de diversas esferas com atribuições para a fiscalização da atividade administrativa, o que ocasiona, de certo modo, uma sobrecarga de controle e um cenário de insegurança jurídica, caso não haja a fixação de critérios seguros.

No primeiro capítulo, buscou-se indentificar, a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, os principais órgãos com atribuições para o exercício do controle externo, com o escopo de demonstrar a complexidade do tecido institucional conectado à matéria, agravado pela criação das agências reguladoras. Destacou-se, essencialmente, a importância da atuação do Poder Legislativo, Judiciário, além dos Tribunais de Contas e do Ministério Público.

Em seguida, foi utilizado como critério referencial para a racionalização e organização do controle externo a especialidade jurídico-funcional, que, em outras palavras, significa que deve ser privilegiada a solução adotada por aquele órgão dotado de estrutura física e de pessoal especializada para cuidar sobre determinada matéria, consoante o rol de suas atribuições conferidas pela Constituição e pela lei. Diante disso, uma decisão proferida por uma agência reguladora não deveria ser revista, salvo em hipóteses excepcionais, que devem ser devidamente identificadas pela jurisprudência do Poder Judiciário e dos Tribunais de Contas. A criação de *standards* de controle, ao lado da especialidade jurídico-funcional, seriam os principais mecanismos para evitar efeitos deletérios oriundos da complexa organização do controle externo no Brasil.

A especialidade jurídico-funcional também foi identificada neste trabalho como meio referencial para a autocontenção da atividade de cada órgão, visto que, a deferência técnica à decisão proferida pelo órgão mais especializado exige que os demais órgãos contenham a sua atuação, evitando interferências indevidas.

No terceiro capítulo, foi descrito que a especialidade jurídico-funcional não é apenas um critério limitador da atividade de controle, mas sim um importante instrumento para identificar o papel institucional de cada órgão com a finalidade de compartilhar as informações e estudos técnicos. Neste ponto, citou-se como exemplo ato administrativo que poderia ser

objeto de sanção pelo Tribunal de Contas, assim como ensejaria o ajuizamento de ação de improbidade pelo Ministério Público, que seria julgada pelo Poder Judiciário. Por isso, concluiu-se que a efetividade do controle depende da cooperação técnica entre todos os órgãos que o exerce, o que facilitaria a utilização segura de instrumentos como a colaboração premiada e o acordo de leniência.

Por fim, vale ressaltar que a presente pesquisa buscou como marco teórico a especialidade jurídico-funcional, também denominada de capacidade institucional, para fixar os parâmetros de controle, influenciando não só na criação de *standards* e na autocontenção da atuação de cada órgão, como também na necessidade de cooperação técnica com a finalidade de tornar o controle efetivo, e não de fachada. O tema, apesar de dotado de certo grau de abstratividade, produz efeitos práticos de considerável relevância, visto que, consoante já descrito, a sobrecarga de controle dá causa a um cenário de insegurança jurídica, que afujenta investidores e causa prejuízos à economia, sobretudo quando se trata de controle das atribuições exercidas pelas agências reguladoras.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, [e-book].

BINENBOJM, Gustavo. *Temas de direito administrativo e constitucional: artigos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 8 abr. 2019.

_____. *Lei nº 12.850*, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em 7 out. 2019.

_____. *Lei nº 12.846*, de 1 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/L12846.htm>. Acesso em 7 out. 2019.

_____. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm>. Acesso em 7 out. 2019.

CÂMARA, Jacinto Arruda; SUNDFELD, Carlos Ari. *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MENDONÇA, José Vicente dos Santos de. A propósito do controle feito pelos Tribunais de Contas sobre as agências reguladoras – Em busca de alguns *standards* possíveis. *Revista de Direito Público da Economia*. Ano 10, n. 38, abr. jun. 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O Direito Administrativo no Século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

RIO DE JANEIRO. Decreto nº 46.366, de 19 de junho de 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI284180,11049-Governo+do+RJ+regulamenta+lei+anticorruptao+no+Estado>>. Acesso em 08 jul. 2019.

WILLEMANN, Marianna Montebello. *Accountability democrática e o destino institucional dos Tribunais de Contas do Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.