

## Chega de axé no direito administrativo

Por: Carlos Ari Sunfeld

O especialista cobra de si mesmo um dever de fidelidade. Oscar Niemeyer morreu maravilhado com a arquitetura, Vargas Llosa segue amando os livros, Caetano Veloso não renega a Bahia. Com tanta gente feliz em suas áreas, eu, que escolhi o direito administrativo, desde então venho me perguntando: a que exatamente devo ser fiel?

Há quem fale mal - muito mal - do direito administrativo. Os mais animados e sinceros são os gestores públicos. Gilberto Câmara, ex-diretor de uma importante entidade oficial, o Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais, sintetizou o motivo: para as leis, para os controladores e para os juristas, na gestão pública "quase tudo não pode". A máquina pública tem de aplicar recursos financeiros, fazer a gestão de pessoas e contratar bens e serviços, mas nosso direito administrativo dificulta ao extremo essas atividades-meio.

Como então o estado vai cumprir seus fins? Como vai prover de modo adequado os serviços de segurança, saúde, educação, cultura etc.? Como o gestor, que é o encarregado de fazer a coisa acontecer, vai fazer tudo sem poder nada?

É verdade que, em abstrato, ninguém no mundo jurídico contesta que a ação administrativa tenha de ser eficiente e eficaz. Até a Constituição cobra "eficiência" da administração pública (art. 37). Mas vamos falar a verdade: a boa gestão pública não é a prioridade da legislação brasileira, muito menos de seus intérpretes. A prioridade tem sido outra: limitar e controlar ao máximo - até ameaçar - os gestores, em princípio suspeitos de alguma coisa.

A Constituição impõe o concurso público para a admissão de servidores permanentes - o que é um bom princípio - mas as leis e os intérpretes o estragaram, tornando-o rígido demais. Provas orais, entrevistas, exames psicotécnicos e questões mais abertas, por exemplo, são consideradas suspeitas, pelo risco de manipulação. O resultado é que, com o medo de a Justiça anular os concursos, as provas foram ficando super objetivas, focadas só em conhecimento padrão, cada vez mais simplórias. Evitamos que os gestores manipulem os concursos, ótimo, mas também impedimos os concursos de aferirem a real capacidade para o trabalho - um desastre como política de pessoal.

Nossos problemas na máquina pública não vêm de simples imperfeições técnicas nas leis ou nas pessoas. Vêm de algo mais profundo: da preferência jurídica pelo máximo de rigidez e controle, mesmo comprometendo a gestão pública. Boa gestão pode e deve conviver com limites e controles, mas não com esse maximalismo. Sem inverter a prioridade, não há reforma administrativa capaz de destravar a máquina. O novo lema tem de ser: mais sim, menos não; mais ação, menos pressão. Aqui vão quatro ideias interessantes a respeito.

A primeira é que muita burocracia e dirigismo legal inibem mais a gestão que a corrupção, como provam os 20 anos da lei 8.666/93, a famosa lei de licitações, que burocratizou muito e não teve tanto efeito sobre os corruptos. A lei impôs licitação aberta para quase tudo e exigiu que os julgamentos fossem hiper objetivos (pelo menor preço). Mas esse sistema não faz sentido, por exemplo, na contratação de serviços de consultoria, em que a apreciação subjetiva do gestor público (quanto à confiabilidade do consultor, entre outros elementos) é decisiva para uma boa contratação. Só que a lei e as interpretações dos órgãos de controle, sempre limitadoras, não aceitam esse tipo de apreciação. O resultado da rigidez é que o estado sofre com serviços de consultoria muito ruins ou precários - ou recorre a alguma manobra, fugindo das regras.

A segunda ideia é que nem todo controle público vale o custo e o risco. Controladores tendem ao irrealismo, dedicando à segurança um amor de naftalina. A multiplicação de controles aumenta os conflitos, inclusive entre os controladores. Órgãos de controle custam caro. Controladores não são santos: também abusam,

querem poder e vantagens, às vezes politizam. Por que só se fala das qualidades teóricas dos controles e se dá tanto crédito à propaganda dos próprios controladores? Seria melhor fazer avaliações independentes do custo-benefício dos controles.

Em terceiro lugar, temos de rejeitar a uniformidade burocrática. Os diversos órgãos e entidades responsáveis pela ação pública devem ter regimes jurídicos diferentes, na medida da qualidade de sua governança interna. Os órgãos e entidades com governança pública de alto nível (bom controle interno de resultados, por exemplo) devem merecer um voto de confiança, com mais espaço de ação e menos limitação e burocracia, menos controle externo, etc. A Petrobras tem governança interna sofisticada e por isso a lei autorizou para ela um regime próprio de licitações, mais flexível, mais compatível com a boa gestão. É uma solução correta, em geral com bons resultados. Por que não adotá-la para todas as organizações estatais com governança equivalente?

Outro problema é que se espalhou no Brasil uma verdadeira obsessão em punir gestores públicos: falhou, pagou; um exagero. Claro que a corrupção e o desvio de recursos públicos têm de ser combatidos com severidade. Mas grande parte dos processos punitivos contra gestores públicos é por falhas operacionais, por questões formais ou por divergências de opinião. Ora, falhas são próprias de qualquer organização; só não erra quem não age. Os controladores por acaso são punidos quando falham? De outro lado, é normal as opções do gestor não coincidirem com as preferências do controlador: o direito tem muitas incertezas, não é matemática; divergência de interpretação sobre fatos e leis não é crime. Portanto, punição é um erro para esses casos.

Daí a quarta diretriz: não podem cair nas costas do gestor as consequências do risco de falhar e as consequências da incerteza do direito. O gestor tem de ser protegido contra os excessos de fiscalização. Do contrário, morrendo de medo de algum processo, ele cruza os braços e fica esperando a aposentadoria chegar. Nossa máquina pública funciona cada vez menos. O que o direito tem de fazer agora é multiplicar os incentivos para a ação pública, e não ficar criando novos riscos para quem age, incentivando a acomodação e a paralisia. Em suma: mais sim, menos não.

Ao escolher o direito como profissão, eu assumi o dever de trabalhar pelo cumprimento das leis, mesmo quando não gostasse delas. Uma fidelidade estrutural, que mantenho, como Niemeyer fez com as famosas curvas de concreto. Mas um administrativista pode ser fiel ao direito e ao mesmo tempo criticá-lo e querer que mude. Não tenho compromissos com as ideias que estão por trás do direito administrativo do "não pode". Caetano Veloso também não está amarrado ao axé só por ser baiano.