

PRINCÍPIO DA CORAGEM DECISIONAL NA ESFERA ADMINISTRATIVA – Como o Atual Modelo de Punição do Administrador Público Pode Levar a uma Seleção dos Piores?

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2025.63.16428>

Submetido em: 12/9/2024

Aceito em: 20/11/2024

Publicado em: 17/2/2025

Raphael Pinheiro Cavalcanti Guimarães

Universidade de Fortaleza – Unifor. Fortaleza/CE, Brasil. <http://orcid.org/0000-0002-7143-0257>

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo expor o que seria o princípio da coragem decisional na esfera administrativa a partir da teoria das escolhas públicas, pela qual as decisões governamentais são tomadas exclusivamente no melhor interesse público. Por essa lógica, não subsiste o mito de completude do ordenamento jurídico, de que o ato de administrar seria apenas aplicar a lei de ofício, mas sim uma gama de possibilidades vinculadas e discricionárias, na concretização de uma decisão administrativa. O artigo tem por objetivo demonstrar que, mesmo diante de uma infinidade de regulamentos balizando a decisão administrativa, sempre vai existir um espaço de discricionariedade pessoal do administrador denominado “coragem de decidir”, no qual esta decisão deve ser norteada pela Constituição, pautada na honestidade e na boa-fé objetiva. Assim, prestigia-se uma discricionariedade crítica vinculada, bem alicerçada na segurança jurídica, o que confere um elevado nível de confiança à decisão da administração. Tentar suprimir ou desconsiderar essa margem de manobra do administrador leva a uma ausência de decisões ou a uma seleção adversa de gestores, restrita a indivíduos que estejam dispostos a assumir o risco de decidir. Em meio a essa política do medo, destaca-se o fenômeno do “apagão das canetas”, no qual o gestor se esquivava de tomar uma decisão. Trata-se de pesquisa bibliográfica e documental. Em sede de resultados, conclui-se que a coragem tem balizado as tomadas de decisão na administração pública, de modo que o gestor assume o risco pessoal da decisão e se compromete, portanto, com uma eventual contestação da decisão no futuro.

Palavras-chave: princípio da coragem; discricionariedade administrativa; apagão das canetas; seleção adversa.

THE PRINCIPLE OF DECISIONAL COURAGE IN THE ADMINISTRATIVE SPHERE – HOW THE CURRENT MODEL OF PUNISHING PUBLIC ADMINISTRATORS CAN LEAD TO A SELECTION OF THE WORST?

ABSTRACT

The present article aims to expose what would be the principle of decisional courage in the administrative sphere, based on the theory of public choice, which holds that governmental decisions are made exclusively in the best public interest. It challenges the myth of the completeness of the legal system, which suggests that administration is merely the mechanical application of the law, arguing instead that a range of both bound and discretionary possibilities exists in the making of administrative decisions. The article seeks to demonstrate that even with a multitude of regulations guiding administrative decisions, there will always be a personal discretionary space for the administrator, which we call the courage to decide. This decision must be guided by the Constitution, based on honesty and objective good faith. It should be framed by critical, bound discretion, well-grounded in legal certainty, which would grant a high level of confidence to administrative decisions. Suppressing or disregarding this margin of maneuver for the administrator would lead to a lack of decisions or even adverse selection of managers, selecting only those willing to take the risk of deciding. This fear-driven policy would lead to a “pen blackout”, where managers would avoid making decisions. The research methodology applied was bibliographic and documentary, and it found that courage has guided decision-making within public administration, where the manager assumes personal risk for the decision and commits to defending it in the event of any challenge.

Keywords: principle of courage; administrative discretion; administrative bottleneck; adverse selection.

1 INTRODUÇÃO

A teoria da escolha pública tem origem nos anos 1960, com os estudos de James Buchanan e Gordon Tullock, que se debruçaram sobre a atuação econômica do Estado, analisando as motivações aptas a justificarem uma decisão tomada pela administração pública em detrimento de outra. Segundo eles, a adoção de um posicionamento em oposição a outro pode ser motivada por um acentuado nível de polarização política, especialmente no cenário das decisões econômicas. Nesse aspecto, a economia pauta-se pela maximização da eficiência na melhor alocação de recursos escassos e a política tem como parâmetro a conquista e a manutenção do poder (Dias, 2009, p. 202-203).

No livro *“Cálculo do consentimento”*, Buchanan e Tullock apresentam teoria que reconhece que o processo político decisional deve ser avaliado mediante consideração dos “custos” advindos da obtenção de acordo entre as partes ou dos custos intrínsecos da organização coletiva (Dias, 2009, p. 211). Nessa linha, democracia e eficiência mostram-se excludentes entre si, pois a própria formação do consenso democrático tem um custo fundamental irreduzível. Diante disso, a teoria da escolha pública é apresentada como a solução para essa tensão entre democracia e eficiência.

Isto porque o indivíduo dotado de capacidade decisória dentro da administração pública estaria inclinado a tomar decisões em benefício próprio, com prejuízo para o melhor interesse da administração pública; e, em mercados competitivos, essas decisões poderiam ser controladas pelo próprio mercado ou por regras burocráticas rígidas eventualmente existentes. Neste aspecto, há o risco de captura (*rent-seeking*) do servidor público pelo setor privado: o servidor, dotado de capacidade de decidir, toma decisões orientado por interesses particulares, de caráter pessoal; e não pelo interesse público primário. Nesse contexto, há um risco diretamente proporcional à amplitude do poder discricionário do servidor e ao seu potencial de ganho financeiro, ao tomar a decisão em determinado sentido (Borges, 2001).

Para minimizar esse risco de captura observa-se uma estratégia de redução da assimetria de informação entre as partes: ao depender menos de informação, e mais da legislação regulatória, prestigia-se a opção pela objetividade e de delegar essas atividades estatais ao mercado, o que decorre do seu potencial para regular a competição existente entre os indivíduos (Borges, 2001).

Nesse sentido a presente pesquisa tem por objetivo iluminar o fenômeno conhecido popularmente como “apagão das canetas”, no qual o gestor ordenador de despesas, dotado de capacidade decisional, opta por realizar uma gestão absolutamente apática e sem inovação, com o receio de vir a ser responsabilizado por qualquer decisão incomum ou inusual no futuro, diante do desafio de solucionar problemas na esfera administrativa.

Pretende-se analisar em que medida profissionais capacitados (inclusive de carreira) têm recusado a ascensão a cargos gerenciais e de ordenadores de despesas no âmbito da administração, em decorrência do receio de vir a ser processado por decisões tomadas; e de que forma esse receio tem oportunizado uma seleção adversa, que prestigia aqueles que têm coragem de assumir um cargo gerencial ou de ordenador de despesas, e não necessariamente os mais capacitados. Nessa medida, importa considerar o risco de essa coragem não decorrer do mais nobre espírito público, mas sim de uma captura da oportunidade com o objetivo de enriquecimento ilícito, com interesses privados.

Trata-se de pesquisa bibliográfica e documental, qualitativa e exploratória, haja vista a importância de construir conhecimento científico acerca do fenômeno anteriormente delimitado. Foi realizada a busca da expressão “apagão das canetas” no buscador Google, no Google Acadêmico com posterior seleção do material pertinente ao tema abordado. Assim, foram encontrados documentos que confirmaram a hipótese de que o gestor público está com medo de inovar, diante do risco de vir a ser responsabilizado posteriormente.

Na visão do ministro Bruno Dantas, do Tribunal de Contas da União (TCU, 2019), após os anos terríveis da lava jato, observa-se a produção de uma jurisprudência do TCU no calor da operação, o que resultou no “apagão das canetas”. Desta maneira, o gestor perde a coragem de decidir sobre assunto que exige muita discricionariedade, sob o risco de ser acionado no futuro por essa decisão. Como resultado, o ministro destaca uma infantilização das decisões do gestor público, que ficou paralisado aguardando o aval dos órgãos de fiscalização (Esfera Brasil, 2024).

2 O MELHOR INTERESSE PÚBLICO

No Brasil, o interesse público é figura expressa e implícita em diversos pontos da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, a doutrina e a jurisprudência utilizam as expressões como “supremacia do interesse público” ou “melhor interesse público” como fundamentos para solucionar os conflitos existentes entre a administração e o particular, sempre em favor da administração. Não há, todavia, uma definição concreta, livre de controvérsias, para essas expressões. Nessa medida, importa analisar a seguir o que se entende por “melhor interesse público”.

Primeiramente, cumpre considerar que ao afastar a noção principiológica das expressões em destaque, afasta-se a própria possibilidade de vitória da tese do particular, em meio ao processo de ponderação (Binenbojm, 2005, p. 16). Com efeito,

a fluidez conceitual inerente à noção de interesse público aliada à natural dificuldade em sopesar quando o atendimento do interesse público reside na própria preservação dos direitos fundamentais, e não na sua limitação em prol de algum interesse contraposto da coletividade, *impõem ao legislador e à Administração Pública o dever jurídico de ponderar os interesses em jogo, buscando a sua concretização até um grau máximo de otimização* (Binenbojm, 2005, p. 20, grifo nosso).

O interesse público existe, porém não se trata de um princípio. Desde sua configuração constitucional, o interesse público comporta uma imbricação entre interesses difusos da coletividade e interesses individuais e particulares. Logo, não se pode estabelecer a supremacia de um interesse sobre os demais, *ab initio*, tão somente pelo fato de ter sido exarado em uma decisão administrativa (Binenbojm, 2005, p. 20).

Nesse aspecto, o indivíduo que atua como agente público deve praticar um ato ou tomar uma decisão que repercute no interesse particular à luz das circunstâncias peculiares do caso concreto e dos valores constitucionais concorrentes, a fim de alcançar solução ótima, apta a realizar o máximo de cada um dos interesses públicos em jogo. Destarte, o fim legítimo que orienta a atuação da administração pública é o melhor interesse público.

Como se vê, a ponderação de princípios diz respeito à teoria das escolhas públicas, por vezes conhecida como cálculo político. Ela requer que o agente dotado de capacidade decisória no contexto da administração atue como legislador e como ordenador de despesas executivas, ao realizar diferentes cálculos e análises, mediante a apreciação de diversos aspectos. Nesse sentido, a decisão tomada pode ser imperfeita ao favorecer ganhos individuais ou por falha no fluxo informacional, como uma manifestação do interesse de terceiros, e não do posicionamento em favor do melhor interesse público. Essa imperfeição do sistema decorre da falha humana, e abre espaço para o poder discricionário do gestor que se concentra no ganho particular e no desvio de finalidade, em detrimento de uma atuação administrativa pautada no melhor interesse público.

3 DESVIO DE FINALIDADE

Os objetivos norteadores do Estado brasileiro estão expressos no artigo 3º da Constituição de 1988: construção de uma sociedade livre, justa e solidária; desenvolvimento nacional; erradicação da pobreza e marginalização; redução das desigualdades sociais e regionais e promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Nesse aspecto, Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece que o interesse público não é somente a categoria contraposta ao interesse privado ou a somatória dos interesses individuais. Para o autor, o interesse público (interesse do todo) é uma função qualificada dos interesses das partes (Mello, 1998, p. 59-60). Nesse aspecto, o Estado pode ter (e espera-se que tenha) interesses particulares e individuais, que não são classificados como interesses públicos, mas sim como interesses individuais do Estado (Mello, 1998, p. 66). Assim, existe o interesse público primário, que é o interesse público propriamente dito, como resultado da soma dos interesses individuais da sociedade; e o interesse público secundário, que diz respeito aos interesses do Estado como pessoa jurídica e sujeito de direitos, apto a defender seus próprios interesses privados, quando não existir conflito com os interesses públicos primários (Marinela, 2022, p. 55).

Desse modo, o interesse público primário consiste no interesse público coletivo, norteado pela Constituição e por seus princípios, a exemplo do que dispõe seu artigo 3º. Por sua vez, o interesse público secundário refere-se aos interesses individuais do Estado como indivíduo, quando não há conflito com interesses da coletividade.

Ademais, há a figura do desvio de finalidade, que desconsidera qualquer interesse público e se posiciona em sentido oposto à administração e à coletividade. O desvio de finalidade ou desvio de poder representa um vício do ato administrativo de difícil configuração e detecção. Sua visualização exige uma análise de diferentes critérios subjetivos, a fim de que se possa configurar a má-fé, em desfavor da administração ou da sociedade.

Nesse ponto, é importante esclarecer que o exercício do poder estatal consiste em um feixe de poderes atribuídos ao ente público para que este possa tutelar os interesses coletivos. Trata-se dos poderes instrumentais de legislar (legislativo), executar (administrativo) e julgar (jurisdicional), que são instrumentais para a realização do próprio fim estatal. O poder, contudo, pertence ao povo, que o delega para o Estado, que assume o dever de promover o atendimento dos interesses do povo (De Mello, 2002, p. 32-33).

Ademais, administrar é proporcionar aos administrados a concretização do interesse público definido em lei; ao passo em que a ausência de decisão, a paralisia estatal e a inação da administração não atendem ao dever de promover a concretização do interesse público. Para tanto, exige-se do Estado uma ação positiva: fazer algo ou tomar alguma decisão.

4 O PRINCÍPIO DA CORAGEM DECISIONAL

Para que a administração realize a ação positiva de decidir, algum ser humano dotado de capacidade ordenatória precisa fazê-lo, segundo o organograma estatal. Hely Lopes Meirelles afirma que esse indivíduo precisa ser dotado da parcela de autoridade necessária ao bom desempenho de suas atribuições, e deve preterir os seus interesses individuais quando em confronto com interesse público (Meirelles, 2024, p. 1-2).

É certo que cabe à administração cumprir a lei, porém é necessário certa margem de liberdade ao administrador. Isto porque, ao regular as possíveis situações do mundo real, o legislador não é capaz de atender satisfatoriamente ao interesse público, em termos estritamente objetivos e aferíveis de plano em um único posicionamento (Mello, 1998, p. 16). O ato se concretiza pela subscrição do comando, que pode ter conteúdo normativo (*erga omnes*) ou decisional (*intuitu personae*). Nessa medida, é dever do servidor assinar, subscrever ou cancelar sua decisão.

De alguma forma, o servidor precisa vincular-se à decisão adotada no caso concreto. Nesse momento, ao se vincular, o servidor se compromete com a decisão por ele proferida. Como consequência, pode surgir a necessidade de defendê-la perante órgãos internos de controle, Corregedorias, Controladorias, Tribunais de Contas, Ministério Público e Judiciário. Ademais, por vezes, pode acontecer de não receber qualquer suporte estatal para fins de defesa, proveniente do ente ao qual estava vinculado no momento da tomada da decisão.

Ou seja, o servidor que exerce seu mister em atendimento do interesse público assume o risco de ter de defender individualmente sua decisão em todas as esferas, com a possibilidade de penalização pessoal. Esse “direito administrativo do medo” tem resultado em um fenômeno denominado “apagão das canetas”, no qual o servidor opta por se esquivar ou então cerca-se de excessivos elementos e cuidados para uma tomada de decisão.

Em pesquisa da Fundação Tide Setubal, que gerou um extenso relatório sobre o tema, foi detectada uma série de efeitos que o receio dessa tomada de decisão tem trazido para a administração e para os gestores. Entre eles observa-se a infantilização da administração pública, de modo que o gestor somente se encarrega de decidir sobre aquilo que é absolutamente consensual, o que ocasiona a tomada de decisões subótimas, com o receio de posteriormente ter de defender sua decisão perante os órgãos de controle (Fundação Tide Setubal, 2024, p. 49).

Nesse aspecto, o artigo 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro oferece segurança ao servidor, com a ressalva do dolo ou erro grosseiro. Os excessos e a discricionariedade nessa fiscalização, contudo, têm comprometido o próprio funcionamento estatal, o que justifica a necessidade de análise das

balizas de responsabilização do erro grosseiro e do dolo, de modo a extirpar da mente dos tomadores de decisão o medo e a insegurança para a tomada de decisão (De Freitas Chagas, 2021, p. 24). Sobre o tema é importante apresentar a exposição de motivos da Medida Provisória nº 966, de 13 de maio de 2020, que dispôs sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da Covid-19:

De forma a salvaguardar os atos praticados de boa-fé e garantir que as sanções civis e administrativas recaiam somente sobre aqueles praticados com dolo ou erro grosseiro.

[...]

O cerne da proposta é que o mero nexos de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica, necessariamente, responsabilização do agente público. É preciso que o ato tenha sido praticado com erro grosseiro ou dolo. Além disso, no caso de decisões baseadas em opiniões técnicas, o decisor só pode ser responsabilizado caso tenha elementos para aferir o dolo ou o erro grave ou caso haja conluio entre os agentes.

[...]

Para garantir a correta interpretação da regra, a proposta define o erro grosseiro como sendo o erro manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia (art. 2º). Além disso, são fixados parâmetros que devem ser observados na aferição da ocorrência desse erro, quais sejam: i) os obstáculos e as dificuldades reais do agente público; ii) a complexidade da matéria e das atribuições exercidas; iii) a circunstância de incompletude de informações na situação de urgência ou emergência; iv) as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação ou omissão do agente público e v) o contexto de incerteza acerca das medidas mais adequadas para enfrentamento da pandemia e de suas consequências, inclusive econômicas (artigo 3º) (Guedes; Carvalho, 2020, p. 1).

Assim, e apesar de ter como escopo o contexto da pandemia de Covid-19, a norma esclarece o objetivo de oferecer segurança e tranquilidade ao tomador de decisão, numa tentativa de resolver o chamado “apagão das canetas”. Tal apagão também é sentido na concessão de licenças e alvarás, uma vez que não há qualquer estímulo à simplificação, diante da propensão desses agentes em adotarem cautelas excessivas, diante do risco de responsabilização. Não há premiação para aquele que simplifica, e se alguém simplifica corre o risco de responsabilização pessoal (Cavalcante, 2021, p. 88).

Associado ao medo do gestor público de ser processado, o risco de responsabilização pessoal gera um espaço fértil para a máxima do “dorme bem quem indefere”. Nesse sentido, e com receio da criminalização futura, o gestor adota posicionamentos direcionados para a sua blindagem jurídica pessoal, no contexto da administração pública, em detrimento do interesse público primário.

Nesse cenário, a transparência e a fiscalização têm evidenciado irregularidades que, somadas à intensificação das decisões condenatórias e à insegurança jurídica decorrente da interpretação das múltiplas normas, têm resultado no receio de ser excessivamente responsabilizado pelas tomadas de decisão administrativas ou técnicas (Frison *et al.* 2023, p. 3).

Nesse contexto, o “apagão das canetas” pode ser considerado um efeito secundário indesejável, decorrente dos esforços de instituição de processos de controle e fiscalização de uso de recursos públicos. Nessa perspectiva, deve-se balancear o objetivo de controle de utilização de recursos públicos *versus* a paralisia de decisão na esfera de determinadas funções públicas.

Não se ignora que, perante inúmeros casos concretos, existirão dúvidas sobre a decisão ideal, bem como opiniões contrárias. Deve-se ter em mente, todavia, a possibilidade de opiniões divergentes serem consideradas razoáveis e admissíveis. Nesse cenário, o caráter inatacável da decisão do administrador deve-se ao fato de a decisão der o resultado de uma opção de mérito admissível pela norma, e coerente com o caso concreto (Mello, 1998, p. 40).

Nesse aspecto, se por um lado a indecisão do administrador público não decorre tão somente da pura indecisão, por outro é notório que a não decisão advém do medo do que a escolha pode trazer, como resultado da tomada de decisão. Isso leva a uma delegação ou postergação da decisão (Mendonça; De Carvalho, 2022,

p. 10). A pesquisa da Fundação Tide Setubal (2024, p. 39) esclarece que essa maior preocupação com órgãos de controle está associada a: uma menor intenção de inovar; um maior nível de *Burnout* (esgotamento físico e emocional); menos satisfação no trabalho e maior intenção de deixar o trabalho.

É preciso pensar o receio de quem põe seu nome em uma decisão da administração pública de posteriormente vir a sofrer desgaste futuro em um processo administrativo disciplinar ou mesmo judicial. Esse medo de precisar defender o posicionamento e as motivações então adotadas para a decisão, com o receio de punições futuras, finda por limitar o próprio papel da administração pública de adotar a melhor solução para a administração e os administrados, e suprime a criatividade e a inovação.

Aqueles que são precavidos e cautelosos costumam evitar situações arriscadas. Ao pesquisarem os incentivos da administração em prol de um comportamento ativo e inovador do gestor público, em detrimento de uma gestão passiva e burocrática ou mesmo uma gestão voltada à corrupção, Bugarin e Meneguín (2016) dividiram a figura do gestor público em diferentes perfis:

- a. aquele que prefere se acomodar, com um comportamento burocrático de pouco benefício social;
- b. o mais ousado em suas ações, capaz de melhorar a aplicação das políticas públicas e de gerar maior retorno social;
- c. aquele que se corrompe, com vistas a aumentar seu retorno privado.

Bugarin e Meneguín detectaram que o risco assumido por aquele que tem por objetivo inovar é o mesmo que incide sobre aquele que deseja enriquecer, nos termos a seguir:

Um aspecto importante do modelo estudado, e que reflete a realidade, é que desvios da regra legal tendem a ser tratados com a mesma severidade, caso descobertos, sendo eles motivados por corrupção, portanto nocivo à coisa pública, ou por desejo de melhorar o resultado social das políticas públicas (Bugarin; Meneguín, 2016, p. 34).

Chega-se, assim, à conclusão de que gestores estáveis têm mais incentivos a se enquadrar na categoria dos que se acomodam, que não se corrompem, mas pouco fazem para tentar inovar. Em contrapartida, os gestores públicos que não são de carreira (temporários ou cargos de confiança) estariam mais dispostos a ousar. Essa ousadia extra, no entanto, pode ser canalizada tanto para benefício próprio (corrupção), quanto para a melhoria do serviço público (gestor imbuído de um maior espírito social) (Bugarin; Meneguín, 2016, p. 34).

Diante disso, merece destaque o posicionamento de Bruno Dantas, que fala sobre a necessidade de reduzir a apatia do gestor, a partir de uma cultura do consensualismo. Nesse contexto, todas as partes envolvidas (Estado e empresários) constroem uma solução, à luz do interesse público. Dantas instituiu a Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (SecexConsenso) exatamente com esse escopo (Esfera Brasil, 2024).

Em 2019, reforçando esse argumento, o Tribunal de Contas da União realizou pesquisa a respeito da contratação de soluções inovadoras pela administração. Questionamentos sobre a segurança, capacidade e inação receberam as médias mais baixas, em um grupo de 24 questões. A que obteve a menor média de todas foi a pergunta: *Os gestores públicos se sentem seguros para contratar soluções inovadoras?* Logo, o medo do gestor foi apontado como um empecilho para a contratação de soluções inovadoras (TCU, 2019, p. 11-15).

5 RISCO DA SELEÇÃO ADVERSA

A expressão “seleção adversa” ou “antisseleção” baseia-se em uma realidade na qual o acesso à informação ocorre de forma assimétrica: uns têm mais acesso à informação do que outros. Destarte, a tomada de decisão dos que têm menos informação resulta prejudicada. Akerlof detectou que essa assimetria leva os indivíduos a desconfiarem uns dos outros, que o risco dessa desconfiança está embutido em preços mais baixos, na negociação de carros usados. Constatou também que o excesso de desconfiança resulta no afastamento dos carros usados classificados como bons do mercado, em razão dos preços excessivamente baixos, enquanto há um incremento de carros avaliados como ruins (chamados pelo autor de “limões”). Essa teoria alcançou todos os campos da ciência, ao exemplificar processos seletivos que, diferentemente da seleção de Darwin, selecionam as piores opções dentre aquelas disponíveis (Akerlof, 1970).

Trata-se de um exemplo de seleção adversa, que afasta os melhores, assim como acontece no âmbito da contratação pela administração pública. Nesse caso, há burocracia para contratar, demora para o recebimento do pagamento pelo fornecimento de produtos à administração, risco jurídico inerente ao exercício de função pública de chefia. Assim, cientes das incertezas e penalizações aplicáveis, os indivíduos exigem um incremento financeiro objetivando o ganho patrimonial e o enriquecimento ilícito.

Sobre o assunto, Bomfim refere-se ao risco da seleção adversa quando a administração não consegue separar bons e maus licitantes. No seu estudo, aponta a ausência de uma estimativa de custos e destaca o fato de que a administração se arrisca a contratar mais caro, enquanto o licitante assume o risco de prejuízo em decorrência da delimitação insuficiente do escopo. Tudo isso decorre da ausência de informação, que pode ser solucionada, em casos específicos, mediante a realização da modalidade diálogo competitivo (Conjur, 2022).

No que toca à licitação, Silva (2018, p. 65) ilustra hipóteses de assimetria de informação que poderiam levar a uma seleção adversa, são elas: a) erro de sinalização (*screening*): publicidade insuficiente do procedimento, o que pode ser avaliado com base na ocorrência de licitações desertas, suspensas, correntes ou relicidadas; b) risco moral, solicitações de apostilas (pequenas alterações contratuais), prorrogações e refazimentos dos serviços que já foram entregues e c) oportunismo, com base em solicitação de aditivos contratuais. Esse mesmo fenômeno também é observado na seleção dos gestores públicos, o que apaga iniciativas inovadoras e desestimula a atração de indivíduos com este perfil, diante da insegurança jurídica experimentada (Assis; Tourinho, 2024, p.5).

Nesse sentido, a insegurança jurídica e o risco processual atuam como peneiras, e impedem a participação daqueles indivíduos dispostos a contribuir e mudar o *status quo*. Por outro lado, abrem passagem para aqueles que estão dispostos a correr o risco, em troca de um ganho financeiro por vezes ilícito.

6 CONCLUSÃO

Conclui-se que a decisão do administrador público é tomada levando em consideração a maximização de resultados, com o mínimo de recursos financeiros necessários. Ademais, observa-se que a composição de um acordo entre diferentes polos políticos de uma democracia tem um custo mínimo que aumenta os custos do negócio.

Verifica-se que o administrador pode ser capturado ou cooptado a tomar decisões visando a ganhos objetivos pessoais, e até mesmo ilícitos; sem o escopo de equilibrar as forças políticas, a despeito do melhor interesse da sociedade. Outrossim, vislumbra-se que a transparência e a autorregulação do mercado constituem formas de diminuir esses riscos.

Nesse sentido, constata-se que o Estado sempre deve atuar no atendimento do interesse público primário. Além disso, é de se esperar que as ações estatais tenham também um interesse público secundário a ser atendido, como pessoa jurídica, desde que isso não contrarie o interesse público primário subjacente. Verifica-se ademais que eventuais decisões da administração pública que contrariam o interesse público primário são o resultado de distorções do sistema, decorrentes de falha humana.

Conclui-se que o objetivo norteador da Constituição pode ser resumido ao atendimento do seu artigo 3º, e que o interesse público representa a atuação de todos os interesses individuais unidos na realização desse propósito. Destarte, constata-se que as ações individuais em sentido oposto caracterizam desvio de finalidade.

Vislumbra-se que o administrador público é um indivíduo dotado de capacidade decisional na administração pública, e que essa capacidade deve ter o conteúdo mínimo para solucionar as questões do sistema no qual o gestor está inserido. Nesse aspecto, o gestor vincula-se à decisão por ele proferida, e corre o risco de ser penalizado por ela, mesmo que tenha fundamentado as suas escolhas no atendimento do melhor interesse público e na maior quantidade de informações disponíveis à época. Diante disso, constata-se que essa ausência de coragem de decidir, em razão do risco de punições futuras, resulta em um fenômeno conhecido como “apagão das canetas”, no qual o gestor se esquivava de decidir ou adota elementos em excesso para motivar sua decisão.

Diante do incremento da fiscalização e da forte atuação dos órgãos fiscalizatórios, observa-se que o gestor pode se ver estimulado a tomar decisões subótimas, especialmente quando na função de ordenador de despesas. Isso se verifica diante da controvérsia acerca do que uma decisão ótima poderia causar, ainda que tenha sido tomada em favor da administração. Nesse cenário, conclui-se que o gestor prefere atuar na defesa de seu interesse pessoal, prevenindo litígios e demandas processuais futuras.

Em contrapartida, e diante dos perfis traçados de administrador público, constata-se que os perfis mais ousados, que atuam no melhor interesse da administração pública com mais criatividade e inovação, correm o mesmo risco de sofrer punições que aqueles que atuam desonestamente, com o fito de enriquecimento pessoal. Esse posicionamento dos órgãos de fiscalização pode levar a uma seleção adversa dos indivíduos dispostos a assumir cargos de decisão dentro da administração pública. Com isso, ao invés de a administração estimular profissionais com perfil inovador a contribuir para o engrandecimento da atividade, finda por selecionar aqueles indivíduos que estão dispostos a correr os riscos, em troca às vezes de um ganho ilícito.

Por fim, conclui-se que a solução de uma câmara de conciliação prévia envolvendo o Estado, as empresas e os órgãos de controle, no curso da execução das ações, pode tranquilizar o gestor, ao motivar sua tomada de decisão com o respaldo de uma decisão proferida por órgão de controle. Essa medida favorece a prevenção de conflitos acerca da interpretação da lei, haja vista a preocupação do gestor de responder pela tomada de decisão com o seu CPF e patrimônio pessoal, em virtude de uma decisão tomada no melhor interesse público, na esfera administrativa.

7 REFERÊNCIAS

- AKERLOF, George A. The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism. *Quarterly Journal of Economics*, n. 84, p. 488-500, Aug. 1970. Disponível em: <https://www.sfu.ca/~wainwrig/Econ400/akerlof.pdf>. Acesso em: 21 maio 2024.
- ASSIS, Adriano Marcus Brito de; TOURINHO, Rita. *Improbidade sem culpa e com dolo específico: onde se pretende chegar?* Disponível em: https://www.anpr.org.br/images/2021/08/ARTIGO_SOBRE_PL_1087_-_RITA_E_ADRIANO.pdf. Acesso em: 21 maio 2024.
- BINENBOJM, G. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 239, p. 1-32, 2005. DOI: 10.12660/rda.v239.2005.43855. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/43855>. Acesso em: 12 mar. 2024.
- BORGES, André. Democracia vs. eficiência: a teoria da escolha pública. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, p. 159-179, 2001. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/57jt5sMvj6rmZfCPv3kcc7b/>. Acesso em: 12 mar. 2024.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 maio 2024.
- BRASIL. *Decreto-Lei nº 4657*, de 4 de setembro de 1942. (Regulamento) Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro, 9 set. 1942. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 15 maio 2024.
- BUGARIN, M.; MENEGUIN, F. B. Incentivos à corrupção e à inação no serviço público: uma análise de desenho de mecanismos. *Estudos Econômicos*, v. 46, n. 1, p. 43-89, 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ee/a/QwzncXVcfSnyWpj9Xpyc3R-p/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 21 de mai. 2024.
- CAVALCANTE, Luiz Ricardo Mattos Teixeira. Ambiente de negócios, insegurança jurídica e investimentos: elementos para a formulação de políticas públicas no Brasil. *Direito e Desenvolvimento*, v. 12, n. 1, p. 82-96, 2021. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/1223/738>. Acesso em: 16 maio 2024.
- CONJUR. ABRANTES, Vinícius. *Especialistas apontam desafios da administração pública diante de novas leis*. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-out-29/especialistas-apontam-desafios-administracao-publica-actual/>. Acesso em: 21 maio 2024.
- DE FREITAS CHAGAS, Carulina *et al.* A responsabilização dos agentes públicos pelo TCU: o direito administrativo do medo e o apagão das canetas à luz do art. 28 da LINDB. 2021. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/39026/1/TCC%20CARULINA%20DE%20FREITAS%20CHAGAS%20-%20VF%20com%20ficha%20catalogo%20e%20folha%20aprova%-c3%a7%20c3%a3%20%281%29.pdf>. Acesso em: 16 maio 2024.
- DE MELLO, Rafael Munhoz. Desvio de poder. *Revista de Direito Administrativo*, v. 228, p. 31-66, 2002. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/viewFile/46522/44473>. Acesso em: 16 maio 2024.

DIAS, Marco Antonio. James Buchanan e a “política” na escolha pública. *Ponto-e-Vírgula: Revista de Ciências Sociais*, n. 6, 2009. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/pontoevirgula/article/download/14047/10349>. Acesso em: 12 mar. 2024.

ESFERA BRASIL. Seminário Brasil Hoje. Diálogos para pensar o país de agora. *YouTube*, transmitido ao vivo em 22 de abr. de 2024. 08:22:29. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=hpPSHXNbuEY>. Acesso em: 22 out. 2024.

FRISON, C. B. *et al.* O apagão das canetas e a responsabilização dos gestores: uma análise da Nova Lei de Licitações. In: SIMPÓSIO BRASILEIRO DE GESTÃO E ECONOMIA DA CONSTRUÇÃO, 13., 2023. Porto Alegre. *Anais [...]*. Porto Alegre: Antac, 2023. p. 1-8. DOI: 10.46421/sibragec.v13i00.2623. Disponível em: <https://eventos.antac.org.br/index.php/sibragec/article/view/2623>. Acesso em: 16 maio. 2024.

FUNDAÇÃO TIDE SETUBAL. O fenômeno do apagão das canetas. São Paulo: Fundação Tide Setubal, 2024. 59 p. Disponível em: <https://fundacaotidesetubal.org.br/publicacoes/o-fenomeno-do-apagao-das-canetas/#boletim-modal>. Acesso em: 6 set. 2024.

GUEDES, Paulo Roberto Nunes; CARVALHO, José Marcelo Castro de. *EMI nº 00153/2020 ME CGU*. 2020. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Exm/Exm-MP-966-20.pdf. Acesso em: 16 maio 2024.

MARINELA, Fernanda. *Manual de direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: JusPODIVM, 2022. ISBN 9788544235546

MEIRELLES, Hely Lopes. *Os direitos, deveres e poderes do administrador público*. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=ODMyNg%2C%2C>. Acesso em: 16 maio 2024.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 92, de 12.7.2016 São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionabilidade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MENDONÇA, Matheus Santos; DE CARVALHO, Matheus Silva. A Nova Lei de Improbidade Administrativa: reflexões a partir do fenômeno do chamado “Apagão das Canetas”. *Revista Avant*, v. 6, n. 1, 2022. Disponível em: <https://ojs.sites.ufsc.br/index.php/avant/article/view/6706/5576>. Acesso em: 21 maio 2024.

SILVA, Marcos José da. *Economia das licitações, a contratação de obras e reformas em prédios públicos: o caso da UFRGS*. 2018. 127 f. Dissertação (Mestrado – Curso de Economia) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/182415/001072605.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 21 maio 2024.

TCU. Tribunal de Contas da União. *Contratação de Soluções Inovadoras pela Administração Pública*. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2019. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/CB/E6/9C/EB/7300371055EB6E27E18818A8/Relatorio_pesquisa_contratacao_solucoes_inovadoras_administracao_publica.pdf. Acesso em: 22 out. 2024.

Autor Correspondente

Raphael Pinheiro Cavalcanti Guimarães

Universidade de Fortaleza – Unifor

Av. Washington Soares, 1321 – Edson Queiroz, Fortaleza/CE, Brasil. CEP 60811-905

raphael.guimaraes@gmail.com

**Este é um artigo de acesso aberto distribuído
sob os termos da licença Creative Commons.**

