

Desafios e demandas enfrentados por gerentes públicos nos dias de hoje



Ubiratan Aguiar

é Ministro Emérito
do Tribunal de
Contas da União

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por objetivo tecer considerações acerca do Subtema 1-A do VIII Congresso da Organização Europeia das Instituições de Fiscalização Superior (Eurosai), intitulado “Desafios e demandas enfrentados por gerentes públicos nos dias de hoje”.

À guisa de esclarecimento, registra-se que o Tribunal de Contas da União, do Brasil, participa do evento na condição de observador, atendendo a honroso convite formulado pelo Tribunal de Contas de Portugal.

Buscou-se, no delineamento do escopo do assunto, focalizar e contrapor os aspectos centrais desenvolvidos no Documento Principal elaborado por representantes das Instituições de Fiscalização Superior da Holanda e da Eslovênia, previamente disponibilizado pela Eurosai no sítio eletrônico mantido na rede mundial de computadores, e que deverá nortear as discussões.

Apesar da amplitude do tema, não se discorreu sobre questões outras que não aquelas destacadas no referido Documento.



2. CONTEXTUALIZAÇÃO: O CONFLITO

As questões trazidas na justificativa constante do Documento Principal, elaborado com o intuito de provocar reflexões e suscitar o debate, sinalizam para a existência de uma possível incompatibilidade existente entre o mundo real e a normatização sobre ele aplicável, sob o argumento de que o primeiro sofreria mudanças em um ritmo bem mais acelerado que a legislação que busca a ele regular. Esse distanciamento poderia justificar a adoção de práticas, pelos agentes públicos, não amparadas ou mesmo contrárias às leis existentes, por serem as normas obsoletas e anacrônicas. Na mesma linha, as Instituições de Fiscalização Superior se deparariam com o dilema de, em tais situações, terem que optar entre exigir o cumprimento estrito das leis ou buscar paradigmas principiológicos que pudessem socorrer às decisões adotadas pelos administradores.

Esse é o cerne da discussão sobre o qual desenvolveremos nosso raciocínio.

3. DESENVOLVIMENTO DA QUESTÃO

As Instituições de Fiscalização Superior agem nos limites do cenário jurídico-institucional no qual se encontram inseridas. Nesse contexto, os países praticantes da tradição jurídica do direito civil romano valorizam a lei escrita, previamente estabelecida pelos legisladores para resolução de possíveis conflitos, como fonte principal do direito. De forma diversa, o costume e as decisões judiciais formam precedentes que são aceitos quase que obrigatoriamente, com força de lei, nos países que adotam a tradição do direito anglo-saxão.

A questão posta em discussão é mais difícil de ser aceita em países que, como o Brasil, adotam o legalismo como fonte da lei, ou seja, adotam a norma positivada como sinônimo de direito.

Em países de direito prevalentemente consuetudinário, valoriza-se o direito não escrito, em que os costumes transformam-se em leis, em seu sentido mais amplo. É de se supor ser aceitável, em tais países, que a transformação nos costumes acarrete a alteração dos paradigmas legais aplicáveis às diversas situações e que

as Instituições de Fiscalização Superior adotem como paradigmas os mesmos *standards* utilizados pelos aplicadores do direito.

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada no ano de 1988, expressamente estabelece que a Administração Pública obedecerá, dentre outros, ao princípio da legalidade. Não pode o administrador público, portanto, relegar a aplicação das leis, sob nenhum pretexto.

É de se observar, no caso brasileiro, que o mesmo texto constitucional também atribuiu ao administrador o dever da eficiência. Isso não significa dizer, contudo, que aqueles que lidam com a coisa pública possam optar pela aplicação de um ou outro princípio. Ambos devem ser empregados de forma simultânea e não excludente. Isso significa dizer que não basta ao administrador público simplesmente aplicar a lei, mas que deve aplicá-la de forma a obter os melhores resultados.



Como corolário, não pode o gestor público, sob a pretensão de obter melhores resultados, esquivar-se da observância dos textos legais.

Não há, nesse caso, que se falar em conflito de princípios constitucionais, mas na complementaridade dos princípios.

Ao tratar de tema tão complexo e controverso, é importante distinguir as causas que poderiam levar os gestores públicos a trilharem opções administrativas não autorizadas por lei, porquanto causas diferentes podem ensejar abordagens distintas por parte dos órgãos de controle.

A primeira das causas é a avaliação de que as leis existentes não mais seriam adequadas à resolução dos problemas com que se defrontam, por serem ultrapassadas. A segunda das causas é a existência de lacuna normativa impossibilitando a aplicação de solução positivada para a situação a ser resolvida pelo gestor.

Principiando pela segunda das causas, é legítimo aceitar que o gestor público, ante a inexistência de disciplinamento para questões que necessitem ser solucionadas, utilize-se da aplicação de princípios para oferecer a resposta aos problemas os quais lhes são apresentados. Mesmo em tais casos, contudo, a discricionariedade não é absoluta, devendo pautar-se regras de conduta de razoável aceitação, sob o risco de transmutar-se em arbitrariedade. Em tais situações, cabe aos administradores públicos justificarem, previamente à prática dos atos que praticarão, os motivos que os levam a optar pela adoção de determinado caminho. Essa prévia motivação constituirá o elemento principal sob o qual serão realizadas as análises feitas pelas Instituições de Fiscalização Superior, devendo dela constar a descrição do problema enfrentado pelo administrador público, as opções que lhes eram disponíveis, com as respectivas vantagens e desvantagens, bem como as razões de decidir.

O afastamento da aplicação da lei em decorrência de possível obsolescência e a aceitação

dos atos praticados de forma contrária ao texto legal, no entanto, é questão mais complexa.

De início, cabe observar que a própria caracterização da situação de obsolescência se reveste, em certos momentos, de subjetividade.

A obsolescência é mais visível no que se refere às questões relacionadas à utilização de recursos tecnológicos. Assim, pode-se facilmente identificar anacronismos em normas que, por exemplo, exijam o encaminhamento, via postal, de documentos ou informações as quais, hoje, podem ser transmitidas mediante a utilização do correio eletrônico. Ou, ainda, exijam a apresentação de certidões, com assinaturas originais, facilmente substituíveis por certidões geradas a partir da internet, com assinaturas digitais. Em tais situações, quando a obsolescência é indiscutível e se refere meramente a questões formais, em nada alterando o mérito dos atos administrativos, podem-se compreender como legítimos os atos praticados pelos gestores em desacordo com os estritos termos dos textos legais.

Existem diversas situações, contudo, em que obrigações claramente definidas no ordenamento jurídico vigente são tachadas de “ultrapassadas” sob o argumento de não possibilitarem ou retardarem avanços nos campos político, econômico e/ou social. Sob essa ótica, a alegada obsolescência em muito se relaciona com a questão discutida no Documento Principal disponibilizado pela Eurosai, qual seja a de que o afastamento do princípio da legalidade poderia ocorrer na busca da resolução de mérito de uma questão, não se atendo o administrador público a cumprir a “cartilha” dos procedimentos inerentes à busca de tal solução. Isso em face do entendimento de que o interesse público estaria atendido, caso a solução adotada tivesse se mostrado a mais adequada. Na linha defendida pelo referido Documento, deveriam então as Instituições de Fiscalização Superior focalizar o exame também sob o pris-

ma do mérito da solução adotada, e não nos procedimentos utilizados para sua consecução.

Dentre diversos outros problemas que podem ser apontados na solução aventada no Documento Principal, destaco que a avaliação da solução de mérito dada a um problema somente é possível após sua resolução, ou seja, somente é viável *a posteriori*. E em uma escala de valoração, o controle *a posteriori* possui menor eficácia que o controle concomitante. A busca da realização de um controle concomitante tenderia, então, a privilegiar a verificação dos procedimentos utilizados e, por conseguinte, tenderia a conduzir as Instituições de Fiscalização Superiores necessariamente à busca dos paradigmas legais.

Feito esse apêndice e retornando, então, ao raciocínio de que a caracterização de obsolescência da norma se reveste de caráter subjetivo, admiti-la significa aceitar a possibilidade da existência de soluções diferentes para problemas iguais ou da mesma natureza, de acordo com a “percepção” dos diversos agentes públicos acerca do que poderia ser considerado como obsoleto ou ultrapassado. Da mesma forma, significa colocar as Instituições de Fiscalização Superior em situação em que, a cada caso concreto que se apresente, possam decidir de forma diferente, ora pela regularidade, ora pela irregularidade do ato. Tal prática, que permite às IFS o distanciamento dos balizadores legais fundamentando-se na percepção dos agentes públicos e na avaliação subjetiva de sua conduta, constitui terreno perigoso a ser trilhado, sobretudo em países com menores mecanismos de transparência, baixa participação popular e elevados índices de corrupção.

A questão central a ser focalizada é que a defesa da observância de paradigmas legais não significa a adoção de uma perspectiva formalista exacerbada, sem análise dos reflexos do eventual desatendimento a um ou outro requisito estabelecido nos normativos. É dizer, a perspec-

tiva formalista pode ser relativizada desde que se entenda o formalismo como aquilo que afeta a forma sem, contudo, afetar o mérito da coisa.

Ocorre que essa não é a concepção usualmente utilizada, pois o termo “formalismo” é normalmente empregado de forma pejorativa, para desqualificar a exigência de requisitos que, por diversas vezes, muito além da forma, possuem o potencial de alterar o mérito dos atos administrativos.

Mencione-se, como exemplo, as exigências afetas à realização de um processo licitatório. A inobservância ao prazo mínimo fixado na lei para divulgação do edital pode ser rotulada como questão formal. Ocorre que a divulgação do edital, sem a antecedência mínima exigida, pode resultar na restrição à participação dos licitantes, sobretudo quando o objeto licitado envolve a elaboração de projetos e propostas mais complexas, que demandem maior prazo de elaboração. Essa restrição ao caráter competitivo do certame tem o potencial de afetar significativamente seu mérito, com repercussões na escolha do fornecedor do bem ou serviço e no preço contratado.

A ausência de clareza a respeito do assunto, sem uma prévia visualização das causas e efeitos da eventual supressão de cada um dos requisitos legais estabelecidos, leva frequentemente os gestores públicos a cometerem equívocos e incorrerem em irregularidades, por imaginarem como meramente formais aspectos que podem influenciar de maneira substancial no mérito dos atos por eles praticados. A solução para tais problemas não reside em se abandonar os parâmetros legais, porque são relevantes e possuem razão para existir, mas em levar aos administradores públicos formação adequada para que, diante dos problemas com que se deparam, possam melhor discernir sobre as opções que se lhes apresentam, observadas as regras dispostas nas diversas leis e regulamentos.

Deve-se, então, buscar que os gestores públicos, em vez de meros aplicadores das leis,

sejam conhecedores das motivações dos diversos dispositivos legais e estejam aptos a realizar a análise de causas e efeitos dos problemas ocorridos e das possíveis soluções. Mais ainda, devem os gestores públicos conhecer a jurisprudência predominante a respeito das questões que lhes são diuturnas, sobretudo os entendimentos usualmente adotados pelas Instituições de Fiscalização Superior.

Nesse sentido, registro que desde o ano de 2003 o Tribunal de Contas da União, do Brasil, vem empreendendo esforços para levar aos gestores públicos federais, estaduais e municipais, informações sobre as irregularidades mais frequentemente detectadas no exercício do controle que exercem, mediante a realização de palestras e seminários e o oferecimento de cursos, presenciais e a distância.

Abordando, sob outro enfoque, a questão da lacuna normativa ou mesmo a obsolescência de alguns procedimentos estabelecidos em lei, registro que essas lacunas ou arcaísmos nem sempre decorrem de inércia, sendo, por vezes, o resultado de deliberada intenção do Poder Legislativo. Nunca é demais lembrar que o parlamento se integra por representantes de forças sociais distintas, que se orientam de forma dinâmica, ora em movimentos de convergência, ora de divergência, segundo os diferentes momentos políticos e os interesses dos quais são mandatários.

Faço um parêntese para registrar que o Documento Principal alude à possível ausência de legitimidade de algumas leis, que poderiam ser o produto de acordos decorrentes da atuação de grupos de pressão e de interesse junto parlamento. Tal afirmativa não pode ser acolhida sem maiores discussões, porquanto nos estados democráticos os movimentos de grupos de pressão e de interesse representam formas legítimas de expressão.

De outra forma, em tais estados o parlamento constitui-se em colegiado de representação

dos interesses populares, possuindo, portanto, inegável legitimidade. Não é aceitável que as Instituições de Fiscalização Superior corroborem pretensões de indivíduos que, arguindo supostas suspeições dos parlamentos, rejeitem a aplicação das leis e se considerem mais isentos para decidir acerca de quais seriam reais interesses públicos. Sobretudo porque se sabe que os indivíduos são igualmente suscetíveis às abordagens daqueles grupos pressão ou de interesse e as manifestações individuais são mais suscetíveis de serem subjúgadas e vencidas pela corrupção do que aquelas emanadas de corpos coletivos.

Retornando ao raciocínio principal, os interesses do parlamento nem sempre se coadunam, então, com os interesses do governo, sobretudo nos momentos em que aquele não detém a maioria nas casas legislativas. Em tais situações, por diversas vezes o governo vê frustradas suas expectativas de alterações legislativas, no tempo pretendido.

A partir dessa constatação, os agentes governamentais podem ser tentados a, sob a alegação da necessidade de mais agilidade e eficiência, buscar alternativas para relativizar ou mesmo afastar a aplicação de preceitos legais, em nome do suposto “alcance do interesse público”. Ao consentir com tais práticas, as Instituições de Fiscalização Superior estariam como que validando normas não aprovadas pelo parlamento, usurpando sua função legislativa, e se prestando à captura por interesses governamentais, alterando o sistema de pesos e contrapesos que norteia o relacionamento entre os Poderes.

CONCLUSÃO

Nos estados democráticos de direito o interesse público reside no cumprimento das leis, não cabendo às Instituições de Fiscalização Superior desobrigar os gestores públicos do

cumprimento nem aquiescer aos atos praticados em confronto com as normas vigentes.

A perspectiva formalista pode ser relativizada quando for constatado o descumprimento de dispositivo legal que afete apenas a forma do ato praticado, sem interferência em seu mérito.

Na ausência de normatização específica, é esperado que os gestores públicos ajam nas lacunas da lei movidos pela aplicação de princípios. A prática de tais atos deve ser previamente justificada, com explicitação dos motivos que levaram o administrador público a adotar aquela decisão em detrimento de outras que seriam possíveis.

As Instituições de Fiscalização Superior possuem relevante papel no esclarecimento, aos gestores públicos, das irregularidades mais frequentemente detectadas no exercício do controle que exercem e das soluções possíveis de serem adotadas nos problemas com eles se deparam.

