Octavio Orzari: Ainda a MP 966 e sua (in)constitucionalidade

Os atos do administrador público são regidos pela legalidade estrita, ou seja, a pessoa que ocupa cargo público somente pode agir em conformidade e segundo o que determina a lei. Mesmo para os atos em que há espaço discricionário, é a lei que possibilita tal espaço exigindo fundamentação legal para o ato do administrador público, que não pode ser abusivo ou desviado. E assim é o panorama constitucional, pois estamos sob o governo das leis, legítima e democraticamente aprovadas, e não sob o governo das vontades circunstanciais do governante. Não é o que parece expressar, todavia, a Medida Provisória nº

A norma emanada do Poder Executivo trata da

responsabilização civil e administrativa dos agentes públicos quanto às medidas de "emergência de saúde pública" e de "efeitos econômicos e sociais" tomadas em razão da pandemia do Covid-19. A exposição de motivos se refere expressamente à preocupação com a "compra de equipamentos por preços que, em situação normal, não se julgaria ideal" e à alegada necessidade de "flexibilizações na interpretação de regras orçamentárias". Justifica a proposição normativa também em face de "conduta tomada pelo gestor, em instante de premente urgência, não atinja os objetivos pretendida". Nesse contexto, menciona a avaliação de que os agentes políticos "sejam livres das amarras futuras de processos de responsabilização", nos termos específicos da medida provisória, ou seja, salvo caso de dolo, erro grosseiro ou "elevado grau" de culpa.

A medida, ademais, aparta a responsabilidade da pessoa que chama de "decisor" daquele que profere opinião técnica, salvo no caso da presença de "elementos suficientes para o decisor aferir o dolo ou erro grosseiro da opinião técnica", ou no caso de conluio entre eles. As discussões, já existentes sobretudo em razão da imprevisibilidade dos atos que interferem na economia, são legítimas e tormentosas. Inicialmente, cumpre avaliar o manejo do instrumento da medida provisória.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Primeiramente, cabe observação quanto aos requisitos constitucionais de relevância e urgência para toda e qualquer medida provisória. O texto com força de lei parece confundir a urgência e relevância das medidas de saúde e economia em si atinentes ao enfrentamento da pandemia, com o tema da responsabilização do agente público. Esta dependerá do caso concreto, do julgamento pelo Judiciário e Tribunal de Contas; por seu turno, o Poder Legislativo poderá, inclusive, anistiar, mediante lei, a conduta tida como infratora. Há que se confiar na condução idônea e justa do eventual julgamento, na esteira da confiança na boa-fé do administrador público, já que sobre todos esses aspectos incidem a impessoalidade, eficiência e moralidade públicas. É de se destacar que medida provisória traz, em verdade, normas de processo, mais precisamente normas de julgamento, referentes a algumas condutas específicas.

Como se sabe, todavia, a Constituição de 1988 (Art. 62, § 1º, I, "a" e "b"), veda a edição de medida provisória sobre matéria de direitos políticos (sobre os quais recai a sanção por improbidade) e de processo, seja penal ou civil, sendo a *mens constitutionis* justamente evitar insegurança jurídica, seja ela propensa a agravar a punição, seja para abrandar a responsabilização, ou alterar o devido processo legal quando os fatos já estão ocorrendo. Segurança jurídica que se busca preservar ante a abrupta, e sem debate público no parlamento, vigência da medida com força de lei. Vale anotar que a medida provisória é um rescaldo parlamentarista do *decreto-legge* italiano que representa a sobreposição do Executivo no processo legislativo, que atrai questionamentos quanto ao equilíbrio e harmonia diante da cláusula pétrea da separação dos poderes, conquanto o próprio Poder Executivo já tenha grande protagonismo com a participação ativa nas casas congressuais e pela iniciativa para projetos de lei, inclusive com regime de urgência.

No mérito, a medida provisória inverte a lógica de maior controle, responsabilização e *accountability* – para se usar uma expressão estrangeira que indica a direção em que caminham mundialmente as instituições públicas e privadas –, justamente em um período de maior atenção e cuidado com a coisa pública, chocando-se materialmente com os valores constitucionais, que propugnam os "checks and balances" e indicam que não há possibilidade prévia e abstrata de se subtrair à responsabilização em situações específicas, sem deixar de demandar da avaliação ponderada, fundamentada e proporcional dos órgão julgadores.

A questão é o precedente gerado pela medida provisória de sinalização ou busca de alteração repentina do regime de responsabilidade do agente público, o que acarreta diminuição na expectativa de segurança jurídica de que só haverá atuação adstrita à legalidade, algo fundamental para toda a sociedade.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Há muito superou-se a irresponsabilidade do decisor máximo sob o pretexto de não poder errar, o autoritarismo do “the king can do no wrong”, o que reverbera por toda a administração pública; se errar, ficará sujeito à contenção institucional e, eventualmente, a julgamento imparcial que levará em conta as suas intenções. Todos os agentes públicos, nessa toada, são responsalizáveis, e essa é a diretriz constitucional, bastando se rememorar que a administração pública pode agir em regresso contra o servidor infrator dolosa ou culposamente, e que a Constituição de 1988 estabelece como crime de responsabilidade atos que atentem contra o “cumprimento das leis; a lei orçamentária; a probidade na administração; o livre exercício dos Poderes Legislativo e Judiciário”. Observe-se que o ordenamento jurídico manifesta preocupação sobre o tema desde as constituições anteriores e, no que tange à regulamentação da responsabilidade presidencial, o que se visualiza como orientação a toda a administração, define – em disposição aberta, é verdade – como crime “permitir, de forma expressa ou tácita, a infração de lei federal de ordem pública”, além de “infringir, patentemente, e de qualquer modo, dispositivo da lei orçamentária” (art. 8º, 7; e art. 10, 4, da Lei nº 1.079/50). Não se pode olvidar, ainda, que compete ao Congresso Nacional fiscalizar e controlar os atos do Poder Executivo, julgar as contas e relatórios sobre a execução dos planos de governo, além de zelar pela preservação de sua competência normativa (art. 49, IX, X e XI, da CF).

Contudo, a medida provisória pretende alterar, unilateral e imediatamente, regime de processo e responsabilização dos agentes públicos, o que parece colidir com esse arcabouço normativo.

Do ponto de vista sistemático e de técnica legislativa, a medida provisória é imprecisa e inócua. Ela não especifica a qual órgão julgador se dirige, ou seja, não aponta exatamente a esfera de responsabilização do agente público. Se pretende influenciar na improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92), padece de inconstitucionalidade por invadir matéria privativa de lei (processo, direito civil e direitos políticos). E se se alegar que se trata de matéria de regime jurídico dos servidores da União, esta matéria tem, meramente, iniciativa do presidente da República para que o Poder Legislativo a discipline mediante lei, o que em muito se distancia de ato unilateral com força de lei. Assim, se pretende atingir a esfera de responsabilização funcional-administrativa, tratada preponderantemente na lei que versa sobre o regime jurídico do servidor (Lei nº 8.112/90), tal regulamentação somente admite lei aprovada pelo Congresso Nacional para ter eficácia. Não há descrição na medida se está voltada para os processos de responsabilização perante a Controladoria-Geral da União, o que seria inusitado tendo em vista a cláusula pétrea constitucional da separação entre o órgão que elabora e o que aplica a lei.

A MP nº 966/20, vale anotar, e todas as suas consequências no âmbito da responsabilidade dos gestores e decisores, não pode ser lida separadamente da Medida Provisória nº 961, de 6 de maio de 2020, que aplica o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC para licitações e contratações de quaisquer obras, serviços, compras, alienações e locações para o período da pandemia. Segundo o Decreto Legislativo nº 6, de 2020, o período de calamidade pública por força da pandemia vai até 31 de dezembro de 2020.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Sem deixar de se considerar a peculiaridade do momento, o ponto jurídico nevrálgico é a mensagem de fluidez e de mobilidade do ordenamento jurídico frente aos princípios constitucionais da administração pública e à privatividade do Legislativo em disciplinar a matéria, com o tempo necessário para a participação plural.

A medida provisória é inócua, pois pleonástica, uma vez que as recentes alterações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro preceituam que "Na intepretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo" e "serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente", pelo que o técnico e o decisor ficam resguardados na avaliação de seus atos, pois "Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública", observada a proporcional dosimetria (Art. 22, §§ 1º e 2º, da LINDB, na redação da Lei nº 13.655/18). O Superior Tribunal de Justiça, acrescente-se, que há 28 anos interpreta a Lei nº 8.429/92, ao analisar os tipos de improbidade administrativa, exige, no mínimo, a presença de culpa para a responsabilização, excluindo-se o erro simples; todo julgamento, naturalmente, deve levar em consideração as dificuldades, complexidades, urgências, incertezas do momento em que praticado o ato, a fim de se aferir a culpabilidade do agente.

O instrumento excepcional da medida provisória (pois seus imperiosos requisitos constitucionais são excepcionais no quadro do processo legislativo), em suma, pode ter aplicação para as medidas concretas econômicas e de saúde, devendo-se preservar, contudo, a atividade legislativa como função típica do Legislativo, que, com debate, sensibilidade social e senso de urgência, aprecia e transforma em leis as demandas sociais. A rejeição da Medida Provisória nº 966/20 seria compreensível, ao se ponderar que o Poder Executivo deve ser constantemente fiscalizado e que governar implica responsabilidades e, na inafastável separação de poderes, freios e contrapesos.

Date Created
19/05/2020

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.