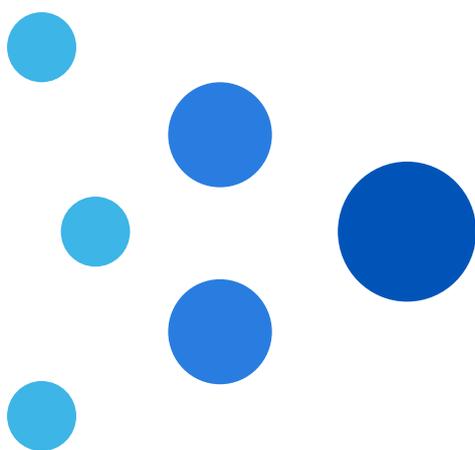


Segurança jurídica para lideranças públicas

e o “apagão das canetas”



VAMOS

TRANSFORMAR LIDERANÇAS
NO SETOR PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

UMA PARCERIA

FUNDAÇÃO
Lemann 

 **humanize**

República.org



Movimento
Pessoas à Frente
JUNTAS POR UM MELHOR ESTADO

 **sbdp**
sociedade brasileira
de direito público

Apresentação

O Movimento Pessoas à Frente tem a convicção de que uma boa política de lideranças e gestão de pessoas no setor público são centrais para transformar o país. Somos uma iniciativa suprapartidária que busca construir coletivamente diretrizes e evidências com objetivo de contribuir para uma gestão mais efetiva do Estado brasileiro, que entregue melhores serviços e políticas públicas para a população. Além disso, ajudamos a construir e viabilizar propostas que criem melhores condições de trabalho para gestores públicos, com foco em lideranças.

Contamos com especialistas, parlamentares, integrantes dos poderes públicos federal e estadual, sindicatos e terceiro setor com visões políticas, sociais e econômicas plurais. Acreditamos que um melhor Estado precisa de evidências de qualidade para pautar suas políticas públicas. Conhecer e compreender profundamente a realidade brasileira e internacional é fundamental para termos decisões melhores e alcançarmos políticas públicas mais eficazes.

Por isso, lançamos a coleção “Conhecimento em Movimento”, que reúne os estudos produzidos pelo Movimento Pessoas à Frente para contribuir com o debate sobre lideranças públicas, gestão de pessoas, diversidade, equidade, transparência de dados e outros temas relevantes para os temas com os quais trabalhamos.

Em 2023, lançaremos os textos completos e os respectivos sumários executivos dos seguintes estudos:

1. Sistema de alta direção no Brasil: o que podemos aprender com (as experiências) o Chile e a França
2. Panorama da legislação brasileira da promoção da diversidade no setor público
- 3: Segurança jurídica para lideranças públicas e o “apagão das canetas”
- 4: Cargos em comissão: as tendências dos julgamentos do TCU e do STF

Convidamos você à leitura, às reflexões e ao debate.

Depois da leitura, entre em contato com a gente nas nossas redes. Queremos saber sua opinião e seguir em diálogo, mantendo o conhecimento sempre em movimento.

Secretaria Executiva
Movimento Pessoas à Frente



Relatório

Segurança jurídica e responsabilização nos cargos públicos de liderança

Núcleo de Inovação da Função Pública - sbdp

Apoio

Vamos (Fundação Lemann, Instituto Humanize, República.org)
Movimento Pessoas à Frente

Introdução

Entre gestores públicos e especialistas é recorrente a percepção de que haveria um “apagão das canetas” no setor público brasileiro. Isto é, de que os agentes ocupantes de cargos de liderança no setor público não teriam segurança para tomar decisões, por medo de responsabilização desmedida no âmbito dos controles da administração pública.

Nesse sentido, a estrutura jurídica atual, naquilo que se relaciona aos sistemas de responsabilização, favoreceria a “não decisão” por parte de agentes públicos responsáveis pela tomada de decisões.

No passado recente, o tema ganhou grande atenção por conta da edição da Lei 13.655, de 2018, que acrescentou na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) disposições sobre segurança jurídica na criação e aplicação do direito público.

Tal reforma buscou conferir maior segurança para a tomada de decisões por agentes públicos a partir de elementos como:

I - no reforço à motivação das decisões administrativas, considerando suas consequências;

II - no conforto ao gestor público para tomada de decisão, tendo em vista o cenário ao seu redor, incluindo dificuldades e obstáculos;

III - na proporcionalidade e adequação de sanções;

IV - em restrições à revisão administrativa; e

V - na ampliação da participação social.

Ademais, cabe apontar que, de modo mais genérico, normas já preveem a segurança jurídica como elemento a ser respeitado no âmbito da administração pública. Na esfera federal, a segurança jurídica é referida, por exemplo, no art. 2º da Lei nº 9.784/1999 (Lei do Processo Administrativo Federal): “a Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da (...) segurança jurídica”.

E o que significa segurança jurídica, em especial no âmbito da tomada de decisões públicas?

Segurança jurídica, na prática, representa a estabilidade das relações jurídicas, sobretudo em decisões públicas, permitindo ao gestor público a liberdade para realizar as ações que julgar mais adequadas ao desempenho de políticas públicas.

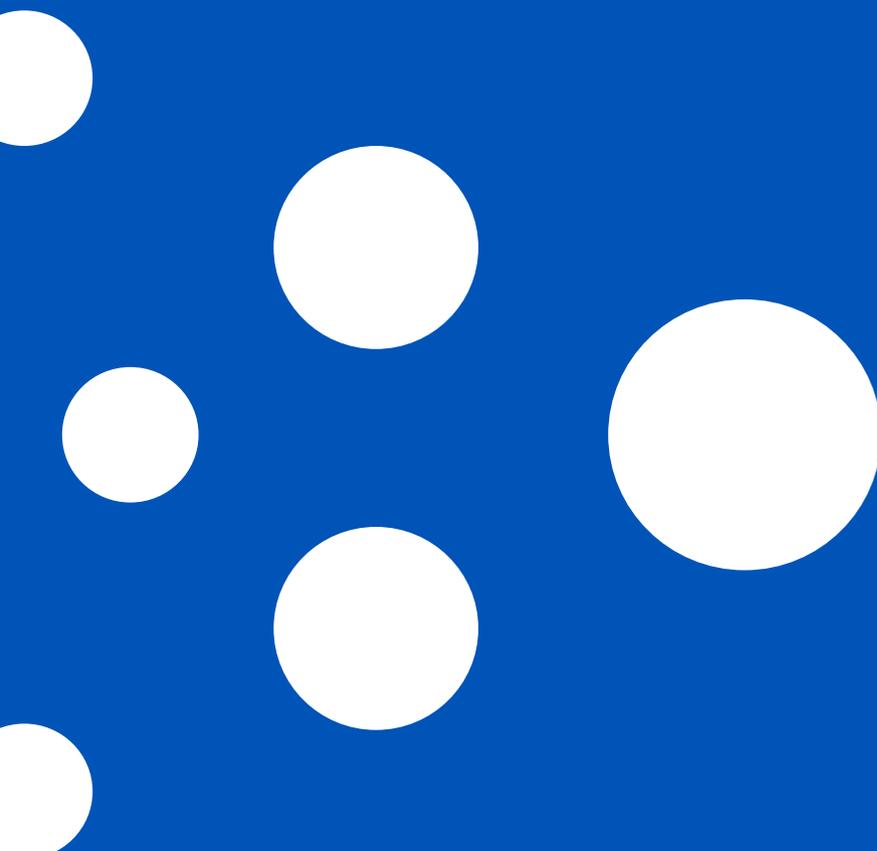
Por tanto, o conceito de “segurança jurídica” considera não só o lado do administrado, mas também o papel do gestor/agente público.

Ao tomar decisões, o gestor público precisa ter a segurança de que os órgãos de controle (Ministério Público, tribunais de contas, controles internos etc.) encarregados de supervisionar irão atuar com previsi-

bilidade, a partir de entendimentos já estabelecidos ou, ainda, informando previamente sobre mudanças de interpretações.

Para aprofundar o tema, informar o debate público, e contribuir com diretrizes para futuras reformas, o presente relatório busca explorar o tema da “segurança jurídica e responsabilização nos cargos públicos de liderança”.

Com esse objetivo, o presente estudo se divide em três partes: a primeira discute quais são as tensões existentes entre segurança jurídica e responsabilização; a segunda analisa as principais estruturas jurídicas de responsabilização de agentes públicos responsáveis por tomar decisões; por fim, a terceira traz sugestões de diretrizes para futuras reformas que busquem conferir maior segurança aos ocupantes de cargos públicos de direção, levando em conta os aprendizados adquiridos a partir de experiências recentes.



1. Segurança jurídica e responsabilização: conceitos em tensão?

1.1 Segurança jurídica, responsabilização e o *rule of law*

Ao final do século XX, o Brasil experimentou diversas reformas jurídicas. Com o término do período ditatorial, foi necessário reconstruir o Estado democrático de direito, o que demandou a elaboração de nova Constituição e o fortalecimento de diversas instituições públicas.

Tais reformas foram influenciadas pelas ideias jurídicas vigentes no pensamento nacional e internacional da época, dentre as quais parecem ter se destacado aquelas pertencentes ao movimento do *rule of law*. Tal movimento reunia – e continua reunindo – diferentes atores, de acadêmicos a formuladores de políticas públicas, em torno da ideia de que, por meio do Direito, seria possível promover o desenvolvimento social e econômico de uma nação.¹

Rule of law não possui sentido único², mas podemos identificar alguns elementos centrais ao movimento. Thomas Carothers explica que *rule of law* é o sistema no qual as leis são conhecidas pelo público, com significado claro e aplicadas igualmente a todos.

Tais leis representam liberdades políticas e civis com status de direitos humanos universais, sobretudo o direito de qualquer acusado a uma defesa ampla e justa, com presunção de inocência.

Além disso, as instituições responsáveis pela administração da justiça devem ser razoavelmente justas e eficientes, com juízes imparciais e independentes.³

Os diferentes sentidos de mostram duas grandes ordens de preocupações, que influenciaram as reformas jurídicas no Brasil. De um lado, a preocupação com o adequado funcionamento do sistema jurídico, seja para garantir a previsibilidade nas relações econômicas ou para preservar o próprio sistema. De outro, a preocupação em garantir segurança jurídica, seja contra intervenções do Estado na livre economia ou do aparato de controle público contra gestores – é nessa segunda ordem de preocupações, portanto, que se insere a questão da segurança jurídica no âmbito dos cargos públicos de liderança.

Tais preocupações originaram diferentes tendências reformistas, sendo que aqui duas merecem destaque. A preocupação com o adequado funcionamento do sistema jurídico está ligada ao surgimento de movimentos de reformas para ampliação do combate à corrupção.

Isso nasceu do entendimento de que a corrupção teria um efeito negativo sobre as instituições, comprometendo o desenvolvimento nacional. A corrupção prejudicaria o funcionamento do sistema jurídico por concentrar poder em indivíduos, e não nas instituições, favorecendo decisões arbitrárias ao invés de obediência ao direito.

¹O movimento do rule of law herdou essa ideia de outro movimento, mais antigo, chamado Direito e Desenvolvimento. Ver David Trubek, "The "Rule of Law" in Development Assistance: Past, Present, and Future", In: TRUBEK, D.; SANTOS, A. The new law and economic development: a critical appraisal. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. ²Alvaro Santos, "The World Bank's uses of the "Rule of Law" promise in economic Development", In: TRUBEK, D.; SANTOS, A. The new law and economic development: a critical appraisal. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 257. ³Thomas Carothers, "The Rule of Law Revival", In: CAROTHERS, Thomas (ed), Promoting the Rule of Law abroad: in search of knowledge, Massachusetts: Carnegie Endowment for International Peace, 2006. p. 96



Há preocupação, sobretudo, com o exercício de poderes públicos sem transparência, de modo abusivo, e sem controles.

Em vista disso, as proposições de reformas orientadas por tal preocupação tinham por estratégia central a criação de instâncias de controle da ação administrativa, sobretudo por meio do fortalecimento do Judiciário, assegurando que os agentes públicos poderiam ser responsabilizados por seus atos.⁴

A preocupação com a segurança jurídica, por sua vez, teve relação com o surgimento de movimentos reformistas em prol dos direitos humanos e de garantias individuais, nos âmbitos público e privado.

Essa pauta nasceu do entendimento de que a efetiva segurança jurídica requereria leis nacionais assegurando tal proteção. Nesse sentido, as propostas de reformas pregavam sobretudo a criação de garantias constitucionais e de acesso à Justiça.

A ideia é que haveria o desmantelamento de sistemas autoritários, seguido da criação das instituições necessárias para a preservação das liberdades democráticas.⁵

Em suma, as preocupações existentes dentro do movimento do originaram dois movimentos de reformas, um em favor do combate à corrupção, e outro em favor da segurança jurídica. Ambos os movimentos influenciaram a construção do regime jurídico do setor público, inclusive no âmbito dos cargos de liderança.

1.2 Reflexos do *rule of law* no Brasil

As preocupações inerentes ao , ainda que de forma não expressa, se fizeram presentes nas reformas jurídicas ocorridas no Brasil nos anos 80 e 90, tanto em âmbito constitucional como infraconstitucional.

No caso do Brasil, as ideias de segurança jurídica e responsabilização parecem ter sido potencializadas, inclusive, pelo momento que o país vivia, com a reconstrução do Estado democrático de Direito após um longo período de autoritarismo.

A preocupação com a responsabilização se traduziu, sobretudo, no fortalecimento das instituições de combate à corrupção e irregularidades administrativas. Já a preocupação com a segurança jurídica se materializou em extenso rol de garantias fundamentais na Constituição de 1988 e de proteções ao gestor público de boa-fé – por exemplo, por meio da já mencionada reforma da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro em 2018.

E como ocorreu a incorporação de cada uma dessas preocupações?

Para descrevermos os impactos da preocupação com segurança jurídica, utilizaremos o exemplo do Ministério Público (MP), que passou por importantes reformas a partir dos anos 1980.⁶

⁴Alvaro Santos, "The World Bank's uses of the "Rule of Law" promise in economic Development", op. cit., p. 274 e ss. ⁵David Trubek, "The "Rule of Law" in Development Assistance: Past, Present, and Future", op. cit. p. 12. ⁶Sobre o movimento de fortalecimento do MP nesse período, ver Ricardo Kanayama, "Improbidade por violação aos princípios da administração pública: Um diagnóstico da fundamentação das decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo", Dissertação de mestrado, 2020. p. 27 e seguintes.

A Constituição de 1988 trouxe grandes inovações para o Ministério Público, a começar pela sua localização dentro do próprio texto constitucional, em capítulo à parte dos três Poderes denominado “Das Funções Essenciais à Justiça”⁷. A Carta ainda definiu o MP como “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado”⁸, assegurou sua “autonomia funcional e administrativa”⁹ e conferiu à instituição competência para propor leis sobre “a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público”¹⁰.

No plano infraconstitucional também ocorreram relevantes inovações. Em 1985, a Lei da Ação Civil Pública - LAC (Lei 7.347/1985) conferiu ao MP mandato para defender direitos difusos e coletivos, por meio de ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais ao meio ambiente, consumidor, bens de valor artístico etc.

Alguns anos depois, em 1992, houve a edição da Lei de Improbidade Administrativa - LIA (Lei 8.429/1992), que tem por objetivo combater “atos de improbidade praticados por qualquer agente público”¹¹. A LIA se destaca por exigir dos agentes públicos o cumprimento “estrito” de deveres com elevado grau de indeterminação, como a “observância dos princípios” da administração¹², elencando extenso rol de sanções para o seu descumprimento¹³. No centro da LIA, o legislador colocou justamente o MP, que é o autor por excelência da ação de improbidade.¹⁴

Essas reformas fortaleceram o MP a tal ponto que chegaram inclusive a produzir desequilíbrios. Em especial a edição da Lei de Ação Civil Pública e da Lei de Improbidade Administrativa facilitaram e estimularam o ajuizamento de ações pelo MP contra a administração e seus agentes.

Em decorrência, ampliaram também as possibilidades de atuação dos juízes, que podem impor diferentes tipos de medidas, desde multas até obrigações de fazer.

1.3 Tensões existentes entre as preocupações com segurança jurídica e responsabilização

Para o , o fortalecimento das instituições de controle e a garantia de segurança jurídica, em teoria, parecem ser compatíveis e até complementares¹⁵. Contudo, ao menos no Brasil, a preocupação com “responsabilização” parece ter entrado em tensão com aquela relativa à “segurança jurídica”.

É que há casos nos quais a amplitude da preocupação com a responsabilização parece limitar a segurança jurídica – por exemplo no âmbito da tomada de decisões por agentes públicos. Isto é, parece prevalecer a preocupação com responsabilização, em sacrifício, ao menos em parte, da segurança jurídica.

Para ilustrar tal fenômeno, continuaremos usando o exemplo do MP, aqui em sua atuação mediante o ajuizamento de ações de improbidade.

Rodrigo Kanayama e Ricardo Kanayama apontam que as sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa¹⁶, por não terem contornos claros, por vezes recebem interpretações ampliativas que relativizam a segurança jurídica em favor de um suposto interesse público.¹⁷

⁷É o capítulo IV. ⁸Art. 127, Caput. ⁹Idem, § 2º. ¹⁰Art. 128, § 5º. ¹¹Art. 1º, caput. ¹² Art. 4º. ¹³ Carlos Ari Sundfeld, “Direito administrativo para céticos”, 2ª ed. rev. ampl., São Paulo: Malheiros, 2017. p. 329. ¹⁴Idem, p. 331. ¹⁵Thomas Carothers, “The Rule of Law Revival”, op. cit., p. 3. ¹⁶Art. 12. ¹⁷Rodrigo Luís Kanayama e Ricardo Alberto Kanayama, “A interpretação da Lei de Improbidade Administrativa entre o interesse público e os direitos individuais de defesa”, Revista de Direito Administrativo, v. 279, n. 3, p. 245-273, 2020. p. 255 e ss.



No caso da “multa civil”, por exemplo, os autores explicam que dúvida recorrente é a possibilidade de transmissão da sanção aos herdeiros do agente condenado por improbidade caso este faleça.

A Lei de Improbidade Administrativa dispõe que o herdeiro do agente condenado por improbidade deve responder pelos danos ao erário público e pela lesão ao patrimônio público causados pelo falecido sucedido¹⁸. Como a multa civil não tem caráter ressarcitório, mas apenas sancionatório, não se incluiria nessa hipótese de transmissibilidade.

O entendimento pela não transmissibilidade da multa civil tem por base justamente a garantia constitucional de que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”, de modo que apenas a “obrigação de reparar o dano” e a “decretação do perdimento de bens” podem ser “estendidas aos sucessores”¹⁹. Desse modo, a não transmissibilidade da multa civil nas ações de improbidade seria a concretização da segurança jurídica.²⁰

Contudo, é comum a defesa, inclusive em juízo, de que a multa da improbidade teria natureza civil, e não penal, o que autorizaria a relativização da garantia constitucional e permitiria a ampliação do escopo da sanção, de modo que a multa civil seria transmissível aos herdeiros.

Como fica claro, é uma leitura que parece preterir a garantia individual à segurança jurídica, mas que tem sido parcialmente aceita pelos tribunais, que para determinados tipos de improbidade aceitam a transmissibilidade da multa civil para os herdeiros.²¹

Esse exemplo ilustra, de modo concreto, a relevância, para a compreensão do cenário brasileiro, das ideias ligadas ao rule of law em âmbito mais abstrato.

¹⁸ Art. 8º. ¹⁹ Art. 5º, XLV, da Constituição. ²⁰ Rodrigo Luís Kanayama e Ricardo Alberto Kanayama, “A interpretação da Lei de Improbidade Administrativa entre o interesse público e os direitos individuais de defesa”, op. cit., p. 263 e ss. ²¹ Ver, por exemplo, REsp 951.389 – SC, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 09 de junho de 2010.



2. Panorama das estruturas jurídicas de responsabilização dos ocupantes de cargos públicos de liderança

2.1 Sistemas de responsabilização no Brasil

O sistema de responsabilização, no âmbito do setor público, abrange todos os elementos necessários à apuração, investigação e sanção no ordenamento brasileiro. Os elementos que compõem o sistema de responsabilização são normativos, institucionais e sociais.

Do ponto de vista normativo, o sistema é constituído por normas de processo administrativo, as quais regulam os tipos de controle e de sanção, preveem as entidades competentes para condução das investigações e dos processos administrativos e as garantias necessárias, em todos os níveis da Federação.

Normas de organização administrativa também compõem essa estrutura, e não apenas as normas que tratam da responsabilidade por atos lesivos à Administração Pública, tal como a LIA e a Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013).

No âmbito institucional, o sistema abrange entidades do Poder Executivo (como a Controladoria-Geral da União, em nível federal), Judiciário e Legislativo (como o Tribunal de Contas da União e os demais Tribunais de Contas Estaduais e Municipais, por exemplo).

Além disso, o sistema abrange tanto o controle interno da Administração (que é aquele que cada um dos Poderes exerce sobre seus próprios atos e agentes), como o controle externo (exercido por um Poder sobre o outro, observados os limites de cada competência).

Já os mecanismos de controle social estão relacionados à atuação da sociedade civil no combate à corrupção, seja através do Poder Judiciário (por exemplo, por meio de ações populares), seja através da atuação da mídia e de organizações do terceiro setor que buscam divulgar e promover ações de enfrentamento à improbidade.

2.2. Atores dos sistemas de responsabilização

A administração pública está sujeita a diversas instâncias de controle, que têm por objetivo, fundamentalmente, assegurar a legalidade da atuação administrativa.

Tais instâncias de controle podem estar situadas dentro da própria máquina pública (controle interno), ou fora dela (controle externo). Além disso, o controle externo pode ser realizado tanto pela via administrativa como judicial.

O controle interno consiste na fiscalização realizada pela própria Administração sobre os atos e atividades de seus órgãos e entidades. Algumas modalidades de controle interno são o controle hierárquico realizado por órgãos superiores em relação a órgãos subordinados, as ouvidorias, e as controladorias.²²

²²Ver MEDAUAR, Odete. Controles Internos da Administração Pública. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, v. 84/85, p. 40-55, jan 1990, p. 40 e ss.; LIMA, Liliâne Chaves Murta de. Controle Interno na Administração Pública: O Controle Público na Administração como um Instrumento de Accountability. 2012. 72 f. Monografia (especialização) - Escola da AGU, Brasília, 2012, p. 16 e ss.; SCHIRATO, Vitor Rhein. O controle interno da Administração Pública e seus mecanismos. Revista dos Tribunais, v. 956, p. 25-50, 2015, p. 30 e ss.



Exemplo de controle interno no âmbito federal é a Controladoria-Geral da União (CGU), que tem como uma de suas funções tomar as providências “necessárias à defesa do patrimônio público, ao controle interno, à auditoria pública, à correição, à prevenção e ao combate à corrupção, às atividades de ouvidoria e ao incremento da transparência da gestão no âmbito da administração pública federal”.²³

O controle externo, por sua vez, é aquele realizado por órgãos e entidades não pertencentes à estrutura da Administração Pública (ou seja, pertencentes a outros Poderes)²⁴. O controle externo pode ser realizado pelo Poder Judiciário (controle jurisdicional), diretamente pelo poder Legislativo (por meio de comissões parlamentares de inquérito, por exemplo) ou por Tribunais de Contas (na qualidade de auxiliares do Poder Legislativo).seleção é centralizada em órgão especializado. No caso francês, as diretrizes são antes de tudo autorizativas para a administração.

2.2.1. Controle interno dos cargos públicos de liderança

O controle interno é o sistema de controle mais próximo do agente que exerce função pública de liderança. A Constituição prevê que cada Poder contará com “sistema de controle interno com a finalidade de:

- I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;
- II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;
- III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;
- IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional”.²⁵

Fica claro, do texto constitucional, que o sistema de controle interno é responsável tanto pela prevenção e correção de ilegalidades, como por conferir suporte ao gestor público – sobretudo aquele que ocupa cargo de liderança, responsável pela tomada de decisões públicas.

Em âmbito federal, a autoridade central de controle interno é a Controladoria-Geral da União (CGU). As atribuições da CGU estão previstas, atualmente, no Decreto 11.330/2023. Função das mais relevantes da CGU é a de “realizar inspeções, apurar irregularidades, instaurar sindicâncias, investigações e processos administrativos disciplinares”²⁶. Esse tipo de procedimento pode ser instaurado não apenas em relação aos cargos públicos de liderança, mas em relação aos agentes públicos em geral.

No caso dos cargos de liderança, contudo, o decreto prevê uma proteção ao gestor público, prevendo que a imposição de sanção é de competência da mais alta autoridade da CGU: “ao Ministro de Estado da Controladoria-Geral da União, no exercício de sua competência, incumbe, em especial ... a aplicação das penas de ... destituição de cargo em comissão ou destituição de função de confiança”.²⁷

Mas a atuação da CGU, na repressão de ilícitos, não se restringe à remoção do cargo de liderança. O já mencionado decreto prevê que:

²³Lei 13.844/2019, art. 51, I. ²⁴Ver MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno, 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 413; OLIVEIRA, Pedro Ivo Melo de. Controle Interno da Administração Pública Instrumento de Proteção ao Erário. 2011. 109 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011, p. 35. ²⁵Art. 74, caput. ²⁶Art. 1º, § 1º, II. ²⁷Art. 2º I.



“A Controladoria-Geral da União encaminhará à Advocacia-Geral da União os casos que configurarem improbidade administrativa e aqueles que recomendarem a indisponibilidade de bens, o ressarcimento ao erário e outras providências a cargo da Advocacia-Geral da União”.

Fica claro, portanto, que no sistema de responsabilização (notadamente dos ocupantes de cargos de alta liderança), o papel da CGU é marcado pela realização de auditoria, investigação e apuração, cabendo a ela, quando constatado ilícito, provocar outras autoridades, para que estas tomem as medidas administrativas e judiciais cabíveis.

2.2.2. Controle externo dos cargos públicos de liderança

Controle externo de caráter administrativo

O controle administrativo externo dos cargos públicos de liderança é realizado pelos Tribunais de Contas. Em âmbito federal, tal controle é realizado pelo Tribunal de Contas da União, e em cada estado, pelo respectivo Tribunal de Contas.

A constituição atribui ao TCU a função de auxiliar o Congresso Nacional na “fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas”.²⁸

Cabe ao TCU “julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta”²⁹; “apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta”³⁰; “realizar ... inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário”.³¹

O TCU tem uma relação bastante próxima com os ocupantes de cargos de liderança. Isso porque os ditos “responsáveis”, que devem prestar contas do tribunal, são justamente os ocupantes dos cargos públicos que têm poder decisório. Nesse sentido, o julgamento de contas se dá diretamente sobre os ocupantes de cargos públicos de direção, no tocante a sua atuação que possa ter impacto no âmbito financeiro do estado.

A lei orgânica do TCU prevê que, diante da constatação de irregularidades, o tribunal:

- I - definirá a responsabilidade individual ou solidária pelo ato de gestão inquinado;
- II - se houver débito, ordenará a citação do responsável para, no prazo estabelecido no Regimento Interno, apresentar defesa ou recolher a quantia devida;
- III - se não houver débito, determinará a audiência do responsável para, no prazo estabelecido no Regimento Interno, apresentar razões de justificativa;
- IV - adotará outras medidas cabíveis.

Após o processo de deliberação, caso o agente seja condenado, o tribunal poderá ordenar a restituição do prejuízo causado aos cofres públicos e aplicar multa.

²⁸Constituição Federal, art. 70, caput. ²⁹Idem, art. 71, II.³ Idem, ibidem, III. ³¹ Idem, ibidem, IV.



Além disso, assim como a CGU, os tribunais de contas têm relevante atuação por meio de auditorias e inspeções. E diante da constatação de irregularidades, “comunicará às autoridades competentes dos poderes da União o resultado das inspeções e auditorias que realizar, para as medidas saneadoras das impropriedades e faltas identificadas”³².

Desse modo, no tocante aos cargos de liderança, os Tribunais de Contas atuam tanto a partir da apreciação das contas desses agentes – com imposição de sanções –, como a partir da provocação de outras autoridades em decorrência da constatação de irregularidades.

Controle externo de caráter judicial

O controle externo de caráter judicial da administração é feito no âmbito do Poder Judiciário, mediante provocação das autoridades competentes. No caso dos cargos públicos de liderança, o ator central no sistema de responsabilização é o Ministério Público (MP).

A Constituição define o MP como “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”³³. É função institucional do MP, por exemplo, “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público”³⁴.

Em relação aos cargos públicos de liderança, a atuação do MP ocorre, sobretudo, por meio do ajuizamento de ações de improbidade administrativa contra gestores públicos. A Lei de Improbidade Administrativa – LIA (Lei 8.429/1992), portanto, é elemento central no âmbito da responsabilização pelo MP dos ocupantes de cargos públicos de liderança.

A LIA é uma das leis para o controle da probidade na Administração Pública. Ela tem por objetivo proteger o patrimônio público, punindo atos de enriquecimento ilícito, que causam danos ao erário ou que violem os princípios da Administração Pública.

Enriquecimento ilícito significa auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades públicas. Dano ao erário consiste em ato que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades públicas. E violação aos princípios da Administração Pública é o ato que viola os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições.

Como os cargos públicos de liderança estão conectados à tomada de decisões públicas, os ocupantes de tais cargos frequentemente são alvo da atuação do MP por meio da LIA.

Não obstante, estão submetidos à LIA todos os agentes públicos, que a lei conceitua, de maneira abrangente, como “todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função pública.”

Portanto, o conceito de agente público inclui o servidor público efetivo, o agente comissionado, os empregados celetistas, o agente político (Prefeitos, Governadores, Vereadores, Deputados, Senadores, Secretário, Ministros etc.). O Presidente da República é o único agente que não está sujeito à LIA durante o exercício do mandato.

³²Art. 41, § 2º. ³³Art. 127. ³⁴Art. 129, III.



Pela prática de qualquer ato de improbidade, o agente público (inclusive o ocupante de cargo de liderança) pode ser punido com as seguintes sanções:

- I - perda dos bens e valores obtidos ilicitamente
- II - ressarcimento do dano ao erário;
- III - perda do cargo público;
- IV - suspensão dos direitos políticos;
- V - proibição de contratar e receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios; e
- VI- multa civil.

2.3. Cargos públicos de liderança e o problema da multiplicidade institucional

Como exposto, os ocupantes de cargos públicos de liderança estão sujeitos a várias “camadas” de responsabilização. Esse fato, por um lado, pode favorecer o combate a ilegalidades, mas por outro, ocasiona insegurança jurídica ao gestor público.

O sistema de responsabilização brasileiro³⁵ é marcado pela multiplicidade institucional, que pode ser entendida como a “diversificação de instituições desempenhando uma função específica, como a existência simultânea de múltiplas formas de punição e diferentes sanções que se reforçam”³⁶. Em outras palavras, há um cenário de “muitas instituições com competências concorrentes e complementares lidando com uma mesma situação problemática”³⁷.

Carson e Prado (2016) sustentam que a multiplicidade institucional pode ocasionar efeitos positivos para a repressão à corrupção. Isso porque a sobreposição funcional seria capaz de reduzir o risco de falhas em cada etapa do sistema de accountability, melhorando a performance institucional.³⁸

No entanto, também chamam a atenção para possíveis efeitos negativos, uma vez que, em determinados casos, a multiplicidade pode ocasionar ineficiência pela duplicação de funções, gerar concorrência institucional destrutiva, ampliar a corrupção, e ocasionar violação de princípios fundamentais do Estado de direito.³⁹

No Brasil, o tema da multiplicidade institucional tem gerado controvérsias.

Machado e Paschoal (2016) explicam que o ordenamento jurídico brasileiro prevê dezenas de órgãos, nos três poderes e em todos os níveis federativos, desempenhando, de modo concomitante ou sucessivo, as funções de monitorar, investigar, responsabilizar e sancionar por atos de corrupção:

³⁵(2016), que o definem como “todas as instituições que identificam e reagem a atos de corrupção no âmbito do Judiciário, do Legislativo e do Executivo” (MACHADO; PASCHOAL, 2016, p. 20). ³⁶CARSON; PRADO, 2016, p. 59, tradução nossa. ³⁷MACHADO; PASCHOAL, 2016, p. 13. ³⁸Os autores entendem que “corruption is a complex, secretive activity and therefore presents unique challenges to accountability institutions. As such, functional overlap may be the best mechanism to ensure that corruption, whether entrenched or opportunistic, is ultimately exposed and sanctioned. Institutional multiplicity could reduce the risk of failures in each step of the corruption accountability process, increase the resources available and/or enhance institutional performance” (CARSON; PRADO, 2016, p. 63). ³⁹“While reactive institutional multiplicity can offer benefits, it also has a number of potential drawbacks. First, because institutional overlap implies duplication it can sometimes be associated with an inefficient allocation of resources, (...). Second, in some contexts institutional multiplicity may engender destructive competition and encourage individuals in one institution to act in a manner that undermines the efforts of their counterparts (...). Third, insofar as institutional multiplicity increases the number of officials with the power to investigate and punish corruption, there may be an increased incidence of corruption in the processes of holding individuals accountable for corruption. (...) Last but not least, there are concerns that more informal administrative processes, especially those involving merging investigative and punishment functions (...), may violate fundamental principles of a rule of law system” (CARSON; PRADO, 2016, p. 63).

*“Esse cenário de “multiplicidade institucional” — muitas instituições com competências concorrentes e complementares lidando com uma mesma situação problemática — ainda está sendo descrito e suas implicações ainda não foram amplamente identificadas e debatidas. Se, de um lado, a multiplicidade institucional pode levar a decisões inconsistentes e a situações de retrabalho e desperdício de recursos públicos, por outro, ela pode contribuir para minimizar problemas de captura de um ou mais órgãos”.*⁴⁰

Há quem defenda que a distribuição de competências para investigar e punir a mesma conduta entre autoridades independentes representa estratégia adequada para o enfrentamento da corrupção brasileira.

Nesse sentido, Oliveira (2017) defende as vantagens da multiplicidade institucional para o Brasil, que permitiria a complementaridade entre diferentes instituições especializadas e a compensação de eventual falha por algum órgão na cadeia de controle.⁴¹

No entanto, diversos estudos apontam efeitos negativos ocasionados pela multiplicidade institucional. Canetti (2018), por exemplo, entende que a ausência de harmonização entre as diferentes instituições responsáveis pela aplicação da lei pode ampliar os custos da persecução estatal, dificultando a repressão de ilícitos.⁴²

Com relação à multiplicidade institucional no âmbito do controle da administração pública, Marques Neto (2010) entende que as sobreposições e excessos gerados pela diversificação dos agentes controladores podem ocasionar ineficiência⁴³. Em sentido semelhante, Sundfeld (2017) sustenta que a multiplicação de leis instituindo controles sobrepostos sobre a administração teria subestimado o risco de os controladores entrarem em conflito e se sabotarem.⁴⁴

Desse modo, parece que, se por um lado a multiplicidade institucional pode trazer benefícios para o combate à corrupção, por outro há o risco de a sobreposição de competências gerar ineficiência, prejudicando a atuação dos agentes que compõem o sistema anticorrupção brasileiro.

A multiplicidade institucional afeta sobretudo os agentes ocupantes de cargos públicos de liderança, uma vez que, como exposto na presente seção, esses são cargos sujeitos a diversas camadas de responsabilização.

Cargos públicos de liderança na esfera federal, por exemplo, estão sujeitos, a um só tempo, ao controle interno pela Controladoria Geral da União ao controle externo administrativo pelo Tribunal de Contas da União e ao controle externo judicial pelo Ministério Público.

Diversas constatações decorrem desse cenário:

⁴⁰MACHADO; PASCHOAL, 2016, p. 13. ⁴¹O autor sustenta que “em relação às vantagens, a complementação significa que a multiplicidade institucional abre espaço para uma diversidade de métodos e possibilita a especialização das entidades de controle que se complementam para o deslinde e punição dos atos de corrupção. Por sua vez, compensação significa que a multiplicidade institucional permite a detecção e correção de falhas ou omissões de um órgão de controle sobre a atuação de outro órgão. Em suma, ambas são vantagens da multiplicidade institucional que diminuem as possibilidades de falhas do sistema de combate à corrupção” (OLIVEIRA, 2017, p. 329). ⁴²A autora destaca que “a ideia de que a atuação simultânea de diversas autoridades estatais pode otimizar a tutela de determinados bens jurídicos, todavia, (...), não prescinde de uma prévia harmonização entre as atividades de cada uma das instituições pertinentes, sob pena de a confusão entre instâncias incrementar os custos (econômicos, políticos, jurídicos e de capital humano) da persecução estatal, diminuindo as vantagens sociais trazidas pelo combate aos ilícitos contra a Administração”. (CANETTI, 2018, p. 224). ⁴³O autor descreve que, “nos últimos anos, assistiu-se a uma fragmentação do quadro normativo e institucional das atividades de controle, o que muitas vezes faz com que as competências sejam exercidas de maneira sobreposta e excessiva. Nem sempre, no entanto, a multiplicidade de controle gera eficiência, podendo mesmo, se exercido de maneira randômica e sobreposta, constituir entrave ao bom funcionamento da máquina estatal.” (MARQUES NETO, 2010, p. 23) ⁴⁴Segundo o autor, como a prioridade dessas leis [leis penais, Lei de Improbidade Administrativa, Lei Anticorrupção, e leis de licitação], era só multiplicar os controles, elas não quiseram articular as competências todas. A aposta era que os próprios acusados se defenderiam, em cada caso, contra eventuais incoerências ou excessos das autoridades. Com isso o legislador subestimou o risco de os controladores entrarem em conflito e, querendo ou não, sabotarem uns aos outros. E parece que isso está acontecendo na Lava Jato” (SUNDFELD, 2017).

I- questão central é que, com a existência de várias instâncias de responsabilização independentes, o gestor acaba sujeito à interpretação de normas jurídicas por numerosas autoridades, que frequentemente atuam de modo pouco coordenado;

II - a existência de várias esferas de responsabilização também traz um custo, em termos de tempo, aos ocupantes dos cargos de liderança, uma vez que a relação com tais autoridades não é algo simples (seja na prestação de contas, no envolvimento de processo disciplinar, na defesa em âmbito judicial, etc.);

III - a existência de múltiplas esferas de responsabilização é capaz não apenas de afastar indivíduos da ocupação de cargos de liderança, como engessar sua atuação – devido ao receio de responsabilização.



3. Segurança jurídica nos cargos públicos de liderança: diretrizes para futuras reformas

3.1 Como vencer a resistência a reformas jurídicas que alterem o sistema de responsabilização?

Em qualquer assunto jurídico, há opiniões divergentes dos juristas sobre a maneira mais adequada de regulamentar os problemas. Por exemplo, no Direito Tributário, a visão da Fazenda difere da do contribuinte nas hipóteses de incidência tributária. No Direito Penal, é comum os promotores, os advogados e a polícia terem, cada um, visões diferentes sobre as penas. E, mesmo no Direito Civil, em assuntos envolvendo costumes, é comum haver visões mais progressistas e visões mais conservadoras. A democracia possibilita essa pluralidade de opiniões.

Isso não é diferente no tema da responsabilização dos ocupantes de cargos públicos de liderança. Por exemplo: o controle realizado pelo MP, a partir da LIA, é ferramenta central para a responsabilização dos agentes públicos, e a participação do MP na busca de uma gestão pública proba é central. Ninguém deixa de reconhecer os méritos da LIA nesse sentido. Por outro lado, até a reforma da LIA pela Lei 14.230/2021, havia uma percepção geral de que a redação da lei tinha problemas, ensejando ações de improbidade e condenações judiciais sem fundamentos.

Essas duas percepções, existentes no debate público, refletem em grande medida a tensão entre responsabilização e segurança jurídica apresentada na primeira seção deste relatório.

De um lado, há preocupação em se combater a corrupção no setor público – que, de fato, é fundamental. A corrupção, de modo geral, impacta o desenvolvimento econômico e social do país, estando inclusive prevista como um indicador em rankings relativos ao ambiente de negócios, instituições e desenvolvimento social.

A título de exemplo, o Corruption Perceptions Index, da Transparência Internacional, inseriu o Brasil na posição 94 de um total de 180 países, em 2020. O Brasil obteve a nota de 38 pontos de 100, estando mais próximo da categoria de países “amplamente corruptos” do que dos países mais bem avaliados.

Na vida da sociedade, isso representa perda de recursos públicos que seriam destinados à realização de políticas públicas e outras iniciativas de gestão pública. Esse diagnóstico, em um cenário de escassez de recursos, como é o caso do Brasil, aumenta a necessidade de pensar em constantes modernizações do sistema de combate à corrupção, a fim de minimizar tais perdas.

Contudo, é preciso atenção com o resultado de um sistema de responsabilização desbalanceado – que também gera graves custos sociais e econômicos.

A insegurança jurídica advinda de excessos de controle também pode impactar na vida da população ao produzir o fenômeno do “apagão das canetas”.

Gestores públicos, com medo de serem responsabilizados e sem terem certeza sobre os parâmetros utilizados por controladores, podem se sentir inseguros para tomar decisões importantes, atrasando a implementação de políticas públicas destinadas aos cidadãos.



Desse modo, a viabilização de reformas nos cargos públicos de liderança passa, em grande medida, pelo esclarecimento do debate. É preciso que seja ressaltada não apenas a importância da “responsabilização”, mas também os custos gerados pela “insegurança jurídica” fruto do desbalanceamento de controles.

Além disso, como já exposto, o sistema de responsabilização envolve diversos Poderes, entidades e órgãos, atuando em diferentes frentes. Desse modo, a LIA, por exemplo, representa apenas um dos mecanismos utilizados para combater a corrupção na administração pública.

Sua alteração, em 2021, não impactou o sistema de combate à corrupção como um todo, não alterando o funcionamento de outros mecanismos de responsabilização utilizados pelos diversos atores estatais responsáveis por fiscalizar a administração.

O esclarecimento do debate é fundamental para vencer eventuais resistências a reformas, sobretudo quando tal resistência não é embasada em dados da realidade.

3.2 Que tipos de reformas jurídicas podem promover a segurança jurídica nos cargos públicos de liderança?

A análise do sistema de responsabilização realizada no presente relatório traz elementos que contribuem para a formulação de diretrizes voltadas a promover a segurança jurídica no âmbito dos cargos de liderança.

Ponto que chama a atenção é a baixa especialização das normas quanto à responsabilização dos ocupantes de cargos públicos de liderança. Isto é: como exposto por diversas vezes, o sistema de responsabilização tende a tratar todos os agentes públicos do mesmo modo, contendo poucas regras pensadas para o caso específico dos ocupantes de cargos de direção. Possível exceção é o caso das normas que regem a CGU, as quais condicionam a remoção do cargo à deliberação da autoridade superior deste órgão.

A falta de especialização pode ocasionar problemas de diversas ordens. Cargos de liderança estão inseridos em realidades bastante distintas daquela dos demais cargos – seus ocupantes estão sujeitos a deveres, condicionamentos, pressões e responsabilidades próprias da liderança. Parece adequado, portanto, que o sistema de responsabilização tenha parâmetros e métricas próprias para o controle desses cargos. A baixa especialização normativa aumenta a insegurança jurídica existente nesses cargos.

Outra questão central para futuras reformas é a relativa à multiplicidade institucional. A sobreposição de camadas de responsabilização sobre os cargos de liderança gera grande insegurança jurídica aos seus ocupantes. A existência de variadas interpretações, parâmetros, critérios em cada uma das instâncias de responsabilização não apenas engessa a atuação do gestor, como amplia o receio de responsabilizações indevidas.

A especialização das normas voltadas à responsabilização dos ocupantes de cargos públicos de direção passa, portanto, por uma remodelação do tratamento normativo conferido a esses agentes e também pelo aperfeiçoamento da organização do sistema como um todo – a partir da racionalização de suas instâncias.



3.2 Como aprimorar o sistema de suporte aos cargos públicos de liderança?

A análise do sistema brasileiro de responsabilização aponta para mais uma questão central no âmbito dos cargos públicos de liderança. Como fica claro, a legislação contém poucas possibilidades de apoio ao ocupante de cargo de direção, sobretudo no âmbito de sua relação com as autoridades de controle.

A legislação aponta o controle interno (em âmbito federal, a CGU) como possível autoridade de apoio aos gestores públicos. Contudo, em sua maioria, o aparato do sistema de responsabilização volta-se à detecção e à repressão de ilícitos. O controle financeiro e legal da atuação dos ocupantes dos cargos de direção envolve competências específicas quanto a regras de contabilidade, normas jurídicas, de planejamento etc.

Na medida em que a responsabilidade pela gestão recai apenas sobre o ocupante do cargo de liderança, este é demandado a partir de parâmetros de controle que não necessariamente integram o conjunto de competências correlatos à liderança.

Um caminho para o aprimoramento na segurança jurídica da gestão pública, nesse ponto, pode ser a valorização de carreiras públicas voltadas ao apoio dos ocupantes de cargos de direção no tocante à sua relação com as autoridades de controle. Mais do que cargos de assessoramento, há necessidade de postos ocupados por agentes especializados na “gestão da responsabilidade”. Isto é, servidores aptos a amparar as decisões da liderança e se responsabilizar por ela no tocante à integridade jurídica, financeira, contábil, etc.





Movimento Pessoas à Frente

JUNTAS POR UM MELHOR ESTADO

Conheça nossas iniciativas:

movimentopessoasafrente.org.br

