

Inafastabilidade do controle de políticas públicas pelo MP



Élda Graziane Pinto

procuradora do Ministério
Público de Contas de SP

No dia 19 de junho, foi editada a Recomendação Conjunta da Presidência e

da Corregedoria Nacional nº 2, no âmbito do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Seu intuito é indicar aos ramos e às unidades do Ministério Público “critérios de atuação na fiscalização de políticas públicas” como se pode ler [aqui](#) e [aqui](#).

Recomendar é aconselhar, sem constranger a autonomia alheia, na medida em que visa à orientação. É ato de convencimento, não de força. Não se presta, portanto, à imposição coercitiva de determinação ou linha interpretativa. Não obstante tal compreensão aparentemente óbvia, o sentido de qualquer texto reclama leitura conjugada com o contexto em que foi apresentado.

A Presidência e a Corregedoria Nacional do CNMP editaram sua Recomendação nº 2/2020 sobre tema complexo, sem qualquer remissão ou diálogo com tantas outras recomendações emitidas anteriormente pelo Plenário do Conselho acerca do controle das políticas públicas. A título de exemplo, vale citar que foi ignorado o trato normativo-orçamentário das políticas públicas, o qual foi alvo das Recomendações 44 e 48/2016, que indicaram possibilidades de atuação ministerial no controle, respectivamente, dos pisos em educação e saúde.

Aparentemente, a atual recomendação genérica sobre a atuação ministerial na fiscalização de políticas públicas preteriu a aprendizagem prévia e o acúmulo de reflexões especializadas do próprio CNMP. Trata-se, pois, de ato concentrado nas instâncias que o emitiram, para cuja elaboração não houve amplo debate interno sobre seus pressupostos e termos, conforme prevê o devido processo regimental do Conselho. Some-se a isso o peso da dimensão correicional na origem do ato em tensão com o princípio da autonomia funcional em atividade finalística do Ministério Público.



Eis o contexto em que a medida foi anunciada intra e extramuros como esforço de autocontenção ministerial e deferência ao gestor público na consecução de políticas públicas. A divergência estrutural reside na tensão entre o que é espaço de escolha discricionária dos agentes políticos e o que é controle do cumprimento de obrigações legais de fazer ou não fazer em prol da efetividade dos direitos fundamentais.

Como se o Brasil voltasse à década de 1970, em que somente se admitia controle de legalidade do ato discricionário, sem perquirir sua finalidade, razoabilidade, motivação e proporcionalidade, tampouco sem questionar as ações e omissões inconstitucionais que ensejaram, por exemplo, o debate do STF na ADPF 45, a Recomendação Conjunta nº 2/2020 ancora-se na seguinte tese primordial (considerando): "o controle do conteúdo da decisão administrativa que seja cometido por outro órgão que não de gestão transborda a *análise objetiva de sua legalidade* e enseja violação à tripartição das funções estatais por caracterizar exercício ilegal de competência administrativa alheia". (grifo nosso)

Assim, o art. 1º da Recomendação prescreve que os membros do MP brasileiro devem se atentar aos limites das suas funções institucionais e evitar tanto a invasão de atribuições alheias, quanto os conflitos de competência resultantes dessa tensão. Tal enfoque, todavia, simplifica a leitura dos impasses federativos na consecução de políticas públicas, negando a necessidade de buscar sua macrojustiça orçamentária em face das múltiplas possibilidades de pactuação setorial no desempenho das competências comuns e concorrentes que os entes políticos manejam intertemporalmente. A omissão ou a atuação insuficiente de um ente da federação prejudica os demais, mas tal debate integrado e complexo foi mitigado, a pretexto de ontológica e estanque repartição de competências.

Por outro lado, o art. 2º reclama respeito às decisões administrativas em face de um alegado "limite de análise objetiva de sua legalidade formal e material", sobretudo quando supostamente inexistir "consenso científico" no processo decisório. Onde houver dúvida científica, o gestor poderia livremente escolher entre "posições díspares e/ou antagônicas", independentemente da razoabilidade, proporcionalidade, finalidade, motivação, economicidade e impessoalidade da sua agenda governamental.

Nos casos onde houver alegada divergência científica, sequer poderia ser imposto o ônus da motivação ao gestor acerca da escolha adotada, tampouco caberia indagar sobre a aderência aos demais princípios constitucionais. Segundo essa visão minimalista da atuação ministerial, controle incidiria apenas no campo da legalidade, porque todo o restante seria espaço de uma expansiva discricionariedade administrativa, amparada sob o mantra da ausência de consenso científico. Não deixa de ser contraditório o debate trazido pela Recomendação nº 2/2020, já que a ausência de consenso científico deveria obrigar o gestor ao reforço do dever de motivação diante dos riscos majorados de uma escolha antieconômica, socialmente instável e tecnicamente temerária.

Escolher arbitrariamente não é facultado ao gestor, tampouco é dado às instâncias de controle ausentarem-se do dever de impor os correlatos ônus argumentativos em face de experimentalismos desarrazoados e em busca de aderência da ação governamental ao ordenamento. A divergência científica não pode ser biombo hermenêutico a alargar a noção da discricionariedade para além do que a doutrina administrativista chama de "eleição de indiferentes jurídicos".

Só é indiferente ao Direito a escolha discricionária capaz de provar sua consistência técnico-científica por meio de método auditável e suscetível de investigação acerca dos seus pressupostos fáticos e



finalísticos. É, desse modo, deveras questionável a tese de que seja presumidamente legítima a "escolha de uma dentre as posições díspares e/ou antagônicas" pelo gestor, "diante da falta de consenso científico em questão fundamental à efetivação de política pública", como previsto no parágrafo único do art. 2º.

O mérito dessas escolhas pode e deve ser sujeito ao escrutínio jurídico, sobretudo, se envolver lesão ou ameaça de lesão a direito, bem como se implicar descumprimento de obrigações de fazer ou não fazer já definidas pelo planejamento setorial e orçamentário das políticas públicas.

Respeitar as decisões administrativas não significa ampliar sua insindicabilidade judicial, uma vez que controle que não impõe ônus argumentativos e que não tensiona é controle aquém do constitucionalmente necessário.

O princípio da separação de poderes não pode ser manejado para aviltar sua capacidade de impor freios e contrapesos, o que tende a tornar a atuação do gestor público errática nas bordas do que venha a ser reputado como "falta de consenso científico".

Não obstante tal perspectiva, a Recomendação nº 2/2020 direciona o foco da atuação ministerial para o formal e genérico fomento à transparência e à probidade, por meio da alimentação de sistemas informatizados de dados (art. 3º) e diálogos interinstitucionais (arts. 4º a 6º). Tal norte seria divulgado e multiplicado por meio de um banco de boas práticas e estratégias de atuação (art. 7º).

A ideia de indução ministerial apenas focada em transparência e probidade em contraste com a execução administrativa presumidamente discricionária e insulada limita a compreensão do caráter de construção social dinâmica em que se desenrola o ciclo da política pública.

O art. 6º do Decreto-Lei 200/1967 designa implicitamente política pública como um ciclo decisório, finalística e processualmente voltado ao cumprimento dos ditames constitucionais, organizado em torno de três grandes fases: planejar, executar e controlar.

Infelizmente, nosso país planeja mal, porque sequer formula adequadamente diagnóstico dos seus problemas, daí porque não sabe arrolar e avaliar soluções possíveis a pretexto de prognóstico. O curto prazo e o caráter protocolar do planejamento agravam a falta de clareza sobre nossas prioridades sociais e sobre quais rotas de enfrentamento poderiam ser adotadas.

Talvez, o ponto mais frágil do ciclo das políticas públicas resida na transição do planejamento para a execução, com o déficit de coordenação, momento em que deveriam ser bem distribuídas e avaliadas as responsabilidades a respeito daquilo que foi planejado/ deliberado.

Ninguém se sente pessoalmente responsável no Brasil pela execução das prioridades eleitas na etapa do planejamento. Sempre há federativa e politicamente jogos de empurra-empurra e uma forte tendência de captura dos ocupantes de cargo comissionado para atender a finalidades privadas, em detrimento do alcance das metas concebidas republicana e democraticamente nas peças de planejamento setorial e orçamentário.

Em uma espécie de círculo vicioso, quando o Estado precariamente se ocupa de avaliar as possibilidades de execução das escolhas primordiais já feitas nas peças de planejamento, sequer consegue conceber os custos e os riscos acerca das várias formas de descentralização que se lhe apresentam em cada caso.

A última etapa do ciclo jurídico, por assim dizer, da política pública diz respeito ao controle, o qual não pode ser só repressivo, porque ele é capaz pedagogicamente de retroalimentar todo o ciclo, aprimorando os déficits de cobertura do planejamento e refutando os atos imotivados e abusivos da execução.

Em suma, devemos considerar política pública como o ciclo de identificação e, tanto quanto possível, de resolução dos problemas atinentes à vida em sociedade, cujo termômetro jurídico mais sensível é o déficit de efetividade dos direitos fundamentais.

Se nós tivéssemos essa leitura íntegra de que política pública é planejar, executar e controlar para melhor corrigir, fundamentar e aprimorar a próxima etapa de planejamento, nós buscaríamos soluções mais sistêmicas, ao invés de só apenas “enxugar gelo” e responsabilizar isoladamente alguns gestores, sem, de fato, enfrentar as causas dos nossos problemas.

Tal perspectiva ampliada explica porque a Recomendação nº 2/2020, da Presidência e da Corregedoria do CNMP, é incapaz de alcançar o resultado alegadamente almejado de estabilização dos conflitos sociais, ao negar a pedagógica e plural construção circular entre as três grandes etapas do planejamento, execução e controle.

Reduzir o controle à mera legalidade de algumas etapas, como licitação, desapropriação etc é empobrecer a avaliação da complexa dinâmica das políticas públicas. É preciso também superar a encruzilhada interpretativa em relação à forma como se interpreta o controle jurídico de políticas públicas apenas do ponto de vista do direito individual de quem reclama a sua prestação individual em face do Estado. Para tanto, é preciso pautar a perspectiva das escolhas da sociedade já consignadas nas leis do ciclo orçamentário e do planejamento setorial.

O desafio que os membros do Ministério Público têm diante de si, nesse contexto, é o de extrair a centralidade do planejamento setorial para o ciclo orçamentário. O ponto de partida é esse. Em que medida as leis orçamentárias (LOA), de diretrizes orçamentárias (LDO) e do plano plurianual (PPA) são consonantes e, de fato, garantem a execução para o plano nacional/estadual/municipal de saúde ou de educação, por exemplo?

Qual é o diagnóstico já feito a partir da base da sociedade e dos representantes no Parlamento sobre as fragilidades naquele município, naquele estado, ou mesmo no nível federal para tais políticas públicas? Não há discricionariedade para gastar mal. Deve-se gastar de forma finalisticamente orientada ao cumprimento das obrigações constitucionais e legais de fazer, operacional e detidamente previstas no planejamento setorial de cada política pública.

Se quisermos dar um salto qualitativo no controle de políticas públicas precisamos exigir o cumprimento do planejamento setorial, considerando suas metas e estratégias formalmente como obrigações legais de fazer e, portanto, exigíveis no ciclo orçamentário.

Em qualquer ato de planejamento, execução ou controle, o eixo é a integração clara, consistente, nuclear do planejamento setorial com a previsão e a execução dos recursos orçamentários correspondentes. Porque todo o restante, os processos licitatórios, os contratos celebrados, os convênios, a contratação de mão-de-obra (seja por concurso para provimento de cargos, empregos e funções públicas, como contratos temporários quaisquer, terceirização), enfim quaisquer opções, tudo isso decorre desse eixo inicial. Mais ou menos atuação direta, mais ou menos parceria com o terceiro setor, mais ou menos renúncias fiscais como fomento indireto à atuação do mercado são consequências que decorrem dessa escolha inaugural feita no plano setorial de cada política pública em cada ente da federação.

Precisamos fincar a origem do debate atual sobre a inefetividade dos direitos fundamentais na fragilidade do planejamento. Pessoalmente gostaria de propor aos colegas do Ministério Público brasileiro uma frase que lhes alimente o espírito na tutela coletiva dos direitos fundamentais e, sobretudo, dos direitos sociais. Precisamos dizer ao gestor, ao legislador e à sociedade: "suportem o planejamento que vocês fizeram".

São os gestores, os legisladores e a sociedade que democraticamente aprovam os planos setoriais das políticas públicas, ora, é preciso, pois, que eles suportem o planejamento que fazem, devendo os primeiros serem chamados a motivar qualquer ato de execução que implique desvio de rota. Em tais instrumentos normativos encontramos as nossas linhas estruturais de identificação jurídica sobre quais são as prioridades no Estado para os direitos fundamentais e que, uma vez definidos em lei como tal, são obrigações constitucionais e legais de fazer que materializam o conteúdo do direito fundamental, inclusive para fins de perfazimento do dever de gasto mínimo em alguns setores, como saúde e educação.

O norte de atuação da tutela coletiva pelo Ministério Público deve se orientar em torno da máxima vinculação ao planejamento setorial com a consequência correspondente para o conteúdo substantivo dos pisos em saúde e educação, como, aliás, orientado pelo CNMP em suas Recomendações 44 e 48/2016.

Eis um ponto de partida muito importante porque o controle institucional pedagógico, juntamente com a participação da sociedade, são as únicas vias capazes de induzir um ciclo virtuoso de aperfeiçoamento da política pública.