



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

**A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS SATISFATIVAS FRENTE AO
DESAFIO DO GESTOR EM MATERIALIZAR A INDETERMINAÇÃO DO CONCEITO
DE INTERESSE PÚBLICO**

Dimitri Leal Gasos

Rio de Janeiro
2021

DIMITRI LEAL GASOS

A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS SATISFATIVAS FRENTE AO
DESAFIO DO GESTOR EM MATERIALIZAR A INDETERMINAÇÃO DO CONCEITO
DE INTERESSE PÚBLICO

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Nelson C. Tavares Junior

Ubirajara da F. Neto

Rio de Janeiro
2021

A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS SATISFATIVAS FRENTE AO DESAFIO DO GESTOR EM MATERIALIZAR A INDETERMINAÇÃO DO CONCEITO DE INTERESSE PÚBLICO

Dimitri Leal Gasos

Pós-graduado em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Resumo – os diversos obstáculos enfrentados pelos agentes públicos no exercício de suas atribuições rotineiras perpassam, sobretudo, pelo crivo da legalidade que norteia a discricionariedade administrativa, no limite da discricionariedade que o cargo lhes confere. A percepção atual é a de que esses profissionais, atuantes na seara pública, quer direta ou indiretamente, procuram se precaver de fiscalizações e controles que, ao longo do tempo, vem impondo sanções mais rigorosas que, por sua vez, recaem tanto sobre suas vidas funcionais quanto pessoais, se consideradas as multas pecuniárias por vezes consignadas diretamente sobre os seus vencimentos. O propósito deste trabalho é o de exemplificar algumas dessas precauções que, ao final, se convertem na omissão deliberada, porém legal, de ações, com conseqüente prejuízo ao interesse público permeado.

Palavras-chave – Direito Administrativo. Gestão Pública. Interesse Público. Discricionariedade Administrativa. Princípio da legalidade. Princípio da eficiência.

Sumário – Introdução. 1. A determinação do interesse público na aplicação de políticas de governo e gestão. 2. A insegurança da motivação dos atos administrativos frente à inexistência de normas expressas. 3. Alternativas e propostas ao enfrentamento dos gargalos jurídicos e institucionais na administração pública. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica visa a fomentar a reflexão e o debate sobre os desafios diários na implementação de políticas satisfativas frente à indeterminação do interesse público, conceito amplamente difundido nos textos jurídicos, mas que carece do devido amparo normativo, quando da sua invocação pelo gestor público, durante boa parte de suas atribuições diárias.

Esta celeuma tem por base a amplitude desse conceito jurídico relevante para o direito administrativo, uma vez que este admite um sem fim de interpretações, ao mesmo tempo em que este ramo do Direito fundou seus alicerces na legalidade expressa e positivada.

É sabido que o interesse público, como conceito jurídico indeterminado, serviu de mote para inúmeros trabalhos acadêmicos. Entretanto, a pertinência do presente estudo revela-se pela necessidade de demonstrar uma faceta menos conhecida de sua compreensão, ao servi

de motivação para o gestor público legitimar uma decisão ou ato que posteriormente justifique sua margem de atuação em relação à discricionariedade que lhe foi conferida por lei.

A indeterminação característica do conceito é bastante repisada na doutrina e jurisprudência, que não costumam acompanhar a dinâmica do negócio público, preferindo replicar orientações e julgados ortodoxos e de baixo risco, deixando assim às escuras o gestor que deseja inovar ou enveredar-se por soluções menos convencionais, mesmo acreditando em seus possíveis resultados práticos e positivos para sociedade para qual atua. Tudo isso ocorre sob o crivo dos demais Poderes, dos órgãos de controle interno e externo e sob o controle social.

Como reflexo dessa insegurança, nota-se o aumento das “indecisões” administrativas, ocasionando a paralisação de muitos atos e gastos que em tese seriam justificáveis e legítimos, mas dos quais o gestor público se esquivava por receio da incompreensão e de eventuais sanções decorrentes, que lhe afetem tanto a vida pública, quanto a particular.

Nesse sentido, o primeiro capítulo do presente estudo oferece alguns parâmetros que visam aclarar o interesse público propriamente dito em relação à sua amplitude, sob um contexto de políticas públicas dinâmicas e, ainda assim, seu quociente determinável, capaz de legitimar os caminhos elegidos pelo agente público, quando demandado na qualidade de gestor.

Este intróito servirá, adiante, no segundo capítulo, para demonstrar que a inexistência de normas expressas não impede a tomada de decisões em prol da sociedade. Desta feita, não se encara o interesse público como difuso, coletivo ou transindividual, mas completo de contornos que garantem sua tutela e aplicação. O controle administrativo ou judiciário deve sopesar a falta de previsão expressa e a omissão estatal, sendo essa última demasiado nociva para a sociedade e para o próprio Estado, tanto quanto uma lei mal elaborada.

Com o embasamento das considerações anteriores, o terceiro capítulo preconiza soluções viáveis e atuais para o tema, procurando conjugar exemplos de boas práticas administrativas com legislações genéricas que se reverteram em ganhos para a população, justamente por, em sua maioria, contar com o respaldo de seus destinatários finais nas questões sob discussão, de modo a legitimá-las, tornando todo o processo mais transparente e participativo.

A pesquisa utiliza a metodologia do tipo bibliográfica, parcialmente exploratória, qualitativa e histórica, visando sopesar a viabilidade da proposta em questão.

1. A DETERMINAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO NA APLICAÇÃO DE POLÍTICAS DE GOVERNO E GESTÃO

O aprendizado do direito e demais cátedras sociais e humanas enfrenta sempre o dilema da prevalência do bem comum sobre a individualidade, ou seja, a determinação do interesse público de modo a serem preservados os direitos que orbitam o indivíduo e também o determinam como sujeito específico de direito. Esse enfrentamento é agravado em razão dessa conceituação ser imediatamente afetada pela temporalidade e fluidez que a envolvem.

Do ponto de vista administrativista, o Estado invoca para si o poder de determinar o que melhor seria essa benesse comum, que modernamente vem sendo tido como o ponto de equilíbrio para a conciliação dos direitos privados e o exercício desimpedido destes. Em alguns ordenamentos europeus, a exemplo do português e do italiano, esse tema vem sendo ramificado do Direito Administrativo e encarado mais especificamente sob o título de Direito Comunitário, dada sua relevância.

Este exame tem valor porque o Direito Administrativo é calcado na supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade desse primeiro interesse avocado pelo Estado, que qualifica e justifica sua gestão, mediante a prestação de bens e serviços aos seus cidadãos. Assim, as demais funções estatais, em amplo olhar, derivam destes “dogmas” jurídicos, cujas raízes remontam às revoluções e lutas históricas por direitos. Nesse sentido, segundo Furtado¹:

A primeira abordagem acerca do interesse público deve resultar na compreensão de que não se trata de um conceito metajurídico. Cabe ao direito positivo definir o que é o interesse público, as potestades conferidas com vista à sua realização e os legitimados ao seu exercício.

O interesse público precisa então ser interpretado sistemática e diariamente pela Administração Pública, podendo vir a ocupar posições antagônicas ao longo do tempo, mas que se legitimam de acordo com a oportunidade e conveniência da situação. Este viés “oportunista” precisa ir além das normas para encontrar a completude necessária às problemáticas sociais, conjugando legalidade, política e gestão.

O que se convencionou chamar de Estado-sociedade, tem o atributo de mapear e aplicar o que for de interesse comum, quer pelo exercício do mandato e das competências normativas para o qual foi constituído, quer pela participação e escrutínio popular, que dão voz àqueles que legitimaram o funcionamento deste mesmo Estado.

¹FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.71.

Neste cenário conturbado, cabe ainda o discurso de que a Administração não deve deter o monopólio para estabelecer o interesse público, justamente por este dizer respeito à uma série de interesses privados. Essa indeterminação ganha relevo com a existência pacífica e legal de entidades privadas que realizam atividades notadamente de utilidade pública.

Fica o cidadão, portanto, refém de um amontoado de definições voláteis, aturdido acerca do que é seu de direito, ou de dever, vendo assim prejudicada eventual defesa ou discurso que o identificam como cidadão e permitem o amadurecimento da sociedade, cada vez mais. Para uma melhor ilustração, cabe a direta citação a Eros Roberto Grau², para quem:

são indeterminados os conceitos cujos termos são ambíguos ou imprecisos, especialmente imprecisos -, razão pela qual necessitam ser completados por quem os aplique. Neste sentido, talvez pudéssemos referi-los como conceitos carentes de preenchimento com dados extraídos da realidade... os parâmetros para tal preenchimento - quando se trate de conceito aberto por imprecisão - devem ser buscados na realidade, inclusive na consideração das concepções políticas predominantes, concepções, essas, que variam conforme a situação das forças sociais [...]

Assim sendo, como preencher essa lacuna, estipulando um consenso que garanta o rumo de uma gestão democrática, imparcial e impessoal, em meio a tamanha indeterminação? Nessa seara, as práticas mais eficientes têm se mostrado aquelas que adotam a proporcionalidade como ponto de partida para a equalização das questões, sopesando o custo-benefício nas decisões de determinada atuação estatal para com seus representados.

Essas práticas levam em conta também critérios de medição da satisfação, tanto previamente à sua aplicação quanto após, o que então possibilita delinear de forma mais objetiva o interesse que se pretendeu salvaguardar. Esse amontoado histórico servirá de base para outras decisões e para a continuidade das políticas públicas respaldadas em interesses comuns.

Logo, jamais haverá uma bússola de determinação que atenda a toda a sociedade e, menos ainda, que agrade até mesmo a parcela não contemplada por eventual ato de gestão. No entanto, a formação de uma sociedade madura e democrática atravessa inevitavelmente este caminho de reconhecimento de direitos diversos, sobretudo de minorias e de cidadãos em vulnerabilidade. Há que se ressaltar que este entendimento dá voz, em realidade, ao interesse da maioria, independentemente dessa maioria ser o sujeito do direito ensejado na prática de gestão.

²GRAU, Eros Roberto. *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*. São Paulo: RT, 1988, p. 72.

Pois bem, a equalização do conceito de interesse público, em determinada janela de tempo, será o primeiro passo para a aplicação de políticas satisfativas sem que a Administração o faça em detrimento do direito de seus próprios cidadãos. O que pode soar como uma antítese, em verdade, se configura na busca legítima pela afirmação social. O indivíduo deve ser entendido como sujeito de direitos, mas a coletividade também deve estar imbuída dessa personificação.

De um lado, o Estado, cujo ritmo dos atos e decisões requer regulamentação pelo “sistema de freios e contrapesos”; do outro o cidadão, individual ou associadamente, reverberando seus anseios, mas sempre em observância aos limites do interesse da coletividade, como uma espécie de controle, não repressivo, mas democrático, plural e multifacetado.

De posse dessas informações e de uma noção, mesmo que vaga, porém com contornos e delineamentos firmes, sobre o interesse público a ser implementado, é possível avançar nos temas de sua aplicação prática e nos resultados buscados por todos aqueles que visam ao bem comum, à visão comunitária e colaborativa do viver em sociedade.

De toda sorte, trata-se de um tema que embora vivenciado na prática de muitos administradores públicos, não encontra estudos doutrinários ou decisões judiciais que o abordem com a profundidade que, progressivamente, este requer junto aos seus interessados, seja na ordem direta dos agentes públicos ou indiretamente a sociedade como interessada em segundo plano, não menos importante por conta disso.

2. A INSEGURANÇA DA MOTIVAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS FRENTE À INEXISTÊNCIA DE NORMAS EXPRESSAS

A nomeação do agente público em cargos gerenciais ou de chefia requer a tomada de decisões, como parte das atribuições inerentes ao cargo. Estas decisões nem sempre se revestem de caráter pecuniário, mas sempre devem estar sempre calcadas em determinada motivação que justifique a prática do ato, a fim de conferir-lhe validade e eficácia no plano legal.

Ocorre que esse processo decisório é permeado por um receio sobre possíveis ocorrências de penas a serem, eventualmente, aplicadas pelos órgãos de controle. Quando envolve a aplicação de recursos orçamentários, esse receio passa a se configurar em determinado temor. Aumenta o valor pecuniário envolvido, aumenta diretamente a

insegurança jurídica na gestão e, conseqüentemente, percebe-se o incremento da omissão do gestor em meio às suas atribuições diárias, conforme esperado dele.

Essa omissão deliberada, que retarda ou muitas vezes paralisa as análises processuais sob a responsabilidade do agente, chegou a ganhar uma denominação pouco cara à Administração Pública, conhecida no meio jurídico como o “apagão das canetas”, expressão cunhada pelo ex-ministro dos transportes e hoje presidente da Associação Brasileira das Concessionárias de Rodovias, César Borges³.

Esse fenômeno dá conta da inércia decisória que toma conta dos gestores públicos, provocada pelo temor das fiscalizações e manifestações dos órgãos de controle externo.

Por essa razão, esses agentes acabam por optar pela não decisão, ou seja, um total paradoxo em relação a seus deveres e atribuições que, curiosamente, pode vir a minimizar, na prática, os efeitos negativos direcionados ao agente, ainda que prejudicada a sociedade.

Este é um fenômeno velado, cuja adoção nunca é declarada, por se configurar em omissão tipificada, caso deliberadamente constatado e assumido. Mas essa constatação e assunção se tornam quase impossíveis de acontecer, posto que sempre simuladas pelo adiamento e partilha de decisões procrastinadas, entendimento oriundo de Pierre Conesa⁴, que afirma que “decidir não fazer nada enquanto se dá a ilusão da ação, esta é a arte suprema em política.”

Ainda sobre esse tópico, vale transcrever as palavras de Mascarenhas⁵, para quem:

(...) 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...).

Mascarenhas⁶ segue sua explanação, explicando que:

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.

³ABAR. *Valor*: O apagão de canetas dos agentes públicos. Disponível em: <<https://abar.org.br/2018/08/02/valor-o-apaga%CC%83o-de-canetas-dos-agentes-publicos/>>. Acesso em: 4 mar. 2021.

⁴CONESA, Pierre. *Surtout ne rien décider*. Paris: Robert Laffont, 2014, p. 9.

⁵MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. O Medo e o Ato Administrativo. *Direito do Estado*, ano 2016, n. 289, nov. 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rodrigo-tostes-mascarenhas/o-medo-e-o-ato-administrativo>>. Acesso em: 28 mar. 2021.

⁶Ibid.

Outro fenômeno negativo e visível, que ocorre com gestores públicos em evidência momentânea no cargo em que ocupam, em razão de mandato ou comissionamento, é o do auxílio, em um primeiro momento, por parte da advocacia pública. Enquanto eles estão ali presentes, são apoiados nos trâmites judiciais necessários, até porque a advocacia pública não pode se imiscuir desta defesa, que em última instância representa a defesa do Estado. Porém, basta os gestores deixarem de ocupar o cargo em destaque para que a prontidão desse auxílio arrefeça em seu desfavor e que, por vezes, ele ainda seja obrigado a arcar pessoalmente com as custas e demais ônus de sua representação nos inquéritos e processos judiciais instaurados.

Dessa forma, o interesse público acaba relegado a um segundo plano, ao invés de ser posto em lugar de destaque pelo agente. A prioridade deste está em garantir sua blindagem e proteção, resguardando primeiramente seu patrimônio, cargo ou direitos políticos — ou todos conjuntamente. Por tudo isso, o interesse público acaba sendo colocado em uma esfera de competência residual, de modo a evitar ao agente, as penalidades da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990⁷, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

Segundo Castro⁸, contribui para esse fenômeno o caráter maniqueísta muito arraigado no Direito e em suas instituições. A ideia sedimentada da existência, sempre, de partes contrárias, adversárias e dualistas, fomenta, nas questões de fiscalizações, a visão de uma relação de “gato e rato” entre o órgão de controle e o agente público, que em nada fortalece o aprendizado de governança e gestão, sufocando seu aprimoramento em detrimento da aplicação pura e simples de sanções.

Ao contrário do que acontece, as fiscalizações dos atos deveriam conter um teor mais pedagógico do que punitivo, a fim de permitirem a construção conjunta de uma cultura benéfica a toda máquina pública, beneficiando a população, por derradeiro.

De forma bastante simplória, ainda que a prática revele um número expressivo de falhas e fraudes nos atos administrativos, deve sempre o órgão fiscalizador dispensar certa deferência e boa-fé ao agente público, em consonância com a presunção de não-culpabilidade prevista no ramo penal.

Escalonando essa cultura, sua disseminação irá requerer ainda reformas normativas e legais que garantam um ambiente de maior segurança jurídica para a atuação do gestor,

⁷BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18112cons.htm>. Acesso em: 2 mar. 2021.

⁸CASTRO, Sebastião Helvecio Ramos de; SIMÕES, Raquel de Oliveira Miranda. A Política Suricato de Fiscalização Integrada do TCEMG: rumo à eficácia dos serviços prestados e ao aperfeiçoamento da democracia. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 19, n. 105, set.-out. 2017.

tornando-o mais convicto em suas motivações e, ao mesmo tempo, não escapando ao controle, que deve ser visto como benéfico para ele próprio.

A ausência de normativos dessa natureza é suprida negativamente pela abundante aplicação de legislações punitivas, como a Lei de Improbidade Administrativa, nº 8.429/92⁹.

Infelizmente, essas legislações ainda são combinadas à malfadada Lei nº 8.666/93¹⁰, conhecida como Lei de Licitações, tornando-se, assim, instrumentos de rigor punitivo capazes de paralisar processos de grande valor e finalidade social.

Sem adentrar no mérito da má-gestão pública, igualmente conhecida como fator de paralisação de inúmeras obras públicas, por exemplo, a seara licitatória é um campo fértil para a ausência de motivações revestidas de segurança jurídica, que alimentam a crescente omissão do agente público, como aponta o próprio TCU¹¹.

Apesar da liberação de recursos públicos e da inscrição de ações aprovadas pelo legislativo nos orçamentos anuais e plurianuais, a paralisia desses atos planejados passa impune aos que tiveram canceladas verbas e ações, mas optaram por procrastinar até um próximo exercício ou gestão, com o mero retorno dessas verbas em “restos a pagar”. Luciana Cristina de Souza¹² chama atenção para o fato de que raramente são submetidas essas omissões ao crivo judiciário, por meio de remédios como o Mandado de Injunção, de pouca eficácia quanto à sua efetiva aplicabilidade.

Outro assunto que vem ganhando corpo no meio jurídico é o da responsabilização civil, que assegura o ressarcimento do dano *in re ipsa*, confirmado pelos tribunais em boa parcela das vezes em que é suscitado pelo requerente, sobretudo por ser de fácil comprovação, uma vez que basta demonstrar o nexo de causalidade entre a decisão do agente e o dano sofrido.

Para que isso ocorra, não faltam meios de prova publicamente acessíveis e conhecidos. Segundo afirma Freitas¹³, toda essa engrenagem acaba fazendo com que o agente

⁹BRASIL. Lei nº 8.429/92, de 2 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm>. Acesso em: 24 mai. 2021.

¹⁰BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 26 mai. 2021.

¹¹TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Auditoria Operacional sobre Obras Paralisadas. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/auditoria-operacional-sobre-obras-paralisadas.htm>>. Acesso em: 12 abr. 2021.

¹²SOUZA, Luciana Cristina de. Mandado de injunção como instrumento de acesso a direitos e a Lei no 13.655/2018. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 56, n. 224, p. 187-204, out.-dez. 2019. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/224/ril_v56_n224_p187>. Acesso em: 20 mai. 2021.

¹³FREITAS, Jardiel Pereira de. *Responsabilização dos agentes públicos na Lei de Improbidade Administrativa e os impactos da corrupção no serviço público*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito->

tema a responsabilização advinda de seus afazeres públicos e as consequências disso em sua esfera privada, sobretudo em relação ao sequestro de proventos e patrimônios constituídos ao longo de uma vida pública dedicada ao trabalho.

Essas ações têm uma média de conclusão de alta duração, pairando por longos períodos na vida funcional dos agentes, obstaculizando assim eventuais promoções ou aspirações dentro da organização pública, segundo o relatório *Justiça em Números*, do Conselho Nacional de Justiça¹⁴, divulgado em agosto de 2019.

No Brasil, o Tribunal de Contas da União – TCU¹⁵ vem produzindo julgados cada vez mais rigorosos, em oposição ao que foi até então explanado. Esse fenômeno inflacionou as bancas advocatícias que atuam na defesa de agentes e servidores compelidos a determinada atribuição, promovendo decisões amparadas em baixa qualidade e segurança jurídica, como é notadamente visto em pequenas prefeituras que não tem condição de contar com assessoria jurídica especializada.

Esse crescente sancionador do TCU vem recentemente se amparando no artigo 28 da LINDB¹⁶, cujo teor prescreve que “o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”

A partir do Acórdão-PL nº 2.391/18¹⁷, do TCU, as decisões fundadas sob esse argumento tem estreitado a margem de recursos e manifestações de defesa, culminando geralmente em sanções de multa, para dizer o mínimo.

A edição da Lei nº 13.655/18¹⁸ tentou minimizar os efeitos punitivos fundados em normas e conceitos jurídicos abstratos. Uma corrente de defesa em curso, nos órgãos de controle, preconiza a utilização dessa lei em defesa dos agentes públicos, o que ainda vem surtindo pouco efeito prático.

Dentre tantos desafios enfrentados, não espanta a morosidade nas decisões de questões urgentes que impliquem no risco de responsabilização dos agentes e gestores públicos, não importando se estes têm vínculo administrativo ou político. Some-se a isso o

administrativo/responsabilizacao-dos-agentes-publicos-na-lei-de-improbidade-administrativa-e-os-impactos-da-corrupcao-no-servico-publico/>. Acesso em: 25 mai. 2021.

¹⁴CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2019*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>> Acesso em: 18 abr. 2021.

¹⁵TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Responsabilização de Agentes Segundo a Jurisprudência do TCU: uma abordagem a partir de Licitações e Contratos - Aula 2*. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/responsabilizacao-de-agentes-segundo-a-jurisprudencia-do-tcu-uma-abordagem-a-partir-de-licitacoes-e-contratos-aulas-1-a-5.htm>>. Acesso em: 20 abr. 2021.

¹⁶BRASIL. *Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm>. Acesso em: 14 mai. 2021.

¹⁷TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Ata nº 40, de 17 de outubro de 2018*. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/atas/TCU_ATA_0_N_2018_40.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2021.

¹⁸BRASIL, op. cit., nota 16.

temor de invocar para si decisões em meio à situação de pandemia que se apresenta desde março de 2020.

Pelo exposto, esses reflexos de conduta precisam ser analisados sob um contexto amplo, na tentativa de interpretar a necessidade da questão, além de sua urgência e seus impactos, combinados ao âmbito do órgão que a proferiu, considerados os meios e ferramentas disponíveis, de modo que os órgãos de controle priorizem a cultura pedagógica em lugar da punitiva, para o crescimento da governança pública brasileira.

3. ALTERNATIVAS E PROPOSTAS AO ENFRENTAMENTO DOS GARGALOS JURÍDICOS E INSTITUCIONAIS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Diante dos inúmeros problemas relatados e enfrentados pelos agentes públicos no exercício de suas atribuições, é preciso aceitar de imediato que encontrar as soluções para sua mitigação não é tarefa fácil, nem situada em um horizonte de curto prazo. Esse desafio passará primeiramente pelo crivo da necessidade de mudança cultural e institucional dos entes e colaboradores envolvidos.

Admitir o problema e levá-lo para além dos muros das instituições é primordial para o fomento da discussão acerca de um inimigo comum, o que poderia ser denominado como uma espécie de burocracia estrutural.

Essa cultura arraigada no âmbito público, sob o discurso do “menos compromissos, menos problemas”, não pode ser guarida para aqueles que pensam a gestão pública e dão a devida importância que ela tem na vida dos particulares, sejam empresas, indivíduos, organizações, etc. A tomada de decisões do poder público afeta a todos, de uma maneira ou de outra.

Do outro lado da moeda, a exacerbação dos mecanismos de controle impostos aos gestores deve ser mais comedida e sopesada anteriormente à sua aplicação. Nas palavras do Prof. Fernando Vernalha Guimarães¹⁹,

Em primeiro lugar, disseminou-se a compreensão de que quanto mais controle, melhor, como se a dose de controle fosse indiferente ao bom funcionamento do aparelho administrativo. Em segundo lugar, prestigiou-se um equipamento essencialmente burocrático de controle, desprezando-se seus aspectos finalísticos. Isso se relacionou também ao conforto do controlador em se utilizar de um aparato

¹⁹GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle. *Direito do Estado*, n. 71, 31 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>>. Acesso em: 23 abr. 2021.

que lhe oferecesse parâmetros seguros de análise e aferição (o recurso cada vez mais frequente às tabelas referenciais de preço pelas cortes de contas para examinar a “correção” de preços é um exemplo).

O próprio TCU vem reconhecendo, em suas decisões, a necessidade de se melhorarem as ferramentas de gestão, combinada à oitiva dos anseios dos gestores neste tema, conforme demonstra o seguinte trecho, retirado do Acórdão 1079/2019²⁰, do Plenário do Tribunal de Contas da União:

142. De acordo com relatos de gestores ouvidos em diversas oportunidades — como em reuniões de trabalho, nos diálogos públicos promovidos pelo TCU, em matérias da imprensa —, há uma espécie de efeito psicológico que se propaga no âmbito da administração pública e que tem favorecido a imobilidade em detrimento da proatividade dos gestores.

Dando sequência ao desenvolvimento do assunto, o texto do Acórdão²¹ afirma que:

143. Embora não se reconheça o alegado impacto negativo da atuação do TCU sobre o cenário geral de paralisação de obras públicas, em face da ausência de evidências concretas, o Tribunal tem se mostrado sensível às dificuldades enfrentadas pelo setor e buscado, por meio da ampliação do diálogo e da aproximação com os gestores, enfatizar a atuação pedagógica e preventiva, bem como a busca constante de contribuir para o aprimoramento da gestão, incentivando uma atuação responsável e baseada em riscos. Tais iniciativas contribuem para o esclarecimento de entendimentos equivocados e para dar mais segurança aos gestores comprometidos com o cumprimento de seus deveres funcionais.

Portanto, ao se partir do óbvio, notar-se-á que não existe solução mágica. Não existe solução outra que não a de se estabelecer um racional mínimo de enfrentamento dessa retórica do medo administrativo.

Isso faz com que seja preciso, prontamente, agir. Nas palavras do Ministro Augusto Sherman, do TCU — conforme exarado na proposta de deliberação do Acórdão nº 680/2009²² — “ao gestor público, portanto, cabe agir”. Assim segue o Ministro²³:

cabe precipuamente ao gestor, com base em pareceres de órgãos jurídicos e técnicos competentes no âmbito de sua estrutura administrativa, efetuar o juízo acerca da solução que melhor atenda às suas necessidades, às leis e aos princípios constitucionais, para então decidir sobre sua forma de ação.

²⁰TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Acórdão nº 1079/2019*. Relator: Vital do Rêgo. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1119620181.PROC/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuiid=bcb54c40-f42b-11e9-b15e-f383e475037a>. Acesso em: 27 fev. 2021.

²¹Ibid.

²²TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Acórdão nº 680/2009*. Relator: Augusto Sherman. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*NUMACORDAO%253A680%2520ANOACORDAO%253A2009/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 26 fev. 2021.

²³Ibid.

Por seu turno, o Ministro Benjamin Zymler, no voto revisor do Acórdão nº 949/2010²⁴ – Plenário, fez a seguinte observação, digna de registro: “sobreleva notar que ao gestor público não é dado o direito de se omitir, pois ele detém o poder-dever de agir”.

Querendo ou não, de forma deliberada ou carente do devido conhecimento, gestores e agentes públicos cometem e cometerão erros nas tomadas de decisões e na motivação de seus juízos discricionários. O erro não deve ser coibido com a repressão, mas com a educação e a aplicação reiterada de metodologias verificadas e testadas, cujas taxas de resposta garantam uma razoabilidade de sucesso.

Se encarada a Administração Pública como uma grande empresa, uma solução análoga, ainda que colocada como um grau de comparação um tanto grosseiro, estaria no “*tone of the top*”, que em tradução livre seria o equivalente à expressão “o exemplo vem de cima”.

Nessa toada, gestores de maiores incumbências e responsabilidades esclareceriam para os seus subordinados sobre o que, de melhor, esperam deles, o que também devem permitir um maior elo de comunicação para os gargalos vivenciados, para assim obter a clara resposta de qual a melhor conduta a se adotar diante de determinadas situações.

Esse canal recíproco de troca e conhecimento institucional economizaria tempo e recursos públicos, diariamente desperdiçados pela Administração, no exercício do seu papel, o que é um desperdício legalizado, valendo a ressalva.

Neste momento, não apenas os gestores de maior titularidade, mas igualmente os órgãos de controle e os de cunho jurídico, possuem igualmente o papel fundamental de educar, em lugar de apenas punir, de modo que lhes caia a pecha de carrasco, ou de vilão, mas adentrando enfim em uma esfera mais moderna e valiosa, qual seja de parceiro institucional.

A capacidade de agregar valor aos processos administrativos que esses órgãos possuem é imensurável no momento, mas se mostrará cada vez mais tangível à medida em que, de fato, eles se propuserem a atuar nessas condições, multifacetando suas atribuições para um caráter que ao final se demonstrará mais preventivo do que quando chamado para atuar sob contingência. O papel reparador da ordem jurídico-administrativa é, e sempre será inevitável, mas seu alto custo temporal e pecuniário pode e deve ser racionalizado, a ponto de um dia tornar-se não a regra, mas a exceção.

Desta maneira, o Professor da Universidade de Yale, Jerry L. Mashaw²⁵, afirma que

²⁴TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão nº 949/2010 - Plenário. Relator: Raimundo Carreiro. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordaoCompleto/*/NUMACORDAO%253A949%2520ANOACORDAO%253A2010/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 26 fev. 2021.

o Direito Administrativo sempre pareceu caminhar sobre uma linha estreita entre a impertinência e a irrelevância. Impertinência porque corria o risco de atrasar, divergir, ou mesmo frustrar ações públicas necessárias. Irrelevância porque, apesar da sua pretensão de assegurar a legalidade, a discricionariedade administrativa permanecia ubíqua. Estabelecer o equilíbrio adequado entre legalidade e eficácia nunca foi fácil. Isso tem motivado os esforços constantes da reforma do Direito Administrativo durante pelo menos as últimas seis décadas

O uso cada vez maior da tecnologia no enfrentamento dessa problemática deve estar diretamente atrelado à persecução de soluções práticas e à promoção de um diálogo institucional mais dinâmico e menos burocrático. Fóruns, manuais de boas práticas, ouvidorias, e todo um rol de ferramentas deve ser colocado à disposição da Administração, além de ser aproveitado e customizado de acordo com cada situação, sem olvidar que a padronização de ações, em que pese soar paradoxal, mostra-se como a chave para o implemento inicial deste projeto, por assim dizer.

Amparado por incentivos gerenciais e diretrizes lúcidas, o administrador exercerá seus deveres de maneira mais benéfica à sociedade, tornando a engrenagem mais azeitada.

CONCLUSÃO

Dessa feita, os agentes públicos se apropriarão mais satisfatoriamente do conceito de interesse público, ainda que objetivamente ausentes das normas e regramentos a que estiverem diretamente afetos, seja via legislação especial, seja pelas normas de espectro geral.

A justificação de suas ações estará a um maior alcance dos órgãos de fiscalização e monitoramento, bem como do controle social, que de maneira reflexa se espera fortalecer.

A consolidação da cidadania, sob esse aspecto, é um viés duplo, legitimando a instituição e a sociedade que dela necessita, ainda que voltada para uma parcela da população, mas como em todo Estado democrático, está à disposição justamente para quem dela precisa fazer uso, fortalecendo a democracia e o Estado de bem comum.

O fomento à transparência dos atos administrativos, calcado em parcerias institucionais voltadas à resolução das questões que afligem o gestor público, elevará a Administração Pública a um nível reconhecidamente atribuído às organizações particulares.

Para tanto, um trabalho consolidado de benchmarking, palestras, fóruns, canais de consulta e tudo o mais que foi citado neste artigo, pode contribuir, a médio e longo prazo, no

²⁵MASHAW, Jerry L. Reinventando o governo e reforma regulatória: estudos sobre a desconsideração e o abuso do direito administrativo. In: MATTOS, Paulo et al. *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. Trad. Caio M. da S. Pereira Neto. São Paulo: Editora 34, 2004, p. 296.

resultado de respostas verdadeiramente satisfativas à sociedade e à organização administrativa do próprio Estado.

Ainda que o país possua uma tendência de colocar todos os males estatais na conta da corrupção sistemática noticiada diuturnamente nos meios de comunicação, além de duramente vivenciada quando do uso de determinados serviços públicos, é preciso ter ciência de que esse é um mal a que qualquer organização, de qualquer país, se encontra sujeita. Por outro lado, propiciar um terreno administrativo com ferramentas úteis e transparentes, que envolvam a tomada de decisões e, sobretudo, recursos públicos, parece o melhor atalho para o desenvolvimento da estrutura e organização administrativa.

A defesa e o cuidado da boa gestão terá o condão de garantir resultados eficazes e contínuos entre um mandato político e outro, ou quando da substituição de gestores de outras naturezas que não somente a política, por qualquer razão que seja, diminuindo o passivo jurídico que muitos órgãos precisam lidar, o que em alguns casos retira destes suas margens negociais, por terem seus nomes inscritos em cadastros negativos ou envolvidos em ações judiciais de longo prazo, que terminam por vincular parte de seus orçamentos a um contingenciamento de ordem legal.

O tratamento diferenciado a ser dispensado a gestores públicos pelos órgãos de controle, principalmente, de forma a substituir a aplicação de sanções por uma educação gerencial, ainda que a priori não seja esse o papel direto do fiscal, também se mostra arrazoado para o cenário atual.

Frise-se que a maioria dos organismos de auditoria e controle tem em seus regimentos internos a atribuição de prestar consultas a seus jurisdicionados, o que finda por não ocorrer na quantidade e qualidade esperada, por justificativas fundadas na mesma seara administrativa, frequentemente explicadas pela carência de tempo em meio a outros trabalhos finalísticos ditos de maior importância e prioridade, o que se soma à carência de recursos humanos com disponibilidade para tal.

Por todo exposto, essa problemática não poderá aguardar muito tempo no estado de inércia deliberada que alimenta a ineficiência estatal apenas para preservar agentes públicos de eventuais procedimentos de averiguação acerca de suas atribuições, tudo isso para que a suas fichas funcionais ou carreiras políticas não fiquem expostas a intempéries administrativas que obstaculizem seus projetos futuros e carreiras, o que de fato deve ser em certa medida objeto de proteção em todo esse complexo sistema organizacional.

REFERÊNCIAS

- ABAR. *Valor*: O apagão de canetas dos agentes públicos. Disponível em: <<https://abar.org.br/2018/08/02/valor-o-apaga%CC%83o-de-canetas-dos-agentes-publicos/>>. Acesso em: 4 de mar. 2021.
- BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade: Para uma Teoria Geral da Política*. 14. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 set. 2020.
- _____. *Decreto-lei nº 200*, de 25 de fevereiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm>. Acesso em: 21 set. 2020.
- _____. *Lei nº 8.112*, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18112cons.htm>. Acesso em: 2 mar. 2021.
- _____. *Lei nº 8.666*, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 26 mai. 2021.
- _____. *Lei nº 13.655*, de 25 de abril de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm>. Acesso em: 14 mai. 2021.
- _____. *Lei nº 8.429/92*, de 2 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm>. Acesso em: 24 mai. 2021.
- _____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Modelo de Excelência em Gestão Pública*. Brasília: SEGEP, 2014. Disponível em: <<http://www.gespublica.gov.br/sites/default/files/documentos/modelodeexcelenciaemgestaopublica2014.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2020.
- CASTRO, Sebastião Helvecio Ramos de; SIMÕES, Raquel de Oliveira Miranda. A Política Suricato de Fiscalização Integrada do TCEMG: rumo à eficácia dos serviços prestados e ao aperfeiçoamento da democracia. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 19, n. 105, set./out. 2017.
- CONESA, Pierre. *Surtout ne rien décider*. Paris: Robert Laffont, 2014, p. 9.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2019*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>> Acesso em: 18 abr. 2021.
- DUTRA, Pedro e REIS, Thiago. *O Soberano da Regulação: O TCU e a Infraestrutura*. São Paulo: Singular, 2020.
- FREITAS, Jardiel Pereira de. *Responsabilização dos agentes públicos na Lei de Improbidade Administrativa e os impactos da corrupção no serviço público*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/responsabilizacao-dos-agentes-publicos-na-lei-de-improbidade-administrativa-e-os-impactos-da-corrupcao-no-servico-publico/>>. Acesso em: 25 mai. 2021.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle. *Direito do Estado*, n. 71, 31 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>>. Acesso em: 23 abr. 2021.

INSTITUTO SERZEDELLO CORRÊA. *Responsabilidade de agentes em licitações*. Aula 2. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/73636933/responsabilidade-de-agentes-em-licitacoes-aula-2-pdf>>. Acesso em: 23 fev. 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018.

LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. O Medo e o Ato Administrativo. *Direito do Estado*, ano 2016, n. 289, nov. 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rodrigo-tostes-mascarenhas/o-medo-e-o-ato-administrativo>. Acesso em: 28 mar. 2021.

MASHAW, Jerry L. Reinventando o governo e reforma regulatória: estudos sobre a desconsideração e o abuso do direito administrativo. In: MATTOS, Paulo et al. *Regulação econômica e democracia – o debate norte-americano*. Trad. Caio M. da S. Pereira Neto. São Paulo: Editora 34, 2004, p. 296.

MATIAS-PEREIRA, José. *Manual de Gestão Pública Contemporânea*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

RIBEIRO, João Ubaldo. *Política: Quem manda, Por que manda, Como manda*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1998.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Direito Administrativo do Medo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

SOUZA, Luciana Cristina de. Mandado de injunção como instrumento de acesso a direitos e a Lei no 13.655/2018. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 56, n. 224, p. 187-204, out./dez. 2019. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/224/ril_v56_n224_p187>. Acesso em: 20 mai. 2021.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Acórdão nº 1079/2019*. Relator: Vital do Rêgo. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1119620181.PROC/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%2520C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uid=bc54c40-f42b-11e9-b15e-f383e475037a>. Acesso em: 27 fev. 2021.

_____. *Acórdão nº 680/2009*. Plenário. Relator: Augusto Sherman. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A68

0%2520ANOACORDAO%253A2009/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 26 fev. 2021.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão 949/2010 - Plenário. Relator: Raimundo Carreiro. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordaocompleto/*/NUMACORDAO%253A949%2520ANOACORDAO%253A2010/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 26 fev. 2021.

_____. *Ata nº 40*, de 17 de outubro de 2018. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/atas/TCU_ATA_0_N_2018_40.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2021.

_____. *Auditoria Operacional sobre Obras Paralisadas*. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/auditoria-operacional-sobre-obras-paralisadas.htm>>. Acesso em: 12 de abr. 2021.

_____. *Responsabilização de Agentes Segundo a Jurisprudência do TCU: uma abordagem a partir de Licitações e Contratos (Aula 1 a 5)*. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/responsabilizacao-de-agentes-segundo-a-jurisprudencia-do-tcu-uma-abordagem-a-partir-de-licitacoes-e-contratos-aulas-1-a-5.htm>>. Acesso em: 20 abr. 2021.