

O Medo E O Ato Administrativo

Autor(a): Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas

Publicado em: 01 de novembro de 2016

Publicação: Coluna direitodoestado.com.br

Link JurisTube:

<https://juristube.com.br/colunistas/rodrigo-tostes-de-alencar-mascarenhas/o-medo-e-o-ato-administrativo>

Fonte original:

<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rodrigo-tostes-mascarenhas/o-medo-e-o-ato-administrativo>

Identificador citável: juristube.com.br/colunistas/rodrigo-tostes-de-alencar-mascarenhas/o-medo-e-o-ato-administrativo#ep-e0aa01d3

Resumo

(As consequências da imposição do medo como método de direcionamento da decisão por parte do agente público) Cada vez é mais comum que atos administrativos os mais diversos sejam praticados tendo como “motivo” oculto o...

Texto integral

(As consequências da imposição do medo como método de direcionamento da decisão por parte do agente público) Cada vez é mais comum que atos administrativos os mais diversos sejam praticados tendo como “motivo” oculto o medo, sentido pelo agente, das consequências decorrentes do ato. Trata-se de fenômeno ainda pouco percebido pela doutrina, mas de consequências extremamente graves, como procuraremos demonstrar. Iniciamos tentando responder à pergunta: “medo de que e de quem”, que, a nosso ver, tem três respostas: em primeiro lugar, o agente pode ter medo das consequências para terceiros. Medo típico da sociedade de risco. Será que o remédio que está sendo licenciado é de fato adequado, foi devidamente testado, seus efeitos colaterais e interações estão devidamente mapeadas? Será que o impacto ambiental de tal empreendimento está corretamente medido? Em segundo lugar o agente – nesse caso tipicamente um agente político – pode ter medo das consequências eleitorais do ato, do seu impacto nas próximas eleições, de sua capacidade de agradar ou desagradar os eleitores. Em terceiro lugar o agente pode ter medo de consequências do ato que o atinjam diretamente. Nesse caso há duas possibilidades: o agente pode ter medo de ser vítima de um crime por parte de alguém que seja atingido pelo ato administrativo (a autoridade tem medo de cassar uma linha ilegal de ônibus e ser assassinada por causa disso) ou de ser punido por órgãos de controle ou por sua iniciativa (tribunais de contas, ministério público) se o seu ato for considerado ilegal. Vejamos as consequências de cada um desses medos. Quando tem medo das consequências que o ato pode causar para terceiros o agente tende a ser mais cuidadoso e prudente. Na verdade, nesses casos o agente tem a obrigação de ser mais prudente e de tomar todas as “precauções” necessárias à tomada de uma decisão bem informada. Assim, em boa medida, esse “medo” é positivo para o interesse público. Há, no entanto, o risco de imobilismo (de não decisão), potencializado por uma leitura extremada e não técnica do princípio da precaução (que, no Brasil, já serviu até para inverter o ônus da prova em processo punitivo), que o exporta para áreas distintas daquelas onde seu manejo adequado pode de fato ter utilidade. Esse tema tem sido tratado pela doutrina, destacando-se, na defesa do princípio, a necessidade de leitura de seu “Manual de instruções”, de Alexandra Aragão (Revista do Centro de Estudos de Direito do

Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente – CEDOUA , nº 02/2008), e, na sua crítica, o trabalho de Cass Sunstein, não por acaso intitulado “O direito do medo: para além do princípio da precaução” (SUNSTEIN, Cass. *The Laws of Fear: Beyond the Precautionary Principle* . Cambridge University Press, 2005). O maior prejuízo aqui se dá quando esse medo é somado ao terceiro tipo de medo, que veremos mais adiante. O medo de consequências eleitorais tem um estatuto dúbio. Pelo lado da ciência política, pode-se dizer que o agente que tem medo da forma como a população irá reagir a seus atos é um agente responsivo, atento ao que se espera de um governo representativo e democrático, segundo o qual agentes eleitos têm que ser responsivos aos seus eleitores. Por outro lado, este medo pode ser altamente negativo em relação a medidas necessárias, mas cujo impacto de curto prazo é ruim perante a população ou quando seu impacto positivo só irá aparecer no longo prazo. Nesse caso, o agente populista certamente irá postergar ao máximo a decisão, utilizando-se para isso de técnicas já mapeadas pela doutrina, sendo indispensável mencionar o trabalho de Pierre Conesa (“Sobretudo não decida nada ”) que aponta a não decisão como a mais comum estratégia de sobrevivência política. Em suas palavras: “decidir não fazer nada enquanto se dá a ilusão da ação, esta é a arte suprema em política” (CONESA, P. *Surtout ne rien décider*. Paris: Robert Laffont, 2014, p. 09). E, o que é pior, é que existem diversos elementos para se dar a ilusão da ação, para ganhar tempo, e que podem ser invocados com desculpas perfeitamente democráticas (consultar outros especialistas, formar um grupo de trabalho, de preferência interministerial, convocar uma ampla consulta pública...). Este fenômeno ganhou até uma sigla em inglês “NIMTO” (not in my term of office) para expressar exatamente a situação em que decisões sobre temas importantes, mas de extrema delicadeza política, são postergadas por agentes políticos, que consideram “melhor” (para si e não para o interesse público) deixar que seu sucessor resolva o problema. Trata-se, portanto, de um medo de dupla face, que merece a atenção da doutrina. Mas, e as consequências para o próprio agente? O medo de ser vítima de um crime é certamente um dos piores, fazendo com que o agente não tome a decisão que devia tomar, em grave prejuízo ao interesse público. Ocorre que, quanto a isso, há pouco que se possa fazer sob a perspectiva do direito administrativo ou constitucional. Trata-se muito mais de um problema de polícia, sendo importante apenas destacar a necessidade de garantir a segurança de servidores que tomam decisões sensíveis. Nos aproximamos do tipo de medo que, a nosso ver, merece maior atenção, pelas graves consequências que vem, silenciosamente, causando. Mas este medo – de ser oficialmente punido por algo que está na iminência de fazer – não seria altamente positivo, não teria o desejado efeito dissuasório de evitar que agentes públicos cometam ilícitos? A resposta a esta pergunta exige nova divisão desse tipo de medo. Em primeiro lugar, temos o medo de ser punido pela prática de atos que são indubitavelmente criminosos. Ora, que servidor – de boa-fé – pode duvidar que a formulação de um pedido de dinheiro ao destinatário de um ato que lhe incumbe praticar é um ato criminoso? Quem duvidaria que tal conduta se enquadra na definição do crime de corrupção passiva (art. 317 do Código Penal), cujo tipo é “Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem”? Assim, se o agente deixar de praticar uma conduta dessas com medo de ser punido é evidente que o efeito desse medo é altamente positivo: a conduta que não foi praticada seria criminosa e o interesse público em nenhum momento foi afetado. Mas o que merece mais atenção é uma situação bem diversa. Trata-se do medo de ser punido pela prática, não meramente de uma conduta, mas sim de um ato, um ato administrativo que, na visão do agente, é necessário e oportuno; que analisado pela advocacia pública é considerado como juridicamente legítimo, mas que não é assim considerado pelos órgãos de controle. Trata-se,

portanto, de atos cuja legalidade pode ser objeto de uma discordância com argumentos consistentes para ambos os lados ou de atos que, por vezes, só podem ser considerados inválidos se adotada interpretação extremamente restritiva e minoritária do instituto em questão. Os exemplos aqui são copiosos. O agente celebra uma contratação direta, precedida de toda cautela e pareceres necessários e é denunciado criminalmente por agente que, com base em doutrina minoritária, considera aquela contratação irregular e enquadra a conduta no crime previsto no art. 89 da Lei 8.666/93 (“Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade”). Isso ocorreu muito com dispensas celebradas com base no artigo 24, XIII da Lei 8.666/93, dispositivo que, ao mesmo tempo em que foi utilizado para contratações altamente suspeitas, também foi e é utilizado para contratação de algumas das mais respeitadas instituições acadêmicas brasileiras (inclusive em contratações celebradas pelos próprios tribunais e órgãos de controle). Também foi comum na celebração de contratações emergenciais após tragédias ambientais, quando certos órgãos de fiscalização, não souberam distinguir entre emergências que admitem um procedimento prévio de uma ou duas semanas (com colheita de três propostas etc.) e contratações que devem ser solicitadas em questões de horas sob risco de vida. É possível que ao agente não seja deixada tampouco a opção de não agir, afinal, neste caso, poderá ser processado por omissão. Na área ambiental – onde os critérios são mais fluídos e o maniqueísmo é bem visto – é comum que um agente, antes de tomar uma decisão, seja informado que, se decidir no sentido Y será processado por improbidade e criminalmente. Aliás, a prática da ameaça como método – há muito tempo comum na área ambiental – está se espalhando para outras áreas. Como noticiado pelo jornal O Globo (de 5.10.2016, reportagem de Thais Lobo, p. 10), uma controvérsia acerca da manutenção ou não de cartazes com conteúdo político em muro no Colégio Pedro II, foi “resolvida”, pelo MPF (após denúncias de pais de alunos), por meio de uma “recomendação” para a retirada imediata dos cartazes. O texto da recomendação, segundo a matéria, “especificava que, se a medida não fosse cumprida no prazo de 72 horas, os diretores-gerais ... e o reitor poderiam responder por improbidade administrativa e crime de prevaricação”. Portanto, uma decisão corriqueira acerca da pertinência ou não de se permitir manifestação política no espaço escolar – tema que admite legítimo espaço de divergência à luz de distintas concepções pedagógicas – é decidido não pela direção do estabelecimento, mas pelo órgão fiscalizador (os cartazes, esclarece a matéria, foram retirados). Não é preciso dizer que os “tipos” superabertos da Lei de Improbidade Administrativa, em especial o caput de seu artigo 11 (“Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, ...”), semeiam um campo fértil para tal tipo de postura. Importante insistir que aqui estamos debatendo a prática não de condutas – eventualmente facilitadas por determinado cargo – mas de verdadeiros atos de ofício, atos administrativos no sentido doutrinário do termo. E quais as consequências do medo de praticar tais atos? São duas consequências extremamente graves. A primeira é a perda manifesta de condições mínimas para a tomada serena de uma decisão, com evidente distorção dos seus motivos. Ora, à medida que órgãos de controle passam a adotar a estratégia da ameaça como metodologia corriqueira para alcance dos resultados por eles fixados, o agente passa a tomar a decisão – deixa de emitir a licença, deixa de fazer a contratação emergencial, manda retirar o cartaz que dizia “Fora Temer” –, não porque ela seja justa, necessária, legal, recomendada pela melhor técnica, mas sim por medo de ser punido. Com efeito, é difícil negar que alguém que, antes de decidir determinado processo, recebe aviso explícito de que, se decidir em sentido contrário àquele escolhido pelo órgão que o ameaça, será processado em duas esferas,

não tem mais serenidade para tomar a decisão, não pode mais avaliar se aquela decisão era de fato necessária, e passará a avaliar, em especial, as consequências pessoais que aquela decisão pode lhe acarretar. Se a recomendação for por não praticar a medida – o que sempre pode ser (mal) justificado por uma interpretação extrema do princípio da legalidade – ainda mais fácil, afinal, como costumava lembrar o saudoso Marcos Juruena (crítico das interpretações que sempre conduziam ao imobilismo), “Dorme tranquilo quem indefere”. A segunda consequência, esta de inegável dimensão constitucional, é a de uma silenciosa redistribuição de Poder dentro do aparelho de estado. Com efeito, sem qualquer alteração da Constituição, nem de qualquer lei, decisões que a Constituição atribuiu ao Poder Executivo – órgão jurídica e politicamente responsável – passam, de fato, a ser tomadas por órgãos de controle, órgãos que, além de serem irresponsáveis politicamente (salvo num grau muito remoto de responsabilidade política difusa), raramente são juridicamente responsabilizados por seus excessos. Ora, a nosso ver, faz-se necessário rever tais práticas e garantir minimamente a capacidade da administração pública de tomar decisões com um mínimo de tranquilidade. Importante registrar que esta necessidade tem sido amplamente reconhecida pela doutrina e jurisprudência dos EUA (vide o caso *Nixon vs. Fitzgerald* julgado pela Suprema Corte), da França, de Portugal, da África do Sul (vide o caso “*President of the Republic of South Africa and Others v. South African Rugby and Football Union and Others*”, conhecido como “SARFU case”) e de diversos outros países. Mesmo no Brasil há quem não se esqueça do problema (vide Voto do Ministro Eros Grau na Adin 2797 e, em matéria de licitações GARCIA, Flavio Amaral. *Licitações e contratos administrativos. Casos e Polêmicas*, 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 199-201). Aliás, na maioria desses países esta necessidade é comparada àquela que se refere aos próprios órgãos de controle, a quem – em democracias – sempre se reconheceu a necessidade de preservar a capacidade decisória. É o caso, em Portugal, de Carla Amado Gomes, que aponta que “as imunidades assumem um papel relevante no quadro da divisão de poderes, pois visam garantir a independência no desempenho de funções no âmbito de um determinado poder do Estado, prevenindo intromissões indevidas. A irresponsabilidade dos juízes ..., corolário do princípio da independência dos tribunais ..., a inviolabilidade do Presidente da República por crimes cometidos fora do âmbito das suas funções ..., fazem parte do género das imunidades constitucionais, distinguindo-se os seus regimes em razão do seu objecto, adaptando-se às especificidades do exercício da função a que são inerentes” (GOMES, Carla Amado. *As imunidades parlamentares no direito português*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 18-19). Como fazer isso? A experiência nacional e comparada traz vários instrumentos, mas tudo começa pela necessária deferência mínima à separação de poderes (princípio ao qual, como já denunciemos neste fórum, ultimamente só se dedicam homenagens retóricas). Além disso, faz-se necessária a manutenção de certas prerrogativas (de foro, por exemplo), atualmente objeto de execração nacional (como se praticamente todas as democracias não garantissem alguma prerrogativa a seus agentes políticos, quando não a todos os agentes públicos). A atuação da advocacia pública na defesa do agente (sempre que este tiver agido segundo orientação de tal órgão, obviamente), opção tomada pela União e por alguns estados, também é uma possibilidade. A previsão de pagamento de honorários (igualmente nas hipóteses em que o ato for considerado legal pela advocacia pública) do advogado escolhido pelo agente, foi outra opção adotada, neste caso pelo Estado do Rio de Janeiro. A anulação de atos negociais celebrados com órgão de fiscalização por parte sob evidente coação (como feito pelo STJ no RESP 802.060 – RS), também é um bom exemplo. Não se pretende aqui sugerir o caminho de retirar dos órgãos de controle ou do Judiciário, a serenidade que eles devem ter para tomar suas decisões (como estaria sendo cogitado em setores do Congresso Nacional),

mas apenas garantir aos agentes do poder que mais tem que tomar decisões que afetam a vida das pessoas, que também possam tomar tais decisões serenamente. Mas, mais importante do que explorar estas opções, importa provocar o debate. O fato é que, sem que ninguém diga nada, sem debate, ou questionamento, as decisões públicas no Brasil estão sendo tomadas por razões distintas daquelas que são anunciadas e por pessoas distintas daquelas que são responsáveis. Trata-se de uma flagrante ilegalidade, inconstitucionalidade e usurpação silenciosa da soberania popular. E isso dá medo.

Como citar este documento

As citações abaixo seguem os padrões ABNT NBR 6023:2018, APA 7ª edição, Chicago Author-Date (17ª ed.) e BibTeX (LaTeX). Copie o formato exigido pelo periódico ou gerenciador bibliográfico (Zotero, Mendeley, EndNote).

ABNT (NBR 6023:2018)

MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. O Medo E O Ato Administrativo. Direito do Estado — Colunistas, 1 nov. 2016. Disponível em:

<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rodrigo-tostes-mascarenhas/o-medo-e-o-ato-administrativo>.

Acesso via: JurisTube — Acervo Digital de Direito. Disponível em:

<https://juristube.com.br/colunistas/rodrigo-tostes-de-alencar-mascarenhas/o-medo-e-o-ato-administrativo>.

Acesso em: 26 ago. 2026.

APA 7ª edição

Mascarenhas, R. T. D. A. (2016, November 1). O Medo E O Ato Administrativo. *Direito do Estado — Colunistas*.

<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rodrigo-tostes-mascarenhas/o-medo-e-o-ato-administrativo>

Chicago Author-Date (17ª ed.)

MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. 2016. "O Medo E O Ato Administrativo." *Direito do Estado — Colunistas*, November 01.

<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rodrigo-tostes-mascarenhas/o-medo-e-o-ato-administrativo>

BibTeX

```
@article{rodrigo-tostes-de-alencar-mascarenhas-o-medo-e-o-ato-administrativo-2016,  
author = {Mascarenhas, Rodrigo Tostes de Alencar},  
title = {O Medo E O Ato Administrativo},  
journal = {Direito do Estado – Colunistas},  
year = {2016},  
url = {http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rodrigo-tostes-mascarenhas/o-medo-e-o-at  
o-administrativo},  
urldate = {2016-11-01}  
}
```



Licença de Uso — CC BY-NC-SA 4.0

Este conteúdo está licenciado sob a licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhado 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0). O uso para fins acadêmicos e educacionais é permitido, desde que citada a fonte original (JurisTube) conforme as normas técnicas indicadas neste documento.

Termos completos:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.pt-br>

JurisTube — Acervo Digital de Direito

<https://juristube.com.br/colunistas/rodrigo-tostes-de-alencar-mascarenhas/o-medo-e-o-ato-administrativo>

PDF gerado em 2026-08-26 21:55 UTC