

SERVIÇOS E POLÍTICAS PÚBLICAS INEFICIENTES: Reflexões sobre o controle dos atos administrativos planejadores pelo Ministério Público

MARCOS PEREIRA ANJO COUTINHO

Promotor de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais

1 - INTRODUÇÃO

A execução ineficiente de serviços e políticas públicas é traço marcante no Brasil.

Saneamento básico precário, estruturação viciada do quadro de pessoal dos entes públicos e a falta de efetividade das mais variadas atividades estatais encontram ponto convergente no falho planejamento administrativo.

A normatividade do planejamento administrativo, nada obstante, é alvo de reduzida atenção doutrinária e jurisprudencial, o que fomenta a existência de **lacunas argumentativas** e **hiatos instrutórios**, na atividade ministerial de fiscalização de atos administrativos e agentes públicos.

2 - QUEBRA DA EFICIÊNCIA ESTATAL E O CONTROLE PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

2.1 O DIREITO POSITIVO E AS PECULIARIDADES DO RAMO ADMINISTRATIVO

O direito positivo, mesmo contaminado por simulacros normativos provenientes de causas multifatoriais, tende a refletir, de modo geral, os paradigmas políticos, econômicos e sociais de um determinado Estado. Nesse sentido, a título de exemplo, o direito civil atendeu fielmente aos reclames da burguesia, reproduzindo suas visões de mundo.

Diversamente, o direito administrativo traz nuances assimétricas em sua formação e estrutura. É um mito associar seu surgimento à espontânea subordinação do Estado à legalidade, em superação da estrutura de poder do Antigo Regime (Absolutismo).

A utilização de “categorias especiais” do direito administrativo (v.g., supremacia interesse público, prerrogativas da Administração Pública, insindicabilidade do mérito administrativo *etc.*) já era observada no Antigo Regime, apenas com nomenclaturas diversas, inerentes aos direitos do Rei.

O direito administrativo, notadamente o francês, que influenciou o brasileiro, não tem seu nascimento após a queda do Antigo Regime. Não surgiu da vontade do Legislador, sim do “Conseil d’État” (autovinculação do Executivo), a evidenciar a gênese claramente influenciada por velhos paradigmas.

“A associação da gênese do direito administrativo ao advento do Estado de direito e do princípio da separação dos poderes na França pós-revolucionária caracteriza erro histórico e reprodução acrítica de um discurso de embotamento da realidade [...]” (BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 11).

2.2 O DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO E SEU DISTANCIAMENTO DA CIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO

Somando-se à vetusta gênese influenciadora de nossa formação na seara administrativa, que, como visto, remontava ao Antigo Regime, no Brasil, foi observado, além da herança patrimonialista ibérica e da negativa ingerência dos ciclos de pobreza nacionais, a ruptura severa entre esse ramo e a Ciência da Administração.

Atribui-se tal fato à influência da Escola do Método Jurídico, de Otto Mayer, que fomentou o tratamento hermético do Direito Administrativo, em repulsa ao Método Exegético, que homenageava a visão compartilhada da ciência jurídica.

Tais fenômenos facilitam a concretização de olhar superficial para o aprofundamento normativo da gestão pública, da boa administração, potencializando no Brasil os hiatos jurídicos-dogmáticos sobre boa governança e planejamento administrativo, no âmbito do direito administrativo.

2.3 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS-ADMINISTRATIVOS. ESTADO DA ARTE

Contrariamente ao que é observado no direito europeu (português, espanhol, francês, italiano e convencional), no direito brasileiro são escassas as abordagens sobre a concepção normativa de boa administração (governança) no setor público e, consequentemente, ao planejamento administrativo, entre outras diretrizes.

O tratamento pulverizado e pouco sistemático das normas jurídicas constitucionais brasileiras se opõe à opção metodológica europeia, que a partir da normatização expressa do direito fundamental à boa administração (ou boa governança), no **art. 41 da Carta dos Direitos Fundamentais - Carta de Nice**, ingressou no exame de seus princípios decorrentes.

No Brasil, foi verificado efeito inverso na Constituição de 1988: foram esmiuçados princípios administrativos constitucionais de variados matizes e não se priorizou a análise sistêmica do alicerce teórico da Administração Pública democrática, notadamente em nossos Manuais que formam os bacharéis em Direito.

2.4 O DIREITO AO PLANEJAMENTO

O planejamento administrativo pode ser definido como **norma jurídica constitucional** não expressa, mas reconhecida, que decorre do feixe normativo do direito fundamental à governança, **impositiva da atuação planejadora geral, intermediária e detalhada do Estado**.

Num de seus ângulos, o planejamento administrativo é norma jurídica, sem olvidar que, tal como a governança, possui outros significados, como o de técnica gerencial, método da governança corporativa e função administrativa, no âmbito da Ciência da Administração.

O significado de planejamento administrativo não se limita ao dever jurídico estatal de realizar programas amplos e diferidos no tempo, o que se aproxima da concepção do **planejamento estratégico**, com conteúdo genérico e amplo.

Trata, igualmente, do modo como se dá a divisão das atividades estatais, a desconcentração, descentralização, terceirização, repartição de competências, estruturação orgânica e funcional (ligados ao **planejamento tático**, com conteúdo menos genérico e relativamente detalhado).

Também, compreende a própria atividade administrativa ordinária, como filtro antecedente de atos e negócios jurídicos administrativos (**planejamento operacional**, de conteúdo detalhado).

A importância do direito ao planejamento, identificado pela doutrina europeia como diretriz próxima ao denominado **princípio da eficácia**, exterioriza-se no seu liame com a organização da máquina pública, a execução das atividades estatais e a destinação dos finitos recursos, funcionando como antecedente lógico direto da eficiência administrativa, outro fator a confirmar a raiz normativa ora defendida. **Argumentos favoráveis à normatividade do planejamento administrativo:** 1) A própria Constituição da República de 1988 tem dimensão jurídica fundamental planejadora. O **art. 3º** é um exemplo. **Art. 5º, § 2º**, contextualizado, permite o mesmo raciocínio. 2) **Diálogo das fontes**. O diálogo entre os ramos do Direito e a legislação infraconstitucional brasileira consolidam o direito ao planejamento em grande número de diplomas, cabendo menção especial à Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, Lei dos Orçamentos; à Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, Lei de Responsabilidade Fiscal, e ao Decreto Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que, ao tratar da organização da Administração Pública federal, trouxe menção expressa a determinadas espécies de planejamento. Planejamento financeiro, planejamento ambiental, planejamento urbanístico. 3) Lacunas provenientes do exame analítico das **funções administrativas do Estado** (*ângulo negativo*). A doutrina majoritária decompõe as **funções administrativas ordinárias** em: a) poder de polícia; b) poder de editar regras, produzir decisões e executar a lei; c) serviço público (função prestacional); d) controle; e) fomento estatal e regulação. Observa-se o simulacro que se torna o princípio da eficiência, na medida e que não se trabalha a ideia da **função planejadora estatal**. **Planejamento vincula e orienta a autoridade pública**. Esse hiato expõe a fraca interdisciplinaridade na seara jurídica administrativa, além de indicar ideia ultrapassada de governo x administração pública (sendo esta responsável pela aplicação mecânica da lei). 4) **Poder discricionário x vinculado**. Na medida em que o intérprete e o texto normativo não mais se encaixam perfeitamente na estrutura sujeito-objeto, o modelo de subsunção (fato-tipo) sofre abalo estrutural, repercutindo nos significados e no próprio binômio ato vinculado/poder discricionário. A ideia do mecanicismo dos atos vinculados, nesse diapasão, é questionada na atualidade. Desde o giro linguístico-pragmático, se fortalece a compreensão de que é indispensável a atuação do intérprete, mesmo no ato vinculado – seja em face da indeterminação de conceitos normativos, seja porque está submetido não apenas aos ditames da lei, mas ao ordenamento jurídico globalmente considerado.

2.5. A INSTRUÇÃO DOS PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS INVESTIGATÓRIOS NAS INEFICIENTES PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS E POLÍTICAS PÚBLICAS.

A tese fixada não abrange apenas um **incremento da argumentação jurídica**, com a inclusão da ideia de **ofensa ao planejamento administrativo**, nas hipóteses de **atuação estatal ineficiente**.

Assim, não se propõe, apenas, que, num inquérito civil ou procedimento investigatório da prestação deficiente de serviço público (em espectro ambiental, urbanístico, de patrimônio público, infância, saúde ou de qualquer outra seara), seja examinada, além das ofensas aos dispositivos normativos do respectivo microsistema, a lesão ao dever jurídico de planejar.

Propõe-se, também, **delimitar**, no caderno probatório, os **elementos de convicção** indicativos da quebra do planejamento administrativo. Desse modo, ganha relevância a **requisição**, no curso do expediente, de todos os **atos administrativos planejadores (estratégicos, táticos ou operacionais)** do serviço público ou da política pública, **com fundamento no art. 26, I, “b”, da Lei nº 8.625/93**.

Esse complemento instrutório, em acréscimo às ordinárias medidas de coleta de provas, contribui por **desnudar e desvelar a má governança pública**, enriquecendo e qualificando a formação do convencimento do ilícito, omissivo ou comissivo, perpetrado pela Administração Pública ineficiente.

3 - CONCLUSÕES (TESES)

- 1) O **planejamento administrativo** tem lastro normativo na ordem jurídica brasileira e corresponde a **dever jurídico constitucional do Estado**.
- 2) É recomendável ao **Ministério Público**, na instrução de procedimentos administrativos apuratórios de **serviços ou políticas** pública ineficientes, complementar seu convencimento com a **requisição** ao Poder Público de informações e documentos comprobatórios dos **atos administrativos planejadores** das atividades públicas examinadas, com fundamento no art. 26, I, “b”, da Lei nº 8.625/93.
- 3) É recomendável ao **Ministério Público**, ao fiscalizar atividade administrativa ineficiente, impor a realização de **obrigações de fazer**, consubstanciadas na **estruturação e realização de atos administrativos planejadores** completos, destinados à **satisfação integral** dos direitos violados.

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, Alberto Carlos. **A cabeça do brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2007.
- BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. A Teoria Discursiva do Direito e o Constitucionalismo Brasileiro. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Org.). **Constitucionalismo Discursivo**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. Cap. 1, p. 1-14.
- BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. Dimensões Paradoxais da Jurisdição Constitucional. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. 1ª Parte. Cap. 3, p. 153-167.
- BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.
- COSTIN, Claudia. **Administração Pública**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- COUTINHO, Marcos Pereira Anjo. A Administração Pública Democrática e o Controle pelo Ministério Público. **De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 6, jan./jun. 2006.
- COUTINHO, Marcos Pereira Anjo. Ministério Público e o Enfrentamento dos Ciclos de Pobreza. In: MACÊDO, Marcus Paulo Queiroz; MARTELETO FILHO, Wagner (Orgs.). **Temas Avançados do Ministério Público**. 2. ed. ampl. Salvador: Jus Podium, 2017.
- COUTINHO, Marcos Pereira Anjo. **Dimensões Normativas da Governança e do Planejamento Administrativo**, 2 ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo**. V. I: Teoria do direito administrativo. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- GIUFRIDA, Armando. **Il diritto ad una buona amministrazione pubblica e profili sulla sua giustiziabilità**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012.

-
- GONÇALVES, Alcindo. O conceito de governança. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 15., 2006, Manaus. **Anais...** [s.l.]: [s.n.], 2006. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/078.pdf>>. Acesso em: 22 maio 2015.
- HAURIOU, Maurice. **Précis de Droit Administratif et de Droit Public**. 10. ed. Paris: Recueil Sirey, 1921. Disponível em: <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k11626156/f9.image>>. Acesso em: 15 maio 2016.
- MATIAS-PEREIRA, José. **Governança no setor público**. São Paulo: Atlas, 2010.
- MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em evolução**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Direito fundamental à boa Administração Pública**. Tradução de Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.
- SCHWARTZMAN, Simon. **As causas da pobreza**. Rio de Janeiro: FGV, 2007.
- SLOMSKI, Valmor. **Controladoria e governança na gestão pública**. São Paulo: Atlas, 2014.
- SMITH, Steven Douglas. **The Constitution and the Pride of Reason**. New York: Oxford University Press, 1998.
- SOLÉ, Juli Ponce. El Derecho a buena Administración, la discrecionalidad administrativa y la mejora de la gestión pública. **R. Proc-Geral Mun. Juiz de Fora – RPGMJF**, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 305-321, jan./dez. 2012.
- VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração e governança**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- VELOSO, Juliano Ribeiro Santos. **Direito ao Planejamento**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014.