

OPINIÃO & ANÁLISE

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Hiperativismo do controle versus inércia administrativa

Governança pública e novos standards interpretativos como caminhos para a renovação do Direito Administrativo

GUSTAVO JUSTINO DE OLIVEIRA

18/04/2018 10:30

Atualizado em 18/04/2018 às 11:55



Crédito Pixabay

A Constituição de 1988 completará 30 anos, e o ambiente institucional e jurídico-normativo que temos hoje é significativamente distinto daquele no qual nossa Lei Maior emergiu. No que diz respeito à Administração pública brasileira, o esforço original do constituinte foi, a meu ver, o de intentar promover um processo

OPINIÃO & ANÁLISE

Parece óbvio que prosseguimos vivenciando um certo déficit na concretização desses vetores, mas não podemos afirmar que nada mudou. O impeachment de uma Presidente da República inepta, a prisão de um ex-Presidente e o processamento do atual pela prática de crimes de corrupção são todos fatos representativos de uma profunda mudança em curso, notadamente se considerarmos que no sistema republicano presidencialista brasileiro o Presidente é, ao mesmo tempo, Chefe de Estado, Chefe de Governo e dirigente máximo da Administração pública nacional. Trata-se de um momento disruptivo histórico, e que nos leva a uma série de necessárias reflexões, voltadas à implementação de um ambiente institucional verdadeiramente ético, pautado por uma gestão pública eficiente e de qualidade, a qual permanentemente mantenha seu foco no cidadão.

Assim, o que existe de inovação para avançarmos nesse debate? E para além desse desiderato, o crucial é indagar-nos: como superar a tensão hoje existente entre o hiperativismo dos órgãos de controle e a paralisia administrativa que se instalou na gestão pública brasileira, em tempos de Pós-Lava Jato? E como chegamos neste ponto de inafastável inflexão?

Ao mesmo tempo em que o constituinte ampliou a lista de tarefas que os órgãos e entes públicos deveriam cumprir, inúmeros deveres passaram a ser exigidos dos gestores públicos, como legalidade, eficiência, transparência, moralidade. Para além disso, indubitável que hoje o catálogo de deveres fundamentais do gestor público é infinitamente superior àquele das prerrogativas e privilégios que por tanto tempo caracterizaram o regime jurídico público. Ainda assim abusos são cometidos todos os dias pelas autoridades públicas, e antevendo isso a Constituição de 1988 zelou também pela institucionalização dos órgãos de controle interno e externo da Administração pública, a quem cabe essencialmente (i) verificar a juridicidade do atuar do gestor e (ii) coibir, processar e responsabilizá-lo por excessos e má-conduta comprovados.

Ocorre que, motivados por um quadro agudo de má conduta, piorado por uma atuação preventiva do controle interno não muito eficiente e pela atual preponderância de uma Agenda Anticorrupção, Judiciário, Ministério Público, Tribunais de Contas, Advocacias Públicas e Controladorias acabaram por ampliar e desenvolver suas atividades focando em um controle abertamente mais repressivo, preferencialmente voltado à punição do mau gestor. Entretanto, este hiperativismo do controle, ainda que compreensível, gerou um efeito extremamente perverso na gestão pública: a drástica redução da discricionariedade do gestor a níveis

OPINIÃO & ANÁLISE

perniciosa estagnação da Administração pública, aparentemente sem espaços para promoção de inovação, comprometendo demasiadamente o desenvolvimentismo que deveria pautar toda e qualquer atuação pública em um contexto desigual e subdesenvolvido como o brasileiro.

O maior risco de permanecermos inertes e não desatarmos este nó é o de deixar o cidadão cada vez mais descoberto e refém de decisões públicas que não levam em consideração seus direitos e garantias, porque mais preocupadas em operacionalizar um regime jurídico repressivo – o qual por certo deve ser levado em conta, mas não somente. Ademais disso, tais decisões não costumam avaliar as consequências diretas e indiretas do comando por elas emanado, sob o ponto de vista transformativo da qualidade da gestão pública, em um processo de permanente aderência da conduta do gestor à ética e ao direito (compliance), o que muitas vezes têm gerado respostas supressoras da discricionariedade administrativa, quando na verdade deveriam apresentar propostas de aperfeiçoamento do ambiente normativo e procedimental que valorizassem a autonomia decisória do gestor público.

Assim, um círculo vicioso instaurou-se na inter-relação controle e gestão, o qual precisa ser imediatamente rompido, voltando-se a prestigiar a discricionariedade do gestor sem o comprometimento da trajetória institucional interventiva dos órgãos de controle, mas que também precisam se renovar à luz do Estado de Direito Democrático que ambos, gestor e controlador, precisam continuamente realizar e garantir.

É estreme de dúvidas que nos últimos 30 anos o controle atuou positivamente nesse processo de internalização dos vetores de moralização, democratização e profissionalismo na Administração pública. Contudo, o resultado almejado pelo constituinte nessa trajetória nunca foi e nem poderia ser o de final substituição da função administrativa pelos órgãos internos e externos de controle – não é esta sua vocação constitucional! – aniquilando-se a discricionariedade do gestor. Precisamos sair desse impasse, pois todos perdemos com esta letargia administrativa, razão pela qual este embate que se instaurou entre hiperativismo do controle e paralisia da gestão precisa ser adequadamente mediado pelo Direito, a partir de melhores bases normativas e novos e civilizados modelos de inter-relacionamento entre controle e gestão.

OPINIÃO & ANÁLISE

Senado Federal, o qual inclui na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro-LINDB regras sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público.

Primeiro, vieram a Lei federal n. 13.303/16 e o Decreto n. 8.945/16 estabelecendo novos padrões de atuação e controle para as empresas estatais, notadamente a partir das noções de governança e integridade. Depois, no plano federal, vem o Decreto n. 9.203/17 que amplia estes novos standards para a Administração direta, autárquica e fundacional, considerando governança pública “conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesses da sociedade” (art. 2º, inc. I).

Assim, o Direito está renovando o sistema de controle interno da Administração pública, com o reforço da eficácia, transparência, gestão e avaliação do risco imanente às tarefas públicas, responsabilização do gestor, entre diversos outros aspectos. A finalidade maior da implantação de uma política de governança no setor público é imprimir a atualização dos controles internos frente ao que existe de melhor em termos de inovação no setor público, a cargo da própria gestão pública, sempre em prol da busca por maior qualidade dos resultados a serem atingidos pela Administração como um todo.

Esta inflexão não altera unicamente a forma de atuar dos gestores públicos – pois aprimorando-se a gestão pública, reforça-se a necessidade de responsabilização administrativa por má conduta – mas cria uma nova referência para os órgãos de controle externo, que devem pautar-se em seu dia a dia na promoção do enforcement deste novo aparato normativo, e jamais substituir-se ao gestor público em tarefas materiais que constitucionalmente lhes foram asseguradas. Por óbvio que a mudança está em curso, e o controle externo há de paulatinamente equalizar a sua atuação frente aos novos standards normativos da governança pública, mas um resultado esperado é o de resgate e revalorização da capacidade decisória discricionária do gestor, provocando-se (i) uma renovação concomitante da gestão e do controle em si, e (ii) abertamente modificando as bases de inter-relação da gestão com o controle, e viceversa.

De outro lado, nesse contexto evolutivo premente é que tenhamos todos à mão – gestores, controladores e operadores do Direito em geral – novos standards interpretativos e de aplicação do direito público, especialmente voltados a viabilizar

OPINIÃO & ANÁLISE

jurídica e eficiência na gestão pública.

Os futuros arts. 20 a 22 da LINDB previstos no PL veiculam regras em que a interpretação e a aplicação do Direito deverão considerar o entorno fático e as consequências da decisão administrativa, controladora ou judicial que está sendo exarada. Além de estar alinhada ao cenário de implantação da governança pública acima exposto, tais regras acabam por reforçar o dever constitucional de motivação e fundamentação, fática e jurídica, que encontram-se previstos na Lei Maior e também em diplomas legislativos como a Lei federal n. 9.784/99 (processo administrativo).

Os seguintes arts. 23 e 24 reforçam uma das facetas mais garantistas da segurança jurídica – prevista no art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição de 1988 – no sentido de proteger-se também a previsibilidade e a expectativa do direito em faces de eventuais mudanças interpretativas da autoridade administrativa do controlador ou do juiz, qual seja, a confiança legítima. Quem milita junto aos órgãos públicos, Ministério Público e Tribunais de Contas sabe que mudanças interpretativas ocorrem a todo momento, e de modo bastante sinuoso e surpreendente para os destinatários das decisões. Estas novas regras não vedam – e nem poderiam – a mudança de postura interpretativa, mas sinalizam que elas devam ocorrer em um ambiente de fair play, dotado de previsibilidade e maior consideração dos direitos e garantias dos envolvidos, sobretudo afastando-se algo que hoje infelizmente é da práxis cotidiana: a surpresa da mudança, sem que o destinatário possa dizer ou fazer a respeito. Na mesma linha está o art. 25 – o qual intenta gerar mais estabilidade jurídica ao gestor ao reforçar algo que o próprio sistema jurídico já possibilita: ajuizamento de uma ação declaratória de validade do ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, cuja sentença fará coisa julgada com eficácia erga omnes; e o art. 30, ao estipular que “as autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.”

Por seu turno, os novéis arts. 26, 27 e 29 ampliam o emprego do consensualismo e da participação popular em procedimentos e decisões que tenham por matéria a atividade administrativa – a normativa inclusive – com recurso mais corrente a termos de compromisso de conduta, consultas públicas, jurisdição voluntária judicial, etc. Tais inovações vão ao encontro de uma gestão pública mais aberta e igualitária, em um contexto de governança e que tende também a aumentar a base de legitimidade democrática de suas decisões. Finalmente, o futuro art. 28 – que

OPINIÃO & ANÁLISE

pública e integridade que Lei federal n. 13.303/16, Decretos n. 8.945/16 e n. 9.203/17 acabaram por instituir.

Parece-me que ambas as linhas evolutivas acima expostas são complementares entre si, e não devem ser avaliadas de modo isolado ou destacado uma da outra, pois ecoa como totalmente lógico e racional que para implantar um novo modelo de gestão – Governança e integridade no setor público – precisamos de um renovado arsenal normativo e interpretativo do direito público, calcado em elevados padrões de segurança jurídica e eficiência administrativa, não somente aplicáveis ao gestor público, mas também aos órgãos de controle em geral e ao Judiciário.

O caminho da mudança não ocorre sem enfrentamentos, e o diálogo controle-gestão que parece estar sendo travado em face das duas linhas evolutivas aqui referidas certamente produzirá resultados positivos. Todavia, ao invés de exclusivamente atuar em prol de um contínuo encaixe institucional, com a defesa isolada e exasperada de seus próprios pontos de vista, há de ser formada uma concertação interinstitucional entre todos os órgãos impactados pela renovação do Direito Administrativo que está em curso, evitando-se que trilhem percursos contrastantes de um real aperfeiçoamento evolutivo do sistema administrativo como um todo, na linha da path dependency propagada pelo Prêmio Nobel Douglass North (Instituições, Mudança Institucional e Desempenho Econômico, 1990).

Por isso, passados 30 anos do advento da Constituição de 1988, não podemos desconsiderar que o ambiente institucional e jurídico-normativo do direito administrativo renovou-se em torno da governança pública e por via de consequência da busca por novos standards de interpretação e aplicação do Direito. Assim, o que todos devemos desejar é a funcionalidade e estabilidade do sistema administrativo, a ser alcançada não em um ambiente de constante antagonismo e embate entre controle e gestão, mas de coprotagonismo civilizado e debates propositivos, jamais deixando-se de lado aqueles a quem controle e gestão devem permanente satisfação, como deveres estabelecidos no plano constitucional: o cidadão e a sociedade.

GUSTAVO JUSTINO DE OLIVEIRA – Professor de Direito Administrativo na USP. Árbitro, advogado e consultor em direito público. blogdojustino.com.br

COMPARTILHE —