

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Eder Marques de Azevedo

PLANEJAMENTO ESTATAL E ESCASSEZ ORÇAMENTÁRIA:
Os desafios da boa administração no pacto federativo e a responsabilidade na gestão de
direitos fundamentais

Belo Horizonte

2016

Eder Marques de Azevedo

PLANEJAMENTO ESTATAL E ESCASSEZ ORÇAMENTÁRIA:

Os desafios da boa administração no pacto federativo e a responsabilidade na gestão de direitos fundamentais

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de concentração: Direito Público.

Orientadora: Prof^a Dr.^a Marinella Machado Araújo

Belo Horizonte

2016

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

A994p Azevedo, Eder Marques de
Planejamento estatal e escassez orçamentária: os desafios da boa administração no pacto federativo e a responsabilidade na gestão de direitos fundamentais / Eder Marques de Azevedo. Belo Horizonte, 2016.
354 f. il.

Orientadora: Marinella Machado Araújo
Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Administração pública. 2. Direitos fundamentais. 3. Orçamento. 4. Eficiência (Direito). 5. Responsabilidade (Direito). I. Araújo, Marinella Machado. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 35

Eder Marques de Azevedo

**PLANEJAMENTO ESTATAL E ESCASSEZ ORÇAMENTÁRIA:
o pacto federativo e os limites da responsabilidade na gestão dos direitos fundamentais**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em
Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas
Gerais, como requisito parcial para obtenção do título
de Doutor em Direito.

Profa. Dra. Marinella Machado Araújo (Orientadora) – PUC Minas

Prof. Dr. Álvaro Ricardo de Souza Cruz (Co-orientador) – PUC Minas

Prof. Dr. Giovani Clark (Pré-banca) – PUC Minas

Profa. Dra. Têmis Limberger (Banca Examinadora) – UNISINOS

Profa. Dra. Cynara Monteiro Mariano (Banca Examinadora) – UFC

Profa. Dra. Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva (Banca Examinadora) – UFMG

Prof. Dr. José Luiz Quadros de Magalhães (Suplente) – PUC Minas

Prof. Dr. Mário Lúcio Quintão (Suplente) – PUC Minas

Belo Horizonte, 30 de maio de 2016.

A Deus, gestor dos meus sonhos,
autor de planos infalíveis.

AGRADECIMENTOS

À professora Marinella, minha mentora intelectual e amiga, agradeço pela leveza e irreverência com que me despertou para o grande simulacro do Direito Administrativo. A ela dedico este trabalho como tributo a suas valiosas lições, ficando registrado todo meu reconhecimento à minha grande mãe acadêmica.

Aos professores da Academia Mineira de Direito, os méritos pelas lições que me fizeram amadurecer e romper com a resistência aos dogmas que me atormentavam, em especial a meu co-orientador, professor Álvaro, o grande demolidor. Também agradeço ao professor Giovani Clark pelas sessões de exorcismo nos corredores da PUC, permitindo-me uma grande virada do ponto de vista do pensamento econômico.

À CAPES devo a oportunidade de realizar parte da pesquisa apresentada.

Aos companheiros do NUJUP, das pretéritas e presentes gerações da PUC-Minas, meus agradecimentos especiais pela parceria, pelo compartilhamento nas pesquisas e pelo sentimento de pertencimento a esta incrível irmandade acadêmica.

À eterna galera do grupo de bolsistas de Direito Público, pelo apoio sem precedentes, agradeço na pessoa do amigo Guilherme Ferreira, exemplo de competência.

Ao ‘trio maravilha’ Alisson, Siddharta e Nathane, um louvor pelo companheirismo e amizade conquistados neste novo universo junto à UFJF.

À Deusdete, por um dia ter me incentivado ao dizer que queria ter um amigo doutor.

À Adriana, por partilhar comigo o desafio deste projeto desde a primeira disciplina isolada.

Aos meus pais, Ailtom e Fia, pela persistência em mim, mesmo em meus períodos de ausência para dedicação a esta pesquisa, agradeço por todo o sacrifício ao longo desses anos e pelo berço que me logrou base e coragem.

À minha sobrinha Mey, por me fazer sorrir (e rir).

Aos amigos Jorge e Rose, minha família afetiva, pelas mãos estendidas sempre que a eles recorri e pelo suporte emocional para que eu pudesse vencer.

À Camilla, por ter ressignificado minha vida, trazendo o impulso necessário na reta final deste trabalho.

A todos que, de alguma forma, contribuíram para esta construção e que sentiram minha ausência.

A Deus, porque tudo!

RESUMO

Os custos dos direitos acarretam sérios enfrentamentos no cotidiano da gestão pública, principalmente diante do cenário de escassez de recursos que aflige tantas Administrações Públicas vítimas da assimetria de nosso federalismo. É comum o exame das questões orçamentárias ser realizado de forma aleatória pelos administradores, pautados no discurso da discricionariedade, sendo os gastos públicos efetivados ao desdém da observância do planejamento estatal. O resultado é a ineficiência na gestão, comprometendo, substancialmente, a efetividade dos direitos fundamentais, o que incute questionamentos sobre o impacto da desarticulação entre as funções públicas (administrativa e política) na produção desses efeitos. Nesse contexto, tornou-se iminente a construção de uma teoria orçamentária capaz de contribuir para o aperfeiçoamento da boa administração, partindo da ideia do planejamento como uma das funções administrativas do Estado. De igual modo, também se mostra urgente a reflexão sobre alternativas que possam aprimorar o modo de execução das políticas públicas, tendo em vista a necessidade de otimização dos recursos e a compreensão de novos parâmetros de governança. Uma pesquisa com esse propósito precisa desafiar a rigidez dos dogmas administrativistas, revisitando as premissas do planejamento na seara publicista, perspectiva sem a qual a eficiência não pode prosperar. Na conjunção de todos esses esforços, cabe a esse trabalho, sob o viés multidisciplinar, traçar os fundamentos à inserção do plano integrado, participativo e sustentável como proposta de gestão, identificando, em contrapartida, os contornos da responsabilidade dos agentes públicos no que tange à má execução orçamentária que, a seu turno, possa imputar improbidade administrativa.

Palavras-chave: Planejamento estatal. Orçamento público. Pacto federativo. Princípio da eficiência. Responsabilidade.

ABSTRACT

The costs of rights entail serious clashes in everyday public administration, especially in the face of resource scarcity scenario that plagues so many public administrations victims of asymmetry of our federalism. Often the examination of the budget issues be carried out at random by the administrators, guided by the discourse of discretion, and public spending hired to disdain the observance of state planning. The result is inefficiency in the management, affecting substantially the effectiveness of fundamental rights, which instills questions about the impact of the dislocation between public functions (administrative and political) to produce these effects. In this context, it has become imminent construction of a budgetary theory able to contribute to the improvement of good governance, based on the idea of planning as one of the administrative functions of the state. Similarly, it also shows the urgent consideration of alternatives that can improve the way of implementation of public policies, in view of the need to optimize resources and understanding of new governance standards. A survey for this purpose need to challenge the rigidity of Administrative Law precepts, revisiting the assumptions of planning in publicist harvest, perspective without which efficiency can not thrive. The conjunction of all these efforts, it is up to the job, under the multi-disciplinary bias, trace the foundations to the insertion of integrated, participatory and sustainable plan and proposal management, identifying, on the other hand, the contours of the responsibility of public officials in relation to poor budget execution which, in turn, can impute administrative dishonesty.

Keywords: State planning. Public budget. Federal pact. Principle of efficiency. Responsibility.

LISTA DE GRÁFICOS

GRÁFICO 1 – Função administrativa na doutrina administrativista	70
GRÁFICO 2 – Variação de autorização de alocações orçamentárias entre entes federativos	118
GRÁFICO 3 – Oscilação das alocações orçamentárias em Belo Horizonte/MG.....	119
GRÁFICOS 4 a 7 - Princípio da eficiência e improbidade administrativa – julgados.....	299

LISTA DE TABELAS

TABELA 1 - Índice de inflação por país (IPC).....	52
TABELA 2 - Acessibilidade à internet por faixa etária no Brasil.....	199

LISTA DE QUADROS

QUADRO 1 - Panorama de modelos de gestão brasileiras nos paradigmas de Estado	71
QUADRO 2 - Créditos adicionais orçamentários	129
QUADRO 3 - Alterações orçamentárias (alocações e realocações).....	131
QUADRO 4 - Gestão fiscal e as modificações do art. 48 da LRF	195

SIGLAS E ABREVIATURAS

ADIn	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
Art.	Artigo
CR/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
EBT	Eletronic Benefit Transfer
FPM	Fundo de Participação dos Municípios
IBGE	Instituto Brasileiro de Estatísticas e Geografia
Inc.	Inciso
LDO	Lei de Diretrizes Orçamentárias
LIA	Lei de Improbidade Administrativa
LOA	Lei do Orçamento Anual
LRF	Lei de Responsabilidade Fiscal
MPDFT	Ministério Público do Distrito Federal e Territórios
ONU	Organização das Nações Unidas
PNPDEC	Política Nacional de Proteção e Defesa Civil
PPA	Plano Plurianual
RCL	Receita Corrente Líquida
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
SINPDEC	Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil
SNAP	Supplemental Nutrition Assistance Program
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TCE	Tribunal de Contas Estadual
TCU	Tribunal de Contas da União
TJMG	Tribunal de Justiça de Minas Gerais
TJDFT	Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo
TRF	Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	25
2 UM NOVO OLHAR SOBRE O PLANEJAMENTO NO ESTADO ADMINISTRATIVO EM CRISE: REVISITANDO AS FUNÇÕES ESTATAIS NO ARCABOUÇO ORÇAMENTÁRIO	37
2.1 O Leviatã anêmico e o panorama dos custos dos direitos: introdução ao planejamento como estratégia à escassez de recursos	37
2.2 A insurreição do planejamento público à luz da dogmática do Estado Administrativo: superando o estigma da supremacia e da discricionariedade	53
2.3 Dos enlaces aos desenlaces entre as funções políticas e administrativas	69
3 PLANEJAMENTO, INTERGOVERNABILIDADE E EFICIÊNCIA: ENTRAVES E LIÇÕES DO PACTO FEDERATIVO RUMO À BOA ADMINISTRAÇÃO	77
3.1 A diagnose federativa e os impasses na desvinculação entre funções políticas e administrativas no planejamento público	77
3.2 Gestão pública gerencial e dosimetria da eficiência: os riscos de uma Análise Econômica do Direito Administrativo	91
3.2.1 A eficiência administrativa e a (re)formulação dos parâmetros de boa governança ...	104
3.3 Articulações intergovernamentais como amálgamas entre o federalismo cooperativo e o princípio da eficiência.....	107
4 PLANEJAMENTO E ELISÃO ORÇAMENTÁRIA: ONDE MORA O PERIGO? ..	113
4.1 A autoridade das leis orçamentárias: qual o espaço para a segurança jurídica?	113
4.2 A sistemática das finanças públicas: os ajustes orçamentários como estratégias de elisão do planejamento	127
5 PLANEJAMENTO PÚBLICO INTEGRADO E INTERSETORIALIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: ALTERNATIVAS À LUZ DOS CUSTOS DOS DIREITOS	137
5.1 O patrocínio dos direitos fundamentais: uma análise ao lume da teoria dos custos dos direitos	137
5.1.1 Críticas à teoria dos custos dos direitos: colonização do direito pelo sistema econômico?.....	141
5.1.2 Os desafios do Estado na gestão de direitos e os limites do patrocínio público: entre mitos e verdades	145
5.1.3 Desmistificando a reserva do possível	150
5.2 A constitucionalização das finanças públicas: as premissas à implantação da proposta estratégica de planejamento integrado	156
5.3 O planejamento integrado e a gestão horizontal dos recursos públicos: estratégias de intragovernabilidade orçamentária	162
5.3.1 Planejamento integrado e intersectorialidade das políticas públicas como reflexo da indivisibilidade dos direitos fundamentais	168
5.3.2 A proposta de planejamento integrado intergovernamental: esforços articulatórios pela intersectorialidade na gestão comum do interesse público	174
6 O PLANEJAMENTO PARTICIPATIVO E O ADVENTO DA DEMOCRACIA FISCAL: A ARENA PÚBLICA VIRTUAL E AS TENTATIVAS DE CONSOLIDAÇÃO DA ACCOUNTABILITY DEMOCRÁTICA	179

6.1 Governança democrática e os fundamentos do planejamento participativo: por um modelo dialógico de Administração Pública	179
6.2 A ressignificação da accountability para a afirmação do controle popular das políticas públicas.....	188
6.3 A Lei Complementar nº 131/09 e as novas arenas da democracia: fiscalidade e virtualidade?	194
 7 O PLANEJAMENTO SUSTENTÁVEL NA GESTÃO DAS CIDADES: UTOPIA OU URGÊNCIA?	205
7.1 O homo oeconomicus e o discurso da sustentabilidade simbólica: uma releitura foucaultiana para a compreensão da escassez e da segregação no ambiente urbano	205
7.2 A sustentabilidade como dimensão do planejamento: a assunção de novas diretrizes no Estado de Direito Ambiental	213
7.3 O financiamento do direito a cidades sustentáveis	222
7.4 O plano diretor como instrumento de planejamento urbano-ambiental sustentável e participativo	232
7.4.1 Cidades resilientes: O planejamento sustentável em ambiente urbano de risco	237
7.5 O planejamento e o ônus da sustentabilidade nas compras públicas: rompendo com o anacronismo entre a economicidade e as licitações sustentáveis	243
 8 AS (IN)CAPACIDADES INSTITUCIONAIS E A FISCALIDADE JURISDICIONAL ORÇAMENTÁRIA	253
8.1 O palco conflituoso da (des)funcionalidade das instituições: agonismo e protagonismo do controle judicial do orçamento à luz da teoria das capacidades institucionais	253
8.2 A <i>second best</i> à moda brasileira: o ativismo judicial subsidiário em matéria orçamentária	263
 9 RESPONSABILIDADE POR INEFICIÊNCIA NA GESTÃO ORÇAMENTÁRIA: OS RISCOS DA IMPROBIDADE	277
9.1 Gestão pública e a gênese da responsabilidade.....	277
9.2 O dever de probidade na boa governança: o substrato da moralidade.....	285
9.2.1 O controle da moralidade pela Ação de Improbidade Administrativa	289
9.3 Má gestão pública e ineficiência como atos de improbidade: os liames entre o (des)planejamento e a responsabilidade do administrador público	293
 10 CONCLUSÃO.....	303
 REFERÊNCIAS	313
 APÊNDICE A - Dados jurisprudenciais	347

1 INTRODUÇÃO

O direito existe motivado pelo dever de ceifar os conflitos, nascidos, em regra, quando os direitos fundamentais são interrompidos de algum modo da vida dos cidadãos. As necessidades públicas, prejudicadas pelo desacerto do ônus da efetividade jurídica em face da opulência de sistemas autônomos como o político e o econômico, são defrontações que precisam ser amenizadas. Nesse intuito, o direito deve fornecer elementos para a conciliação de tais fatores, de modo a assegurar, de um lado, a efetividade e consequente multiplicidade de ações estatais comprometidas com o interesse público, e, de outro, a técnica que leva à racionalização e eficiência das ações e gastos governamentais. Todas estas expectativas podem ser celebradas no planejamento que começa com a análise da situação existente e leva a sério a escassez orçamentária.

Entender a implicação de seus limites numa abordagem crítico-reflexiva no âmbito da gestão pública é o objeto de estudo proposto neste trabalho, cuja preocupação central parte da seguinte investigação: a não vinculação entre o planejamento administrativo e o orçamento público decorrente da falta de articulação entre função governamental e função administrativa comprometem a efetividade de direitos fundamentais?

Cumprir observar, antes de tudo, que a trajetória desta tese coincide com o início de nossa atuação profissional, em meados de 2003, período em que fomos empossados no exercício de cargo comissionado na Procuradoria Jurídica da Prefeitura Municipal de Ouro Preto, ato contínuo ao encerramento de dois dedicados anos de estágio neste mesmo órgão. Naquele tempo, assumida a posição de assessor jurídico, dentre outros encargos recebíamos com larga frequência solicitações do Chefe do Executivo ordenando a elaboração de projetos de lei para a abertura de créditos suplementares. A justificativa era sempre a mesma. Havia a necessidade de reforço de dotação orçamentária que se tornara insuficiente durante a execução do orçamento. E o que era executado não parecia estar comprometido com aquilo que fora planejado e referendado pela cadência de leis orçamentárias apreciadas e votadas pela Câmara Municipal.

Por razões diversas, a continuidade da execução de obras ou de programas sociais recém-implantados ficaria prejudicada caso a adição de verbas públicas não fosse agregada à dotação disponível às pastas responsáveis pelo desenvolvimento das funções administrativas adstritas a estas ações. O que nos era passado, em nome da discricionariedade e da supremacia do interesse público interpretados por aquela autoridade administrativa, é que os erros orçamentários seriam retratados por reedições legislativas, não merecendo apreço o

planejamento outrora iniciado.

A linha entre o desplanejamento e o replanejamento parecia se confundir. Esta situação, com o tempo, foi nos causando um imenso desconforto, pois começamos a questionar qual o espaço da autoridade das leis orçamentárias dentro daquele universo. Ademais, a natureza autorizativa do orçamento, conjugada à desconexão entre ações políticas e reações administrativas no entorno da gestão, demonstravam o vasto campo discricional da autoridade administrativa no tratamento das peças orçamentárias que, de algum modo, aparentavam ser dribladas, mesmo em face de restrições constitucionais e da Lei nº 4.320/64. A nosso ver, essas desarticulações estremeciam a força normativa do planejamento, mantida de forma aleatória à execução do orçamento público, como se entre ambos também não houvesse conexão o bastante.

Durante a tramitação das leis orçamentárias, embora fosse impecável a fidelidade ao rito do processo legislativo, despertavam-se indícios de que essa mesma rigidez procedimental se perdia como fim em si mesmo. Mas nos deixava a alerta de que teriam seu conteúdo desdenhado pela falta de eficácia diante da apuração dos compromissos jurídicos assumidos entre objetivos e metas do PPA à LOA.

Certa vez, sem poupar todo o trabalho legislativo do Plenário e os pareceres de Comissões Especiais como a Orçamentária e a de Constituição e Justiça, o Prefeito Municipal conseguiu a aprovação de projeto de criação do ‘Banco Popular’. Tratava-se de um programa social destinado ao financiamento de crédito popular para a abertura de micronegócios, surgido a partir da extinção de outra política pública. Para a implantação dessa nova prioridade de ação governamental foi adotada a técnica do remanejamento, alterando a mesma alocação de recursos de um órgão para outro por meio de lei específica. Porém, apesar de formalmente os requisitos necessários terem sido obedecidos e o programa instituído por excepcional alteração orçamentária, dispunha-se de menos de 10% do salário-mínimo da época como recurso para a sua implementação, mesmo no dispêndio de toda essa operação. Tudo não passava de uma artimanha política para fascinar o eleitorado, mesmo que ao peso de frustradas expectativas pela encenação gerada por aquela legislação simbólica. O conteúdo de leis orçamentárias, a tomar o exemplo citado, já nos parecia forjado quando o cunho teleológico de atingir a efetividade dos direitos fundamentais jamais se satisfazia.

Assim ficávamos estarrecidos com a impressão deixada de que a segurança jurídica orçamentária, ressalvados os embaraços por imprevisões ou atropelos supervenientes, pudesse ser uma utopia criada pelo Estado de Direito. E isto ocorria toda vez que os objetivos (vistos como ações programadas previstas nos planos) eram descompromissados com a eficiência e

as metas legais esvaziadas de normatividade pela maneira relapsa com que eram seguidas.

Ao mesmo tempo, algumas questões pareciam não se encaixar, dificultando a tarefa do Chefe do Executivo em cumprir com a boa governança. A cada ano havia um desnivelamento entre o apurado e o estimado em termos de receita, sendo muitos dos recursos obtidos à base de execução fiscal ao serem lançados como dívida pública. O problema é que não havia previsão do tempo certo em que esses recursos, na via judicial, poderiam ser recolhidos aos cofres públicos para somarem ao mesmo exercício fiscal. A certeza subsistia apenas no ciclo de ocorrência dos gastos públicos, cujas rubricas orçamentárias, declarando a fonte de despesas, deveriam ser apontadas desde o instrumento editalício para a realização de certames licitatórios. Fato é que as despesas eram fixadas, líquidas e só não tão certas, visto que poderiam ser aumentadas pela agregação de novas demandas apresentadas (acréscimos qualitativos e quantitativos em obras, compras e serviços). Havia, em conclusão, situações de meia culpa dos contribuintes no percalço do financiamento das políticas públicas.

Mas avançando um pouco mais os desencaixes, a boa administração exigia o drible de déficits de recursos e de vinculações orçamentárias bastante impactantes. Por exemplo, embora seja discricionária a disposição da maior parcela orçamentária, há previsão constitucional de vinculação de recursos mínimos aplicados nas ações e serviços de saúde e educação, cuja soma pode comprometer mais de 40% da receita arrecadada. Dependendo de qual seja a Administração Pública, a soma da reversão destes investimentos com as despesas fixas com folha de pagamento de servidores atingem percentuais significativos que podem ultrapassar 2/3 da arrecadação, tornando-se residual o restante orçamentário disponível. A agenda de prioridades públicas definida pela estrutura orçamentária põe em cena a força de resiliência do ente público em estabelecer suas escolhas trágicas.

O tempo foi passando, intensificando novas dúvidas sobre os impasses da gestão. Em 2004, em complemento às pesquisas para a confecção de monografia para a conclusão da Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Processual Constitucional, empenhamo-nos na realização de pesquisa de campo junto à vereança ouro-pretana, ainda se voltando à temática das finanças públicas. Questionamos, naquela época, a participação do Poder Legislativo Municipal na construção de políticas públicas, considerando a investigação da competência sobre projetos e programas de natureza continuada geradores de impactos orçamentários.

A reflexão sobre os arts. 13 a 15 da LRF nos trouxe conclusões até então extasiantes. A Lei Complementar 101/00, criada para acirrar a fiscalidade nas contas públicas, indicava uma inversão de capacidades institucionais. Não advinha da Câmara Municipal competência adequada para a instituição de políticas públicas, mas da autoridade do Prefeito. A ele era

conferida maior parcela de poder e consequente iniciativa diante da elaboração de projetos sociais com imediata repercussão nas leis orçamentárias (por sinal, de sua própria autoria). A egrégia Casa Legislativa ocupava papel de figurante quando não atuava na aprovação ou fiscalização dessas mesmas normas.

Entre 2005 a 2007, durante o mestrado em Direito Público, nossa dissertação explorou o tema da participação na gestão pública, debruçando-se na análise da dinâmica democrática dos conselhos gestores. Um grande salto pôde ser dado na repaginação das críticas ao sistema jurídico administrativo, sendo acirradas novas indagações, como às referentes ao nível de participação dos cidadãos nas atividades de controle. É fato que quando a participação popular foi alçada como instrumento de gestão isso fez nascer um grande entusiasmo. Mas no avançar de nossa linha de pesquisa, na interface entre teoria e investigações empíricas junto às instâncias deliberativas dos conselhos, percebemos que o que restou para o povo efetivamente opinar não era nada significativo. Tudo já fazia crer na ocultação do povo como verdadeiro sujeito político do Estado que justificado por uma legitimidade cuja correspondência era perdida com seus destinatários, ajudava a encriptar o real interesse por trás da legislação. Situação similar foi observar a possibilidade dos cidadãos participarem do orçamento participativo, sendo que percentuais disponíveis à escolha popular não superavam cifras de 5% do total de receitas. Quantias extremamente simbólicas para poder se afirmar inclusão da sociedade no planejamento orçamentário. Isso demonstrava que não havia, de fato, o resgate de uma democracia que jamais havia sido consolidada em nossa Nação.

Até o ano de 2011, paralelo à carreira docente, o exercício da advocacia, pela prestação de consultorias e capacitações em Municípios, revelou-nos a composição de conflitos antes não identificados. E o Federalismo era sempre a grande pauta, já que a União colocava os entes locais subordinados a seus comandos para o patrocínio de ações programadas em articulação com planos federais. Questões como a desigualdade tributária sempre foram de algum modo compensadas com o repasse de transferências orçamentárias, como o FPM.

No decorrer dessa saga, as desarticulações entre funções de ordem administrativa e política traçavam desenlaces, ao mesmo tempo, na relação entre o planejamento e a orçamentação, deixando-nos o receio da repercussão dessa desconexão no espaço que circunda os direitos fundamentais. Foi diante desta última inquietação que chegamos novamente aos portões da PUC-Minas, em 2012, convencidos de que encontraríamos resposta ao problema desses desajustes que para nós sacrificaria, de algum modo, a pretensão de eficácia dos direitos dos cidadãos.

Diante do exposto, a tese parte da demonstração de que a lógica colonial do Direito Administrativo ainda não rompeu com o pensamento de que sua atuação se encerre na realização de funções administrativas desarticuladas de funções políticas. Consequência disso, a Administração Pública aparta o planejamento estatal como parte de sua identidade por entendê-lo vinculado estritamente ao exercício de funções governamentais indiferentes à execução de atos administrativos, o que abala a normatividade dos planos aos olhos dos administradores públicos. Embora exigência constitucional, a orçamentação não se apropria do planejamento na práxis da gestão, subvertendo os compromissos públicos pelo discurso da escassez à medida que decisões míopes e discricionárias têm afastado da realidade dos cidadãos a concretização de direitos fundamentais.

As linhas do contorno da responsabilidade do Estado perdem suas referências, desvelando a ineficiência administrativa. No enquadramento de toda essa tensão auspiciada por indiscriminada discricionariedade que acolhe a autoridade administrativa a desastrosa inefetividade de direitos se desponha como o grande dano suportado aos cidadãos, consequência de ações configuradoras de má gestão.

A eficiência existe, em seu melhor desempenho, caso se volte os olhos a questões de fundo econômico como a expansão de mercados e o acesso ao consumo, na tolerância de que o interesse patrimonial seja a ótica que motiva as ações do Estado, embora travestido do discurso de supremacia do interesse público primário. Essa blindagem que alavanca o mercado, revela uma ingenuidade do próprio direito público em acreditar que a produção de eficiência administrativa também possa ser baseada na perspectiva do lucro, já que não é o Estado o próprio beneficiado. Por isso, a tese insiste na apresentação de uma perspectiva de eficiência redimensionada, isolada de qualquer desenvolvimentismo econômico.

Com vinculação na linha de pesquisa “Estado, Constituição e Sociedade no Paradigma do Estado Democrático de Direito”, integrada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Minas, área de concentração em Direito Público, este trabalho é resultado de atividades de pesquisas envolvidas com as investigações inseridas no âmbito do NUJUP/PUC-Minas. Desse modo, as ideias sustentadas na tese se articulam a estudos e a atividades extensionistas vinculados aos GT’s “Administração Pública Dialógica” e “Planejamento Urbano Participativo”, bem como aos projetos “Constitucionalismo Latino-Americano, pluralismo e novos sistemas de justiça” e “Formas de Encriptação de Poder”, em parceria com a Universidade Nacional Autônoma do México (UNAM). Para subsídio das pesquisas o estudo também contou com o financiamento da CAPES.

As ideias contidas nos capítulos dessa tese foram objeto de amplas discussões

acadêmicas, difundidas da seguinte forma: i) aprovação e apresentação de trabalhos como “A horizontalização do planejamento no Estado Democrático de Direito: uma proposta à luz do pacto federativo e da teoria dos custos dos direitos”, “A democracia fiscal no planejamento público participativo: Os impactos da Lei Complementar nº 131/09 no controle das políticas públicas” e “Pacto federativo e os desafios à concretização do princípio da eficiência: Articulações interinstitucionais no federalismo de cooperação em prol do direito à boa administração”, no XV, XVI e XVII Congresso Brasiliense de Direito Constitucional da Escola de Direito do IDP, em Brasília/DF, entre os anos de 2012 a 2014, com publicações em e-books; “Consórcios públicos e PPP's: novos instrumentos para a sustentabilidade financeira do planejamento de cidades sustentáveis”, no XXVIII Congresso do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), em Florianópolis, no ano de 2014, com publicação nos anais do evento; ii) aprovação do artigo “Planejamento governamental, discricionariedade administrativa e elisão orçamentária: Críticas às técnicas de alocação e realocação dos recursos na execução do orçamento público à luz dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade” em concurso organizado pelo IMDA no VII Congresso Mineiro de Direito Administrativo, em Belo Horizonte, no ano de 2013; iii) colaboração na obra coletiva “Estudos Avançados de Sustentabilidade Urbano-Ambiental”, publicada pela Arraes Editores e com financiamento pela CAPES, sob organização dos professores Marinella Machado Araújo e Adriano Stanley Rocha Souza, como resultado de pesquisas desenvolvidas pelo NUJUP/PPGD-PUC-Minas. Nesta mesma obra, lançada no final de 2014, fomos responsáveis pela produção do Capítulo 7, intitulado “Licitações públicas sustentáveis: Os impactos da Lei n. 12.349/10 e a colisão entre os princípios do desenvolvimento sustentável e da economicidade”, em coautoria com nossa orientadora; iv) ministração de oficina “Plano de mobilidade urbana”, integrada ao “Fórum Mobilidade Urbana: Construindo cidades inteligentes”, em 2013, em parceria da Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais com o NUJUP/PUC-Minas, oportunidade em que foram difundidos para os gestores mineiros, como no Município de Governador Valadares, a proposta de planejamento integrado; v) participação na 5ª Conferência Nacional das Cidades – Etapa Ouro Preto/MG, em 2013, para implantação da Política Nacional de Desenvolvimento Urbano, ministrando a oficina “Reforma urbana e a criação do Fundo Nacional de Desenvolvimento Urbano”, parceria do NUJUP/PUC-Minas com o Ministério das Cidades; vi) participação, como membro extensionista do NUJUP/PUC-Minas, no 5º Fórum Mestres e Conselheiros: Agentes do Patrimônio, promovido pela Escola de Arquitetura e Urbanismo da UFMG, em Belo Horizonte, no ano de 2013, com a ministração da oficina “Planejamento integrado

participativo da política cultural; vii) participação, como colaborador docente, no projeto de extensão “Observatório do Orçamento Público”, da UFJF, Campus Governador Valadares/MG, no biênio 2014-2015. Este projeto foi pautado no desafio de articular a comunidade acadêmica com as associações de moradores de forma a constituir um espaço de referência para observação, estudo, reflexão e participação no processo orçamentário municipal. Para isso, demandou-nos ações de capacitação mútua entre atores universitários e sociedade civil, visando a atuação desses agentes na elaboração e fiscalização do orçamento municipal, momentos em que defendemos o papel da *accountability* societal no âmbito do planejamento participativo. A partir de oficinas, mini-cursos, debates e reflexões sobre o orçamento público e as necessidades da comunidade valadarense permitiu-nos colaborar com a ampliação do grau de participação popular nos processos políticos que permeiam o orçamento do Município de forma a aumentar a influência desses setores sociais na discussão sobre as políticas públicas e na gestão dos recursos municipais.

Comumente, o que se espera com o resultado desse trabalho é o alcance de respostas satisfatórias ao se questionar se a ausência de vinculação entre o planejamento estatal e o orçamento público decorrente da falta de articulação entre função governamental e função administrativa comprometem a efetividade de direitos fundamentais.

Considerando o contexto de foco jurídico, a tese propõe análises teóricas e descritivas sobre o planejamento público, recorrendo-se ao estudo bibliográfico ora de Manuais de Direito Administrativo¹, ora de literatura especializada. Ademais, valeu-se de dados primários e secundários, principalmente para ilustrar a composição do panorama dos custos no cenário público-orçamentário mineiro. Ou, ainda, para tabular a variação dos índices da inflação brasileira, realizando, desse modo, comparação com países de economias distintas. Assim, a pesquisa conta com breve levantamento de dados orçamentários demonstrados em esparsas passagens do texto, retratando que os déficits de investimentos são comuns à realidade de quaisquer Municípios, fazendo necessário o uso de planos estratégicos para que os recursos sejam otimizados e os gastos públicos tolhidos. Também aponta sucinto comparativo entre União, Estado de Minas Gerais e Belo Horizonte referente à oscilação dos índices mínimos de autorização para abertura de créditos suplementares previstos em suas respectivas LOA's. A intenção é demonstrar que a ausência constitucional de margens às alocações orçamentárias

¹ Resta destacar que o emprego dos Manuais administrativistas para o presente estudo é justificado pelo fato de que, embora focados em análise dogmática de seu objeto investigativo, são grande fonte formadora da opinião do profissional de Direito. Além disso, a seleção de seu conteúdo, como a indicação de vasta classificação de função administrativa apontada no texto, são importantes para se compreender a leitura doutrinária realizada sobre os institutos de Direito Administrativo relacionados ao trabalho, distinguindo-se seus erros e acertos necessários à construção das críticas aqui propostas.

reflete em larga discricionariedade que pode, a seu turno, comprometer o planejamento, graças ao empoderamento do Poder Executivo que argumenta o gozo de função política, isenta de controle no que impinge às suas decisões. Também recorreu, como metodologia, ao levantamento jurisprudencial, por amostragem, para avaliar a leitura dos Tribunais (como TJSP, STJ e STF) acerca da aplicabilidade do princípio da eficiência e sua incidência como fundamento para a condenação do gestor público por improbidade administrativa.

A partir de então, tornou-se possível a avaliação da veracidade das suposições críticas norteadoras do desenvolvimento da pesquisa, resumidas nas seguintes afirmações: 1) A desvinculação entre o planejamento estatal e o orçamento público proveniente da inexistência de articulação entre as funções governamental e administrativa não apenas afeta a concretização de direitos fundamentais, como também pode imputar responsabilidade administrativa; 2) Nesse aspecto, cabe a imputação da responsabilidade do administrador público pela inefetividade dos direitos fundamentais e por sua ineficiência administrativa, ensejando situação de improbidade administrativa por deflagrar lesão ao patrimônio público, comprovando-se apenas com a culpa – afastada a comprovação pela averiguação de dolo; 3) Para não cair numa perspectiva sancionatória de responsabilização, resta ao administrador público, no uso de sua discricionariedade, promover a integração entre o planejamento administrativo das políticas públicas e a execução orçamentária baseada em seu plano de captação de recursos.

Sendo assim, o trabalho se estrutura em três grandes momentos, divididos ao longo de mais oito Capítulos. A começar, o Capítulo 2 propõe-se a criticar o velho ‘Estado Administrativo’ pautado em deturpadas visões de discricionariedade e de supremacia do interesse público, pois ele não valida a ação de planejar como uma das funções administrativas do Estado, posição oposta à que adotamos. Nesse contexto, por meio de uma abordagem crítico-propositiva, a tese denuncia os impactos da desvinculação entre as funções estatais na gestão orçamentária. Essa desarticulação é manifestada pela presença de grande margem discricionária reservada ao administrador público no decorrer do planejamento. Isso compromete a premissa de que as disposições orçamentárias legalmente instituídas devam prevalecer, condicionando a previsibilidade de proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos, o que coloca em xeque a autoridade das leis orçamentárias. A seguir, em seu Capítulo 3, é investigada a ligação entre as limitações orçamentárias e a efetividade dos direitos no contexto do Federalismo assimétrico. A denúncia de inconsistências firmadas em nossa forma de Estado aponta em direção à configuração de um Estado de Exceção permanente, além de uma série de simulacros que incitam o descaminho da gestão pública. É

verificado, nessa fase do estudo, que a saída para o problema do racionamento dos recursos públicos reverbera a importância do planejamento, embora a execução orçamentária se realize de forma desconexa diante de injustificadas alterações ao longo dos mandatos. Este trabalho também se apoia no argumento de que o cumprimento da boa administração, com o aumento satisfatório da efetividade e a promoção de resultados compatíveis com o interesse público depende da compreensão de que a cooperação é um pressuposto constitucional típico de nosso Estado de Direito. Com isso sustenta a tese de que o federalismo de cooperação possui íntima conexão com o princípio da eficiência, não sendo possível dissociá-los. E a eficiência administrativa deve ser amparada em pilares distintos daqueles advindos da economia de mercado, pautando-se no devido planejamento legal e na legitimidade democrática como novos parâmetros. Ademais, o Capítulo 4 ainda denuncia que mesmo diante de sua excepcionalidade e sob o argumento de proteção do interesse público, a utilização de técnicas que permitem alterações qualitativas e quantitativas no orçamento por disposição de vontade do gestor, na prática administrativa pode revelar consequência da ineficiência do planejamento estatal.

Na segunda parte da tese são apresentados os novos *standards* da gestão pública, destacando-se a proposta de planejamento integrado, participativo e sustentável. O Capítulo 5 definiu o mais importante recorte teórico dado à pesquisa, pois foi centrado-se na análise do remodelamento do planejamento a partir das críticas e das contribuições deixadas pela teoria dos custos dos direitos, de Stephen Holmes e Cass Sunstein (1999), iniciando-se com a desmistificação da cláusula da reserva do possível. A partir daí a tese desenvolve o substrato à implantação de novos parâmetros necessários à gestão eficiente. Nessa etapa, são discutidos: a) o planejamento integrado como alternativa à escassez de recursos em sistemas jurídicos complexos e a indivisibilidade dos direitos fundamentais como justificativa à adoção da intersetorialidade como lógica das políticas públicas. Nesse intuito, sustentou-se que a superação do dilema dos custos dos direitos e o impasse da escassez orçamentária não se resolvem por simples ações conjuntas entre os entes federativos no contexto de descentralização política. Além do planejamento estatal se pautar em estratégias verticais de cooperação entre os entes, a tese suscita a horizontalização das ações de cada esfera administrativa, tendo por mote a otimização dos recursos face ao cumprimento de suas metas e ações. Essas ações de integração no planejamento correspondem à inserção de táticas de intra e intergovernabilidade defendidas no texto; b) os desafios à funcionalidade do planejamento participativo engrenado pela eclosão da democracia fiscal face aos avanços do direito virtual. Não obstante a oportunidade formal por mudanças, a intenção deste capítulo é

demonstrar que o procedimento democrático ainda engatinha ao ponto de se tornar acessível a todos os seus destinatários, camuflando interesses privados de pequenos grupos no poder. Muda-se a realidade, mas se mantém o hiato do empoderamento político-econômico que a estrutura liberal de governo tem em detrimento da massa empobrecida de cidadãos desassistidos de seus direitos. O desafio de leis que colocam o povo se sentindo refém da própria estrutura diante da incapacidade de compreensão de seus signos, mantidos em situações-não-ideias-de-fala, são formas de encriptação que fazem nascer o simulacro da democracia, do controle popular das políticas públicas, da legalidade e da participação. É o que ocorre com a leitura de normas como a Lei nº 4.320/64, agora conectada à exigência de transparência e participação popular na gestão definidos pela Lei Complementar nº 131/09, cuja compreensão é imprescindível para o exercício do *accountability* societal pelos cidadãos. Essas foram as discussões abordadas ao longo do Capítulo 6; c) já no Capítulo 7 analisou-se a polissincronia da sustentabilidade no traquejo simbólico com que se revela em pleno Estado de Direito Ambiental. O trabalho segue levando em conta os aspectos orçamentários que emanam da implantação do planejamento sustentável, abordando questões como: a instituição de planos diretores participativos e multifuncionais, as implicações do financiamento de cidades sustentáveis por articulações intergovernamentais, a vinculação do planejamento ao patrocínio de projetos em cidades resilientes e dilema dos custos das licitações e contratos sustentáveis.

Por fim, na derradeira parte da tese, entre os Capítulos 8 e 9, correlacionou-se o planejamento estatal e os contornos da responsabilidade por ineficiência na gestão orçamentária, abordando-se reflexões sobre a improbidade administrativa. Sendo assim, as discussões se acirram em um dos pontos mais críticos do trabalho: a possibilidade de imputação de responsabilidade ao administrador público pela gestão ineficiente dos recursos públicos, incorrendo em hipótese de improbidade administrativa por atentado a princípios. Nessa parte, o trabalho chega a seu desfecho abordando a fiscalidade da execução orçamentária a partir das contribuições da teoria das capacidades institucionais, defendida por Sunstein e Vermeule (2002). Assim, revisita as premissas do ativismo judicial na defesa da intervenção judicial subsidiária do orçamento público após a releitura da crise de nossas instituições e a diagnose da obsolescência do modelo de Tripartição dos Poderes.

Nesse compasso, convém esclarecermos que o esforço contido nesta tese está na integração multidisciplinar de premissas ao assentamento de marcos redefinidores do planejamento, o qual, dentre suas diversas facetas, pode evitar perspectivas sancionatórias de responsabilização na condução da gestão pública, elevando o potencial de efetividade dos

direitos. Isso importa, antes de tudo, a busca por uma condução integrada de teorias que possibilitem o exercício do pensamento distinto daquele comumente doutrinado pelo Direito Administrativo, avançando em proposições críticas rumo à reformulação do velho Estado Administrativo em crise. Eis o desafio aqui lançado.

2 UM NOVO OLHAR SOBRE O PLANEJAMENTO NO ESTADO ADMINISTRATIVO EM CRISE: REVISITANDO AS FUNÇÕES ESTATAIS NO ARCABOUÇO ORÇAMENTÁRIO

2.1 O *Leviatã* anêmico e o panorama dos custos dos direitos: introdução ao planejamento como estratégia à escassez de recursos

Às margens de sua composição, impactada pelo choque entre decisões discricionárias, impositivas² e legislativas³, e por um complexo mecanismo executório, essencialmente autorizativo, o orçamento público é uma ferramenta organizacional arquitetada pelo entrelaçamento de funções estatais miscigenadas. Não está limitado a leituras contábeis e estáticas de mensuração das finanças do Estado, pois ultrapassa o mero tecnicismo ao envolver-se com o equilíbrio de interesses antagônicos em volta do poder.⁴

Por força da Lei nº 4.320/64 e do Decreto-Lei nº 200/67, a obsolescência que acompanhava os instrumentos orçamentários (como peças de contabilidade pública descompromissadas com os planos) transmutou-se em uma arquitetura orçamentária vanguardista, baseada na articulação entre *planejamento/orçamentação* para operacionalizar as ações do governo. No escólio de Gustavo Vidigal Costa (2015), o sistema orçamentário brasileiro é demarcado por duas distintas concepções orçamentárias: i) *concepção tradicional (orçamento clássico)*– limitado à condição de instrumento eminentemente contábil, o orçamento, segundo esta visão, está voltado à simples estimativa de receitas e autorização de despesas públicas, não se apropriando de técnicas de planejamento para sua elaboração. Na linha dessa estrutura orçamentária opera forte controle das finanças públicas por meio do detalhamento da despesa. Os gastos recebem previsão baseada em despesas pretéritas, sem

² Em se tratando de matéria de saúde e de educação, conforme dispõe a Ordem Social Constitucional e o texto dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias.

³ Os orçamentos exprimem programas de governo aprovados por lei. Por esta razão, o processo legislativo orçamentário, por defluir de um amplo palco deliberativo composto pela lógica de tensões políticas na luta pela definição de ideais coletivos, a doutrina lusitana, ao interpretar a noção de função política, traz-nos íntima ligação com essa ideia. Nesse esforço, assim esclarece Marcello Caetano: “A função política é uma atividade comandada pelo interesse geral e que se desenvolve para assegurar a unidade e a coesão nacionais, definir os ideais colectivos, escolher os objetivos concretos a prosseguir em cada época e os meios mais idôneos para os alcançar, manter o equilíbrio constitucional das tensões políticas e das forças sociais, garantir a segurança do Estado e defender os interesses nacionais na ordem externa. Essa atividade exerce-se na fase de elaboração das leis, pois que os preceitos legislativos têm sempre de ser objeto de uma apreciação da sua conveniência ou necessidade política antes de traduzidos em normas jurídicas.” (CAETANO, 1965, p. 2).

⁴ “O orçamento não se prende a elucubrações de técnicos, nem a preocupações de racionalizar a máquina financeira; ele tem origem em uma penosa e multissecular cadeia de lutas políticas, que veio tornar a elaboração orçamentária indispensável ao equilíbrio dos interesses antagônicos em volta do poder.” (ARAÚJO; FERES; SILVA, 2006, p. 4).

preocupação com a realização de objetivos, além da inexistência de medidas de desempenho para as ações governamentais; *ii) concepção dinâmica/programática/de vivacidade* – reconhece o caráter sistêmico e planejador dos instrumentos orçamentários, cuja finalidade é programar a vida econômica e financeira do Estado, vinculando o comportamento do agente público (orçamento-programa). Além da fixação de receitas e despesas, o sistema orçamentário deve abranger a estipulação de programas, resultados e medidas de controle e avaliação de ações implementadas. (COSTA, 2015, p. 78-79). Em consonância com esta última concepção, complementa Adilson Abreu Dallari que a perspectiva programática da orçamentação, ao deixar de ser um amontoado numérico para se assumir como a representação numérica de um programa completo de governo, coroa todo o sistema de planejamento. (DALLARI, 2011, p. 315).

Desde a sua formação até a sua destinação final a orçamentação é caracterizada por vastas funções – de ordem política, jurídica, econômica e social – e envolve uma sequência de atos direcionados pela “técnica do planejamento”, nos termos de Washington Peluso (SOUZA in: SOUZA; CLARK, 2008, p. 85).

Por sua vez, a percepção do planejamento como técnica determina intenções compatíveis às máximas de nossa “[...] ideologia constitucionalmente adotada” (SOUZA, 2002, p. 75), orientada pelo modelo de Constituição Econômica inaugurado em 1988. Além do tratamento de assuntos econômicos, abarcando, dentre outras matérias, a disciplina do planejamento do setor público e o incentivo ao desenvolvimento do setor privado (Constituição Econômica Material⁵), a composição da Constituição Econômica Formal, ainda de acordo com Washington Peluso, é formada pelo conjunto da Constituição Geral: “Apresenta-se na tessitura estrutural desta, não importa se na condição de Parte, Título, Capítulo ou em artigos esparsos.” (SOUZA, 2002, p. 23).

Entretanto, indo além da ideia de técnica, o planejamento também pode ser lido como uma ciência que envolve a escolha de um curso de ação, após a análise de várias alternativas disponíveis, visando alcançar objetivos prefixados (LOPES, 1990, p. 3). Justamente por esta prefixação de metas e objetivos ser prescrita em lei que a consecução de planos está ligada à mudança da realidade pelo direito. E, assim, segue definindo linhas de atuação para a política que afetam a dimensão socioeconômica, não apenas na garantia do existente, mas na programação governamental para o futuro. Isso também torna nosso Texto Constitucional uma “Constituição Dirigente”, coadunando coma teoria de Canotilho (2001, p. 224-225).

⁵ “Por esse registro, integra-se na ideologia definida na Constituição em apreço e a partir desta são estabelecidas as bases para a política econômica a ser traduzida na legislação infraconstitucional.” (SOUZA, 2002, p. 23).

Ora, classificar a Constituição de 1988 como ‘Dirigente’ e, ao mesmo tempo, ‘Econômica’, admitindo, ao longo de seu texto, a criação de planos como orientação constitucional indispensável (versando sobre conteúdos diversificados, como finanças públicas, política urbana, saúde, educação, etc), faz emergir a existência de conflito muitas vezes ignorado. Gilberto Bercovici (2005) critica que por força da demasiada programaticidade constitucional, inclusive no capítulo reservado à Ordem Econômica e Financeira, ao tratar sobre os princípios gerais da atividade econômica (Título VII, Capítulo I, da CR/88), a Constituição tornou-se um ícone por exceder em promessas. Para ele, existe a crença de que a Constituição de 1988, por si só, seja auto-suficiente para mudar a sociedade e transformar a realidade, apenas por seguir a risca seus dispositivos, o que revelaria a adoção exageradamente acrítica da Teoria da Constituição Dirigente. No entanto, ressalta que mesmo sendo essencial essa juridicidade, a Constituição não emplaca nenhum de seus preceitos, tornando-os compromissos dilatórios. (2005, p.38). Ainda assevera que o Texto Constitucional não pode ser interpretado isoladamente, sem ligação com a política, a economia, a história e a teoria social. (2005, p. 41). Em meio a essa batalha ideológica podemos perceber a contradição tão ventilada pelo autor, que assim completa: “Toda norma incômoda passou a ser classificada como “programática”, bloqueando, na prática, a efetividade da Constituição e, especialmente, da Constituição Econômica e dos direitos sociais.” (BERCOVICI, 2005, p. 40). .

Por outro lado, ao se debruçar no debate em torno dos impactos da planificação econômica Sérgio de Andréa Ferreira (1980) defende singular visão sobre o planejamento. Para ele, já que o planejamento estatal atua por meio de ações e procedimentos com vistas ao desempenho das funções de governo e incentivo ao setor privado, cabe interpretá-lo como um processo. Seu dinamismo consiste na atividade de aplicação de um sistema racional de escolha entre um conjunto de alternativas reais de investimentos e de outras possibilidades para o desenvolvimento, com fulcro na consideração dos custos e benefícios sociais. E segue destacando que o plano é o documento que esboça o planejamento estratégico do governo, o qual deve conter “[...] os objetivos gerais a serem atingidos, identificar as fontes de recursos e estabelecer as políticas para o uso desses recursos.” (FERREIRA, 1980, p.16). Em arremate, Villela Souto conclui que “[...] se o planejamento é o processo, planificação é o resultado; e plano, o documento que o formaliza.” (2003, p.17).

Em esboço sobre a natureza jurídica do *plano*, o mestre Washington Peluso sintetiza as seguintes características: i) é ato complexo, engastado no Direito Econômico; ii) trata-se de ‘ato político’, haja vista o conteúdo das decisões nele contidas; iii) é ‘ato jurídico’, quando

expresso em lei – além da predominância do conteúdo econômico nela tratada, a ‘lei do plano’ também regulamenta a prática de atos necessários à concretização das políticas públicas nela previstas – ; iv) é ‘ato econômico’, por definir a política econômica do Estado em suas amplas entidades federadas; v) tem força vinculativa para o setor público, segundo consta na Constituição de 1988. (SOUZA, 2005, p. 392).

A ideia de planejamento, portanto, traz consigo a visão de racionalização da economia, pois o orçamento é utilizado para fins de manipulação da conjuntura para financiar as virtualidades esperadas no plano formalizado. Somente com subsídios orçamentários é que a planificação se realiza.⁶ E sem níveis de investimentos públicos não há como o Estado intervir na salvaguarda de direitos. Ao mesmo tempo, a adoção do planejamento como forma de intervenção econômica (CLARK, 2001, p. 198; SOUZA, 2005, p. 371) traduz seus planos em documentos juridicamente relevantes, em quadros estratégicos de curto, médio e longo alcance que podem capturar a evasão de recursos pela melhoria das condições dos contribuintes.

Mas se reconhecemos a ausência de uma efetiva vinculação entre o planejamento público e a orçamentação, consequência da falta de articulação que ora reside entre as funções políticas e administrativas⁷ do Estado, em seu arcabouço federativo, podemos pressupor que isso compromete a efetividade de direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que encerra em ineficiência administrativa. Mas a quem incumbe a responsabilidade, já que essa tensão, amparada por excesso ou uso exacerbado de discricionariedade, resulta em verdadeiro desastre quanto à efetivação de direitos fundamentais, gerando aos cidadãos os mais variados danos?

⁶“Orçamento é a peça legal (tem natureza de lei formal) que autoriza despesas e estima receitas. [...] Por meio do orçamento é traçado um planejamento da ação estatal.” (CHIMENTI In: CARDOZO; QUEIROZ; SANTOS, 2011, p. 803).

⁷ Vários são os esforços dos manuais administrativistas em conceituar a função administrativa, o que resulta em abastado dissenso. Dentre as suas diversas tentativas, destacamos que ora se interliga à ideia de relação jurídica vinculada por lei (concepção legalista), conforme se observa: “Função administrativa é a atividade exercida pelo Estado ou por quem esteja fazendo suas vezes, como parte interessada numa relação jurídica estabelecida sob a lei ou diretamente realizada através de decretos expedidos por autorização constitucional, para a execução das finalidades estabelecidas no ordenamento jurídico.” (MUJALLI, 1997, p. 30). Ora assumindo um viés axiológico, voltado à consecução do bem comum, numa perspectiva menos técnica e mais humanística, tal como aponta Fernanda Marinela: “[...] é a gestão de bens e interesses qualificados da comunidade, de âmbito federal, estadual e municipal, segundo os preceitos do Direito e da Moral, visando ao bem comum.” (MARINELA, 2014, p. 19). Às vezes com a simplória conotação de funções materialmente administrativas exercidas precipuamente pelo Poder Executivo e, atipicamente, pelos demais poderes, sujeitando-se à observância de “[...] normas e princípios pertinentes ao direito administrativo.” (ALEXANDRINO; PAULO, 2014, p. 15-16). Ou, ainda, assumindo sua sujeição ao poder político, paralelamente à garantia de suporte às atividades dos demais poderes: “A função administrativa pode ser traduzida pela própria execução da atividade estatal que, além de transformar a realidade, de acordo com a decisão do poder político, também serve de suporte para as atividades dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.” (FRIEDE, 1996, p. 348).

À luz da teoria dos custos dos direitos⁸ identificamos que o *Contrato Social* que nos sujeita a compromissos ininterruptos e coercitivos como a tributação, necessária ao financiamento das ações cotidianas de nosso atual Leviatã, é o mesmo acordo que também vincula o Estado ao dever de fidelidade no patrocínio de direitos fundamentais. Na esfera administrativa, resta ao Poder Público concretizá-los ciente da onerosidade comum a quaisquer dimensões de direitos que requerem, sem exceção, níveis distintos de recursos financeiros.

Só é legitimamente reconhecido como direito aquilo que é contemplado pelo Estado a partir de ações de financiamento público. Dentro dessa lógica, Holmes e Sunstein (1999) interpretam os direitos fundamentais como uma categoria de bens públicos, patrocinados por impostos, administrados pelo governo e sujeitos à justiça distributiva.

Há uma rejeição de que os direitos sobrevivam ilesos à interferência pública, pois a inépcia ou paralisia estatal não é capaz de efetivar nenhuma de suas espécies, nem mesmo as liberdades aparentemente negativas, já que todos têm seu custo:

Se os direitos fossem meramente imunidades de interferência pública, a maior virtude do governo (no tocante ao exercício de direitos) seria a paralisia ou sua inépcia. Mas um Estado não ativo é incapaz de proteger liberdades pessoais, até mesmo aquelas que parecem ser inteiramente ‘negativas,’ como o direito de não ser torturado por policiais ou guardas de prisão. (...) Todos os direitos são custosos porque pressupõem fundos angariados pelos contribuintes a fim de constituir um efetivo maquinário para supervisionar, monitorar e aplicar a lei. (tradução livre) (grifos nossos) (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 44).⁹

A lógica introduzida pela teorização dos custos dos direitos se distancia da teoria dos status de Jellinek (1970), cuja classificação dos direitos fundamentais se baseia na análise de abstenção ou de incidência de intervenção pública. Em síntese, essa última teoria qualifica os direitos fundamentais, dentre outros aspectos, em liberdades negativas (os direitos individuais ou de não intervenção) e positivas (os direitos sociais, considerados prestacionais e de máxima onerosidade), o que perde sentido diante da teoria dos custos (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p.13). Esta, por sua vez, peca ao rejeitar a existência dos direitos naturais, pois caso fossem concebidos como direitos pré-políticos ou pré-direitos como tem admitido a doutrina (OST, 2005), sua inerência ao homem e pré-existência ao Estado deporia contra a dependência dos

⁸ A análise completa dessa teoria construída por Stephen Holmes e Cass R. Sunstein (1999) é enfatizada na obra “The cost of rights: why liberty depends on taxes”. No Brasil, vale conferir a obra de Galdino (2005).

⁹ “If rights were merely immunities from public interference, the highest virtue of government (so far as the exercise of rights was concerned) would be paralysis or disability. But a disabled state cannot protect personal liberties, even those that seem wholly ‘negative’, such as the rights against being tortured by police officers and prison guards. (...) All rights are costly because all rights presuppose taxpayers funding of effective supervisory machinery for monitoring and enforcement.” (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p.44)

direitos fundamentais à figura estatal insistida por Holmes e Sunstein, onde a tributação e a orçamentação seriam indispensáveis.

Demais disso, a orçamentação sempre foi lida pelo Direito como técnica que contém a previsão de receitas e a fixação de despesas por período determinado, arrastada pela natureza jurídica de lei formal e caráter meramente autorizativo, encenando metas com baixa juridicidade, imunes ao controle judicial. Essa leitura, embora não seja pacífica na doutrina e na jurisprudência, finaliza que o orçamento está a salvo de mecanismos de controle concentrado em virtude da abnegação de sentido material atribuída à lei que o aprova. Ainda nessa linha de raciocínio, esse tipo de lei ficaria isenta das características da generalidade e da abstração em razão de sua capacidade de gerar efeito concreto no âmbito político-administrativo, tendo em vista destinar-se direta e exclusivamente à Administração Pública. (ADIn 2.100, ADIn 2.925, ADInMC 647-DF, ADInMC 842-DF).¹⁰

Após revisão jurisprudencial, o STF começa a abraçar novo entendimento, tal como se observa:

EMENTA: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 405, DE 18.12.2007. ABERTURA DE CRÉDITO EXTRAORDINÁRIO. LIMITES CONSTITUCIONAIS À ATIVIDADE LEGISLATIVA EXCEPCIONAL DO PODER EXECUTIVO NA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS. I. MEDIDA PROVISÓRIA E SUA CONVERSÃO EM LEI. Conversão da medida provisória na Lei nº 11.658/2008, sem alteração substancial. Aditamento ao pedido inicial. Inexistência de obstáculo processual ao prosseguimento do julgamento. A lei de conversão não convalida os vícios existentes na medida provisória. Precedentes. II. CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS ORÇAMENTÁRIAS. REVISÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O Supremo Tribunal Federal deve exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto. Possibilidade de submissão das normas orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade. III. LIMITES CONSTITUCIONAIS À ATIVIDADE LEGISLATIVA EXCEPCIONAL DO PODER EXECUTIVO NA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS PARA ABERTURA DE CRÉDITO EXTRAORDINÁRIO. Interpretação do art. 167, § 3º c/c o art. 62, § 1º, inciso I, alínea "d", da Constituição. Além dos requisitos de relevância e urgência (art. 62), a Constituição exige que a abertura do crédito extraordinário seja feita apenas para atender a despesas imprevisíveis e urgentes. [...] A edição da MP nº 405/2007 configurou um patente desvirtuamento dos parâmetros constitucionais que permitem a edição de medidas provisórias para a abertura de créditos extraordinários. IV. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. Suspensão da vigência da Lei nº 11.658/2008, desde a sua publicação, ocorrida em 22 de abril de 2008. (BRASIL. STF. ADI nº 4048 MC, Relator Min. Gilmar Mendes, julgado em 14/05/2008, public. 22-08-2008)

¹⁰ Apesar de nosso desconforto inicial perante esse posicionamento, maiores aprofundamentos sobre a discussão travada nos tribunais acerca da inconstitucionalidade das leis orçamentárias e as controvérsias em torno do controle judicial do orçamento estão abordados no 8º Capítulo deste trabalho.

Gradativamente, a ortodoxia enfraquecedora da autoridade das leis planejadoras começa a ser rompida pelo revelar de novas interpretações. O ponto de partida começa pela superação do orçamento como mera peça informativa ou como simples instrumento financeiro e contábil. O Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCE/MG), em oportuna manifestação sobre a matéria, declarou o posicionamento dos efeitos vinculativos do orçamento (suplantando a perspectiva autorizativa), reconhecendo sua força jurídica, tratamento já conferido pela corrente de Giovani Clark (2001, p. 190). Esse mesmo tribunal administrativo também reconheceu a existência de novos propósitos orçamentários que tornam mais clara a sua finalidade. Muito além de ser uma ferramenta técnica, financeira e contábil, assume a condição de instrumento de intervenção estatal no domínio econômico:

Outrossim, não se pode olvidar que, hoje, a tendência é a de que os orçamentos não mais se apresentem como mera ficção, sendo de se esperar dos Tribunais de Contas a defesa e a promoção de orçamentos reais, efetivamente democráticos, essenciais à atuação dos Estados modernos. Devem ser eles vinculativos e verdadeiros programas de governo aprovados por lei, donde se denota que, para qualquer alteração sensível na destinação dos seus recursos, se deve contar com a aprovação do legislativo. [...] **Daí o orçamento se constituir em peça importante na vida das nações. Deixa de ser mero instrumento financeiro e contábil para passar a ser o instrumento de ação do Estado. Através dele se fixam os objetivos a serem atingidos. Por meio dele é que o Estado assume funções reais de intervenção no domínio econômico. Em suma, deixa de ser mero instrumento estático de previsão de receita e autorização de despesas para se constituir no documento dinâmico, solene de atuação do Estado perante a sociedade, nela intervindo e dirigindo seus rumos.** (grifou-se e negritou-se) (TCE/MG - CONSULTA Nº: 833.284 - DATA SESSÃO: 21/07/2010 - AUTOR: CÂMARA MUNICIPAL DE TRÊS PONTAS - RELATOR: CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVÉCIO)

Ademais, o planejamento está vinculado à função estatal de agente normativo e modulador da atividade econômica, com repercussão sobre os setores público e privado, devendo conter diretrizes para o “desenvolvimento nacional equilibrado”. (SOUZA, 2002, p. 126). Mas, em nossos dias, reconhecer tal instituto como ferramenta de intervenção estatal no domínio econômico é bem diferente da ótica desenvolvimentista e estatizadora do século passado, embora não se possa perder de vista a ideologia regrada por nossa Constituição¹¹. A partir da adoção do modelo econômico liberal-regulatório e com a avalanche de privatizações ocorridas no Brasil, sobretudo no final do século XX, o intervencionismo público sofreu fortes abalos, precisando ser reinventado para não se tornar obsoleto nas mãos dos neoliberais

¹¹ “O desenvolvimento faz parte da ideologia constitucional da Carta Magna de 1988; tanto é assim que encontramos a sua consagração nos artigos 174, § 1º, 182 e 192 da CF, entre outros. Dessa forma, **um dos instrumentos fundamentais para se atingir o desenvolvimento é o planejamento enquanto técnica do Estado para intervir no domínio econômico**, imprescindível para o nosso país em desenvolvimento, sobretudo, nos Municípios.” (grifos nossos) (CLARK, 2001, p. 197-198).

e, assim, causar a “*mutação do Direito Econômico*” (CLARK; CORRÊA; NASCIMENTO, 2013, p. 268). Nesse sentido, o mercado acaba ganhando mais espaço, sob a cortina da livre concorrência, pondo fim à soberania econômica do Estado.¹²

Mesmo abalados pelo modismo da desestatização e pela onda regulatória¹³ que desestimularam a exploração direta da atividade econômica, os atos interventivos ainda resistem pelo emprego de outras ferramentas importantes estabelecidas pela Constituição: planejamento do desenvolvimento econômico – art. 174, § 1º; incentivo (fomento público) – art. 174; repressão ao abuso de poder econômico – art. 173, § 4º. Marcos Juruena Villela Souto (2003) destaca que todos os atos interventivos, indistintamente, devem estar calcados no planejamento. Este, por sua vez, deve ser o reflexo da vontade popular apurada nas urnas com fulcro no programa partidário, por meio do qual o Chefe do Executivo é eleito e elabora seu plano de governo, conforme determina a Constituição, em seu art. 14, § 3º, inc. V, c/c art. 84, incs. VI e XI. Assim conclui: “O planejamento visa, pois, dar organicidade à intervenção, tornada essa atividade vinculada”. (SOUTO, 2003, p. 16).

Mas o propósito orçamentário não se exaure na racionalização de recursos escassos para restabelecer a saúde econômica da Administração Pública. Ao revés, o planejamento das finanças públicas precisa refletir sobre a *escassez de recursos* que, particularmente, comporta diferentes perspectivas, para que assim seja possível esboçar estratégias à sua superação, tendo por objetivo tentativas mais sólidas à efetivação de direitos fundamentais. Afinal, à mercê de um mundo imperfeito e de recursos limitados, “[...] levar direitos a sério significa levar a escassez a sério”. (tradução livre) (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 94)¹⁴

A análise da escassez pode ser lida como uma situação de insuficiência quantitativa à satisfação coletiva, desdobrando-se em: i) *escassez natural*; i.i) *severa* – situação que revela a impossibilidade de aumento da oferta ao suprimento da demanda, como as obras de arte raras;

¹² “Se antes a economia devia levar em conta o Estado, agora o Estado que deve levar em conta a economia. [...] E grande parte da política econômica dos governos nacionais passou de proativa a reativa. Se antes guiava a economia, agora é seguidora ou adaptativa dela, ou seja, serve para corrigir tendências da economia, cujo andamento geral foge aos governos nacionais. Observou-se, portanto, que se o Estado continua a ter papel importante, perdeu, todavia, a soberania econômica, porque se antes era detentor de poder absoluto, agora é detentor de poder relativo, e os limites do Estado e da economia não são mais os mesmos.” (CASSESE, 2010, p. 46-47).

¹³ “A onda regulatória estava fundamentada em uma base ideológica de matriz liberal-extremista. No âmbito teórico, o novo formato jurídico se sustentava a partir de um conjunto de pressupostos ultra-liberais construídos a partir da segunda metade do século XX. De Friedrich Hayek, em “O caminho da Servidão” de 1944, retira-se o manifesto contra o planejamento estatal e a exaltação do mercado como lócus de expansão das liberdades individuais; [...] A despeito das diferenças teóricas, a identidade comum unificadora dos “libertários” é a hipótese segundo a qual o Estado Mínimo seria o único apto a respeitar as liberdades individuais e, conseqüentemente, viabilizar a produção e distribuição das riquezas por meio da livre ação dos agentes de mercado, realizando assim, supostamente, através dele, a justiça social.” (CLARK; CORRÊA; NASCIMENTO, 2013, p. 267)

¹⁴ “[...] taking rights seriously means taking scarcity seriously.” (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 94).

i.ii) *suave* – aquela em que não há soluções ao aumento da oferta suficientemente à integralização da demanda, tal como se observa no caso do petróleo e da disponibilidade de órgãos humanos para transplante; ii) *escassez quase-natural* – quando a oferta pode ser aumentada virtualmente até se atingir a satisfação da demanda, valendo-se de ações voluntárias (não-coativas) dos cidadãos, como por exemplo a doação de sangue; iii) *escassez artificial* – manifestada quando o Poder Público pode, por ato discricionário e observados os limites legais, aumentar a oferta até que se atinja a demanda, tornando o bem acessível a todos os cidadãos, como, por exemplo, o aumento do número de vagas ofertadas no jardim de infância. (AMARAL, 2001, p. 133-134).

Contudo, a escassez, na dimensão das finanças públicas, pode se manifestar por deficiência financeira (insuficiência de receita) ou pela forma como os recursos são distribuídos entre os órgãos públicos, de acordo com as prioridades estabelecidas e o fluxo de demandas. É o que se observa: i) *escassez real* ou *econômica* – ocorrida em decorrência da efetiva inexistência concreta de recursos, nos diversos graus mencionados. Isso, na prática, reduziria a capacidade do administrador público tanto na fixação de metas e objetivos concretos, quanto na sua própria realização, haja vista tratar-se de ausência ou hipossuficiência de meios orçamentários para o cumprimento dos custos dos direitos; ii) *escassez ficta* ou *jurídica* – compreendida como aquela resultante de indisponibilidade jurídica, ou seja, em face de norma jurídica determinante de alocação específica dos recursos em detrimento de outros. Ou, ainda, que proíba a disposição do recurso de determinada maneira ou acima de certos limites. Nesse caso, trata-se de uma escassez artificial resultante da legislação orçamentária que, por alocar os recursos públicos de certo modo e em rubricas orçamentárias específicas, acaba impossibilitando que as despesas públicas sejam realizadas em desacordo com seus próprios preceitos legais. (SGARBOSSA, 2010, p. 218-219)

Em recente trabalho, Sedhil Mullainathan e Eldar Shafir (2013) contribuíram de forma inédita para as discussões sobre o tema ao defenderem a tese de uma *psicologia da escassez*. A abordagem trabalhada pelos autores parte da noção de que escassez se retroalimenta, tendo em vista que a ausência de recursos financeiros, tempo ou alimentos gera um foco de tensão que suprime a visão mais ampla para a vida na qual o urgente não abre espaço para o importante. Os caminhos perfilhados pelo pensamento dos autores dividem a análise da escassez em três ângulos: i) *A mentalidade da escassez* - a ideia central é a tese de que a escassez altera não só o físico, mas também o psicológico: a forma como olhamos para as coisas e como as escolhas são tomadas. De um lado, a escassez gera uma visão de túnel, um certo pensamento obsessivo no que falta. Desse modo, a restrição, por si só, gera foco. Por outro, a abundância tende a gerar

uma visão mais aberta, criativa e, ao mesmo tempo, esbanjadora de oportunidades. Em outras palavras, a escassez de tempo, dinheiro e calorias, na visão dos autores torna a inteligência menos fluída e incapaz de controle; ii) *A escassez gera escassez* – há uma tendência maliciosa de perpetuação da escassez que mantém os indivíduos em constante estado de permanência sem poder variar o status em que se encontram. Através dessa façanha perniciosa da escassez, o pobre continua em sua condição de pobreza; os ocupados não conseguem organizar a própria vida, com cada vez menos disponibilidade de tempo; e o solitário se afunda em sua solidão, sem se socializar por estar desgostoso. Tais dilemas presentes na vida contemporânea são resultado da pressão da urgência do presente que diminui o planejamento com o futuro, a visão de túnel forjada por isso, os empréstimos para suprir as urgências, a falta de folgas na agenda ou no orçamento e a redução da capacidade cognitiva em função das pressões das necessidades materiais. A seguir o raciocínio imposto por esta lógica, a tensão com o imediato impede se pensar no planejamento como projeção de investimentos e estratégias de ação para o futuro, o que acaba fazendo com que seja desvalidado; iii) *O desenho da escassez* – as instituições são forjadas por conta da escassez e, por esta razão, é preciso pensar em soluções para ampliar a capacidade psicológica dos mais pobres. Em relação às políticas públicas, a mentalidade da escassez serve de indicativo para a reflexão sobre o combate à pobreza, na medida em que modula a responsabilidade do Governo pela criação de programas para se aliviar a pressão do presente e do contexto inóspito a novas expectativas em que convive a população baixa renda. Em relação às organizações, o diagnóstico da escassez reflete sobre formas de pensar em folgas em suas capacidades para que não se opere em situações extremas e de urgência, de modo a permitir um melhor planejamento.

O planejamento orçamental é confrontado com o paradoxo da infinidade de necessidades públicas por trás dos direitos fundamentais *versus* a finitude de investimentos financeiros, o que impõe responsabilidades aos agentes públicos. Isso se deve em face do compromisso a eles reservado no tocante à distribuição de recursos por meio das políticas públicas, impingindo-lhes agir sem improvisos, só possível quando as ações são vinculadas a seus devidos planos.

Paralelamente, o cerceamento daquilo que o Governo Federal dispõe a investir nesses direitos como valor líquido de receita disponível a cada função pública ou do montante de repasse aos demais entes é, em parte, consequência do impacto perverso da política externa que acomete nossas finanças públicas. Afinal de contas, é extremamente representativa a quota

financeira reservada ao pagamento de juros da dívida pública suportada pelo Brasil.¹⁵ É fato que despesas públicas de tamanha grandeza afetam o potencial de investimentos em direitos sociais, justamente a categoria de direitos fundamentais que, com larga frequência, tem sido vinculada como causadora do ‘problema do déficit público’, conforme rechaça Ricardo A. L. Camargo (2008, p. 21).

Para o citado autor, a política neoliberal propaga uma visão distorcida sobre os direitos sociais, traduzidos como meras concessões públicas realizadas a partir do ‘desvio’ de recursos necessários a seu patrocínio, ainda que ao desdém de outras prioridades. Por outro lado, a vitória mundial da economia de mercado celebra como legítimos apenas os direitos civis e políticos. (CAMARGO, 2008, p. 21).

É inegável que a baixa capacidade administrativa e financeira diagnosticada por tantos entes federados, como ocorre com centenas de Municípios brasileiros que sobrevivem com orçamentos irrisórios¹⁶, são fatores determinantes à realização de escolhas trágicas. A título de ilustração, com base no exercício fiscal de 2013¹⁷, comparemos o perfil orçamentário de três Municípios mineiros com dimensões populacionais e de desenvolvimento econômico contrastantes, repartidos entre grande, médio e pequeno porte.

¹⁵ De acordo com os dados disponibilizados pelo ‘Portal Auditoria Cidadã’, em 2014, o Governo Federal gastou efetivamente R\$ 978 bilhões com juros e amortizações da dívida, o que representou 45,11% de todo o orçamento executado no ano. Em contrapartida, para a saúde foram destinados apenas 3,98%, para a educação 3,73% e para assistência social 3,08%. Quanto ao exercício financeiro de 2015, o orçamento da União reservou R\$ 1,356 trilhão para o pagamento da dívida pública, correspondendo, inicialmente, a 47% de tudo o que o Governo estimou arrecadar com tributos, emissão de novos títulos, dentre outras rendas. Antes mesmo da aprovação do orçamento pelo Congresso, todas as áreas sofreram um corte linear preliminar e, após a aprovação do orçamento novo decreto contingenciou ainda mais recursos de todas as pastas, exceto da dívida, dentro da lógica do ajuste fiscal. Por meio de decreto, no dia 8 de março, bloqueou R\$ 22,7 bilhões para os Ministérios e Secretarias especiais. O ministério da Educação responde pela maior parte do montante afetado, com o equivalente a R\$ 7 bilhões anuais, o que correspondeu a 31% do total de cortes. (BRASIL, PORTAL AUDITORIA CIDADÃ DA DÍVIDA, 2015). Conclui-se, com isso, o privilégio da dívida pública, detida principalmente por grandes bancos, em detrimento do cumprimento dos direitos sociais básicos estabelecidos em nossa ‘Constituição Dirigente’.

¹⁶ Anteendo a hipossuficiência financeira enfrentada por tantos Municípios brasileiros o Texto Constitucional vinculou a transferência de recursos federais entre os entes federados ao instituir o Fundo de Participação dos Municípios (FPM). A título de ilustração, no ano de 2012, somente no Estado de Minas Gerais, dentre os seus 853 Municípios, foram repassados, sob a forma de transferência orçamentária, cerca de R\$ 7.172.229.346,28 de recursos advindos do FPM (valores já descontados da parcela destinada ao FUNDEB). (BRASIL, Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, 2013).

¹⁷ Ano de referência, pois ao tempo de realização desta pesquisa, o derradeiro “Relatório das Demonstrações Contábeis do Município de Belo Horizonte”, indicador do balanço anual das contas públicas informado na base de dados do portal da Prefeitura Municipal de Belo Horizonte foi referente a esta data. No mesmo sentido, 2013 informa a última atualização constada na base de dados do portal público “Meu Município”, ferramenta que disponibiliza os principais dados referentes ao desempenho das finanças municipais. Este portal permite o acesso aos valores das contas de receitas e despesas e indicadores gerenciais das cidades, oportunizando a realização de comparativo entre os municípios brasileiros (BRASIL, Portal Meu Município, 2015).

Belo Horizonte, com seus 2.375.151 habitantes arrecadou R\$ 8.548.154.125,42 – menos do que o esperado na receita estimada¹⁸, fechando a despesa em R\$ 8.806.532.879,65. Quando se frustra sensivelmente a estimativa de receita, a primeira reação do gestor público é a análise de sua repercussão no planejamento, observando o impacto que pode gerar sobre os custos das metas e objetivos estabelecidos nas leis orçamentárias. Isso é uma entropia, cuja imprevisibilidade põe em evidência o dinamismo imprescindível ao plano orçamentário, pois pode até culminar no replanejamento caso o administrador público decida pela trágica opção de redução dos investimentos públicos em direitos fundamentais, sob o argumento de indisponibilidade, escassez ou limitação de recursos revelados por dados contábeis.¹⁹ Se não o fizer, há o risco de se provocar o déficit orçamentário, na hipótese de não realização da retenção de despesas fixadas ou se estas extrapolarem ao teto da receita.

Na equiparação com o exercício anterior, segundo dados extraídos do “Relatório das Demonstrações Contábeis do Município de Belo Horizonte”, em 2012 a receita orçamentária captada foi de R\$ 7.260.892.944,77, dos quais a arrecadação tributária somou R\$ 2.234.232.654,52, representando um acréscimo de 13,65% em relação ao exercício de 2011. A execução da despesa, na vigência desse mesmo exercício, alcançou a cifra de R\$ 7.334.325.340,87, representando um acréscimo de 16,35% em relação ao exercício anterior, o que extrapolou os limites dos gastos públicos por superar o valor da receita apurada (saldo negativo apontando um quadro de escassez jurídica ou ineficiência na gestão).

Ainda em 2012, da porcentagem de investimentos destinados diretamente à realização dos direitos fundamentais, contabilizados do total de despesas orçamentárias, dentre outras áreas de interesses públicos detalhados no relatório, os recursos variaram de 1,07% à segurança pública (para a proteção da propriedade e das liberdades individuais), 6,67% destinado ao saneamento/gestão ambiental, 11,54% para políticas de habitação/urbanismo e 2,41%, 30,82%, 17,56% e 7,41% em direitos sociais como assistência social, saúde, educação e previdência social, respectivamente.

O balanço financeiro de 2013, também tomando por base o total de despesas orçamentárias, apontou ligeiro aumento no percentual dos custos destinados à segurança pública (1,17%) e à educação (17,73%), e um decréscimo de investimentos nas áreas de saúde

¹⁸ De acordo com o art. 2º da Lei nº 10.582, de 27 de dezembro de 2012, a receita total da Administração Direta e Indireta de Belo Horizonte, para 2013, foi estimada em R\$9.999.419.645,00.

¹⁹ “Também o Estado possui recursos escassos, vivenciando a necessidade de realizar escolhas, sacrificando ainda que parcialmente outras opções que se apresentavam no conjunto de oportunidades disponíveis. Diante de um orçamento “apertado”, o Estado faz a opção entre investir em (i) moradia ou (ii) educação. Lamentavelmente, nem sempre há recursos para ambos. Para o Estado, muitas dessas opções são dramáticas – impondo dificuldades e responsabilidades aos agentes públicos. São as escolhas trágicas.” (GALDINO, 2005, p. 160).

(30,40%), assistência social (2,28%), saneamento/gestão ambiental (6,37%), habitação/urbanismo (10,35%, sendo 3,56% de investimentos somente em políticas habitacionais) e, de forma mais significativa, para a previdência social (3,65%). Apesar desses cortes no percentual total de despesas, o balanço orçamentário da capital no exercício de 2013, na confrontação da receita efetivamente arrecadada com a despesa realizada, declarou um déficit de R\$ 258.378.754,23. Sua receita tributária alcançou a cifra de 34,07% sobre o total arrecadado, dependendo de 52,94% de receitas de transferências intergovernamentais para a complementação de seu orçamento.

Em comparativo, também no período de 2013, Governador Valadares, considerado um Município de médio porte (263.689 habitantes), obteve saldo positivo de 3,06% (percentual da receita gasta com investimentos). A execução orçamentária revelou o balanço de R\$ 553.800.000,00 de receita e R\$ 515.440.000,00 de despesa, graças ao aporte de 59,9% de receitas de transferências intergovernamentais, complementando os 14,2% de receita tributária. Desse montante total de despesas, apenas 0,34% de investimentos foram empregados na gestão ambiental, apesar de 9,88% especificamente investidos em saneamento. 33,1% na saúde, 20,32% na educação, 1,17% na assistência social, 1,15% na previdência social, ausentando-se a destinação de investimentos em políticas públicas habitacionais.

Por fim, um Município de pequeno porte, como Santa Bárbara do Leste, com 7.682 habitantes, e 51% da população urbana (de acordo com o Censo 2010), exemplifica a perceptível incapacidade financeira vivenciada em tantas outras regiões brasileiras. Dos R\$ 12.514.000,00 de despesa, somente no exercício de 2013, 59,13% refere-se apenas aos gastos com o funcionalismo público e encargos sociais, comprometendo substancialmente os investimentos em diversas áreas de interesse público. Do total de R\$ 12.822.000,00 arrecadados nesse mesmo ano, apenas 1,63% da receita foi oriunda de tributação, percentual insigne perante o montante de 94,65% de receitas de transferências intergovernamentais.

Pela escassez de renda, ao que tudo indica, grande parcela da população é beneficiada por programas sociais como o “Programa Bolsa Família”. Os dados também mostram o impacto de recursos do FPM como a mais importante transferência orçamentária e fonte de fomento à sobrevivência dessa espécie de Município que, mesmo assim, conta com irrisória disponibilidade de recursos para investir nos direitos fundamentais de seus munícipes. Mas dentro da limitada programação orçamentária disponibilizada para o cumprimento desse tipo de função governamental, 35,99% dos recursos auferidos do total de despesas foi aplicado na educação, o que superou, proporcionalmente, o nível percentual de investimento nessa área quando comparado com os outros dois Municípios citados.

Na saúde registrou o índice de 21,89%, porcentagem inferior à dos demais Municípios mencionados, embora se deva considerar, que devido à precariedade de desenvolvimento da cidade (marcada pela ausência de hospital público próprio), grande parte dos serviços públicos de saúde são prestados em outro Município (Caratinga), sede do CIDES-LESTE (BRASIL, 2015), Consórcio Intermunicipal de Desenvolvimento Econômico e Social do Leste de Minas, composto por quinze Municípios da microrregião, inclusive Santa Bárbara do Leste. A proposta desse tipo de consórcio público é atuar para o bem comum dos Municípios participantes, na prestação de serviços, enfocando principalmente saúde, meio ambiente e desenvolvimento regional, por meio de ações de planejamento integrado horizontal que amenize o impacto de gastos de cada uma das cidades envolvidas.

Identificou-se 0,98% de gastos na gestão ambiental e 0,12% em saneamento, percentuais bem aquém dos investimentos realizados em Belo Horizonte e Governador Valadares, o que pode indicar fragilidade de políticas públicas nessas áreas, caso não sejam executadas por intervenção do consórcio. Na previdência social os gastos atingiram a soma percentual de 1,33% do total de despesas, havendo omissão, nesse exercício, de qualquer política pública habitacional pela falta de destinação de recursos. Os dados também revelam 4,82% das despesas investidas na assistência social, superando quase o dobro da soma média dos outros dois Municípios comparados, indicativo de nível mais representativo de ações públicas assistenciais aos mais necessitados, o que de fato fica comprometido pela limitação do valor real total de receita alcançada pelo Município durante o exercício fiscal (BRASIL. Portal Meu Município. 2015).

Averiguada a gestão das contas públicas dos três entes federativos avaliados, a conclusão, após essa breve comparação do panorama dos custos dos direitos, é que a incidência de restrições orçamentárias é um denominador comum a qualquer porte de Município, conforme abstraído da análise dos exemplos mineiros.²⁰ Não obstante a restrita delimitação espacial aqui realizada, considerando o subdesenvolvimento e as assimetrias no Brasil, essa realidade parece também se repetir com frequência em outros Estados.

De certo modo, a instabilidade da capacidade financeira de muitos Municípios põe em cheque a noção de autonomia municipal dependente da integração de recursos orçamentários intergovernamentais (transferências) para a complementação de suas receitas. Outro

²⁰ Em alguns casos, a receita proveniente de impostos municipais, por si só, não chega a atender à destinação orçamentária minimamente exigida pelo Texto Constitucional, como no exemplo da educação (art. 212, CR/88), pois é fatalmente retalhada para o suprimimento de outras prioridades, o que tornam as escolhas trágicas. Normas como esta só conseguem ser cumpridas por muitos Governos locais graças ao acréscimo de recursos advindos da parcela arrecadatória de impostos transferida pela União ou pelos Estados aos respectivos Municípios.

apontamento relevante observado são os problemas decorrentes do fluxo de demandas, variável quantitativa que oscila de acordo com o tamanho da população. Se cidades mais populosas e povoadas são compensadas pela captação de maior arrecadação são, por outro lado, prejudicadas por um volume mais avantajado de necessidades públicas, o que afeta a distribuição de recursos em dissonância com o aumento de despesas por serviços públicos *per capita*.

Além disso, a simples racionalização de despesas não é suficiente quando outros fatores entrópicos, como a inflação e a corrupção, afetem a capacidade econômica dos contribuintes. Há uma desestabilização, diretamente, tanto da previsão de receita, quanto das condições dos cidadãos, como sujeitos ativos dos direitos fundamentais, patrocinarem, como coadjuvantes, esses mesmos direitos ao lado do Estado. A crise inflacionária traz consequências prejudiciais à Nação, como a queda dos investimentos em setores produtivos, o empobrecimento da população e a perda do poder de compra pela alta dos preços, necessitando da imediata intervenção do Estado, por meio do planejamento de políticas públicas econômicas, na tentativa de se reverter a situação.²¹ Tomando por referência o período de vigência do atual Plano Plurianual (Lei nº 12.593/12) e o anterior (Lei nº 11.653/08), vejamos a oscilação da inflação no Brasil: 2008 (5,90%), 2009 (4,31%), 2010 (5,91%), 2011 (6,5%), 2012 (5,84%), 2013 (4,5%), 2014 (6,409%) e 2015 (10,67%, apesar da meta superior a 4,5% estipulada pelo governo e a projeção aproximada de 7% esperada pelo próprio mercado financeiro). (BRASIL. PORTAL TCU, 2015).

Confrontando a evolução da inflação no Brasil e na Europa, a média dos índices brasileiros dos últimos anos (2008 até 2014) alcançou o patamar de 5,624% contra 1,486% de média geral dos países europeus ao longo desses mesmos anos (-0,169 % em 2014). Diferença abissal que repercute sobre o potencial de investimentos em direitos fundamentais e na capacidade de sua concretização em meio a essas duas *realidades paralelas*. O quadro a seguir indica o percentual de inflação por país, apurado de 2014 a janeiro de 2015, permitindo comparar o Brasil com outros perfis de desenvolvimento (GLOBAL-RATES, 2014):

²¹ Na compreensão do planejamento como técnica de intervenção estatal indireta na vida socioeconômica e ambiental das sociedades, Giovani Clark expõe: “A intervenção indireta do Estado no domínio econômico também foi admitida pelo Texto Constitucional, [...], mais precisamente nos artigos 174, 173, §§ 4º e 5º, e 179 da Constituição Econômica. A intervenção estatal indireta configura o Estado como agente planejador, normativo e regulador da vida econômica, ao qual também acrescenta o papel de fiscalizador. Nela, o Estado (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios), através de seus Poderes Legislativo e Executivo, elabora e aplica normas proibitivas, imperativas, programáticas e premiais.” (CLARK, 2001, pp. 143-147).

Tabela 1 -Índice de inflação por país (IPC)²²

País/região	Período	Base mensal	Base anual
África do Sul	dezembro 2014	-0,180 %	5,318 %
Alemanha	dezembro 2014	0,000 %	0,188 %
Brasil	dezembro 2014	0,781 %	6,409 %
Canadá	dezembro 2014	-0,718 %	1,467 %
Chile	janeiro 2015	0,075 %	4,533 %
China	janeiro 2015	0,306 %	0,901 %
Coreia do Sul	janeiro 2015	0,505 %	0,802 %
Espanha	dezembro 2014	-0,583 %	-1,043 %
Estados Unidos	dezembro 2014	-0,567 %	0,756 %
França	dezembro 2014	0,086 %	0,071 %
Grã-Bretanha	dezembro 2014	0,000 %	0,549 %
Holanda	janeiro 2015	-0,770 %	0,000 %
Índia	dezembro 2014	0,000 %	5,858 %
Indonésia	janeiro 2015	-0,244 %	6,956 %
Israel	dezembro 2014	0,000 %	-0,196 %
Itália	janeiro 2015	-0,373 %	-0,559 %
Japão	dezembro 2014	0,097 %	2,379 %
México	janeiro 2015	-0,090 %	3,066 %
Portugal	janeiro 2015	-1,412 %	-0,392 %
Rússia	dezembro 2014	2,625 %	11,357 %
Suécia	dezembro 2014	0,156 %	-0,314 %
Suíça	dezembro 2014	-0,496 %	-0,328 %
Turquia	dezembro 2014	-0,442 %	8,170 %

Fonte: Global-rates/Triami Media/HomeFinance, 2015.

Os dados confirmam nossa latente instabilidade econômica quando comparados a países do hemisfério norte, como Alemanha, Canadá, Estados Unidos e Suíça. Também evidenciam a fragilidade de nossa política econômica, carente de urgentes reformulações, por revelar índices inflacionários mais elevados do que em países como a África do Sul, Chile, Índia e México. A inflação brasileira concluída até dezembro de 2014 (6,409 %, conforme demonstrado) atingiu percentual equivalente ao da Indonésia, apurado até janeiro de 2015 (6,956 %).

Todos esses percalços tornam anêmico o “Leviatã”, diante da impossibilidade estatal em ponderar entre valores ou compromissos, restando-lhe apenas optar por uma escolha, a qual “gera o sacrifício integral daquilo que não foi escolhido.” (GALDINO, 2005, p. 160). Ao mesmo tempo, a limitação material vivenciada por tantas unidades federativas se esbarra na ineficácia de cumprimento de diretrizes legais potencialmente desafiadoras e extremamente onerosas, como a implantação de sistemas de gestão dos resíduos sólidos (Lei nº 12.305/10), a inserção do plano diretor para a garantia de cidades sustentáveis (Lei nº 10.257/01) e a adesão de mecanismos de efetivação de uma complexa e salutar função social da cidade então esquecida ao longo do processo de urbanização, qual seja, a função locomoção, através de investimentos na mobilidade urbana (Lei nº 12.587/12).

²² Inflação calculada a partir do IPC (Índice de Preços ao Consumidor).

Se é fato que o cumprimento da grande gama de direitos fundamentais é uma obrigação pública de tão altos custos e como isso impulsiona o administrador público à tomada de escolhas trágicas para eleger as prioridades, o planejamento, pelas estratégias de otimização de recursos que pode oferecer, torna-se função administrativa crucial para o alcance da eficiência no manejo orçamentário. Mas caso isso não aconteça, vem à tona a necessidade de desmistificação do conceito de responsabilidade ao se repensar em novos critérios à imputação de improbidade administrativa. Afinal, por traz da ineficiência pode se esconder condutas dolosas e culposas, facilitadas pela confusão entre funções políticas e administrativas guiadas pela fúria da discricionariedade, cuja consequência seja a lesão ao patrimônio público por insensatos desplanejamentos ou planificações desmedidas.

2.2 A insurreição do planejamento público à luz da dogmática do Estado

Administrativo: superando o estigma da supremacia e da discricionariedade

No Brasil, prevalece a ideologia de que o instituto do planejamento público se reduz ao exercício exclusivo de função política do Estado. Desde logo é voltado à fixação discricionária de metas e objetivos financeiros retóricos, em cumplicidade com o interesse social interpretado por mãos da Administração Pública, revigorada pela supremacia que ampara o interesse público.²³ Capitaneando uma dessas frentes, repousa o fundamento de autores que interpretam a ação de planejar como ferramenta de definição de diretrizes e metas de inteira orientação da ação governamental, apartada de qualquer função administrativa (MEIRELLES; ALEIXO; BURLE FILHO, 2014, p. 844); como forma de política governamental a ser implantada em diferentes setores da vida econômica ou social (PEREIRA, 2008, p. 125); como atividade de governo vinculada à eleição de políticas públicas (ALEXANDRINO; PAULO, 2014, p. 16); ou como ato de governo, que embora seja capaz de trazer consequências jurídicas, não se insere dentro do conceito de ato administrativo, negando-se, assim, a natureza de função administrativa do planejamento (PESTANA, 2008, p. 127).

²³ Esta é a posição comumente assumida pelo que se pode designar por *Estado Administrativo*, expressão constituída para dar sentido ao projeto de Estado visualizado segundo o olhar ortodoxo-dogmático criado pela doutrina administrativista, que dentre os seus pilares destacam-se a discricionariedade administrativa e o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado como máximas de alta resistência. (SUNDFELD, 2014, p. 58-59). Dentro de nosso recorte epistemológico, conforme se verá, isso acabou influenciando o fortalecimento da ideia por nós combatida de que o planejamento seja filiado tão-somente à função política. Ao revés, o ponto central deste capítulo é sustentar a atividade de planejamento vinculada à função administrativa, que dentro de uma perspectiva orçamentária, é pressuposto imprescindível à concretização do princípio da eficiência.

Porém, limitar o planejamento a uma leitura estritamente política e que o rejeite como função administrativa, ainda que dele advenham atos como a execução orçamentária, o empenho, a licitação, a autorização à realização de obras-públicas, dentre tantos outros, expõe o instrumento a sérios efeitos colaterais, próximos ou remotos. O perigo começa porque a atividade eminentemente governamental é amparada por larga margem discricionária, o que torna as decisões políticas estranhas ao controle externo, principalmente na esfera judicial.

Se a função política é efetuada por atos governamentais, fundamentados na soberania estatal, no momento em que a Administração Pública decide realizar a planificação, singularmente traduzida como esse tipo função, relativiza o dever jurídico constituído no próprio planejamento, o que o torna uma peça simbólica e de mera orientação.²⁴ Embora formalmente seja obrigatório por imposição constitucional e por determinação da Lei nº 4.320/64, também dependendo de lei à sua aprovação, materialmente parece se resumir em compromissos éticos ou políticos. A baixa juridicidade do planejamento, por este viés, é revelada através da liberdade do gestor público na opção por reiteradas alterações nas disposições orçamentárias validadas por autorizações legislativas (onde a exceção se torna regra). Também se evidencia pelo argumento de que funções políticas, como planejar, estejam isentas de responsabilidade perante metas, diretrizes e objetivos orçamentários não efetuados, conquanto não haja ilegalidade.

Proposições dessa natureza depõem contra a credibilidade do planejamento, parecendo-nos conveniente e proposital a razão de afastá-lo de teses que o sustente como uma das funções administrativas do Estado. Portanto, a função administrativa merece ser urgentemente ressignificada para o entendimento de sua profunda ligação com o planejamento público. Afinal, uma das primeiras prescrições normativas norteadoras do Direito Financeiro é princípio de que o gestor público é obrigado a planejar. O problema é que basta tão-somente ser cumprido esse comando normativo pela instituição das leis orçamentárias. O direito não valida o conteúdo dessa obrigação, já que deixa inviabilizado o seu cumprimento quando a ação de planejamento é entregue a outro nível de função (política). Esta, por sua vez, é justificada pelo *ius imperii*, que margeia prerrogativas como a discricionariedade e a condução do interesse público, aspectos emblemáticos dogmatizados pelo Direito Administrativo.

Toda essa mentalidade foi introduzida pela ideia de *Estado Administrativo*, projeto iniciado pelo Estado francês, referenciado por rígidas categorias teórico-instrumentais do

²⁴ A falta de comprometimento público perante o planejamento foi também denunciada por Washignton Peluso Albino de Souza: “O Planejamento tem sido tratado constitucionalmente, no Brasil, de modo evasivo e disperso, apesar da sua importância e, de certo modo, até mesmo de sua prática, pelo menos em termos setoriais.” (SOUZA, 2002, p. 125).

Direito Administrativo, supostamente reportadas ao século XIX, cuja ideologia tem perdurado ao longo do tempo. Pelo menos é o que nos ensina a perspectiva do paradigma clássico administrativista, que, dentre os seus adeptos, está a corrente portuguesa apregoada por autores como José Eduardo Figueiredo Dias e Fernanda Paula Oliveira (2011, p. 23). Nessa mesma linha, sustenta Marçal Justen Filho:

Ocorre que o instrumental teórico do direito administrativo se reporta ao século XIX. Assim se passa com os conceitos de Estado de Direito, princípio da legalidade, discricionariedade administrativa. [...] A organização do aparato administrativo se modela nas concepções napoleônicas, que traduzem uma rígida hierarquia de feição militar. [...] O conteúdo e as interpretações do direito administrativo permanecem vinculados e referidos a uma realidade sociopolítica que há muito deixou de existir. O instrumental do direito administrativo é, na essência, o mesmo de um século atrás. (JUSTEN FILHO, 2014, p. 13).

No entanto, Gustavo Binenbojm (2008) denuncia que, ao contrário do que propaga a grande corrente publicista, a dogmática administrativista, forjada a partir de uma milagrosa submissão da burocracia estatal à lei e aos direitos individuais, fruto da Revolução Francesa, não passa de um mito.²⁵ Após ultrapassar mais de dois séculos de sua origem, segundo o autor, é possível constatar que a construção teórica do Direito Administrativo não se deve graças nem ao advento do Estado de Direito, tampouco ao reconhecimento histórico do princípio da separação dos poderes (BINENBOJM, 2006, p. 9-10). Quer-se dizer com isso que a história administrativa, na verdade, foi firmada sob o crivo da preservação do princípio da autoridade, a partir da ‘*Loi de 28 do pluviôse do ano VIII*’²⁶, editada em 1800, e não pela promoção de conquistas liberais e democráticas. O administrativista fluminense ainda destaca que ao invés do Direito Administrativo surgir da superação histórica do Antigo Regime acabou servindo de mecanismo para preservar esta mesma lógica de poder no Estado francês:

Com efeito, havendo sido produto da elaboração jurisprudencial do Conselho de Estado francês, as categorias básicas da disciplina não surgiram da sujeição da Administração à vontade heterônoma da lei, mas antes de uma autovinculação do Poder Executivo à sua própria vontade. Por outro lado, a adoção da jurisdição administrativa, paralela e infensa à jurisdição comum, rendeu ensejo à imunização do Poder Executivo frente aos controles dos demais Poderes e, principalmente, do

²⁵ “Narra a história oficial que o direito administrativo nasceu da subordinação do poder à lei e da correlativa definição de uma pauta de direitos individuais que passavam a vincular a Administração Pública. Essa noção garantística do direito administrativo, que se teria formado a partir do momento em que o poder *aceita* submeter-se ao direito e, por via de regra, aos direitos dos cidadãos, alimentou o **mito** de uma origem *milagrosa* e a elaboração de categorias jurídicas exorbitantes do direito comum, cuja **justificativa teórica seria a de melhor atender à consecução do interesse público**.” (grifos nossos) (BINENBOJM, 2006, p. 9).

²⁶ “[...] a certidão de nascimento do direito administrativo foi a *Loi de 28 do pluviôse do ano VIII*, editada em 1800, organizando e *limitando externamente* a Administração Pública. Tal lei simbolizaria a superação da estrutura de poder do Antigo Regime, fundada não no direito, mas na vontade do soberano (*quod regi placuit lex est*). A mesma lei que organiza a estrutura da burocracia estatal e define suas funções operaria como instrumento de *contenção* do seu poder, agora subordinado à vontade heterônoma do Poder Legislativo.” (BINENBOJM, 2006, p. 10).

controle do cidadão. O modelo administrativo francês, no qual a burocracia legisla para si e julga a si mesma, não pode ser considerado fruto, mas a própria antítese da ideia de separação de poderes. (BINENBOJM, 2008, p.1-2).

Ressalvadas as controvérsias sobre a gênese e os fundamentos da dogmática administrativista, conforme visto, passemos à análise pontual das primeiras linhas do *Estado Administrativo* no Brasil. O primeiro grande marco regulador desse tipo de Estado consolidador dos grandes dogmas mumificados pelo Direito Administrativo brasileiro foi a Constituição de 1824, adepta ao modelo patriarcal de gestão. Esta Carta Constitucional, fundada em aspirações monárquicas, propôs-se ao adensamento da função política sobreposta à administrativa, a partir da criação do Poder Moderador, autônomo e exclusivo em relação aos demais poderes (cargo ocupado pelo Imperador). A inexistência de diretrizes constitucionais orçamentárias impulsionou a incidência, cada vez mais frequente, de atos governamentais que suprissem a ausência do planejamento. Nesse âmbito, parte do acúmulo de funções políticas concentradas no Poder Moderador (também responsável por atos de soberania no âmbito das relações internacionais) foi delegada ao Poder Executivo, a quem foi constituída, propriamente, a ação governamental e de execução dos serviços públicos.²⁷

Não sendo nenhuma função administrativa exercida pelo Poder Moderador, ficou a cargo do Poder Executivo o seu exercício e, em segundo plano, aos demais poderes. O resultado dessa prática foi a cumulação, em um só turno e numa única instituição, dos dois tipos de funções (tanto a administrativa em si, quanto a política). A partir desse período podemos identificar as primeiras dificuldades na distinção entre ambas as funções, tal como explicita Antonio Joaquim Ribas, numa das pioneiras obras do Direito Administrativo nacional:

Conquanto ao Poder Moderador não pertençam funções administrativas, cabe-lhe uma influencia indirecta, mas efficacissima na administração pela sua attribuição de nomear e demittir livremente os ministros de estado (Const. art. 101, § 6º), a cujas diversas repartições se prende toda publica administração. [...] Em teoria é fácil discriminar as funções politicas e administrativas dos agentes do Poder Executivo; mas na pratica nem sempre se póde determinar quando eles exercem umas ou outras, quando governão ou administram. Ao governo, como poder governamental ou politico, compete indicar a direção, inspirar o pensamento geral e imprimir o impulso a todo o funcionalismo administrativo, tanto nas relações internacionais como nas internas. A missão da administração, pelo contrario, é por assim dizer toda material ou mecânica; cumpre-lhe organizar os meios práticos, e pô-los em acção, para a realização do pensamento governamental. (grifos nossos) (RIBAS, 1866, p. 59-60)

²⁷ “Governar em sentido mais amplo é exercer a acção do Poder Moderador, e Executivo em geral; porque o Imperador governa ora por si mesmo, ora por intermédio de seus Ministros responsaveis, conforme a diferente natureza dos actos do Poder Moderador [...] é o Poder Executivo que constitue propriamente a acção governamental. Administrar é aplicar a acção executiva aos detalhes do serviço publico, remover os obstáculos que se opoem á sua marcha regular, e decidir as reclamações provenientes da execução das leis; a Administração é geral ou local, esta se divide em Provincial e Municipal.” (CABRAL, 1859, p.16-17)

Nesses tempos imperiosos de exercício da função política, o *princípio da supremacia* ganha espaço na esfera administrativa, ficando o privado subsumido ao público, ofuscando-se os limites da atuação do poder do gestor público, por atuação dos Ministros, mas de acordo com a anuência do Monarca. A Administração Pública atuava aleatoriamente, pautada no desplanejamento, postura permitida pela existência de alto nível de discricionariedade e facilitada pela falta de compromisso perante os direitos fundamentais (SARTURI, 2013, p. 1).

Mas esse argumento de autoridade foi firmado debaixo de forte influência da noção de supremacia do interesse público, princípio consagrado pela Coroa Portuguesa em sua chegada ao Brasil, e que até hoje é arrastado como um sacrossanto pilar axiológico da dogmática da qual se mumifica o arcaico *Estado Administrativo*. Portanto, tem seu fundamento no totalitarismo presente na tradição monárquica e em regimes ditatoriais, o que aparenta estranheza a par da legitimidade democrática aspirada na contemporaneidade.

Desde a remota era Absolutista a soberania foi justificativa legitimadora das decisões político-administrativas. Era o poder de império do Estado, o “*ius imperii*” (TORRES, 2011, p. 178), manifestação da força estatal com feições de dogma e, ao mesmo tempo, centro de todas as suas ações. Até os séculos XVI e XVII, os fins do Estado confundiam-se com as funções do monarca, único intérprete da vontade geral e idealizador do bem comum, empoderado pelo gozo de direitos de supremacia. A elevação do Estado à categoria de porta-voz do interesse público ditava a preponderância desse último interesse sobre o privado, entendimento que sobreviveu mesmo após o declínio do Absolutismo.

A interpretação da supremacia do interesse público sobre o privado, como dogma absoluto, foi reafirmada por regimes totalitaristas da Modernidade, na vigência de Estados Sociais, tendo por pretexto a condução da defesa de interesses coletivos postergados no modelo de Estado anterior e não mais o argumento da soberania do príncipe.

No Brasil, a rigidez desse princípio também serviu de fundamento jurídico para práticas arbitrárias insistidas nos longos tempos de ditadura, embora essa mentalidade ainda resista em pleno Estado Democrático de Direito, fascinando parte da doutrina²⁸, em mais um indicativo de

²⁸ Alexandre Mazza, em consonância com Celso Antônio Bandeira de Mello (2012), categoriza a supremacia do interesse público ao status de supraprincípio do Direito Administrativo (ao lado do princípio da indisponibilidade do interesse público), ou seja, um superprincípio de onde se originam os diversos princípios e regras aplicáveis à Administração Pública. Desse modo, destaca a existência de uma dualidade permanente no cumprimento da função administrativa: “[...] a oposição entre os poderes da Administração Pública (supremacia do interesse público) e os direitos dos administrados (indisponibilidade do interesse público).” (MAZZA, 2012, p. 79). Nesse sentido, se por um lado a supremacia do interesse público sobre o privado reflete os poderes inerentes à Administração Pública, por outro o princípio da indisponibilidade do interesse público sustenta a proteção dos direitos dos cidadãos. Insiste o autor em declarar que a supremacia do interesse público, também chamada de princípio da finalidade pública, sobreleva os interesses da coletividade a um patamar hierarquicamente superior aos interesses dos particulares, revelando a existência de uma desigualdade

que o Direito Administrativo resiste a sérias distorções. Nessa linha, Carvalho Filho é um exemplo de quem defende que “[...] a existência de direitos fundamentais não exclui a densidade do princípio.” (2014, p. 28).²⁹ Eis, novamente, a retrógrada perspectiva do *Estado Administrativo*.

Por certo, a devoção à supremacia foi acolhida como um artifício escalonador da superioridade do Poder Público, ao pronunciar-se em nome do coletivo em detrimento do interesse particular dos cidadãos ou de quem com ele estabelecesse algum tipo de negócio jurídico (o que não garante, de fato, a comutatividade nas relações jurídicas, resultando numa falsa noção de justiça comutativa). Mas esse autêntico simulacro³⁰ do Estado como intérprete do interesse público que persiste por trás dessa ideologia principiológica, revela, de certa forma, verdadeira atrofia do Poder Público que precisa se afirmar em face do privado.

Se o próprio Estado necessita de autoafirmação no âmbito das relações mantidas com o particular é porque não tem força o bastante para se autodeterminar. Ou, melhor, para sustentar sua soberania, elemento que só existe se for reservada ao Estado a capacidade de expressar com independência sua qualidade de poder, abalada pelas tensões agravadas com a crise da indefinida “pós-modernidade”³¹.

Essa perniciosa supremacia é absolutamente simbólica (NEVES, 2007), pois quando afeta algo que realmente interessa à pluralidade de destinatários do interesse público primário, acaba sendo afastada por formas criadas pelo próprio sistema, às vezes recorrendo ao argumento da indisponibilidade de recursos. A noção de interesse público secundário, ao que

jurídica nessa relação, tal como se observa: “[...] significa que os interesses da coletividade são mais importantes que os interesses individuais, razão pela qual a Administração, como defensora dos interesses públicos, recebe da lei poderes especiais não extensivos aos particulares. A outorga dos citados poderes projeta a Administração Pública a uma posição de superioridade diante do particular. [...] Em termos práticos, cria uma desigualdade jurídica entre a Administração e os administrados.” (MAZZA, 2012, p. 79-80). Entretanto, coadunado com o princípio da impessoalidade, não se pode negar a importância da supremacia do interesse público em afastar a pessoalidade nas decisões administrativas, não gerando privilégios particulares em sacrifício do interesse da coletividade.

²⁹ “Dessa forma, estará o administrador autorizado a desconsiderar a existência de direitos, ainda que expressamente previstos na Constituição Federal, se conseguir demonstrar sua utilidade para a preservação do interesse público, desde que nos limites da lei e assegurada sua indenização.” (SPITZCOVSKY. In: CARDOZO; SANTOS, 2011, p. 53-54)

³⁰ Em suas lições, Marinella Machado Araújo assume a noção de simulacro no sentido de representação falsa da realidade, ou seja, uma cópia de um modelo que, no entanto, não guarda características reais, perspectiva da qual coadunamos. (ARAÚJO, Marinella Machado. Disciplina “Tendências do Direito Administrativo”. Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Minas, 2014. [Notas de sala de aula].

³¹ Há uma intensa dissidência em relação ao termo “pós-modernidade”. A opinião entre os autores varia desde ruptura com a modernidade até mera continuação da mesma. Na obra “Postmodernidad y Derecho Público”, Pignatelli argumenta que uma das características da pós-modernidade é, sem dúvidas, sua permanência na modernidade e o questionamento de seus aspectos e crises. Sendo assim, ela não supõe ruptura radical com a modernidade, tratando-se apenas de uma evolução, com ênfase no pluralismo, na pretensão de busca da validade do direito e na preocupação com a legitimação. Ainda destaca que, para autores como Habermas, a modernidade é um projeto incompleto, ainda não consumado, em que coexiste um tipo de sociedade pós-industrial enfeixada num capitalismo tardio. (PIGNATELLI, 2002, p. 52).

nos parece ser o verdadeiro sentido evocado por este princípio, não tem nenhum alinhamento com os interesses sociais.

Parece-nos falacioso ainda reconhecer a ideia de supremacia do interesse público como um princípio, tal como insiste a clássica doutrina administrativista, pois a miopia presente em sua aplicação tende a distorcê-lo de fins que, de fato, privilegiem a tutela da coletividade de cidadãos, reduzindo-o a um discurso de autoridade na defesa do interesse patrimonial do Estado ou, na pior das hipóteses, de grupos econômicos.

Na tentativa de desvelamento do rótulo principiológico que acompanha a noção de supremacia do interesse público sobre o privado, é imperioso questionar, preliminarmente, se o referido “princípio” possui caráter normativo. Isto porque, somente quando identificamos princípios como normas é que podemos promover a resolução de conflitos normativos em que os mesmos se encontram³². As normas, todavia, não se confundem com os textos normativos, conforme a lição de Humberto Ávila:

Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte (ÁVILA, 2005, p. 22).

Reconhecer que as normas não correspondem necessariamente ao dispositivo permite que identifiquemos espécies normativas que não possuem uma clara prescrição de comportamento, acompanhada de uma sanção, como ocorre, no caso, com os princípios. Conforme também elucidado pelo autor, o termo princípio, na doutrina brasileira, tem erroneamente assumido o mesmo significado de postulado e axioma, embora não se refiram à mesma coisa.³³ A diferença entre os diversos usos do termo princípio é explicada nos seguintes termos:

Um axioma não se confunde com uma norma-princípio, já que essa, ao contrário daquele, deve ser necessariamente reconduzida a fontes materiais de produção normativa e deve ser aplicada com referência a pontos de vista prático-institucionais. Um postulado normativo não se confunde com uma norma-princípio, na medida em que a norma não explica (apenas) as condições de conhecimento do Direito, senão que revela o seu próprio conteúdo relativamente ao comportamento ou à aplicação

32 Neste sentido, é importante mencionar que o caráter normativo dos princípios decorre, principalmente da teoria do direito como integridade, de Ronald Dworkin (2003), seguido por Robert Alexy (2008), em sua teoria dos direitos fundamentais.

33 Segundo a análise de Ávila, enquanto o postulado, no sentido jurídico, diz respeito à condição de possibilidade de entendimento do fenômeno jurídico, axioma se refere a “[...] uma proposição de veracidade aceita por todos,” não havendo necessidade em prová-la (ÁVILA, 2001, p. 5).

de outras normas constantes no ordenamento jurídico. (ÁVILA, 2001, p. 8).

Neste sentido, entendemos que a concepção de *princípio da supremacia do interesse público sobre o privado* adotada em nossa tese não constitui uma norma-princípio, nos termos descritos por Humberto Ávila (2001). Primeiramente, porque não pode ser conduzida implicitamente a uma fonte material de produção normativa (diferente, por exemplo, do “princípio federativo” que, no caso, decorreria dos arts. 1º e 18 da Constituição da República). Ou seja, não se enquadra conceitualmente como princípio porque seu grau de aplicação não depende do caso concreto. Tampouco normativamente, por não ser imanente da Constituição de 1988 que, ao revés, não traz nenhum indicativo de sua existência, sendo com ele incompatível à luz do Estado Democrático de Direito.³⁴

Não se trata, também, de um axioma, isto é, de uma proposição de verdade que não requer comprovação, cuja validade não é questionada. Quando invocamos um princípio em uma decisão ou posicionamento, devemos sempre apontar os elementos normativos materiais expressos ou implícitos que o tutelam, a fim de comprovar sua validade ou veracidade, o que se torna forçoso fazer em face do caso da noção de supremacia.

Da mesma forma, não se refere a um postulado normativo. Segundo sustenta Ávila, “Os postulados normativos são entendidos como condições de possibilidade do conhecimento do fenômeno jurídico. Eles, também por isso, não oferecem argumentos substanciais para fundamentar uma decisão”. (2001, p. 5). Um exemplo de postulado normativo oferecido pelo autor é o postulado da coerência, segundo o qual, para conhecermos uma norma, devemos conhecer o sistema jurídico (ÁVILA, 2001, p. 5). Verifica-se que o postulado em questão se aplica a qualquer hipótese em que devemos conhecer uma norma, evidenciando uma característica necessária da atividade cognitiva do Direito e não uma prescrição de comportamento.

De acordo com a teoria dos princípios de Humberto Ávila (2005), um princípio demonstra de forma clara um objetivo ou um estado de coisas desejado. No entanto, as prescrições de comportamento correspondentes somente são encontradas quando o mesmo princípio se apresenta em relação a outras normas do ordenamento, em uma situação de aparente conflito no caso concreto. Já a regra, por sua vez, traz consigo a prescrição de

³⁴ Não obstante exista todo um esforço de quem defenda a legitimidade e sustento do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado em nossos dias, mesmo sob a égide do Estado Democrático de Direito, buscando amparo em preceitos constitucionais como o fundamento da soberania (art. 1º, inc. I, CR/88) e o princípio da independência nacional (art. 4º, inc. I, CR/88), o que para nós não parece razoável com os ideários de democracia, tampouco com as próprias pretensões de nosso Texto Constitucional.

comportamento de forma clara e diretamente perceptível pelo intérprete jurídico, embora ambos sejam determinantes para o processo de tomada de decisão.

Destarte, a desconstrução deste ‘princípio’ prossegue ao se focar na pretensa afirmação de uma *supremacia abstrata*, conveniente à imposição dos interesses patrimoniais do Estado e estranha, por vezes, ao interesse público quando o mesmo é identificado na figura dos cidadãos, destinatários do direito falaciosamente evocado e defendido. Ao revés, a fundamentação abstrata das ações do conceito de interesse público que não se comprova como elementos reais é incompatível com a ideia de efetividade de direitos.

Essa mesma aplicação abstrata e vaga só demonstra que há uma visão singular do Direito Administrativo em reduzir o interesse público ao interesse do Estado e não do povo, assim entendido como a coletividade, a pluralidade que nós representamos. Tal singularidade acontece se trabalhamos a noção da supremacia abstrata do interesse público sobre o privado como mera evocação de um ícone que justifica o motivo do ato administrativo – as razões de direito –, ao se fundamentar com base na supremacia como um princípio axiológico, cujos valores são incompatíveis com a modulação do Estado Democrático.

Mas como uma coisa pode ser singular e se referir ao coletivo ao mesmo tempo? Entra a ideia de abstração do interesse público, pois quando se abstrai se universaliza esse mesmo tipo de interesse em jogo. Do ponto de vista da linguagem comunicamos a visão abstrata à coletivização do interesse. O abstrato de certa forma coletiviza, cabendo nele a possibilidade de inserção de todo mundo, enquanto o que é concreto é delimitado. Por outro lado, o interesse público é considerado como um conceito indeterminado. Com isso, força concluir que não se trata de assumir a supressão da supremacia, mas de sua ressignificação. Por isso, entendemos como verdadeira incoerência proclamar a supremacia do interesse público sobre privado dentro de um Estado plural, participativo, voltado ao cumprimento de tantas funções públicas. A leitura desse princípio precisa ser determinada pela abrangência do interesse, e não pela relação vertical entre Estado e administrado, em que aquele impõe sua vontade. Deveria se falar num “princípio da abrangência do interesse público sobre o privado”. (ARAÚJO; SOUZA, 2013, p. 121). Logo, é a ideia de supremacia que deveria ser suprimida nessa visão míope em que se encontra.

A disciplina da função administrativa pode ser interpretada como significativa imposição à vontade do administrador público, estabelecendo-lhe freios em face das escolhas tomadas em nome do Estado, já que para serem exercitadas dependem de prévia regulamentação legal ou previsão constitucional de como devam ser minimamente cumpridas. (SPITZCOVSKY In: CARDOZO; QUEIROZ; SANTOS, 2011). Logo, o regime jurídico que

sustenta as funções públicas é, portanto, um referencial que legitima a abrangência do interesse público, destronando meros interesses pessoais do gestor ou a simples guarda do interesse público secundário:

Onde há função, pelo contrário, não há autonomia da vontade, nem a liberdade em que se expressa, nem a autodeterminação da finalidade a ser buscada, nem a procura de interesses próprios, pessoais. Há adscrição a uma finalidade previamente estabelecida, e, no caso de função pública, há submissão da vontade ao escopo pré-traçado na Constituição ou na lei e há o dever de bem curar o interesse alheio, que, no caso, é o interesse público; vale dizer, da coletividade como um todo, e não da entidade governamental em si mesma considerada. (SPITZCOVSKY In: CARDOZO; QUEIROZ; SANTOS, 2011, p. 41).

Do ponto de vista teórico, caberia, portanto, argumentar a existência de maior abrangência do interesse público sobre o privado, pois somente desse modo é que seria mais compatível com a estrutura do Estado Democrático de Direito. Deve ser um discurso de horizontalidade que preserve as relações de interesse sem subjugar a situação concreta, onde também não prepondere a (i)racionalidade de uma supremacia estática e hierarquizada. Depurar a abrangência, a dimensão do interesse público revelado a partir do apontamento de vontades/necessidades dialogadas entre os cidadãos, é o foco ressignificado deste princípio.

Analisando especificamente o *pseudoprincípio da supremacia do interesse público*, verificamos que o mesmo não se justifica no âmbito de um discurso de aplicação do direito, apenas sendo aplicado sem critérios racionais. Tem servido como pano de fundo que ampara dispositivos legais, como as cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos, presente na Lei nº 8.666/93, as desapropriações, como na previsão do Decreto-Lei nº 3.365/41, dentre outras situações em que se chocam os interesses. Por isso, feitas as observações sobre a questão da supremacia do interesse público sobre o privado, o máximo que se pode concluir é que se trata de um conjunto de regras de prevalência de algum interesse. No caso, não necessariamente público, no sentido primário que ele deveria assumir, mas de acordo com o interesse econômico do próprio Estado.

Reconhecido o impasse da supremacia, outra relevante influência normativa à cristalização do então *Estado Administrativo* na saga do constitucionalismo brasileiro foi a Constituição de 1891. Embora tenha introduzido o presidencialismo e o federalismo em nosso ordenamento jurídico, concentrando nas mãos do Presidente da República grande centralismo de poder resultante de um pensamento retrógrado de Estado Unitário, soube assegurar a superioridade do *Estado Administrativo*. Preservou o monocratismo decisório amparado pela tradição em torno da concepção de estatismo, assim dizendo, supremacia do interesse público

sobre o privado, e a noção de *discrecionariade* herdada da ampla visão de exercício de função política e, como bem ressalta Barcelos (2014), atrelada ao empoeirado paradigma da consciência.³⁵ Lembra Sundfeld (2014), nos anos iniciais desta Constituição a entrada em vigor da Lei nº 221/1894, dispondo sobre o controle judicial, serviu de marco regulatório para a adoção da ideia de *discrecionariade*. Esta lei adotou noções técnicas em que o papel e o espaço de autonomia administrativa do Poder Executivo já se firmaram em moldes até hoje preservados no repertório do Direito Administrativo.³⁶

O *Estado Administrativo* mantém-se ao longo de nossa história resistindo às profundas remodulações na forma de governo, com o fim do Poder Moderador, a instalação do regime republicano e a implantação do sistema presidencialista por intermédio da Constituição de 1891. Também presenciou a transição entre dois grandes modelos de gestão, com a passagem da Administração Pública patriarcal para a burocrática, definida a partir da Constituição de 1934 e, mais precisamente, a de 1937, marco fundador do Estado Novo, intensificando a maneira centralizadora de nosso presidencialismo. Do ponto de vista administrativo, permanece o poder concentrado nas mãos do Chefe do Executivo federal. Não há qualquer indício de descentralização de decisões partilhadas entre outras esferas administrativas, sendo mantida a integridade do uso da *discrecionariade*, assim como o exercício de atos políticos em nome da soberania do Estado.

Apesar do leve suspiro democrático alcançado pela Constituição de 1946, que reassegura o espaço para os direitos individuais, mais tarde vem o retrocesso provocado pelo golpe civil militar que culminou com a Constituição de 1967, novamente concentrando poderes nas mãos do Executivo, o que provoca novo inchaço de atribuições ao Presidente da República.

³⁵ Convém ressaltar a contribuição trazida por Barcelos, em sua dissertação de mestrado, ao tecer relevante crítica sobre a ação *discrecionária* pautada na velha coordenada da subjetividade, demandando a adoção de proposta deliberativa a favor da democratização da *discrecionariade* administrativa com referência na Filosofia da Linguagem. Segundo defende, a subjetividade presente no “eu”, objeto da consciência do administrador público na escolha do ato decisório deve ser tolhida, ocasionando sua urgente substituição pela intersubjetividade, compartilhando com a sociedade a melhor decisão que contemple o interesse público extraído do contexto fático. Em suas palavras: “O “eu” do administrador público seria capaz de apontar a decisão *discrecionária* mais adequada para o caso concreto, sempre com um enfoque objetivador da realidade circundante. Um instituto do direito administrativo – ramo do direito público – é privatisticamente exercido pelo agente administrativo. A linguagem, pela coordenada da subjetividade, é encarada como mero instrumento de transmissão de pensamentos privados de um administrador público ensimesmado, pensamentos esses dotados da prepotência de terem a capacidade de assestar a decisão *discrecionária* mais adequada para o caso. Assim, a filosofia da linguagem denuncia o atraso filosófico da concepção clássica de *discrecionariade* administrativa, por ainda estar amarrada ao paradigma da consciência que deve, em prol da consolidação do Estado Democrático de Direito, ser substituído pelo paradigma da linguagem.” (BARCELOS, 2014, p. 202).

³⁶ “De outro lado, para preservar a autonomia da Administração, a lei adotou a ideia de *discrecionariade*: A autoridade judiciária fundar-se-á em razões jurídicas, abstendo-se de apreciar o merecimento de atos administrativos, sob o ponto de vista de sua conveniência ou oportunidade. A medida administrativa tomada em virtude de uma faculdade ou poder *discrecionário* somente será havida por ilegal em razão da incompetência da autoridade respectiva ou do excesso de poder.” (SUNDFELD, 2014, p. 58).

Mesmo após a promulgação da Constituição de 1988, a tradição do *superpresidencialismo* é mantida, imiscuindo atribuições entre funções políticas³⁷ e funções administrativas³⁸, o que permite que o velho *Estado Administrativo* ainda resista, agora sob a égide do modelo gerencial de gestão. Sua sobrevivência só é possível por subsistir a força de antigos dogmas, como o indescritível campo da discricionariedade, fator de apatia ou divergência em matéria de controle judicial, sob a escusa de não haver afetação do mérito administrativo.

Entre as decisões administrativas a discricionariedade emerge como a liberdade que assiste aos órgãos executivos para o cumprimento de atos isentos do pleno aprisionamento legal – vinculação –, restando-lhes certa margem de escolha dentro de limites esboçados pela lei.³⁹ Nota-se a ação discricionária como resultante de uma imprecisão propositada lançada aos pés de uma prescrição legal que cede espaço a expressões amplas ou indefinidas. Nesse ponto, causa a ativação do campo cognitivo-volitivo da autoridade administrativa para a escolha da ação mais oportuna e conveniente.⁴⁰

A controvérsia instaura-se quando, para isso, é necessário o ajuste entre a análise do caso concreto e a “devoção” a princípios como razoabilidade e proporcionalidade⁴¹, cuja ponderação, defendida por Alexy (2008), não nos parece oferecer qualquer critério racional convincente⁴², gerando riscos de abusos de poder nas decisões administrativas seladas pela ação discricionária. Em suas lições o jusfilósofo alemão prenuncia que os princípios são

³⁷ Destacadas pela representatividade em atos de soberania do Estado, no compromisso perante a política externa, pela decretação de Estado de Paz, Estado de Guerra, Estado de Defesa e Estado de Sítio, dentre outros.

³⁸ Sujeitas à observância da estrutura hierárquica mantida na Administração Pública.

³⁹ Paralelamente a esta visão ortodoxa sobre a discricionariedade, levanta-se uma nova tendência em admiti-la como uma escolha do gestor legitimada no quadro de justificativas racionalmente universalizáveis, de acordo com a *lei* e o *sistema*. Nesse ponto, a ação discricionária é destituída da noção de liberdade de atuação limitada pela lei, como tem insistido a viseira do Direito Administrativo, avançando para a liberdade de atuação limitada pelo Direito como um todo (discricionariedade vinculada à juridicidade). Assim defende Juarez Freitas (2009, p. 40) e Di Pietro (2014, p. 171).

⁴⁰ Importante, aqui, mencionar, que razões de oportunidade e de conveniência são critérios referenciados pelo Direito Administrativo para a delimitação do mérito administrativo, cerne da discricionariedade. Na perspectiva da linguagem, esses dois vocábulos (signos) podem ser considerados vagos e indeterminados quanto às variáveis de sentidos que podem ser conferidos. Somente pela análise do caso concreto é que se pode aferir qual o devido significado empregado a cada um deles. Trata-se de conceitos jurídicos indeterminados, o que demonstra que da composição da discricionariedade – no envolvimento do mérito administrativo – já começa o envolvimento entre esta e aqueles.

⁴¹ Princípios desvinculados, conforme a distinção traçada por Ferraz (2009, p. 138-143), em obra específica sobre o tema, linha de entendimento também defendida por Cruz (2007, p. 276). O primeiro autor, em particular, simplifica a diferenciação entre os dois princípios, defendendo a ideia de que a razoabilidade deve ser associada à proibição de excesso aplicável a situações concretas (o que para o segundo autor seria o único ponto de divergência, já que o constitucionalista mineiro assume como proporcionalidade). Já a proporcionalidade, por sua vez, deve ser compreendida como um instrumento estruturado e preordenado de solução de conflitos envolvendo direitos colidentes, na forma preconizada por Alexy. (FERRAZ, 2009, p. 143).

⁴² Retomaremos as críticas à ponderação no tópico 7.5, em abordagem pontual sobre a suposição de conflito de princípios na aplicação das licitações sustentáveis.

mandados de otimização, e, por esta razão, condicionam-se à ponderação, o que demanda a aplicação de três passos metódicos e sucessivos para o ato da interpretação: adequação, necessidade e lei da colisão estrita (proporcionalidade em sentido estrito).

Nessa linha, aceitar essa balança qualitativa de princípios então ponderados é muito mais uma forma de controle decisório do que propriamente um método⁴³ para a escolha da decisão mais coerente. E na hipótese de admiti-la como método, a ponderação peca por sua subjetividade, pois com socorro na Filosofia da Consciência, a razão (pura) do juiz ou intérprete por si só estabelece um “critério” de escalonamento ou valoração de princípios em busca da melhor escolha para o caso concreto com base no “eu”. Não há como assumir, nesses termos, a existência de método racional de aplicação de norma baseado em simples esforços solipsistas de categorizações normativas.⁴⁴ Ao adotar postulado crítico em relação à teoria dos valores, Cruz (2004) revela resistência pela adoção da ponderação, rechaçando que a forma como tem sido aplicada pelas grandes Cortes Superiores internacionais tem suprimido esforços metodológicos à sua adequada utilização, dando vazão a arbitrariedades:

Entretanto, a irracionalidade da ponderação não se limita à Europa Ocidental. Ao contrário, a Suprema Corte americana é também pródiga nesta questão. Neste sentido, a Corte vem fixando parâmetros de sua ponderação como referenciais para seu julgamento. No entanto, a fixação de tais referenciais (scrutinies) não tem sido produto de qualquer esforço metodológico mais sério. Ao contrário, os scrutinies formam-se ao sabor das contingências políticas ou das vicissitudes culturais da história norte-americana. (CRUZ, 2004, p. 206)

⁴³ Há diferentes visões sobre o termo método. Nicola Abbagnano, em seu “Dicionário de Filosofia”, assim nos ensina: “MÉTODO (gr. *Μέθοδος*; lat. *Methodus*: in. Method; fr. Méthode; ai. Methode; it. Método). Este termo tem dois significados fundamentais: 1° qualquer pesquisa ou orientação de pesquisa; 2° uma técnica particular de pesquisa. No primeiro significado, não se distingue de “investigação” ou “doutrina”. O segundo significado é mais restrito e indica um procedimento de investigação organizado, repetível e autocorrigível, que garanta a obtenção de resultados válidos. Ao primeiro significado referem-se expressões como “M. hegeliano”, “M. dialético”, etc. ou mesmo “M. geométrico”. “M. experimental”, etc. Ao segundo significado referem-se expressões como “M. silogístico”, “M. residual” c. em geral, os que designam procedimentos específicos de investigação e verificação. Tanto Platão (Sof. 218 d; Fed. 270 c) quanto Aristóteles (Pol, 1289 a 26; Et. nic. 1129 a 6) empregam esse termo em ambos os significados; no moderno e contemporâneo, prevalece o segundo. Contudo, é preciso observar que não há doutrina ou teoria, quer científica quer filosófica, que não possa ser considerada sob o aspecto de sua ordem de procedimentos, sendo, pois, chamada de M. O próprio Descartes, p. ex., expôs o mesmo conteúdo do Discurso do método na forma de Meditações metafísicas e de Princípios de filosofia: o que por um lado era M., por outro era doutrina. De modo geral, não há doutrina que não possa ser considerada e chamada de M., se encarada como ordem ou procedimento de pesquisa.” (ABBAGNANO, 2014, p. 780). Para nós, o significado melhor empregado para se conferir a crítica pretendida à Alexy, partindo do pressuposto da hermenêutica jurídica, é que o termo método deve ser entendido como técnica objetiva e ordenada para a consecução de determinados fins, cuja valoração feita pelo intérprete (sobretudo na análise da proporcionalidade em sentido estrito), tal como ele sugere, em nada se assemelha.

⁴⁴ Essa mesma estranheza é foco de objeção salientada por Álvaro Ricardo de Souza Cruz e Ana Carolina Pinto Caram Guimarães: “Eis o centro de nossas objeções: O que entendemos por “racional”! Seu conceito de “racional” crê, portanto, em um modelo cognoscente típico ainda da filosofia do “eu cognoscente”: Um “eu” que construiria uma analítica transcendental supondo que nossa consciência seria uma “máquina de categorizações”, permitindo-lhe examinar “racionalmente” a argumentação desenvolvida nos processos.” (CRUZ; GUIMARÃES, 2014, p. 25)

É nesse intuito que prossegue na certeza da existência de “[...] risco de as Cortes usarem uma técnica hermenêutica que beira a arbitrariedade, em face da sua inconsistência metodológica”. (CRUZ, 2004 p. 209).

Noutro giro, há uma sensível proximidade entre normas com comando discricionário e aquelas contendo conceitos jurídicos indeterminados, apontando-se duas correntes. A primeira alega que o uso de conceitos indeterminados resulta na existência de discricionariedade para a Administração. Dentre seus adeptos, Andreas Krell se destaca apontando a inexorável dificuldade na fixação de critérios para esclarecimento de onde se finaliza a atividade de interpretação e quando se inicia a discricionariedade do aplicador do Direito, razão de parte da doutrina brasileira rejeitar qualquer distinção. (2013, p. 43). Na esteira jurisprudencial, ainda que diante de conceitos constitucionais, como a análise de *relevância* e *urgência* à edição de medidas provisórias, o STF também já se pronunciou favorável à existência de discricionariedade na interpretação de conceitos indeterminados, a exemplo da ADIn nº 2150-DF, julgada em 23/03/2000 (relator Min. I. Galvão), da ADIn nº 1700-DF/MC, julgada em 19/12/1997 (relator Min. Nelson Jobin) e da ADIn nº 1754-DF, julgada em 12/03/1998 (relator Min. S. Sanches).

A segunda corrente⁴⁵, por sua vez, insiste na rígida separação entre o exercício da discricionariedade e a interpretação de conceitos legais indeterminados. O argumento que ampara essa dicotomia é que as expressões vagas e fluidas dos conceitos indeterminados contidos no texto de normas da legislação ordinária ou constitucional devem ser preenchidas através de ato de interpretação intelectual ou cognitiva, permitindo uma única “resposta correta” ou decisão justa por meio desse tipo de atuação hermenêutica. Paralelamente, a discricionariedade deve ser ditada por operações mentais exclusivamente volitivas, ou seja, opções de conveniência e oportunidade, resistentes a obras interpretativas para conferir sentido a vocábulos ambíguos especificados nos textos normativos.⁴⁶

Sem embargos, ousamos discordar desse posicionamento. A começar pela arrogância em se compreender que em face da leitura desses conceitos legais indeterminados seria possível extrair uma única resposta correta, o que fatalmente reduziria os termos ou expressões imprecisas e amplas contidas nas leis a uma objetividade de sentido não pretendida sequer pelo

⁴⁵ Dentre os adeptos destacam-se Bandeira de Mello (1998, p. 24-25) e Grotti (1999, p. 107-108).

⁴⁶ Posicionamento assumido pelo ex-ministro do STF, Eros Grau, para quem a discricionariedade não pode ser confundida com a interpretação do direito, conforme já manifestou em ocasião de seu voto, como relator: “Insisto em que a discricionariedade resulta de expressa atribuição normativa à autoridade administrativa, e não da circunstância de serem ambíguos, equívocos ou suscetíveis de receberem especificações diversas os vocábulos usados nos textos normativos, dos quais resultam, por obra de interpretação, as normas jurídicas.” (BRASIL. STF. RMS n. 24.699-9 DF, julgado em: 30/11/2004)

legislador.⁴⁷ Ora, a univocidade de sentidos é inatingível até mesmo pelos ‘conceitos determinados’⁴⁸, pois as dimensões linguísticas conferem o caráter dinâmico da linguagem. E nesse sentido, o significado de uma mesma palavra depende do contexto e da situação em que ela esteja. A significação jamais consegue ser unívoca ou universal numa práxis social, de onde se deduz que mais de um significado irá emergir numa mesma expressão.⁴⁹

O argumento de uma única resposta resultado da interpretação daqueles conceitos (os indeterminados) representa retrocesso hermenêutico ao dar voga à velha crença de que a decisão justa é sinônima de verdade absoluta. Na linha da Filosofia da Linguagem, as palavras possuem pluralidade de sentidos só podendo ser depurado qual o mais adequado diante da análise do caso concreto à semelhança dos jogos de linguagem⁵⁰, em acorde com Wittgenstein (2005). Para finalizar, pelas críticas encetadas por Andreas Krell (2013), a interpretação e a aplicação de termos legais em relação a fatos não podem ser explicadas como um processo cognitivo isolado, assim como alegado por tal corrente. Em sua quase totalidade envolvem momentos decisionistas de seleção pessoal. À luz de uma situação concreta, a produção de uma decisão jurídica roga pela confluência concomitante de elementos de cognição e de volição. (KRELL, 2013, p. 46).

⁴⁷ Merece destaque o apontamento feito por Ferraz (2012), em sua tese de doutoramento, sobre a ausência de sentido na distinção de conceitos determinados e indeterminados. Salvo divergências da visão clássica administrativista, sua contribuição é válida ao inovar na desconstrução da ideia de conceitos jurídicos indeterminados, partindo da premissa de que a linguagem possui três dimensões: “[...] a dimensão signativa (expressão linguística), a dimensão objetiva (o objeto designado) e a dimensão significativa ou de sentido, em verdade a indeterminação se apresenta na parte objetiva, ou seja, nem no termo, nem no conceito, mas, sim, no ‘estado de coisas’ que se quer designar. [...] mesmo dispondo, a partir de um signo linguístico, de um cabedal de características ou propriedades, nem sempre se consegue determinar qual o objeto ou estado de coisas que se quer designar. (FERRAZ, 2012, p. 88).

⁴⁸ Rompendo com a dimensão meramente ontológica focada na lógica da semântica, Cruz adverte que, em alusão à filosofia de Frege, não há conceitos exclusivamente determinados, pois a determinação, com fulcro na existência de um sentido único na linguagem, é uma noção equivocada. Um mesmo signo, pela leitura do filósofo, pode ser ligado a diversos significantes e produzir diversos significados. Com isso, não haveria uma regra capaz de mensurar o grau de intensão das características de um conceito. Mesmo em se tratando de conceitos determinados, estes assumiriam sentidos distintos daqueles que se poderia supor que fossem originais. Logo, conceitos determinados também embarcariam na zona cinzenta de indeterminação. (CRUZ, 2011, p. 85).

⁴⁹ É por esta razão que Cruz deposita seus esforços na tese de que os conceitos não podem mais ser entendidos como significados determinados ou significados indeterminados, pois esta percepção era baseada, segundo o autor, na lógica semântica do grau intencional e da extensão conceitual. Desse modo: “Um conceito era determinado porque denotava claramente a essência de um objeto ou de um estado de coisa. Um conceito era indeterminado porque não possuía elementos intencionais suficientes para denotar sua respectiva extensão. [...] Um conceito não é determinado nem é indeterminado porque a sua determinação ou indeterminação não se dá *a priori* na consciência do indivíduo que é capaz de vislumbrar a essência do mundo: sua constituição é sempre fruto de uma prática social, de um jogo de linguagem que se forja a partir e dentro de um horizonte de tradição, histórica, datado, em um dado mundo da vida.” (CRUZ, 2011, p. 113).

⁵⁰ Essa abordagem é retomada no 5º Capítulo deste trabalho.

Apesar da frequente inadequação de seu uso – cujo fluxo transita ora em atos administrativos, ora em atos governamentais – e de todos esses embaraços apontados em nosso Direito Administrativo no tocante à sua interpretação e fiscalidade, ainda resta à discricionariedade uma indissolúvel conexão com o planejamento. Administrativistas alemães como Wolff, Bachof e Stober reforçam que a discricionariedade do planejamento é necessária, pois viabiliza a ponderação de prioridades para criar e executar programas de ação. Também permite a realização de decisões administrativas complexas que demandam um emaranhado de opções, ponderando aspectos relevantes na tentativa de equacionar uma pluralidade de interesses envolvidos. (2006, p. 474). Acompanhando esse mesmo raciocínio Andreas Krell cita o exemplo dos planos diretores de desenvolvimento urbano. (2013, p. 73).

O que se afere com tudo isso, é que a discricionariedade administrativa no âmbito do planejamento possui duas faces distintas: o bem e o mal. Neste caso, pode justificar escolhas perniciosas cujo nível de *‘interesse’* é falacioso ao iconizar o *‘público’*, quando, na verdade, diz respeito ao interesse particular do Estado ou singulariza a vontade como simples consciência manifestada pelo administrador público, destoando do que legitimamente interessaria à coletividade. Por outro lado, a discricionariedade é um mal necessário para tornar dinâmica e flexível a gestão administrativa. Conforme salienta Juarez Freitas (2009), ela permite ao gestor estabelecer multicritérios na formatação de seus planos de gestão. Assim, confere condições para implementar inovações no planejamento rumo à eficiência, à eficácia e à economicidade como metas decorrentes dessas mesmas escolhas administrativas. Pode, portanto, ser benéfica, a depender da forma como for conduzida, o que para nós se faz imprescindível conquanto assuma a forma dialógica.

Nessa senda, o planejamento se comunica com o sistema político⁵¹ e sua constitucionalização, impondo a criação de planos e a presença de processo legislativo para que seja aprovado, confirma essa ligação testemunhada no decorrer da história. Apesar disso, é função intrínseca à Administração Pública, não podendo se esquecer de que encerra uma série de atividades administrativas como fim maior, e não políticas, tal como parece acreditar a míope doutrina administrativista. Não obstante, em meio a estas contradições, a eficiência das

⁵¹ Posição adotada por autores como Maria Paula Bucci: “A política é mais ampla que o plano e define-se como o processo de escolha dos meios para a realização dos objetivos do governo, com a participação dos agentes públicos e privados. Assim, para a compreensão dos agentes públicos é essencial compreender-se o regime das finanças públicas. E para compreender essas últimas é preciso inseri-las nos princípios constitucionais que estão além dos limites ao poder de tributar. Elas precisam estar inseridas no direito que o Estado recebeu de planejar não apenas as suas contas, mas de planejar o desenvolvimento nacional, que inclui e exige a efetivação de condições de exercício dos direitos sociais pelos cidadãos brasileiros. Assim o Estado não só deve planejar seu orçamento anual, mas também suas despesas de capital e programas de duração contínua.” (BUCCI, 2006, p. 259).

políticas públicas tem se declinado, sendo prejudicada pela falta de critérios objetivos que direcionem a condução e o monitoramento de seus resultados.

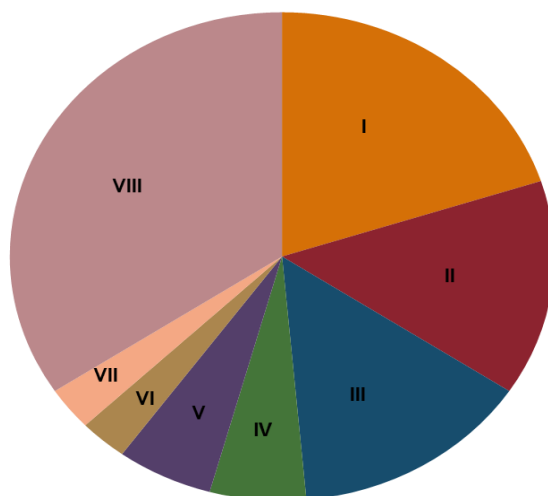
A intercorrência de impasses como a falibilidade de estratégias instáveis e não levadas a sério, as práticas desproporcionais e nada razoáveis de (re)alocações de recursos autorizados por uma legalidade viciosa que esconde em seus bastidores barganhas políticas ímprobos, além de outros fatores como os limites orçamentários escassos destinados a cada órgão e função de governo, são razões que também alimentam essa realidade. Por todos esses motivos, é urgente a necessidade de insurreição do planejamento, mesmo que isso signifique romper com a dogmática do *Estado Administrativo* e com os argumentos que o sustentem como função eminentemente política.

2.3 Dos enlaces aos desenlaces entre as funções políticas e administrativas

Embora seja a posição que nos pareça a mais convincente, admitir a função administrativa como atividade pública, *secundum legis*, que agrega, dentre as suas espécies, a ação de planejamento, é rara exceção na literatura administrativista⁵². O gráfico a seguir confirma essa assertiva⁵³, evidenciando como se deu a leitura da função administrativa e o seu lento desdobramento no percurso do Direito Administrativo:

⁵² Neste sentido: “A função administrativa, que pode ser, desde logo, apreciada em proposição negativa, obtida por exclusão, vem a ser toda aquela exercida pelo Estado, que não se destine à edição de regra geral nem produza uma decisão jurisdicional [...]. Como proposição positiva e no sentido material, as atividades administrativas são as que atendem a *necessidades de planejamento, decisão, execução e controle* destinadas à gestão de interesses públicos – entendidos como os especificamente cometidos pela ordem jurídica à administração do Estado.” (grifos nossos). (MOREIRA NETO, 2014, p. 21-22). Na mesma esteira, Odete Medauar reforça que o planejamento traz consigo a qualidade de atividade administrativa habitual (2012, p. 118).

⁵³ Do ponto de vista analítico, para se constatar na doutrina administrativista a percepção de planejamento e sua eventual vinculação com a função administrativa, o aludido quadro esquemático foi construído a partir um levantamento bibliográfico realizado pela catalogação de mais de quarenta manuais de Direito Administrativo, datados entre 1859 a 2014. O que importa atravessar diferentes modelos de Estado e projetos distintos de gestão pública, a partir de onde foi possível verificar resistência no que se refere a avanços no instituto da função administrativa.

Gráfico 1 – Função administrativa na doutrina administrativista

Legenda: espécies / correntes doutrinárias

- I** – *poder de polícia*
(CABRAL, 1859, p. 16-17; CASTRO, 1906, p. 289; CRUZ, 1914, p. 33; FRANCO SOBRINHO, 1979, p. 49; MOTTA, 1991, p. 84-85; RIBAS, 1866, p. 56; VASCONCELLOS, 1936, p. 108-109).
- II** – *poder de polícia, serviços públicos e fomento*
(DI PIETRO, 2014, p. 54-55; FARIA, 2011, p. 42; FURTADO, 2005, p. 621; MAZZA, 2012, p. 45; OLIVEIRA, 1997, p. 163)
- III** – *serviço público, poder de política, intervenção e fomento*
(CUNHA JÚNIOR, 2011; GASPARINI, 2012; PESTANA, 2008; SCATOLINO; TRINDADE, 2014, p. 50; JUSTEN FILHO, 2014, p. 125-128)
- IV** – *residual e vinculada ao cumprimento do processo administrativo*
(MAFFINI, 2013, p. 123; CARVALHO FILHO, 2014, p. 4-5).
- V** – *serviços públicos, poder de polícia, fomento, regulação, gestão econômica, planificação, sanção e expropriação*
(MEDAUAR, 2012, p. 78; MUKAI, 1999, p. 76; PESSOA, 2003, p. 40)
- VI** – *a) poder de polícia; fomento e intervenção econômica; b) intervir em atos dos particulares para lhes conferir certeza e segurança jurídica (tabelionatos, cartórios etc); c) serviços públicos.*
(FIGUEIREDO, 2001, p. 55-56)
- VII** – *a) em sentido formal, por exclusão; b) em sentido material, planejamento, decisão, execução e controle destinados à gestão de interesses públicos.*
(MOREIRA NETO, 2014, p. 21-22)
- VIII** – *atividade estatal (sem divisão das funções administrativas em categorias).*
(ALEXANDRINO; PAULO, 2014, p. 15-16; ARAGÃO, 1961, p. 206; BASTOS, 1994, p. 13; CRETELLA JÚNIOR, 1997; FRIEDE, 1996, p. 348; TELLES, 1995; MARINELA, 2014, p. 19; MEIRELLES; ALEIXO; BURLE FILHO, 2014, p. 844; BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 36; MUJALLI, 1997, p. 30).

Fonte: NUJUP, 2015.

Tomando por base a evolução da função administrativa, no Brasil, observada a partir da realização desse mesmo levantamento doutrinário, é possível estabelecer o seguinte panorama acerca de tal função estatal ao longo dos principais modelos de gestão e paradigmas⁵⁴ estatais:

Quadro 1 - Panorama de modelos de gestão brasileiras nos paradigmas de Estado

Modelo de gestão	Paradigma de Estado
Administração Pública Patriarcal (esse modelo de gestão, particularmente, trata-se do mais extenso, pois atravessa a Idade Média, tendo seus traços caracterizados no Brasil até a Década de 30)	Do Estado Absolutista à transição entre Estado Liberal a Estado Social de Direito (no caso brasileiro, sendo demarcado a partir do período colonial). Anote-se, no entanto, que o poder de polícia tem seus registros como primeira função administrativa do Estado (corrente I do Gráfico anterior) organizada para assegurar a defesa do território contra invasão e a liberdade de cada indivíduo contra os demais a partir do florescer do pensamento do Estado-mínimo, no século XVIII (SOUTO, 2003, p. 6).
Administração Pública Burocrática (a partir da Década de 30 à Década de 80)	- Estado Social, efetivado em parte depois da Revolução de 30 e por condução da Constituição promulgada de 1934 (fortemente influenciada pela Constituição de Weimar e sua ideologia social-democrata, inaugurando um conjunto de direitos sociais); - Estende-se durante a ditadura brasileira, com grande contribuição da Constituição de 1967, perdurando até a atualidade; - Nesse período, o poder de polícia, os serviços públicos e o fomento já aparecem como atividades prestadas pelo Estado (funções administrativas autônomas, tal como anota a corrente II do Gráfico I). Porém, há corrente doutrinária que também aposta no reconhecimento da intervenção como espécie distinta de função administrativa paralela às anteriormente citadas, conforme verificado na corrente III do gráfico em epígrafe.
Administração Pública Gerencial (Emenda Constitucional n. 19/98), inserindo a função regulatória	- Estado Democrático de Direito, após a vigência da CR/88 (influência da Emenda Constitucional n. 19/98; da Lei nº 9.491/97, alterada pela Lei nº 8.031/90, introduzindo o Programa Nacional de Desestatização; das Leis nº 9.986/00 e nº 10.871/04, disciplinando a atividade das Agências Reguladoras). - Aqui se verifica, em particular, corrente doutrinária que resume a ideia de função administrativa como

⁵⁴ A concepção de *paradigma* advém da filosofia da ciência, especificamente de Thomas Khun, na obra “A estrutura das revoluções científicas”. Para ele “um paradigma é aquilo que os membros de uma comunidade partilham e, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que partilham um paradigma”, a “quebra de um paradigma” ou “salto paradigmático” ocorre quando a comunidade científica renuncia a um antigo paradigma, deixando de utilizar as bases de pesquisa (livros, artigos) como objetos adequados à pesquisa científica, adotando outra em substituição. (KUHN, 2007, p. 209-219). Significa no âmbito político-jurídico, a ruptura com uma visão do mundo político-jurídico e seus pressupostos e a adoção de uma nova visão, como o são as que se deram com a forma de se conceber a atuação do Estado e as configurações da cidadania a partir do Estado Liberal até o Estado Democrático de Direito.

	atividade residual acoplada à realização de alguma manifestação de processo administrativo (corrente IV do retro citado Gráfico), sem nomear suas categorias por espécies, tal como verificado nos grupos doutrinários anteriores. Desse modo, nota-se a influência da CR/88, na inteligência de seu art. 5º, inc. LV, ao inserir os princípios constitucionais do processo e estendê-los ao processo administrativo. - Embora a doutrina mais recente reconheça, em geral, o poder de polícia, o serviço público e o fomento como clássicas funções administrativas, há uma variedade de correntes apostando em diferentes classificações abarcando esse tipo de função pública (vide correntes V, VI, VII e VIII do Gráfico III), sem conceder, no entanto, qualquer destaque ao planejamento.
--	--

Fonte: NUJUP, 2015.

O levantamento doutrinário⁵⁵ ora realizado identifica o seguinte diagnóstico: i) o planejamento é tratado como elemento incomum para a dogmática administrativista, cuja menção – mera identificação de seu instituto – é repetida de forma esporádica no âmbito do Direito Administrativo; ii) quando a doutrina, excepcionalmente, aborda o tema “planejamento” não o destaca como função intrínseca à Administração Pública, tampouco teoriza fundamentos que o vincule à função administrativa; iii) majoritariamente, a doutrina tem interpretado o planejamento como *função política* e não como *função administrativa* do Estado, entendendo-o como a realização de atos de governo, o que o afasta do objeto de estudo do próprio Direito Administrativo. De forma desconectada, tem sido lido pelo Direito Financeiro ou pelo Direito Econômico.

Ademais, também podemos aferir que a noção de função administrativa não se trata de um conceito fechado, mas em constante transformação, assim como se pôde conferir no decorrer dos modelos de gestão. Partindo dessas observações, em atitude ousada a função administrativa é por nós compreendida como *toda atividade estatal necessária à gestão do interesse público, exercida por regime definido em lei e sujeita a estrutura hierárquica própria, cuja realização é geradora de efeitos jurídicos*.

⁵⁵ Reforça-se que o levantamento doutrinário extraído a partir da leitura de Manuais de Direito Administrativo, conforme exposto, é justificado pelas seguintes razões: embora tais obras, em geral, não se ocupem de maior embasamento crítico acerca dos institutos estudados ou da realização de fundamentações jusfilosóficas que superem o simples dogmatismo ou meras compreensões ontológicas, é indiscutível sua contribuição à aquisição do conhecimento jurídico produzido nas Faculdades de Direito. Com efeito, os Manuais têm sido fonte à formação de opinião sobre o fenômeno administrativo e base de conhecimento dogmático do operador do Direito Público, utilizados de maneira recorrente na prática profissional. Não obstante, em momentos distintos desse trabalho a dogmática desses mesmos Manuais é confrontada com propostas de novos standards de gestão e a revisitação de clássicos institutos do Direito Administrativo.

À luz dessa definição faz sentido a afirmação de Bandeira de Mello de que o conjunto de funções administrativas está sujeito ao “controle de legalidade pelo Judiciário” (2012, p. 36). A criação e o cumprimento de cada uma dessas funções se revestem de intensa normatividade já que acarretam obrigações jurídicas impostas ao Estado, desempenhadas mediante comportamentos legais manifestados por intermédio de atos jurídicos administrativos. Logo, existem elementos comuns a qualquer função administrativa que a compatibilizam com o controle externo da legalidade realizado por órgãos judiciais: *i)* são atividades submetidas integralmente à lei; *ii)* podem ser realizadas de ofício pelo administrador público; *iii)* mantêm correlação com o poder regulamentar, já que englobam desde a edição de normas gerais a atos de efeitos jurídicos concretos: atos administrativos, atos materiais, quando se trata da prática de comportamentos materiais em execução de um ato jurídico, e até mesmo, fatos jurídicos, que são práticas da Administração geradoras de efeitos jurídicos; *iv)* sua prática é necessária aos Três Poderes, variando seu grau de incidência e suas formas, o que vincula essa função ao exercício do *checks and balances*. (BASTOS, 1994, p. 13).

Isto posto, reconhecer o planejamento como função administrativa significa, acima de tudo, elevar sua juridicidade – nível de compromisso jurídico. E erigi-lo ao status de atividade administrativa decorrente de lei é admitir que a planificação se envolva em uma série de atos jurídicos (verdadeira natureza dos atos administrativos), o que legitima, de vez, o exercício do *controle judicial*. Ou seja, a legalidade, por si só, já bastaria como parâmetro fiscalizatório do planejamento como atividade ou função administrativa. E em intensidade ainda maior esse controle se confirma quando o princípio da legalidade é ressignificado, assumindo a feição de juridicidade.⁵⁶ A partir de então, o *controle judicial* sobre essa espécie de função estatal não se

⁵⁶ Às margens do neoconstitucionalismo, esse tipo de discussão desagua na releitura da legalidade que amplifica a possibilidade de condutas da Administração Pública, antes rigidamente condicionada a agir estritamente conforme a lei e, agora, tendo suas condutas também diligenciadas de acordo com o direito – aqui incluindo, ressalvado o próprio conteúdo da lei, a dimensão do Texto Constitucional, de princípios e regulamentos. Isso representa, no âmbito da doutrina administrativista, a ressignificação do princípio da legalidade, em que os atos administrativos deixam de ser uma simples adequação ou reprodução cega do que a lei autoriza (no sentido expresso do texto legal, na maximização de esforços por sua validação), transmutando-se para uma adequação da *lei+direito*. Nesse diapasão, o princípio da legalidade passa a ter outra nomenclatura, sendo ressignificado como princípio da juridicidade. Tal princípio é incorporado pela Lei nº 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo), em seu art. 2º, Parágrafo Único, inc. I, passando a ter repercussão na jurisprudência brasileira. Essa nova tendência na maneira de se interpretar a “lei” produz maior impacto na medida em que deixamos de entender legalidade como autorização legal expressa para admitirmos a igual densidade normativa dos princípios, do direito de um modo geral. No entanto, isso provoca o empoderamento dos princípios jurídicos, conforme averiguado no caso da Súmula Vinculante n. 13 e na Resolução nº 7 do CNJ, em que mesmo na ausência de lei, mas com base em princípios como moralidade, razoabilidade e impessoalidade, como também na jurisprudência e outras fontes do direito, veda-se a prática do nepotismo. Experiência análoga é o caso da Resolução nº 369/06, do Conama, o que já foi pauta de apreciação de inconstitucionalidade no STF por meio da ADIn nº 3.540-1/DF, tendo por relator o Min. Celso de Mello, pois ao autorizar a exploração mineral em Áreas de Preservação Permanentes, contradizendo o que enuncia o art. 225, § 1º, inc. III, CR/88, bem como o art. 25, inc. I, ADCT, faz a mesma coisa (argumento do princípio democrático supera a própria ausência de lei

encerra na análise convencional da legalidade, pois agrega um novo parâmetro de correição: no âmbito da execução do planejamento, a fiscalidade em torno do descumprimento de princípios dentre os quais se destaca o da eficiência.

A práxis perpetuada no Direito Administrativo isola, de um lado, a atuação governamental, e de outro, as atividades administrativas. Com isso, o planejamento é acomodado como ação de governo, como se o seu exercício não correspondesse ao conteúdo de funções corriqueiras à boa administração como a prestação de serviços, obras e políticas públicas. Parece-nos paradoxal tamanho estranhamento ao se deduzir que essas três últimas atuações administrativas dependem da execução orçamentária coordenada por diretrizes contidas no planejamento público.

O intuito da apatia entre as funções governamentais e administrativas é retirar dos atos políticos a possibilidade do controle judiciário, inibindo a fiscalidade sobre o planejamento e, por conseguinte, sobre as alocações orçamentárias. Para alguns autores, esse raciocínio não prospera por força de tendências como a judicialização das políticas públicas e por influência do princípio da inafastabilidade.⁵⁷

Nesse contexto, os manuais confirmam a hipótese, insistida de forma dura na doutrina administrativista, de que a função governamental, campo de deliberação das políticas públicas, esteja dissociada da função administrativa. Em ambos os casos, o argumento é que envolvem atos distintos, cuja natureza não se confunde, mesmo em face da comparação entre o ato político e o ato administrativo discricionário serem margeados por ampla indeterminação de sentidos. É a tese de Themistocles Brandão Cavalcanti, em seu “Tratado de Direito Administrativo”:

Não se confunde, portanto, o ato político com o administrativo, mesmo quando é considerado em sua feição discricionária. Em sua essência, em seu conteúdo, em sua

para autorizar a Administração Pública a expedir licença ambiental). Essa é a leitura da juridicidade, cujos riscos de imprecisão do emprego de princípios, além de poder comprometer a segurança jurídica, pode também caminhar rumo ao hiperprincipiologismo, denunciado por Carlos Ari Sundfeld como uma proeminente artimanha utilizada pelos profissionais do Direito Administrativo para ignorar o direito positivo, diante da falta de critérios para a sua utilização (2014, p. 181). De certo modo, isso pode representar um simulacro de avanço no âmbito do Direito Administrativo.

⁵⁷ “Os atos de governo (políticos) seriam provenientes de autoridades do alto escalão do Poder Executivo (Presidente, Governador e Prefeito) e versariam, predominantemente, sobre o relacionamento com outros Poderes (âmbito interno) ou com outros países (âmbito externo). [...] Ainda que se possa perceber, em algumas situações, a distinção entre atividades administrativas (prestação de serviços públicos etc.) e atividades de governo (decisões políticas fundamentais na alocação de recursos orçamentários, no planejamento das políticas públicas, nas relações internacionais etc.), fato é que não existe uma fronteira rígida entre essas duas funções. A distinção geralmente é utilizada com o intuito de afastar os atos políticos do controle judicial, o que, atualmente, deve ser refutado ou, ao menos, relativizado, pois nenhum ato jurídico (político ou administrativo) pode escapar, em princípio, do controle judicial, em razão do art. 5º, XXXV, da CRFB, o que pode ser demonstrado, por exemplo, pelo fenômeno da judicialização das políticas públicas.” (grifos nossos). (OLIVEIRA, 2014, p. 63)

finalidade, distingue-se o ato político do administrativo discricionário, porque tem uma causa mais geral, está menos sujeito do que o segundo a circunstâncias que disciplinam o seu exercício. (CAVALCANTI, 1964, p. 49-50)

Noutro giro, há autores, como Di Pietro (2014), que rejeitam esse hiato divisor de tais tipos de funções.⁵⁸ Rendendo-se a esse mesmo argumento, Rafael C. Rezende Oliveira ainda acrescenta que o controle judicial deve contemplar qualquer tipo de ato, independentemente de ser administrativo ou governamental (2014, p. 63), o que pode, a princípio, representar um arriscado alargamento da competência do Poder Judiciário intimidando as capacidades institucionais do Poder Executivo.

Mesmo que se admita pontos de intercessão ou mesmo de confusão entre essas duas espécies de funções, não se pode desconsiderar que também sobreviva a falta de vínculo entre elas, o que, além de ampliar a margem de discricionariedade, acaba prejudicando a gestão. Por exemplo, se a idealização de uma determinada política pública, como o ‘Programa de Saúde da Família’, consuma-se no campo da função política, a realização de licitações e contratos administrativos para aquisição de bens (a aquisição de medicamentos) e serviços (a contratação de profissionais de saúde), no cumprimento de função administrativa, serão o meio necessário para que a aludida política seja efetivada. Com respaldo na posição de Maria Paula Bucci (2006) sobre a ligação entre o processo de criação de políticas públicas (que aqui assumimos como exercício de função política) e o planejamento (que insistimos na tese de sua vinculação à função administrativa) fica mais claro sustentar essa relação conflituosa de certa proximidade e distanciamento entre os dois níveis de funções, em sua constante tensão de comunicabilidade e desvinculação.⁵⁹

O problema é que o planejamento que permeia entre o reconhecimento da política pública e a efetiva contratação dos serviços, garantindo subsídio financeiro à sua realização, pode ser descumprido (desplanejado ou replanejado) justamente pela ausência de liame que habita nesse universo sondado por tão alta discricionariedade. Esse desleixo face às leis planejadoras indica o arriscado efeito colateral da ação discricionária que habita no ambiente da

⁵⁸ “Não há uma separação precisa entre os dois tipos de função. Sob o ponto de vista do conteúdo (aspecto material), não se distinguem, pois em ambas as hipóteses há aplicação concreta da lei. Alguns traços, no entanto, parecem estar presentes na função política: ela abrange atribuições que decorrem diretamente da Constituição e por esta se regulam: e dizem respeito mais à *polis*, à sociedade, à nação, do que a interesses individuais.” (DI PIETRO, 2014, p. 51).

⁵⁹ “Há certas proximidades entre as noções de política e a de plano, ainda que a política possa consistir num programa de ação governamental que não se exprima, necessariamente, no instrumento jurídico do plano. Frequentemente as políticas públicas se exteriorizam através de planos (embora com eles não se confundam), que podem ter caráter geral, como o Plano Nacional de Desenvolvimento, regional, ou ainda setorial, quando se trata, por exemplo, do Plano Nacional de Saúde, do Plano de Educação etc. Nesses casos, o instrumento normativo do plano é a lei, na qual se estabelecem os objetivos da política, os instrumentos institucionais de sua realização e outras condições de implementação. Sucodem-se normas de execução, da alçada do Poder Executivo.” (BUCCI, 2006, p. 258-259).

gestão, pois o correto seria afirmar que o planejamento vincula justamente por ser norma jurídica.

No que tange a essa potencial ausência de vínculo operante entre as duas funções, em lugares como a Alemanha⁶⁰, a Bélgica⁶¹ e a Espanha⁶² a justificativa que abriga esse desenlace encontra guarida na adoção do Parlamentarismo. Este tipo de sistema de governo cinde as funções que, no caso do Presidencialismo, seriam todas reservadas ao Poder Executivo. Assim, no sistema parlamentarista o papel do Chefe de Estado se concentra no cumprimento de função política. Em diferente modo, é atribuição do Chefe de Governo executar precipuamente as funções administrativas como técnicas determináveis por diretrizes fixadas a partir do exercício de função governamental.

No Brasil, particularmente, as razões dessa separação⁶³ são encontradas na tradição de nosso Presidencialismo centralizador. Idealizado em parâmetros assimétricos de um federalismo que privilegia o poder central, nosso sistema de governo reúne nas mãos de um mesmo agente público uma gama incomensurável de competências diligenciadas pela Constituição. É calcado em alta carga discricionária decorrente de funções políticas das quais defluem atos de governo ou atos de soberania. A tudo isso se soma um indefinido quadro de funções administrativas, uma teia de funcionalidades que deflui de competências legislativas e materiais, ambas advindas da autonomia das unidades federativas.

⁶⁰ “O Poder Executivo federal é composto pelo Primeiro-Ministro, como chefe de governo, e pelo presidente da República, como chefe de Estado. É o Primeiro-Ministro quem, sozinho, escolhe os ministros, determina seu número e suas responsabilidades, e os propõe ao Presidente da República.” (SILVEIRA. In: MAGALHÃES, 2000, p. 80)

⁶¹ No caso belga, a Chefia de Governo é exercida pelo Primeiro-Ministro, designado pelo Rei, com a aprovação de maioria absoluta dos membros da Casa dos Representantes. “Nenhum membro da família real pode ocupar um Ministério, o que consolida a separação entre a chefia de Estado e a de Governo.” (KNEIPP. In: MAGALHÃES, 2000, p. 117-118)

⁶² A Espanha é mais um exemplo de monarquia parlamentar em que a Constituição torna evidente que a soberania não pertence ao rei, mas reside no próprio povo. “A influência do rei depende da pessoa que segura o título, por que a ele não é outorgado nenhum poder executivo independente pela Constituição. Todos os seus atos têm de ser assinados pelo primeiro-ministro ou por um de seus ministros.” (COSTA. In: MAGALHÃES, 2000, p. 153)

⁶³ Não obstante reconhecermos a possibilidade de fusão ocorrida ocasionalmente entre essas funções, como por exemplo, a emissão de moedas e gestão do Banco Central.

3 PLANEJAMENTO, INTERGOVERNABILIDADE E EFICIÊNCIA: ENTRAVES E LIÇÕES DO PACTO FEDERATIVO RUMO À BOA ADMINISTRAÇÃO ⁶⁴

3.1 A diagnose federativa e os impasses na desvinculação entre funções políticas e administrativas no planejamento público

A arquitetura federativa brasileira é bastante singular. Ela emerge de um moroso processo de compilação de experiências internacionais, cuja deturpação fez com que nosso Estado Federado assumisse uma forma *sui generis*, transfigurada e ímpar na comparação com outros modelos federativos. A estrutura de nosso federalismo⁶⁵ também resulta da incoerência de reedições de textos constitucionais que propuseram o alargamento descomunal de competências atribuídas ao poder central pelo inchaço gradativo de nosso sistema de governo hoje vigente. Essas ríspidas mutações repercutiram no modo com que cada esfera administrativa autônoma passasse hoje a exercer seus atos de governança.

Em apertada síntese, o Direito Constitucional Comparado nos permite identificar traços da experiência norte-americana na forma de Estado hoje acolhida pela Constituição de 1988. No entanto, muito antes da implantação de nosso projeto de federalismo, o Brasil já havia experimentado, desde a Constituição monárquica de 1824, as agruras centralizadoras do modelo de Estado Unitário. A partir da Constituição de 1891 é que se rompeu com “[...] a forma monárquica de Governo, a forma unitária de Estado e o sistema parlamentar de Governo, para instaurar a República, o Federalismo e o Presidencialismo, formas políticas sob as quais vivemos.” (HORTA, 2010, p. 26). É inegável que entre o modelo americano e o que aqui vigora o federalismo partiu de pressupostos históricos, políticos e jurídicos distintos, reservando-lhes, obviamente, peculiaridades que tanto os diferem. Porém, os Estados Unidos, além de se

⁶⁴ Parte das ideias difundidas neste capítulo foi defendida no XVII Congresso Brasiliense de Direito Constitucional, organizado pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), em Brasília, ocorrido entre os dias 26 a 28/11/2014, sob o tema “25 Anos da Constituição: influências jurídicas, atores políticos e contexto sociológico”.

⁶⁵ O federalismo possui sentido de aliança ou pacto entre entidades políticas, tendo o significado do latim *foedus*, o que remonta à sua raiz *bheid*, de modo a expressar a ideia de tratado de aliança, pacto ou convenção. Nesse aspecto, relembra a então Ministra Cármen Lúcia que não há unicidade quanto à origem da experiência federalista. Há duas correntes. A primeira entende que o primeiro ensaio federalista ocorreu na Confederação Helvética, em 1291, inicialmente entre três cantões, com aderência sucessiva de outros, perdurando até 1848, o que constituiu um pacto que veio a se transformar, mais tarde, no Estado Federal da Confederação Suíça. Este País é, atualmente, adepto do princípio bicameral-federal puro, sem distinguir o requisito de idade entre os membros da Assembléia Federal, formada pelo Conselho Nacional (Câmara Baixa), instituído por Deputados eleitos pelo povo, e o Conselho dos Estados (Câmara Alta), eleito por sufrágio indireto. A segunda corrente (majoritária) aposta no surgimento do Estado Federado no Século XVIII, a partir do constitucionalismo que sistematizou o federalismo por meio de uma ordem jurídica formal, cuja gênese deu-se em 1787, com a Constituição dos Estados Unidos, após a celebração da Convenção da Filadélfia. (ROCHA, 1996, p. 196-198).

consagrar como uma referência em matéria de federalismo moderno, mesmo tendo partido de laços confederativos⁶⁶, onde figuraram Estados recém-independentes, cuja ideia de liberdade, independência e soberania inviabilizou um governo central operoso (REVERBEL, 2012, p. 82), agregou ao caso brasileiro significativas contribuições. Uma das mais relevantes é ter assumido, desde os seus primórdios, o sistema bicameral que estabelece a instauração de um Congresso dividido em Senado e Câmara de Representantes,⁶⁷ proposta aderida pelo Direito Constitucional pátrio.

Nesta senda, em grande parte dos Estados europeus, como também no Brasil, consagrou-se o bicameralismo conservador⁶⁸ ou sistemático como sistema legislativo federal.

Os traços típicos da Federação não guardam correlação com a peculiaridade do modelo de Estado adotado no Reino Unido. Apesar disso, no caso da Inglaterra, o parlamentarismo monárquico acompanha o sistema bicameral aristocrático, tradição mantida em toda a Grã-Bretanha. Assim, a Câmara Alta, mais conhecida como Câmara dos Lordes, é formada por nobres membros da realeza ou do alto clero inglês. Já a Câmara Baixa, ou Câmara dos Comuns, é constituída por 635 membros, cuja eleição ocorre via sufrágio direto e universal pelo povo nos círculos territoriais. O primeiro-ministro é chefe de Governo, escolhido pela Câmara dos Comuns. (FIUZA, 1997, p. 219).

A Itália também exemplifica o sistema bicameral, embora seja incluída, segundo os estudiosos, na categoria de Estado Unitário. (CONTI, 2001, p. 56). Por meio da implantação de um governo parlamentarista, o Estado italiano tem por particularidades a eleição indireta do Presidente da República (Chefe de Estado) pelo Parlamento, subdividido em Câmara dos

⁶⁶ Originalmente, é preciso analisar a política e a sociedade norte-americanas sob os Artigos da Confederação, formulados em 1776 e aprovados pelo Congresso Continental em 1777. Madison aponta que os Artigos da Confederação, primeiro modelo de forma de Estado adotado pelos EUA, durante os anos iniciais determinaram a política americana através do manuseio de um poder periférico. Esse mesmo poder estaria concentrado nos legislativos populares, suprimindo o compromisso perante a separação dos poderes, e determinado nos diversos Estados separados. Sobretudo entre 1776 a 1787, sob a égide da primeira Constituição norte-americana, a América não passou de um frouxo pacto de Estados soberanos e independentes, conservando suas respectivas soberanias e liberdades. “Quando da separação do Império Britânico, o povo da América preferiu instituir-se em treze soberanias separadas ao invés de se incorporar em uma única. É com elas que contam para a segurança de suas vidas, liberdades e propriedades. [...] O governo federal foi formado para defender o conjunto contra nações estrangeiras em caso de guerra e para defender os menores Estados contra as ambições dos maiores.” (FARRAND *apud* MADISON; HAMILTON; JAY, 1993, p. 9).

⁶⁷ Esta é constituída pela Câmara Baixa, representando as populações estaduais, tendo o mandato de dois anos, com idade mínima de 25 anos ao parlamentar e exigência de, no mínimo, sete anos de vivência nos Estados Unidos. Já o Senado, conhecido como Câmara Alta em face da representação das unidades dos Estados-Membros, é composto por dois representantes por estado da federação, cumprindo mandato de seis anos para cada senador, renovando-se a cada dois anos e com idade mínima de 30 anos. Exige-se nove anos no gozo e exercício da cidadania norte-americana para que se possa assumir esse cargo político. É o vice-presidente da República aquele que assume a presidência do Senado, não dispondo de poder de voto, mas voz de minerva para fins de desempate. (ROCHA, 1996, p. 198).

⁶⁸ Expressão cunhada no sentido de se determinar idade mínima para a elegibilidade e assunção do parlamentar ao poder.

Deputados, com idade mínima de 25 anos ao parlamentar, e Senado da República, com idade mínima de 40 anos para a elegibilidade dos Senadores. Todos os ex-Presidentes da República têm participação vitalícia no Senado, constituído por 315 membros, o que corresponde à metade da composição da Câmara dos Deputados.(FIUZA, 1997, p. 218) O poder, conforme relembra Scheinowitz (2003), está repartido entre o Estado (governo central), Regiões, Províncias e Municípios, todos autônomos entre si, inclusive do ponto de vista financeiro.⁶⁹ Conclui-se, assim, que o atributo da autonomia, inclusive municipal, não se trata de uma característica federalista, conforme observamos em nosso caso, pois também vigora mesmo em Estados que optaram pela adoção do modelo unitário.

A Constituição da Espanha não a especifica como um Estado Federal, mas, em seu art. 2º, prescreve a indissolúvel unidade da Nação e a autonomia de todas as regiões que a integram, adotando um modelo regional de descentralização política. Para José Maurício Conti (2001), trata-se, a princípio, de um Estado Unitário⁷⁰, mas que prevê a existência e assegura a autonomia de suas entidades regionais. “Daí muitos classificam a Espanha como sendo outra categoria de Estado, chamado Estado Regional.” (CONTI, 2001, p. 54).A Constituição de 1978 consagrou a autonomia extensiva a Municípios, a províncias e a dezessete Comunidades Autônomas (entes políticos regionais típicos da tradição espanhola). Isso demarca a valorização da regionalização como princípio geral de organização do Estado.⁷¹Curiosamente, para assegurar a autonomia financeira das entidades descentralizadas o sistema espanhol adotado é misto, pois prevê recursos próprios para as unidades subnacionais, além de participações em arrecadação alheia. A participação na arrecadação de outras unidades é assemelhada ao caso brasileiro, com previsão tanto de participações diretas na arrecadação quanto participações indiretas.

Hesse salienta que o federalismo, conforme projeta o Estado alemão do Pós-Segunda Guerra Mundial, denota-se como um princípio fundamental político, que expressa “[...] a livre

⁶⁹ “A província tem um caráter duplo: é uma circunscrição administrativa fundamental e um poder público territorial. Por conseguinte, é depositária, como unidade de desconcentração e de descentralização, de uma grande tradição administrativa e política. [...] O município é o poder territorial de base que agrega uma comunidade histórica; daí, ele não tem por finalidade atividades particulares e sim um papel político global. Como a província, ele é autônomo, mas, à diferença dela, tem tido um papel cada vez maior na vida pública” (SCHEINOWITZ, 2003, p. 299-300).

⁷⁰ Em sentido contrário, Dircêo Torrecillas Ramos tipifica o caso espanhol como hipótese de um federalismo imperfeito: “O resultado é que a Constituição de 1978 fez surgir um tipo aberto de “federalismo imperfeito” para a organização territorial da Espanha democrática.” (RAMOS, 1998, p. 228). Isso se deve por características como a indivisibilidade da Nação-Estado espanhola e por manter presente entre suas entidades a autonomia, o que, segundo o autor, são traços próximos do federalismo, tal como ocorre em nosso exemplo.

⁷¹ Prescreve o art. 137 da Constituição da Espanha, publicada em 29 de dezembro de 1978: “O Estado organiza-se territorialmente em municípios, em províncias e nas Comunidades Autônomas que se constituírem. Todas essas entidades gozam de autonomia para a gestão de seus respectivos interesses.” (SCHEINOWITZ, 2003, p. 314-316).

unificação de totalidades políticas diferenciadas, fundamentalmente, *com os mesmos direitos*, em regra regionais que, deste modo, devem ser unidas para colaboração comum.” (grifos nossos) (HESSE, 1998, p. 180-181). Vê-se que o sistema germânico⁷² é distante da realidade do Estado Federado brasileiro, cujo marco está na diferença de direitos constitucionalmente predefinidos às nossas unidades políticas.⁷³

Em severa crítica ao federalismo brasileiro Paulo Bonavides (2004) destaca que a maneira como tem sido conduzida essa forma de Estado, assentada no binômio clássico União-Estado já está morta, pois desde a reconstitucionalização de 1967 até os nossos dias o Brasil tem assumido um unitarismo informal.⁷⁴ Para a superação da crise do federalismo brasileiro e tentativa de erradicação das desigualdades regionais o retrocitado constitucionalista sugere a criação de uma federação pautada em novo pluralismo de bases. Avança na proposta de consagração da Região como espécie autônoma de unidade federativa, redesenhando o sistema tetradimensional por excetuar a presença do Distrito Federal (assim restaria a União, Estados-Membros, Municípios e Regiões).⁷⁵

Nos termos do art. 18, *caput*, da Constituição de 1988, a organização político-administrativa da República brasileira prevê a permanência da autonomia de seus entes federativos, incluindo o Distrito Federal. Sem embargos, entendemos que reformas constitucionais que lhes retirem prerrogativas materiais e legislativas ou supressoras da plena autonomia de espécies de entes já consagrados no texto da Constituição importa em lesão a

⁷² “A Alemanha (República Federal da Alemanha) tem no Parlamento Federal, eleito por quatro anos, entre cidadãos maiores por lei, a sua Câmara Baixa, que representa o povo alemão e exerce funções legislativas e também políticas, ao eleger o chanceler federal (chefe do Governo). A Câmara Alta é o Conselho Federal, que é formado por escolha indireta pelos governos dos Estados-Membros da Federação e coopera na legislação nacional. Além desses dois órgãos, que caracterizam o bicameralismo federal, existe a Assembléia Federal constituída por membros do Parlamento Federal e um número igual de membros eleitos pelas assembleias legislativas das unidades federadas. Sua função principal é eleger o presidente da república, que é chefe de Estado.” (FIUZA, 1997, p. 220-221)

⁷³ A Constituição de 1988, entre os arts. 21 a 30 prescreve um rol taxativo de competências de natureza material e legislativa pertencentes aos entes federativos.

⁷⁴ “O mal de uma República unitária de fato é que ela não se compadece com a ordem jurídica, não acata a Constituição, não protege contra o arbítrio, não limita a autoridade, senão que faz do Direito uma ficção, da liberdade um obstáculo, da segurança um abuso, das instituições uma fachada. No caso brasileiro, o argumento da intervenção centralizadora foi, no passado, a convulsão política, a desordem, a debilidade dos governos estaduais; no presente, é o baixo grau do desenvolvimento, o atraso social, a privação econômica, o endividamento, a carência de recursos, a pobreza dos Estados-Membros.” (BONAVIDES, 2004, p. 422). Variando de entendimento, pugnando as críticas aos males do Estado unitário, relembra Orlando Bitar que Rui Barbosa defendia que o federalismo sempre teve como direção a sobreposição da União, sem suprimir o poder dos Estados, o que já deflagraria outra modalidade política, qual seja, a república unitária. O jurista Rui Barbosa, portanto, condenava o chamado “ultrafederalismo” que, segundo ele, arrastaria o Brasil à desagregação, quando o poder se desconcentrasse da União para o âmbito local – fenômeno hoje denominado de descentralização política, tão comum na Administração Pública. (BITAR, 1996, p. 205).

⁷⁵ Paulo Bonavides enfatiza a importância do planejamento político-administrativo e a presença de organismos regionais como preparação a um federalismo das Regiões, uma das saídas para a crise federativa. (2004, p. 423-425).

cláusula pétrea protegida pelo art. 60, § 4º, inc. I. Mesmo que a pauta da pretensa Emenda Constitucional seja a recategorização das unidades pertencentes à nossa forma federativa de Estado, na substituição de uma nova espécie por outra já existente, como sugere a proposta de Bonavides, essa possibilidade não deve prosperar.

Entretanto, é vantajoso pensar que se as Regiões passassem a captar seus próprios tributos como consequência de sua adesão ao pacto, o Federalismo das Regiões permitiria autonomia necessária à elaboração e à execução do planejamento de Regiões economicamente menos desenvolvidas, como o Nordeste. Ou mesmo a viabilização da execução de planos para aquelas mais desenvolvidas, como o Sul. O exercício dessas funções tem restado como sobrecarga de competência destinada à União, cumulativamente ao dever de elaboração do planejamento referente à sua própria esfera de governabilidade (Art. 21. Compete à União: [...] inc. IX - elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social). (BRASIL, 1988).

Outrossim, os pilares do planejamento público brasileiro foram definidos com o florescimento de nosso *federalismo* – ideologia política arraigada à noção de *federação*⁷⁶. Da indissociável relação entre nossa forma de Estado com o planejamento há uma série de impasses merecedores de análise. Antes de tudo, a tensão já começa quando a ação de planejar é confrontada pela dificuldade resultante da desvinculação entre funções políticas e administrativas que não conferem, em regra, caráter impositivo ao orçamento (matéria-prima do plano), flexibilizando sua efetiva execução. Mas o diagnóstico de nossa forma federativa anuncia sérias ressalvas que repercutem na forma como o planejamento público é idealizado e aplicado.

A primeira ressalva trata-se da denúncia da hegemonia constitucional tributária nas mãos da União. Esta concentra maior volume de impostos e o monopólio de contribuições especiais em detrimento da arrecadação residual de impostos aos Estados-Membros. É um fator

⁷⁶ Wilba L. M. Bernardes (2010) faz um recorte entre os termos “federação” e “federalismo” que merece relevo neste momento. Segundo seu magistério, influenciado pela contribuição de autores como Maurice Croisat (1995), este último vocábulo se refere aos ideários ou valores com fulcro na visão de diversidade na unidade, a intenção de equilíbrio entre autoridade, poder local e nacional, ou, ainda, no sentido de ideologia política. Ou seja, a percepção de federalismo nos remete à ideia de como se deve governar, da forma como se deve estabelecer a organização política descentralizada, designando os arranjos institucionais de um conjunto de leis, normas e práticas definidoras de como um Estado federal deve ser concretamente governado. Lado outro, o primeiro vocábulo faz alusão a um regime político de fato, proclamado a partir de uma estrutura jurídica erigida por uma Constituição que pretende encarnar ideias federalistas. Portanto, “Na federação teríamos as estruturas federais ou os arranjos federais que permitem a divisão territorial do poder, incluindo aí seus aspectos políticos, jurídicos e econômicos; ou seja, aspectos institucionais que ao organizar o Estado permitem a distribuição espacial/territorial efetiva de poder. No federalismo, estaríamos mais próximos de um tipo de comportamento, atitude ou vocação federal, identificando princípios que são comungados em determinada sociedade, baseados na ideia de diversidade na unidade.” (BERNARDES, 2010, p. 32)

que motiva efeitos como a guerra fiscal⁷⁷ na luta pela captação de fontes financeiras à composição de orçamentos públicos, principalmente em se tratando de relações tributárias entre os Estados.

O Brasil vive, em matéria tributária, um *típico estado de exceção permanente*, pois não subsiste, neste particular, um estado de normalidade, que é o estado de plena segurança jurídica, num cenário de crise do federalismo e em meio a constantes guerras fiscais.⁷⁸ Para Agamben (2004), o estado de exceção encontra-se presente na quase totalidade dos atuais ordenamentos jurídicos, ainda que não regulamentado expressamente. Tal como no direito romano, em que se fazia necessária uma situação de perigo que fugisse à normalidade para que pudesse ser evocado, fala-se em estado de exceção sempre que a situação interna de determinada Nação se encontre em condições anormais, e que, por isso, decisões precisam ser tomadas no intuito de contornar o quadro instável. Assim, assume a forma de uma medida, em tese, eventual, extraordinária e provisória, fundada em uma situação de excepcionalidade capaz de alterar a ordem nacional, que possibilita ao Estado a suspensão total ou parcial dos direitos e garantias individuais – e até mesmo a sua Constituição – como uma resposta imediata do poder estatal aos conflitos internos mais extremos.

Ocorre, entretanto, que enquanto utilizado como um paradigma de governo dominante na política contemporânea, o estado de exceção passa a ser, na maioria das vezes – senão em todas – “[...] uma medida ilegal, mas perfeitamente jurídica e constitucional” (AGAMBEN, 2004, p. 44), da qual o Estado se vale para alcançar fins ilegais ou ilegítimos, por meio de medidas legais, baseando-se na psedo-ideia de necessidade emergencial ou excepcionalidade.⁷⁹ Portanto:

⁷⁷ Regis Fernandes de Oliveira destaca que: “Num Estado federal formado por diversos Estados autônomos (com competências política, administrativa e financeira própria), os conflitos começam quando cada qual luta pela parcela financeira que “deve” lhe caber. Evidente que, para atender a seus fins, o Estado federal, os Estados-membros e os Municípios devem ter recursos. Recolhem-nos através dos tributos (previsão de fatos econômicos geradores de movimentação ou produção de riqueza importante para a incidência de uma alíquota, que resulte em um montante a pagar). O grande arrecadador é a União, que, disfarçadamente, mas com a anuência dos representantes dos Estados, criou as denominadas contribuições. Os Estados, no entanto, também querem a parte do leão e brigam por isso. Nasce aí o que se denomina **guerra fiscal**.”(grifos nossos) (OLIVEIRA, 2012, p. 124).

⁷⁸ Um importante exemplo de impacto de políticas federais na arrecadação tributária dos Estados é a Lei Complementar nº 87/96 (Lei Kandir). Tal lei regulamentou a aplicação do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transporte Interestadual, Intermunicipal e de Comunicação (ICMS). “Uma das normas da Lei Kandir é a isenção do pagamento de ICMS sobre as exportações de produtos primários e semielaborados ou serviços. Por esse motivo, a lei sempre provocou polêmica entre os governadores de estados exportadores, que alegam perda de arrecadação devido à isenção do imposto nesses produtos.” (FATTORELLI, 2013, p. 59) Portanto, pode-se concluir que: “A guerra fiscal transforma-se em guerra financeira entre os sócios da federação.” (RAMOS. In: MARTINS; REZEK, 2008, p. 286).

⁷⁹ Tomando por base a disciplina da Constituição brasileira, encontram-se institutos que tratam de medidas emergenciais e excepcionais: estado de defesa e estado de sítio (inseridos no sistema constitucional de crises) e

O estado de exceção, hoje, atingiu exatamente seu máximo desdobramento planetário. O aspecto normativo do direito pode ser, assim, impunemente eliminado e contestado por uma violência governamental que, ao ignorar no âmbito externo o direito internacional e produzir no âmbito interno um estado de exceção permanente, pretende, no entanto, ainda aplicar o direito. (grifos nossos) (AGAMBEN, 2004, p. 131)

Retomando as incursões de ordem tributária, o estado de normalidade representaria o estado ideal e adequado da legalidade (certeza jurídica), que garante previsibilidade. Ao contrário disso, o que se confirma é o permanente – e excepcional – estado de insegurança pelo exame da ausência de clareza ou acessibilidade de leis tributárias, o excesso de legislação, a ignorância dos destinatários sobre o direito vigente, e tantos outros fatores. (TORRES, 2011, p. 19).

Uma segunda ressalva se remete às disparidades de competências (materiais e legislativas) demarcadoras de um federalismo tridimensional assimétrico caracterizado pelo exacerbado volume de competências destinadas à União. Isso tem gerado uma forma anômala de federação diante do distanciamento do modelo simétrico, originado da doutrina clássica anglo-americana, com base na percepção de federalismo dual, amparado na máxima da divisão dos poderes e que destina reserva de soberania aos Estados-membros, tal como reforça Bernard Schwartz:

[...] a divisão dos poderes entre estado federal e os estados membros garante a um e aos outros plena soberania no domínio apropriado a cada um. O exercício dos poderes federais não deve invadir a área dos poderes reservados aos estados membros. E vice-versa. Foi este o conceito clássico de federalismo no qual se baseou o sistema americano. É, em geral, classificado como a doutrina do *federalismo dual*. (SCHWARTZ, 1984, p. 26)

O declínio dessa doutrina não foi poupado nem mesmo onde se pretendeu zelar pela preservação das raízes do federalismo dual, nascedouro da ideia de dois campos equilibrados de poder mutuamente exclusivos, reciprocamente limitadores, cujos ocupantes governamentais se defrontavam como iguais absolutos, buscando maior nível de simetria nas relações entre o *poder de Washington* (como poder federal) e os poderes dos Estados-membros. A completa separação do poder estatal e federal exigida por esta visão de federalismo não tem resistido à

as medidas provisórias. Nos dois primeiros casos, os institutos permitem a restrição (estado de defesa) e até mesmo a extraordinária supressão (estado de sítio) de direitos e garantias fundamentais, ambos taxativamente limitados pelo próprio Texto Constitucional, inclusive ressaltado o seu prazo de duração. Por seu turno, as medidas provisórias são baseadas em requisitos de relevância e urgência – opção discricionária do Presidente da República sobre situações de excepcionalidade -, com vigência imediata à data de sua publicação, cabendo ao Congresso Nacional, em até 60 dias, prorrogáveis por mais 60, transformá-las em lei. Porém, até que ocorra essa apreciação pelo Congresso Nacional, as medidas são válidas, possuem força de lei, podendo suspender leis que tratem da mesma matéria. Prevalece, até então, a vontade suprema do Presidente da República, e por esta razão, tal situação assemelha-se ao efeito de um estado de anormalidade, já que aquele (a figura do soberano) é quem decide sobre o estado de exceção. (AGAMBEN, 2004, p. 11)

tendência de hipertrofia de funções do governo central favorecido ao ser investido de poderes expressos no Texto Constitucional, sendo a autoridade restante reservada aos Estados-membros.

Em tempos de crise, principalmente a partir de 1929, com a Grande Depressão, táticas de planejamento econômico, em represália à doutrina liberal do *laissez-faire*, apelaram pela intervenção pública no âmbito nacional, tomando frente em assuntos econômicos como medida regulamentadora adotada pelo *New Deal* com o propósito de superação (a exemplo da Lei Nacional de Recuperação Industrial de 1933, que a partir de 1937 passou a ter o reconhecimento da Suprema Corte norte-americana). A partir da necessidade de regulamentação nacional do sistema econômico pelo poder central abriu-se o precedente, portanto, para o abandono da ortodoxia contida na visão do federalismo dual (SCHWARTZ, 1984, p. 31-32). Com isso, houve abertura para novas tendências como o federalismo assimétrico, o qual “[...] poderá localizar-se no fenômeno fático, por deformação de institutos federais, como no ato normativo, mediante a criação de soluções autônomas, oferecidas pela norma jurídica.” (HORTA, 2010, p. 495). É o que Paulo Bonavides também identifica como concentração vertical de poderes, uma vez acumulada sob a posse da União (2004, p. 388), que ocorre concomitantemente à chamada centralização horizontal de poderes concentrados nas mãos do Presidente da República⁸⁰. Este último, ao deter em suas mãos controle das autonomias inerentes à larga competência pertencente à União (de natureza política, administrativa, legislativa e tributária), ostenta efetivamente maior hipertrofia de poder estatal (Poder Executivo, por excelência), neutralizada pela independência suprimida aos demais poderes.⁸²

⁸⁰ Em releitura feita aos Artigos da Confederação e à obra de Schwartz, Wilson Accioli destaca que a “figura do presidente da República apareceu, pela primeira vez, nos Estados Unidos” (1978, p. 394), fruto da Convenção de Filadélfia, que além de alterar a forma de Estado confederado norte-americana para uma Federação, criou a primeira Constituição escrita do mundo – a Constituição de 1787 –, convencionou o estabelecimento de um Executivo nacional pautado na unidade (com a rejeição de um modelo de Executivo plural).

⁸¹ “[...] o federalismo brasileiro pôs o máximo de centralização vertical na competência da União e de centralização horizontal nos poderes do presidente da República. Ali, verticalmente, com sacrifício ostensivo dos Estados-Membros; aqui, horizontalmente, com holocausto do Legislativo, cujas prerrogativas e funções ficaram bastante abaladas e abatidas.”. (BONAVIDES, 2004, p. 388) Por isso, o autor aposta numa proposta de Federalismo das Regiões, cujo alargamento de competências dos Estados-Membros traria maior equilíbrio entre o pacto federativo, por meio de redistribuição de competências, inclusive tributárias, permitindo a descentralização de prerrogativas excessivamente contidas sobre o rol de responsabilidades da União, o que facilitaria a implementação de ações em prol do desenvolvimento planejado regionalizado.

⁸² “A Constituição de 1946 restaurou o federalismo cooperativo e a democracia, tendo sido esta interrompida em 1964. A Constituição de 1967, Carta política do novo regime, embora conservando o federalismo como literalidade, propiciou significativa expansão dos poderes da União. Naquele contexto, já sob a égide da Emenda Constitucional nº 1/69, confirmando a tendência de desprestígio e fragilidade da democracia brasileira, diante de intermitente autoritarismo, a ditadura militar sustentou a hipertrofia do Executivo, neutralizando a independência dos poderes e as autonomias de Estados e Municípios. (PIRES; NOGUEIRA. In: PIRES; BARBOSA, 2008, p. 35)

Com isso, a assimetria de competências distribuídas pelo federalismo brasileiro, acentuada a partir da Constituição de 1967, desestabiliza os esforços de um modelo supostamente equilibrado de separação de poderes. Comumente, essa tripartição dos poderes fica notoriamente afetada pelos abalos provocados por nosso “neopresidencialismo autoritário” (MAGALHÃES, 2000, p. 15), alargador das competências administrativas e políticas do Presidente da República – atuando, concomitantemente, como Chefe de Estado e de Governo – e que, ao negligenciar o movimento em direção à lógica da descentralização, coloca em xeque o futuro do próprio Estado Democrático.

Ainda nesse raciocínio, o assentamento do princípio da simetria⁸³ já nos indica o estranhamento quanto à proposta de manutenção dos ideários de um federalismo clássico (destituído de qualquer hierarquia entre as unidades políticas e inspirado no modelo norte-americano⁸⁴), renunciado pela imposição de uma primazia ilegítima e injustificada de poder central em relação aos poderes estaduais e locais ao servir de referência ao paralelismo de aplicação de regras constitucionais, gerando riscos de retrocesso a um modelo de Estado Unitário de fato.⁸⁵

⁸³ Tal princípio se mantém notoriamente interligado ao padrão de tripartição dos poderes, servindo de referência diante da discussão de invalidação de normas constitucionais e infraconstitucionais dos Estados-Membros. Tal como destaca Gilmar Ferreira Mendes, deve ser interpretado de forma relativa: “A exuberância de casos em que o princípio da separação dos Poderes cerceia toda a criatividade do constituinte estadual, levou a que se falasse num princípio da simetria, para designar a obrigação do constituinte estadual de seguir fielmente as opções de organização e de relacionamento entre os poderes acolhidas pelo constituinte federal. Esse princípio da simetria, contudo, não deve ser compreendido como absoluto. Nem todas as normas que regem o Poder Legislativo da União são de absorção necessária pelos Estados. As normas de observância obrigatória pelos Estados são as que refletem o inter-relacionamento entre os Poderes.” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 863-864)

⁸⁴ Borja (1992) interpreta o Estado federado como uma hipótese de descentralização política em que as atribuições políticas essenciais estão distribuídas ou repartidas em pelo menos duas ordens governamentais distintas: um governo central e vários governos locais, que coexistem de forma harmônica e coordenada dentro de um mesmo território, onde as tendências centrípetas e centrífugas se mantenham de forma equilibrada. Suas origens são a Constituição Norte-americana de 1787, que estabeleceu uma associação de Estados organizada em que os poderes estão divididos entre um governo central, que em certas matérias é independente dos governos dos Estados associados, e por outro lado, possui governos estaduais que em determinados conteúdos, por sua vez, são independentes do governo central. Sustenta que: “Son Estados federales aquellos en los que coexisten normas jurídicas válidas para todo su territorio y normas jurídicas válidas para porciones del mismo y en los que el poder político es compartido por el gobierno central – gobierno federal – y por los gobiernos locales.” (BORJA, 1992, p. 95) “São Estados federados aqueles em que coexistem normas jurídicas válidas para todo o seu território e normas jurídicas válidas para porções do mesmo no qual o poder político é compartilhado entre o governo central – governo federal – e os governos locais.” (BORJA, 1992, p. 95) (tradução livre)

⁸⁵ Projeto mais básico e simples de todas as formas de Estado, teve seu auge no período do pré-constitucionalismo ocorrido anteriormente aos séculos XVIII e XIX (HORTA, 2010, p. 466). O Estado Unitário é caracterizado principalmente pela concentração de todos os poderes estatais (seja o poder político ou mesmo o administrativo) em um único “titular do poder público de império” (BONAVIDES, 2000, p. 189), inexistindo aqui, portanto, outros entes dotados de poder de decisão, diferentemente do que ocorre em um Estado Federal ou em uma Confederação. No chamado Estado Unitário descentralizado há a transferência de competências administrativas, ocorrendo, para isso, a criação de subdivisões às quais são delegadas certas competências. Todavia, estas subdivisões artificiais continuam subordinadas às decisões políticas do núcleo,

Nesse sentido, pela concepção adotada pelo constitucionalista mexicano Rodrigo Borja (1992) o afastamento das características apontadas a seguir comportaria em renúncia ou descaracterização do Estado Federado, tendo por consequência a adoção de outra forma de Estado corrompida. Seriam elas: i) *alto grau de descentralização jurídico-política*, permitindo a cada divisão territorial estabelecer sua Constituição e suas próprias leis sem influência de um ente político perante o outro⁸⁶ e *descentralização administrativa* ocorrida dentro de cada esfera federativa; ii) *distribuição do poder político*, promovido entre os órgãos de governo central nas três esferas de poder estatal (Executivo, Legislativo e Judiciário) e os órgãos de governo seccionais (também englobando as suas esferas de poderes estatais existentes), realizado conforme um preciso esquema de divisão de competências; iii) *coexistência de normas jurídicas de validade nacional*, ditadas por órgão legislativo central e bicameral e normas jurídicas de validade local, ditadas por órgãos legislativos regionais; iv) *personalidade jurídica plena no campo internacional*, que permite ao Estado federal apresentar-se como unidade política soberana frente aos demais Estados. (BORJA, 1992, p. 99-100). Entretanto, conforme ressaltado por Ackerman (2006), os artigos do “Federalista”, desde as raízes de sua fundação norte-americana, deixam clara a contribuição do federalismo para a instituição peculiarmente moderna da representação política:

As instituições representativas nos permitem estabelecer um regime compreendido por milhões de pessoas, de diferentes religiões e interesses econômicos. Embora cada interesse utilize abertamente o poder político para subordinar os demais, a sua multiplicidade permite ao arquiteto constitucional construir um novo tipo de liberdade individual. Em vez de suprimir as facções arcando com o custo da perda da liberdade individual, podemos tentar neutralizar as suas consequências mais nocivas contrapondo os grupos de interesses específicos, uns em oposição aos outros. (ACKERMAN, 2006, p. 251-252)

pois “a autonomia de eventual ente descentralizado não tem qualquer garantia contra a vontade do governo, em geral contra a vontade do legislador” (FERREIRA FILHO, 2003, p. 51). Mas, ainda assim, esses órgãos ou subdivisões, mesmo que de forma parcial, já possuem algum poder de decisão inerente às funções administrativas que lhes foram atribuídas, não podendo, todavia, tais decisões conflitarem com as decisões políticas tomadas pelo centro de comando. Esta forma de Estado teve seu marco inicial no Brasil em 1824, ano em que foi outorgada a Constituição do Império, que influenciou quase todas as demais Constituições Brasileiras no aspecto da centralização, vigorando até a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, a qual, espelhando-se nas Constituições Americana e Argentina, tentou instituir um Estado altamente descentralizado, tendo em vista que toda a sua estrutura e organização foram alteradas. Ampliou-se a gama de direitos e garantias individuais, organizou os poderes da República, passou a ter como forma de governo a República, sistema de governo o Presidencialismo e o Federalismo como forma de Estado. Todavia, em que pese a Constituição de 1891 ter sido altamente descentralizada, ela copiou da Norte-Americana um modelo de descentralização que não pode ser comparado, “pois não houve União de Estados soberanos, mas sim uma divisão para se criar uma União artificial, que, por este motivo, recuou nas Constituições brasileiras posteriores” (MAGALHAES, 2000, p.18).

⁸⁶ Nesse particular, há de se tecer a crítica que, no caso brasileiro, a vinculação financeira de grande número de Municípios que dependem do repasse de recursos da União e dos Estados ou entre estes perante o governo federal, via transferências orçamentárias, afeta diretamente a composição das leis orçamentárias anuais, o que atinge, por conseguinte, a *capacidade de autolegislação* e de *autogoverno*.

Observando essas características, quando o federalismo confere a distribuição de poder político resultante da repartição de competências ou autonomias a cada ente, está conferindo a cada unidade federativa uma “[...] margem de discricção de que uma pessoa goza para decidir sobre os seus negócios, mas sempre delimitada essa margem pelo próprio direito.” (BASTOS, 2010, p. 292). Isso é função política, traduzida como autonomia política ou capacidade de autogoverno, cuja discricionariedade é margeada pelo direito. O problema é que essa grande margem de manobras políticas nem sempre corresponde ao devido acionamento de funções administrativas concretas ou pode não se manter fidedigna aos propósitos preliminarmente planejados. A função política, na condição de função de governo, pode impulsionar ou também servir de obstáculo ao cumprimento de funções administrativas que ensejam na realização de obras, serviços e políticas públicas. Ambas as funções, política e administrativa, embora sua interligação seja imprescindível em todas as fases do planejamento público, podem se desvincular, colocando em descrédito o Estado federal.⁸⁷

Como terceira ressalva salienta-se a possibilidade de intervenção federal nas finanças dos Estados – iniciada por razões de calamidade pública e com condão não sancionatório (conforme previsto na Constituição de 1891 e de natureza provisória); depois por motivo de defesa de seca e de endemias, com caráter permanente (Constituição de 1934); logo após, passando a ocorrer para fins de recuperação econômica, em busca do desenvolvimento de áreas inóspitas como o Nordeste ou a Região Amazônica (Constituição de 1946), bem como a suspensão pelos Estados do pagamento de sua dívida fundada durante dois anos consecutivos, salvo por motivo de força maior, por meio de lei federal; ademais, ampliando de maneira mais gravosa com as Constituições de 1967 e de 1969, com a inserção de hipóteses de intervenção da União como a não entrega dos Estados aos Municípios das quotas tributárias a eles destinadas e a adoção ou a execução de planos econômicos ou financeiros contrários às diretrizes estabelecidas em lei federal (BONAVIDES, 2004, p. 383).

No entanto, por força dos art. 34 a 36 da Constituição de 1988, dispõe-se que a União pode declarar intervenção federal em entes distintos a ela, compreendendo os Estados-membros, o Distrito Federal, ou ainda em Município localizado em Território federal, caso venham a ser novamente criados. De igual modo cabe a intervenção estadual nos Municípios. Mas não é possível a intervenção de Estados ou Municípios na União, o que indica sérias disparidades no conteúdo dessas regras constitucionais, ainda que excepcionais, taxativas e

⁸⁷ Em críticas sobre a deturpação das funções políticas no Estado federado cabe destacar: “As manobras políticas levam à afirmação de que nunca tivemos um pacto federativo, nem um simulacro, e não se trata de realizar um novo porque jamais tivemos o velho, mas necessitamos do verdadeiro pacto federativo, indesejado por aqueles que detém o poder e querem mais poder.” (RAMOS. In: MARTINS; REZEK, 2008, p. 283)

temporárias. É mais um indício de assimetria que desarmoniza o pretense equilíbrio entre os entes públicos. Porém, essa prerrogativa reservada ao poder central no Estado Federado brasileiro é interpretada por Orlando Bitar (1996) como mecanismo de preservação do eixo da federação. Segundo ele, trata-se de um princípio axial, já que é dever da União intervir (estando hipostasiadas as demais entidades-membros), não com o intuito de punir ou como valor de repressão, mas como forma de se restaurar, de se refazer o equilíbrio para remoldar a estrutura comprometida. (BITAR, 1996, p. 189).

Ainda no que pese ao enfrentamento de disparidades presentes em normas relacionadas à nossa forma de Estado, cabe refutar o reconhecimento da revogação tácita da regra prevista no §2º do art. 2º do Decreto-Lei nº 3.365/41, que dispõe da desapropriação por utilidade pública. Ao tratar da desapropriação entre os entes federados, tal dispositivo concedeu poder à União para desapropriar bens de domínio dos Estados, Distrito Federal e Municípios. Os Estados, nessa mesma lógica, podem desapropriar bens de domínio dos Municípios, sem prever qualquer reciprocidade de expropriação vertical centripetamente em direção aos bens federais (de baixo para cima). Ou seja, falamos de uma possibilidade jurídica de intervenção especial da União nos bens públicos alheios (de domínio dos outros entes federados), para fins expropriatórios, com respaldo no princípio da supremacia do interesse público, sem que se cogite a reciprocidade atingindo a disponibilidade sobre os próprios bens federais. Todavia, considerando estarmos em um Estado Federado, no qual se garante constitucionalmente autonomia aos entes que o integra, a referida norma estaria ferindo o princípio federativo, haja vista provocar tratamento hierárquico entre os entes ao quebrar a unidade na pluralidade e o equilíbrio da participação de todas as unidades políticas na formação da vontade nacional.⁸⁸

Como quarta e derradeira ressalva há de se apontar a frequente dependência financeira existente entre entes municipais e estaduais em face do governo federal. Essa mácula é cravada em nosso federalismo centrífugo⁸⁹ (indubitavelmente agravada pela assimetria na distribuição

⁸⁸ Cármen Lúcia Antunes Rocha admoesta que a ideia contida no princípio federativo consiste no sustento da máxima da unidade na pluralidade, o que significa “a unidade total da ordem jurídica nacional compondo-se, coordenando-se, harmonizando-se, sistematizando-se pela diversidade de ordens jurídicas internas (denominadas por Kelsen de parciais), que se acoplam e formam uma única e que mantêm, nessa unidade sistêmica nacional, um movimento equilibrado em sua aplicação. [...] o federalismo representa uma forma descentralizada de organização do Poder no Estado, sem embargo de se manter um centro assegurador da unidade do sistema jurídico.” (ROCHA, 1996, p. 172). E continua a então Ministra sustentando a sistematização do princípio federativo pela conjugação dos seguintes princípios: “a) da soberania nacional e autonomias locais das entidades componentes do Estado; b) pela repartição de competências entre essas entidades, o que assegura a sua personalização política e o âmbito de competência autônoma exclusiva de cada qual; e c) pela participação de todas elas na formação da vontade nacional.” (ROCHA, 1996, p. 173).

⁸⁹ José Luiz Quadros de Magalhães leciona que o federalismo brasileiro, diferente do norte-americano, adota o modelo centrífugo, que tende constitucionalmente à constante busca da descentralização, postulado que deve atingir não somente o Legislativo e o constituinte derivado, como toda a atuação dos poderes da União,

de competências tributárias conforme apontado), donde emerge a dinâmica de descentralização de recursos interligada à visão de federalismo cooperativo. Com isso, a hipossuficiência econômica de unidades políticas locais (ou mesmo estaduais) deságua diante do poder central, com ativos tributários inferiores à contingência de despesas públicas fixas ou correntes, cuja sobrevivência financeira demanda ser suplementada por meio de repasses de receitas oriundas de outras fontes de recursos advindos de outras esferas administrativas, como o Fundo de Participação dos Municípios (FPM).

O federalismo fiscal é notório em nosso Estado Federado, compreendendo um conjunto de normas relativas à competência tributária, às transferências intergovernamentais e à distribuição intergovernamental de gasto público entre as entidades subnacionais, sendo decisivos no equilíbrio financeiro. Analisando o atual sistema constitucional tributário, percebe-se que, na realidade, há um desequilíbrio em relação à capacidade financeiro-econômica dos entes federativos. A quantidade do repasse da receita dos impostos federais mediante fundos constitucionais torna a União uma grande protagonista, intensificando o desequilíbrio vertical federativo, incoerente com a máxima da descentralização, com o princípio federativo e com a concepção de federalismo centrífugo.

Assim como a Constituição distribuiu as competências político-administrativas, também distribuiu a competência em relação às arrecadações. Porém, devido a fatores socioeconômicos, pode haver um desequilíbrio no ingresso das receitas. Por este motivo existe a previsão constitucional quanto a transferências de recursos, das unidades maiores às menores. O problema é que os Estados e os Municípios precisam de mais recursos para conseguir atender às necessidades sociais, já que a maior parte dos proventos fica com a União que detém maiores fatias de competência tributária (OLIVEIRA, 2011, p. 44). Os repasses são de extrema importância para os entes menores, principalmente em se tratando de Municípios de pequeno ou médio porte. São nesses entes federados que se manifestam os problemas cotidianos, demandando grande diversidade de serviços a serem prestados aos cidadãos, impingindo às administrações municipais responsabilidades quanto à sua execução.

Se a União, como poder central, acaba por concentrar a maior parte dos recursos arrecadados, isso ressoa na necessidade de compensação desse desequilíbrio de competência

ressaltando, obviamente, o Executivo. (2002, p. 84). Por certo, isso favorece o acréscimo de margem de atuações políticas (atos governamentais) presentes nas decisões que giram em torno da Administração Pública que, paralelo a isso, também é responsável pela expedição de seus atos administrativos. Ou seja, com isso se pretende destacar que a descentralização resultante do federalismo centrífugo impulsiona a manifestação de atos políticos ou governamentais que promovam a integração e cooperação entre os entes, sobretudo a partir de iniciativas partidas da União, como também uma série de atos administrativos de diferentes naturezas (discricionários ou vinculados) que possam viabilizar os ajustes administrativos firmados entre as unidades políticas no propósito de atuação descentralizada e consequente cooperação mútua.

por meio de repasse orçamentário via meios de transferência como o FPM, lógica assumida pelo Texto Constitucional.⁹⁰ Com isso, se formalmente a Constituição confere a cada unidade federada autonomia e disso se extrai capacidades como de autolegislação (inclusive orçamentária), autoadministração e autogoverno, a dependência econômica de um conjunto de entes locais ou mesmo estaduais perante um poder central revela que materialmente essa mesma autonomia se encontra comprometida, tratando-se de uma grande irrisão.⁹¹ É o que observa Celso Ribeiro Bastos:

A autonomia estadual é, sob muitos aspectos, uma irrisão. Fatores diversos têm demonstrado que muitos Estados-membros não têm condições de sobreviver financeiramente se lhes faltar o apoio do governo federal. Por outro lado, a partilha constitucional de competências não aquinhoa, devidamente, Estados e Municípios, centralizando, ainda, na mão da União a determinação, ao menos nos seus princípios gerais, das diretrizes a prevalecerem em todos os campos legislativos. (BASTOS, 2010, p. 414)

Curiosamente o vocábulo “*plano*” aparece pela primeira vez no âmbito constitucional na Constituição promulgada em 1946. O intuito do legislador constituinte foi justamente conscientizar e racionalizar a planificação dentro das relações estabelecidas por um federalismo tipicamente dualista, marcado pelas relações de um poder central em detrimento de poderes estaduais. E assim, esse largo poder centralizador foi sendo composto por amplas competências herdadas gradativamente pela União desde antes com as Constituições de 1891 e 1934. E após as drásticas modificações produzidas pelos constituintes de 1967 e 1969 produziu-se a evidente inferioridade financeira que hoje abala tanto os Estados-Membros.⁹²

Ressalvada a existência desses problemas, cada ente da federação, revestido de sua estrutura administrativa, tem o desafio de filtragem do interesse público. E mesmo diante desse

⁹⁰ O FPM está previsto no artigo 159, I, “b” e “d”, da CR/88. É uma transferência constitucional que autoriza repasse de recursos federais aos Municípios, sendo composta de 22,5% da arrecadação do Imposto de Renda e do Imposto sobre Produtos Industrializados. A distribuição dos recursos aos Municípios é feita com base no número de habitantes, “onde são fixadas faixas populacionais, cabendo a cada uma delas um coeficiente individual.” (BRASIL, Secretaria de Estado da Fazenda, 2014). Atualmente os critérios utilizados para o cálculo dos coeficientes de participação dos Municípios estão baseados na Lei 5.172/66 (Código Tributário Nacional) e no Decreto-Lei 1.881/81.

⁹¹ A Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro (FIRJAN) publicou em março de 2012 uma pesquisa sobre a gestão fiscal municipal de 2006 a 2010. Segundo consta, 94% dos municípios brasileiros têm nas transferências recebidas pelo menos 70% de suas receitas correntes. Apenas 83 dos mais de cinco mil municípios brasileiros geram receitas suficientes para pagar seus funcionários. Desde o ano de 2010, apenas 10%, em média, dos orçamentos são destinados à investimentos. “Dessa forma, limitou-se um dos principais benefícios esperados do processo de descentralização iniciado em 1988: o aumento da qualidade dos bens e serviços públicos oferecidos à população, fator fundamental ao desenvolvimento socioeconômico do País.” Observa-se, que a maioria dos municípios brasileiros não se sustentam, sendo completamente dependentes das transferências realizadas pela União e Estados. (BRASIL, FIRJAN, 2010).

⁹² “Pela primeira vez a expressão “plano”, conscientizando no legislador constituinte a importância da planificação dentro das condições novas da sociedade contemporânea, era empregada com ênfase que, decerto, vinha assinalar um grau mais alto na racionalização das medidas do poder federal concernentes às áreas regionais, onde principiara a atuar com tanto vigor.” (BONAVIDES, 2004, p. 367)

‘*pacto de conveniências*’, simulacro de autonomias e cooperação, resta ao Poder Público o compromisso de elaborar meios hábeis para a concretização dos direitos fundamentais. Como é cediço, isso só pode acontecer por meio do compromisso político assumido em prol do cumprimento do planejamento público amparado na estrutura de nosso anômalo Estado Federado.⁹³

3.2 Gestão pública gerencial e dosimetria da eficiência: os riscos de uma *Análise Econômica do Direito Administrativo*

Quando se percebe que as ciências jurídicas não são capazes de sustentar a condição de se retroalimentar para o provimento de sua devida adequação com a realidade fática, o Direito começa a ceder espaço à formação de amálgamas com outras ciências. Captando tal evidência, observam-se reflexos substanciais atingindo a dimensão dos institutos jurídicos, o que pode repercutir, a seu turno, no remodelamento das estruturas do próprio Estado. Sob esta ótica, nos últimos anos tem-se notado a proximidade de diálogo entre o Direito Público e as Ciências Gerenciais⁹⁴, tornando-se recorrente o apelo à eficiência, expressão polissêmica que tem causado embaraços à sua exata definição no Direito Administrativo, muitas vezes confundida com a visão de economicidade.

Em linhas gerais, a eficiência pode ser vislumbrada sobre diferentes enfoques, dentre os quais ressaltamos: i) *quanto aos resultados* – i.i) *eficiência pública ou administrativa* (seu fim é a satisfação das necessidades públicas, cumprindo com o dever de boa administração); i.ii) *eficiência econômica ou privada* (sua finalidade é o alcance de resultados estritamente econômicos, como o lucro e a otimização de recursos); i.iii) *eficiência privada sem fins lucrativos* – o fim é colaborar com o Estado no cumprimento de suas tarefas, atuando na busca de resultados de caráter não econômico; ii) *quanto à abrangência* – ii.i) *eficiência em sentido amplo* – é orientada pela consecução de valores distintos, além do econômico, tendo por fim a melhoria da prestação de serviços pelo Estado, a qualidade do agir administrativo, a presteza e aptidão na atuação dos agentes públicos, a desburocratização, o cumprimento de metas, etc;;

⁹³ A esse respeito, Gilberto Bercovici ressalta: “Por meio do planejamento, é possível demonstrar a conexão entre estrutura política e estrutura econômica, que são interligadas. O planejamento visa a transformação ou consolidação de determinada estrutura econômico-social, portanto, de determinada estrutura política. O processo de planejamento começa e termina no âmbito das relações políticas, ainda mais em um regime federativo, como o brasileiro, em que o planejamento pressupõe um processo de negociação e decisão política entre os vários membros da Federação e setores sociais.” (BERCOVICI. In: BUCCI, 2006, p 146)

⁹⁴ Exemplo disso é a Lei da Política Nacional de Desestatização (Lei n. 8.031/90, alterada pela Lei nº 9.491/97). Dentre os objetivos fundamentais propostos por sua política econômica neoliberal, esta lei reordena a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público.

ii.ii) *eficiência em sentido estrito* – infere no manejo de recursos escassos, sendo a economicidade seu subprincípio. Tem o escopo de avaliar a legitimidade dos gastos proferidos, o controle orçamentário pelo equilíbrio fiscal, a economia dos resultados (embora estes não sejam apenas de natureza econômica).⁹⁵

Percebe-se que entre os princípios da eficiência e da economicidade, para grande parte da doutrina administrativista, há uma indissolúvel relação⁹⁶, tornando esta última norma uma subespécie da primeira.⁹⁷ O risco que se expõe a corrente que assim os associa é limitar a compreensão da ‘eficiência administrativa ou pública’ pela viseira do *custo/benefício*, que, por sua vez, mantém proximidade da noção de *resultado/produtividade*.⁹⁸

O equívoco derivado dessa linha de raciocínio provoca verdadeira confusão, pois a fórmula pública de eficiência assume trejeitos de ‘eficiência privada’ diante da similaridade de parâmetros. Semelhantemente, eficiência e economicidade, na leitura de muitos manuais, tornam-se conceitos sem contornos delineados, um corolário do outro.⁹⁹ Não restam dúvidas de que seja uma grande sequela da mudança do modelo de gestão da coisa pública ter passado de uma administração burocrática para gerencial. Ou que se trate certamente da compreensão da eficiência administrativa a partir dos pressupostos da Análise Econômica do Direito, interpretação que reduz o conteúdo de tal princípio como sinônimo de *custo/benefício econômico* (CRUZ; SALDANHA In CRUZ, 2015, p. 72).

⁹⁵ Apesar da aparente fusão conceitual entre economicidade e eficiência, este último princípio, em sentido estrito, é interpretado por Batista Júnior como: “[...] a necessidade de se proporcionar com os recursos relativamente escassos de que dispõe a AP uma relação otimizada para com os fins almejados, ou seja, o maior nível de satisfação possível da coletividade, com os fatores e tecnologia dados. Trata-se, pois, da relação mais adequada que se espera entre os bens e serviços produzidos (*outputs*) e os fatores produtivos utilizados para obtê-los (*inputs*).” (BATISTA JÚNIOR, 2012, p. 182).

⁹⁶ Em comentários tecidos sobre a eficiência, Carvalho Filho parece caminhar neste sentido quando expõe que “O núcleo do princípio é a procura de produtividade e economicidade e, o mais importante, a exigência de reduzir os desperdícios de dinheiro público [...]” (2014, p. 32). Para ele, o princípio da eficiência reclama a modernização da máquina administrativa através de novos processos tecnológicos, de modo que a execução seja mais proveitosa e com o dispêndio de menos recursos financeiros. (CARVALHO FILHO, 2014, p. 322).

⁹⁷ Esta é a corrente da qual se filia autores como Onofre Alves Batista Júnior, para quem a economicidade se refere ao aspecto econômico da eficiência *stricto sensu*, sendo um dos vetores fundamentais para a verificação da boa ou eficiente administração. “A economicidade, entretanto, é uma das facetas da eficiência *stricto sensu*, aspecto da ideia maior de eficiência *lato sensu*.” (BATISTA JÚNIOR, 2012, p. 187).

⁹⁸ “Além disto, o princípio da economicidade impõe que os recursos financeiros sejam geridos de modo adequado para que se obtenham os maiores benefícios pelos menores custos.” (BENEGUZZI. In: SANTOS; BARKI, 2013, p. 28). No mesmo sentido: “Em uma primeira aproximação, o significado de economicidade se associa à ideia fundamental de obtenção do melhor resultado estratégico possível a partir de uma determinada alocação de recursos econômico-financeiros, em um dado cenário socioeconômico. Em outras palavras, traduz, sob o ponto de vista econômico-financeiro, a necessidade, em cada atuação da AP, de adequação da “relação custo x benefício”; de modicidade e simplicidade da despesa; de minimização dos custos financeiros para determinado resultado almejado, de combate ao desperdício.” (BATISTA JÚNIOR, 2012, p. 188).

⁹⁹ Segundo Diogo de Figueiredo, a economicidade passou a ser um princípio geral do Direito Administrativo, corolário do princípio da eficiência, com assento constitucional próprio (art. 70). É voltada à aferição de desempenho de custo-benefício da Administração Pública, atendo-se à observância de uma relação especificamente financeira. (MOREIRA NETO, 2014, p. 25).

Washington Peluso esclarece que a eficiência, a partir da qual se extrai a economicidade, não pode ser absorvida apenas por valores de caráter econômico. Também integra valorações de outras grandezas, como de natureza política, ideológica (associativista, distributivista, socialista), estética, religiosa, ética, jurídica. (2005, p. 29). O saudoso mestre explicita que a valoração econômica, em especial, nada mais é do que o reconhecimento, ao bem econômico, da capacidade de proporcionar um prazer, uma vantagem desapegada do compromisso do lucro. (SOUZA, 1980, p. 28-32). Por sua vez, arremata o conceito de economicidade nos seguintes termos:

O termo “economicidade”, portanto, quanto ao seu entendimento pelo conceito que adotamos, significa a medida do “econômico” segundo a “linha de maior vantagem na busca da justiça.” Essa medida é determinada pela “valorização jurídica” atribuída, pela Constituição, ao “fato” de política econômica, objetivo do Direito Econômico. (SOUZA, 2005, p. 30).

De qualquer forma, o esperado pela eficiência pública deve ser o alcance do interesse público pela presteza, perfeição e rendimento funcional no cumprimento de funções administrativas.¹⁰⁰ Também pode ser pensada como a necessidade de revitalização do serviço público então deficitário, ainda que isso represente ônus à atuação estatal, abarcando a possibilidade até mesmo de prejuízos. Na linha de Alexandre de Moraes, são traços básicos que acompanham os contornos do princípio da eficiência, em sua concepção pública:

¹⁰⁰ A eficiência administrativa deve ser entendida, segundo informa Diogo de Figueiredo, como a melhor realização possível da gestão dos interesses públicos. Deve importar na “[...] plena satisfação dos administrados com os menores custos para a sociedade, ela se apresenta, simultaneamente, como um atributo técnico da administração, como uma exigência ética a ser atendida, no sentido weberiano de resultados, e, coroando a relação, como uma característica jurídica exigível, de boa administração dos interesses públicos.” (MOREIRA NETO, 2014, p. 24). A eficiência administrativa também pode ser lida como referência de boa governança, despontando-se o florescer de um direito fundamental diretamente adstrito à esfera administrativa: o direito à boa administração, nascido por derivação da junção entre direitos, princípios e garantias expressos no texto constituinte, embora não se defina como norma jurídica limitada a um único dispositivo expresso na Constituição de 1988. Mas esse direito se revela ao mundo jurídico pela conexão realizada por diversas outras normas, como o direito à motivação das decisões administrativas (art. 93, inc. X), o direito de formular queixas, reclamações e sugestões sobre a atuação estatal (art. 37, §3º, I, II, III), o direito à indenização em caso de lesões de bens ou direitos como consequência do exercício da atividade administrativa (art. 5º, inc. X, XXIV, XXV e LXXV), o direito de obter informações da Administração Pública (art. 5º XIV e XXXIII), o princípio da publicidade dos atos administrativos (art. 5º, inc. LX, e art. 37, *caput* e §1º), o direito de peticionar ao Poder Públicos (art. 5º, XXXIV, “a” e “b”), os princípios do contraditório e da ampla defesa em processos judiciais e administrativos (art. 5º, inc. LV), o princípio da participação e o controle popular, por meio do instrumento da ação popular (art. 5º, inc. LXXIII), o direito ao processo licitatório (art. 37, inc. XVI e Lei nº 8666/93) e, por derradeiro, o direito à razoável duração do processo (art. 5º, inc. LXXVIII). O direito fundamental à boa Administração Pública traz consigo a centralidade da pessoa no regime jurídico da Administração Pública, o que concede ao cidadão, segundo o entendimento do publicista espanhol Jaime Rodríguez-Aranha Muñoz: “[...] direito que a gestão dos interesses públicos se realize de maneira consonante com o livre desenvolvimento solidário das pessoas. Por isso é um direito fundamental da pessoa, porque a pessoa enquanto tal exige que o público, que o espaço geral esteja atendido de forma que lhe permita realizar-se, em sua dimensão de liberdade solidária, como pessoa humana a partir de diferentes dimensões.” (MUÑOZ, 2012, p. 156).

“direcionamento da atividade e dos serviços públicos à efetividade do bem comum, imparcialidade, neutralidade, transparência, participação e aproximação dos serviços públicos da população, eficácia, desburocratização e busca da qualidade.” (MORAES, 2001, p. 34). Em contrapartida a eficiência privada persegue fins estritamente econômicos, tendo a maximização do lucro como seu legítimo objetivo. Cruz e Saldanha enunciam a clara distância existente entre a perspectiva pública e privada de eficiência:

Contudo, os valores e fins que se colocam para a Administração não se confundem com a eficiência empresarial, pois aqui não domina a lógica lucro/prejuízo. Neste sentido, muitas vezes a atuação estatal dará necessariamente prejuízo, pois o Estado atua para fomentar a economia, para assistir hipossuficientes, dentre outras atividades. Sua teleologia não se assemelha à de uma empresa privada, pois seus fins são distintos. (CRUZ; SALDANHA In CRUZ, 2015, p. 72)

Alexandre Santos de Aragão não afasta a eficiência de seu singular mantra econômico (dimensão de economicidade) quando entende que entre seus fins está a preocupação com a diminuição de custos. Mas causa estranheza, num primeiro instante, quando aproxima tal princípio da visão de maximização financeira de lucros (preceito típico de eficiência empresarial). (ARAGÃO, 2013, p. 67). Mas o autor também frisa que a eficiência diz respeito ao cumprimento de melhor exercício das missões de interesse coletivo que incumbe ao Estado, que deve obter a maior realização prática possível das finalidades do ordenamento jurídico. A partir de então, a eficiência acompanha uma nova lógica da legalidade: “[...] a insurgência de uma legalidade finalística e material – dos resultados práticos alcançados, e não mais uma legalidade meramente formal e abstrata.” (ARAGÃO, 2009, p. 12). Por isso, trata-se de um autêntico dever jurídico, não sendo mera disponibilidade a observância de seu cumprimento aos olhos da lei e da Constituição.¹⁰¹

Fábio Medina Osório (2013) vai além. Associa diretamente o conceito de eficiência administrativa com eficácia e com a lógica dos resultados (mais uma vez atrelada à noção de economicidade), abarcando o paradigma da ‘nova gestão pública’, o que supõe admitir a presença de um programa estatal de gestão. Defende que a análise do dito princípio desloca sua realização das mãos dos tradicionais administradores para as de gestores. Os primeiros são limitados à realização da vontade impessoal do legislador, sem espaço à liberdade, estando

¹⁰¹ “A eficiência, tal como a moralidade, também integra o bloco da legalidade ampla. Assim, um ato ou lei (ou a sua aplicação em determinado caso concreto) indubitavelmente ineficiente é inconstitucional por violação do caput do art. 37 da Constituição Federal. O princípio da eficiência é um instrumento de se garantir que os objetivos da lei (*rectius*, do ordenamento jurídico) sejam alcançados.” (ARAGÃO, 2013, p. 68). Neste sentido, o STF, no julgamento do REsp nº 579.020, já interpretou que a eficiência é cumprida mesmo quando requisitos formais exigidos por lei (como a outorga estatal para funcionamento de uma rádio comunitária) não foram obedecidos, bastando o cumprimento da finalidade da lei para que o caso fosse acobertado pelo assentimento constitucional.

acostumados a atuar em estruturas burocráticas, com instrumentos puramente formais e normativos, obedecendo à lógica hierárquica restrita aos domínios organizacionais. (2013, p. 144). Já os últimos aproximam-se da figura de ‘gerentes privados da coisa pública’, no gozo de maior liberdade e de amplas atribuições, guiados pela aposta na ideia de resultados, monitoramento de indicadores e planejamento estratégico. (2013, p. 142). Assim exprime o autor:

A eficiência, aqui, ao englobar a eficácia, traduz exigências funcionais concretas aos agentes públicos, relacionando-se não apenas com a legitimidade de seus gastos, mas com a economicidade dos resultados, a qualidade do agir administrativo, o comprometimento com metas e solução de problemas. No sentido constitucional, eficiência pressupõe eficácia, qualidade, compromissos com resultados, abarcando os paradigmas da chamada Nova Gestão Pública, nos tempos da pós-modernidade. (grifos nossos) (OSÓRIO, 2013, p. 137-138).

Para Humberto Ávila, é equivocado reconhecer o *status* de princípio à eficiência, pois esta deve ser definida como postulado normativo, funcionando como dever estruturante da aplicação de outras normas. (ÁVILA, 2005, p. 9). Ademais, Ávila investe na visão de eficiência administrativa como a implicação da própria atribuição de fins à Administração Pública, a partir da escolha de meios avaliados pela observância de três aspectos: quantitativo (intensidade), qualitativo (qualidade) e probalístico (certeza).¹⁰² Sendo assim, o autor conclui que a eficiência se vê reforçada pela proporcionalidade diante da necessidade de escolha de meios adequados, posição também adotada por Aragão (2013, p. 68).

A lógica perigosa da política econômica neoliberal depende da difusão de mitos.¹⁰³ Alguns se tornam verdadeiros clichês, como no caso do dualismo de que, de um lado existe a inalcançável eficiência pública, precária pela falência da máquina administrativa, e de outro, a iniciativa privada na vanguarda de seu raciocínio negocial, avançando na perspectiva progressista de resultados unicamente econômicos. Essa premissa é relativa, pois há inúmeros exemplos de falência de empresas que atestam a ineficiência no setor privado, assim como também é possível verificar, do lado oposto, exemplos imbatíveis de eficiência administrativa.

¹⁰² “Quando a administração emprega um meio que, embora adequado à realização de um fim, não serve para atingi-lo minimamente em termos quantitativos, qualitativos e probabilísticos, o fim não é promovido satisfatoriamente. A instituição de fins a serem promovidos pela administração impede que ela escolha meios que não os promova de modo satisfatório. Essa exigência mínima de promoção dos fins atribuídos à administração é o próprio dever de eficiência administrativa.” (ÁVILA, 2005, p. 23)

¹⁰³ “Não obstante, os *mitos* são importantes, mesmo os que perduram no que seria o subconsciente coletivo das civilizações, porque sobrevivem e continuam a conviver com a História e a impregná-la, com a força de seus símbolos e valores, tanto tomados isoladamente, como, por vezes, sedimentados em complexas estruturas míticas, que se vão aninhar nas crenças, em ritos sociais variados e nas atitudes cognitivas, que, embora desenvolvidas à margem da racionalidade, estão sempre latentes e aptas a gerar poderosos *dogmas*, que, por o serem, prescindem de comprovação quanto à sua validade e, pelo mesmo motivo, tampouco admitem refutação.” (MOREIRA NETO, 2008, p. 97).

É o que se verifica quando nos deparamos com o sistema fiscal, que inclusive intercruza dados para otimizar os resultados por ele esperados.

Mergulhada nas discussões sobre os caminhos da eficiência, a inserção do modelo gerencial de gestão pública constitui uma prática relativamente recente na seara administrativista. Inspirada na visão capitalista de mercado, essa nova ideologia administrativa assume o mantra da eficiência e da boa governança para reformular o modo de gerir das funções públicas. Para a sua implantação houve a necessidade de rígidas reformas políticas e administrativas do Estado na substituição de modelos gestores¹⁰⁴ outrora implantados, suplantando resquícios despóticos deixados pelas fases patrimonialista e burocrática. (PEREIRA; SPINK, 2007, p. 21). Nesse sentido, destaca Bresser Pereira:

A administração pública burocrática foi adotada para substituir a administração patrimonialista, que definiu as monarquias absolutas, na qual o patrimônio público e o privado eram confundidos. Nesse tipo de administração o Estado era entendido como propriedade do rei. O nepotismo e o empreguismo, senão a corrupção, eram a norma. Esse tipo de administração revelar-se-á incompatível com o capitalismo industrial e as democracias parlamentares, que surgem no século XIX. (PEREIRA, 1996, p. 4)

Todavia, a opção pela instauração da Administração burocrática em oposição ao modelo patrimonialista não ficou a salvo de críticas, pois aquela foi marcada pela lentidão, por elevada onerosidade e por desgastante complexidade de sistemas para o acesso de serviços pelos usuários. Também se apartou de preocupações concretas quanto ao atendimento das demandas sociais dos cidadãos, embora tenha se comprometido com a ampliação de funções administrativas, como a prestação de serviços públicos.

No Brasil, a transformação da Administração Pública brasileira de burocrática em gerencial ocorreu a passos lentos, sendo timidamente sinalizada em 1938 com a criação da primeira Autarquia, o Instituto Nacional de Estudos Pedagógicos (INEP). Surgia a concepção de descentralização de serviços públicos transferidos à Administração Pública Indireta. Assim

¹⁰⁴ A Administração Pública perpassou por três significativos modelos de gestão. O primeiro deles era conhecido como Administração Pública Patriarcal, vigorando no Estado Absolutista até a década de 30, não havendo sequer distinção entre público e privado e tampouco qualquer forma de limites à atuação do poder do gestor público – incorporado na figura do Monarca. A Administração Pública possuía como característica o desplanejamento, justificado unicamente a partir do alto nível de discricionariedade, não havendo compromisso com os direitos fundamentais. O segundo modelo, conhecido como Administração Pública Burocrática, adotava a forma centralizadora, sob o ponto de vista administrativo, mantendo o poder tão somente nas mãos do gestor sem que houvesse a descentralização de decisões. Desse modo, “[...] são adotadas uma série de medidas cujo objetivo é a defesa da coisa pública, em contraposição ao período patrimonialista antecedente, cuja característica principal é a confusão entre patrimônio público, Estado, e o patrimônio particular do detentor do poder” (SARTURI, 2013, p. 1). Atualmente, vivenciamos um terceiro grande modelo de gestão por meio da denominada de Administração Pública Gerencial, em que há uma compreensão de gestão pública pautada na eficiência administrativa, projetada em moldes ainda bastante liberais.

foi possível esquivar-se do cumprimento de requisitos burocráticos exigidos pela política de centralismo a qual se sujeitava os entes políticos em meio ao rígido controle exercido pelo Departamento Administrativo do Serviço Público, marco do modelo de Administração Pública burocrática.¹⁰⁵

Apesar disso, em 1967, no governo de Castelo Branco é que ocorreu, de fato, tentativa mais intensa de se introduzir nosso derradeiro modelo de gestão, haja vista os esforços de superação da rigidez burocrática. Por meio da edição do Decreto-Lei nº 200/67 promoveu-se uma abrupta descentralização administrativa, transferindo-se atividades de produção de bens e serviços às entidades que compõem a Administração Pública Indireta. Também se firmaram como princípios da Administração Pública a racionalidade administrativa, o planejamento, o orçamento, a descentralização e o controle dos resultados. Esse período resultou num verdadeiro ensaio de descentralização e de desburocratização.

A grande crise econômica que atingiu o Brasil nos anos 80, marcada por exacerbados índices inflacionários, ao lado do impulso da globalização econômica, forçou a Nação a realizar uma nova reforma estatal que pudesse superar as dificuldades administrativas, financeiras e fiscais que estavam prejudicando a gestão do governo, além de produzir retorno à sociedade pela geração da satisfação de seus anseios esquecidos. Daí é que se concentraram os esforços na implantação de medidas inspiradas nas estratégias de gestão das Ciências Gerenciais - administração de empresas privadas – adaptando-as à realidade do setor público.

Encoberta por forte influência neoliberal, a Administração Pública gerencial assume sua gestão levando em consideração a limitação dos recursos públicos a ela disponíveis. Para isso, necessita definir a projeção de desenvolvimento de seus programas e definir critérios objetivos de transparência do processo. A Administração Pública passa a se voltar à eficiência, eficácia e efetividade em seus atos de gestão.

Dito isto, nota-se que o modelo gerencial de Administração Pública encorpou-se, de vez, com a gestão de Fernando Henrique Cardoso, por volta de 1995, tendo absorvido as diretrizes internacionais impostas pelo *Consenso de Washington*¹⁰⁶. A fábula por trás desse

¹⁰⁵ “Após a II Guerra Mundial há uma reafirmação dos valores burocráticos, mas, ao mesmo tempo, a influência da administração de empresas começa a se fazer sentir na administração pública. As idéias de descentralização e de flexibilização administrativa ganham espaço em todos os governos. Entretanto a reforma da administração pública só ganhará força a partir dos anos 70, quando tem início a crise do Estado, que levará à crise também a sua burocracia. Em consequência, nos anos de 1980 inicia-se uma grande revolução na administração pública dos países centrais em direção a uma administração pública gerencial. Tornou-se assim necessário desenvolver um tipo de administração que partisse não apenas da clara distinção entre o público e o privado, mas também da separação entre o político e o administrador público. Surge assim a administração burocrática moderna, racional-legal.” (PEREIRA, 1996, p. 5)

¹⁰⁶ O *Consenso de Washington* consiste num conjunto de medidas formuladas em novembro de 1989 por economistas de instituições financeiras situadas em Washington, como o FMI, o Departamento do Tesouro dos

acordo internacional traduz a expectativa do mercado externo sobre as economias subdesenvolvidas e em desenvolvimento, impondo-as padrões de governança compatíveis aos interesses do capital colonizador.¹⁰⁷

A promulgação da EC nº 19/98, responsável pela chamada ‘reforma gerencial’, foi o arcabouço necessário para a propositura de mudanças administrativas que rompessem com o modelo anterior e que ao mesmo tempo envolvesse questões políticas, administrativas e econômicas. Essas transformações foram originadas sob a alegação de que, para driblar os recursos escassos, seria preciso a implantação de artifícios que assegurassem a eficiência na Administração Pública. Porém, aí começa o perigo. O que se percebeu, a partir de então, é que o padrão de eficiência almejado por certos Governos acabou tomando feição estritamente econômica, distinta daquela almejada pelo interesse público.

Nessas circunstâncias, o modelo de gestão pautado na ideia de Administração Pública gerencial seria uma grande falácia neoliberal de mero sustento da percepção de interesse público patrimonial (econômico), ainda que sustente um discurso retórico acerca da tutela do interesse público primário. Seu foco é na gestão de resultados guiados pela perspectiva de obtenção de vantagens econômicas, tendência perversa extraída da percepção liberal influenciada por teorias como a *Análise Econômica do Direito*.

Richard Posner (2010) defende que para a promoção da eficiência o Estado deve organizar, de forma direta ou indireta, a distribuição dos bens públicos, cujos benefícios não se restringem apenas aos contribuintes que pagam pelos mesmos, mas a todos os cidadãos. Como são produzidos em quantidade insuficiente pelo mercado se eleva a necessidade de reconhecimento de aspectos como custo e escassez. (POSNER, 2010, p. 124). Em reforço a essa perspectiva, seu irmão, Eric Posner, complementa que a eficiência integra o adequado

Estados Unidos e o Banco Mundial, baseadas no texto do economista John Williamson, do “International Institute for Economy”. Esse acordo internacional tornou-se a política oficial do próprio FMI em 1990, receita obrigatória à promoção do ajustamento macroeconômico dos países em desenvolvimento que passavam por dificuldades, cuja observância de suas regras seria condição à concessão de empréstimos internacionais a esses Estados. Dentre as premissas básicas instituídas no Consenso de Washington, de fundo neoliberal, está a disciplina fiscal, em que o Estado deveria cortar gastos e eliminar ou diminuir as suas dívidas, reduzindo custos e funcionários. Tal noção fundamentou a ideia de eficiência econômica repercutida mais tarde no texto da Constituição de 1988, além de dar margem à criação da Lei de Responsabilidade Fiscal. (BRASIL. Portal Política Econômica, 2010).

¹⁰⁷ Na visão do jurista português António José Avelãs Nunes: “O referido *Consenso de Washington* começou por ser ‘recomendado’ pelo capital financeiro internacional e pelas estruturas ao seu serviço (G7, FMI, Banco Mundial, OMC ...) aos ‘países em desenvolvimento’, não para que estes se desenvolvessem, mas para que permanecessem ‘subdesenvolvidos’ e ‘colonizados’. Mas tal ‘consenso’ rapidamente se generalizou a todo o ‘mundo civilizado’, incluindo a Europa.” (NUNES In: HENRIQUES FILHO *et al*, 2015, p. 57)

conceito de justiça¹⁰⁸ imputável ao operador do direito quando se refere à sua função de administrar. (2010, p. 10).

A *Análise Econômica do Direito* não se concentra apenas no estudo específico de mercado, dinheiro e lucro. Também tem por alvo a adoção de um método particular investigatório aplicado ao problema da escassez de recursos¹⁰⁹, fator que alicia muitas Administrações Públicas, deixando-as apegadas a esse discurso¹¹⁰ ao ponto de adorem modelos de gestão compatíveis com os dogmas difundidos por tal teoria. Trata-se de um método eminentemente econômico, que tem por objeto qualquer impasse que se refira a escolhas humanas, como a opção entre o acordo ou o litígio, a celebração ou não de um negócio jurídico, entre a adoção de uma política pública ou a sua postergação. Essa abordagem juseconomista é focada na reflexão de toda e qualquer decisão individual ou coletiva que envolva recursos escassos, indo além das discussões diretamente voltadas ao âmbito do mercado.¹¹¹

A teoria da *Análise Econômica do Direito* ensina que a alocação de recursos para melhorar a situação de alguém pode comportar na piora da situação de terceiro – lógica chamada de *ótimo de Pareto*.¹¹² E toda escolha advém de um custo predefinido designado

¹⁰⁸ Galdino adverte que “[...] o cerne das modernas teorias da justiça é precisamente o estudo da distribuição de bens e recursos entre os homens – alterando-se drasticamente o prisma clássico da filosofia moral e política, da justiça individual para a justiça na comunidade.” (2005, p. 156).

¹⁰⁹ Em razão da escassez dos bens da sociedade que a metodologia da análise econômica do direito é imperiosa à assimilação do comportamento humano, pois “[...] se os recursos não fossem escassos, não haveria conflitos, não haveria necessidade de direito, pois todos cooperariam espontaneamente.” (RIBEIRO; KLEIN, 2011, p. 21). A presença da escassez coage a sociedade a realizar escolhas que devem ser ponderadas nos custos/benefícios de cada alternativa excludente e possível, exigindo-se medidas de eficiência no âmbito dessas escolhas. Eric Posner destaca que: “[...] os indivíduos possuem preferências sobre resultados, de que essas preferências obedecem a condições básicas de consistência e de indivíduos satisfazem estas preferências com base em limitações orçamentárias exógenas.” (2010, p. 17). Para Richard A. Posner, “[...] a partir da concepção de norma jurídica como incentivo a determinados comportamentos, as sanções nelas imputadas como custos, e a oposição da eficiência das escolhas como centro de preocupação pelo Direito, é que a *Análise Econômica do Direito* constitui abordagem bastante útil para a descrição do fenômeno jurídico.” (2010, p. 29).

¹¹⁰ Se os recursos não fossem escassos não haveria conflitos e, neste caso, desnecessária seria a presença do direito. A escassez de bens faz com que a sociedade realize suas escolhas dentre as alternativas possíveis e excludentes entre si, evitando-se os desperdícios. Em outras palavras, a escassez molda o desenho das instituições públicas e privadas, de tal modo que é preciso gerenciá-la. (MULLAINATHAN; SHAFIR, 2013, p. 183).

¹¹¹ Paulo Caliendo sintetiza os pressupostos da *Análise Econômica do Direito* a partir das seguintes premissas: [...] i) rejeição da autonomia do Direito perante a realidade social e econômica; ii) utilização de métodos de outras áreas do conhecimento tais como economia e filosofia; iii) crítica à interpretação jurídica como interpretação conforme precedentes ou o direito, sem referência ao contexto econômico e social. (2009, p. 242). No entanto, ressalta que “[...] os sistemas sociais são formados por subsistemas (político, econômico e jurídico), os quais se influenciam mutuamente, mas que possuem autonomia entre si” (2009, p. 16), o que não comporta na colonização do Direito em face da Economia.

¹¹² Nessa conjuntura, o modelo de aferição da eficiência econômica é a maximização das utilidades individuais, chamada de “*Otimidade de Pareto*”, que consiste em qualificar como eficiente uma distribuição de recursos em que não seja possível “[...] aumentar a utilidade de uma pessoa sem reduzir a utilidade de alguma outra pessoa.” (GALDINO, 2005, p. 243). De acordo com Ivo T. Gico Jr, “[...] Eficiência aqui também é um termo técnico utilizado no sentido *Pareto-eficiente*, que significa simplesmente que não existe nenhuma outra alocação de recursos tal que eu consiga melhorar a situação de alguém sem piorar a situação de outrem.

como *custo de oportunidade*. Não é um custo obrigatoriamente pecuniário, mas sempre decorrente de algum tipo de renúncia em prol de uma prioridade, formando o binômio *custo-benefício* determinante de uma conduta racional maximizadora. Com isso, as pessoas devem responder a *incentivos*, premissa que acompanha a construção de todo direito, principalmente quando refletimos sobre a brandura ou rigidez no âmbito das sanções civis, penais ou administrativas. (RIBEIRO; KLEIN, 2011, p. 22-23)

Para Caliendo (2009), a equação custo-benefício no ambiente jurídico atua no sentido de estimular ou desestimular determinadas condutas, de forma que a função do direito em uma perspectiva econômica seria modificar a modulação dos incentivos. Tal relação envolve o processo de maximização da riqueza, uma vez que atuaria incentivando ou desestimulando condutas sociais, bem como inserindo custos aos movimentos da sociedade. “De um modo geral o Direito poderia ser considerado um grande sistema de preços, tal como o mercado é na economia.” (CALIENDO, 2009, p. 47).

Como contraponto, Souza Cruz e Saldanha (2015) contestam que o falacioso argumento econômico ora empregado tem sido utilizado como razão normativa universalizável e transformado em normas restritivas ou condutoras de comportamento, regrando relações sociais. Para nós, essa façanha pode ocultar extremos riscos à dignidade humana, pois o cidadão perde o foco para um mercado aberto de preços. Ambos os autores insistem que esse tipo de raciocínio centrado na análise *custo/benefício* não passa de uma típica ideia utilitarista (onde utilidade se liga à felicidade), devendo ser afastada da interpretação do próprio direito¹¹³, visto que oferece problemas por atingir a reprodução de escolhas individuais em escala social:

Ao perseguir a máxima felicidade para o maior número de pessoas, o utilitarismo assume uma posição de simetria entre diversas propostas do que é bom, podendo ser considerado (por seus adeptos) como um critério supostamente formal e “neutro”, eis que não considera, *a priori*, nenhuma das opções de conduta melhor do que a outra, ou seja, não prejudica nenhuma das ações postas em conflito sem que elas, antes, passem pelo crivo do princípio da utilidade (máxima felicidade), atendendo, dessa forma, ao ideal de igualdade e de satisfação da maioria de uma sociedade. Ademais, o utilitarismo é muito atraente para o Direito porquanto reproduz algo extremamente cativante ao senso comum ao estabelecer um raciocínio

Equilíbrios constituem, portanto, ótimos de Pareto. Note-se que uma alocação Pareto-eficiente não necessariamente será justa segundo algum critério normativo, todavia, uma situação Pareto-ineficiente certamente será injusta, pois alguém poderia melhorar sua situação sem prejudicar ninguém, mas não consegue. Enfim, estes são alguns dos pressupostos básicos característicos da AED.” (In: RIBEIRO; KLEIN, 2011, p. 25)

¹¹³ “Desse modo, entendemos que, quando razões normativas universalizáveis se transformam em normas que regerão relações sociais, ditando comportamentos e restrições ao humano, é sempre possível empregar argumentos distintos e mais aptos a preservar a dignidade humana. Em outras palavras, a análise custo/benefício, ideia tipicamente utilitarista, deve ser afastada ao se dizer o direito, sem que isso acarrete a rejeição da adoção de um consequencialismo fraco, inerente a qualquer zetética concretista.” (CRUZ In: CRUZ; SALDANHA, 2015, p. 69).

custo/benefício, do tipo, terei uma alimentação saudável para ter uma velhice sadia, ou pouparei hoje para ter uma aposentadoria mais rentável. No entanto, tais argumentações acabam por obscurecer a outra face do utilitarismo: a necessária coincidência entre utilidade individual e utilidade pública, ou seja, a reprodução de escolhas individuais em escala social. (CRUZ In: CRUZ; SALDANHA, 2015, p. 56).

Noutro giro, o ‘pragmatismo teórico’ propagado pela *Análise Econômica do Direito* é bastante sinistro, pois coloca o Estado e o mercado colimados a mesmos fins, na busca de mesmos resultados à medida que sejam capazes de arcar com os custos necessários. Os resultados públicos são crescentes na proporção em que houver a redução de custos, não podendo se olvidar da escassez de recursos econômicos enfrentada pelos cofres públicos e da necessidade permanente de implantação de medidas capazes de acelerar os resultados. Com efeito, essa lógica econômica aproxima o olhar utilitarista dos contornos da eficiência. Nesse diapasão, a teoria em tela nos força refletir sobre as relações de custo/benefício existentes, não só no âmbito entre particulares, mas também no que tange à atuação do Poder Público no que se refere à prestação de serviços, eleição de prioridades e políticas públicas destinadas à garantia de direitos fundamentais. O problema é que ao reduzir os direitos a um devasto sistema de preços tal teoria está se baseando no primado da eficiência econômica,¹¹⁴ a qual não comporta a ideia de prejuízos à satisfação de resultados. E a concretização de direitos sociais, por excelência, é onerosa, chegando a um limite que não cabe a redução de custos para satisfazê-los, o que comportaria, de certa maneira, a hipótese de prejuízos às finanças públicas.

Quando o Estado aborda a eficiência influenciada pela *Análise Econômica do Direito* passa a funcionar como uma empresa que, no caso, inverte a lógica do lucro pela cegueira da economicidade e por resultados obtidos de forma similar ao sistema privado *just in time*. Para Helly Lopes Meireles, tal princípio “[...] exige que a atividade administrativa seja efetuada com presteza, agilidade e rendimento funcional” (2014, p. 90). Em outras palavras, isso significa determinar que a Administração Pública alcance os melhores resultados, com os menores custos, em um menor lapso temporal¹¹⁵, o que reduz a interpretação deste tipo de norma a uma visão economicista que em nada se aproxima de qualquer discussão democrática.¹¹⁶

¹¹⁴ No entanto, Liam Murphy e Thomas Nagel, em reflexão sobre as contribuições da visão de ótimo ou eficiente de Pareto para o Direito Público, entendem-na como inútil para a avaliação dos cursos de ação do governo. “É claro que a ineficiência é algo a ser evitado; mas na vida real, para quaisquer dois cursos de ação que possam ser comparados quanto aos seus efeitos sobre os indivíduos, cada qual será melhor para alguns e pior para outros. Uma política generosa de fornecimento de creches públicas beneficiará mais as famílias que têm filhos do que as que não têm; uma política oposta fará o contrário; praticamente qualquer mudança que se opere sobre o código tributário ajudará alguns e prejudicará outros, e assim por diante.” (MURPHY; NAGEL, 2005, p. 68).

¹¹⁵ Esse posicionamento é defendido pelo Manual de Diógenes Gasparine, que assim como Hely Lopes Meirelles advoga que “[...] o princípio da eficiência impõe à Administração Pública direta e indireta a obrigação de

Galdino ressalta que a eficiência “[...] implica a verificação de que os resultados alcançados por uma medida são representativos de uma relação de custo-benefício favorável em relação aos meios empregados e aos sacrifícios impostos.” (2005, p. 259). Sem evoluir suas análises e ilações, esse princípio vem sendo evocado em discursos vazios presentes na jurisprudência, cuja interpretação tem demonstrado um conteúdo normativo inócuo diante da imprecisão ou incapacidade institucional do julgador compreender quando ocorre a ineficiência e os danos por ela gerados. Faltam respostas a perguntas da seguinte ordem: a apuração do juízo da eficiência pelos Tribunais deve partir da consideração de seus referenciais como valor ou técnica de avaliação?

Mesmo cientes do risco que a positivação de métodos corre em encapsular resultados, acreditamos ser a segunda alternativa a mais razoável em se tratando da apuração desse tipo de norma. Apesar disso, a ausência de sólidos padrões metodológicos ou o apego a simples referenciais comparativos prejudica a compreensão de quando incide a eficácia desse princípio nas ações da Administração Pública.¹¹⁷ Melhor dizendo, a eficiência é um atributo que não tem sido aferido por critérios racionais qualitativos tal como deveria ser.¹¹⁸ É justamente por isso

realizar suas atribuições com rapidez, perfeição e rendimento”. (GASPARINE, 2010, p. 76).

¹¹⁶ É o que se constata a partir da leitura de autores como Carvalho Filho, que assim aduz: [...] com aplicação conexa ao princípio da continuidade, o princípio da eficiência reclama que o Poder Público se atualize com os novos processos tecnológicos, **de modo que a execução seja mais proveitosa e com o dispêndio de menos recursos financeiros**. (grifos nossos) (CARVALHO FILHO, 2014, p. 322)

¹¹⁷ Muito embora tenha crescido nos últimos anos as iniciativas públicas desenvolvidas em busca de melhoria dos processos de gestão e governança de órgãos e entidades governamentais. Dentre as diversas apostas, a União implantou o Programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização (GesPública), pelo Decreto nº 5.378/05, tendo dentre seu rol de finalidades o objetivo de promover a eficiência, por meio de melhor aproveitamento dos recursos, relativamente aos resultados da ação pública (art. 2º). No entanto, a ideologia deste programa deixa evidente que o modelo de excelência em gestão pública por ele almejado é a representação de um sistema gerencial com aspirações de eficiência privada, e não tipicamente administrativa como esperado. O GesPública orienta a adoção de práticas que conduzem as organizações públicas brasileiras a atingirem padrões elevados de desempenho e de excelência em gestão, avaliando o desempenho de serviços/produtos e dos processos organizacionais. (NARDES; ALTOUNIAN; VIEIRA, 2016, p. 197). É focado em processos de planejamento que visam à expansão de cobertura de serviços públicos, importando, em matéria de resultados, o controle do suprimento dos usuários equiparados à condição de consumidores, cujo quantitativo interessa para efeito de controle.

¹¹⁸ Não é rara a tentativa de apuração do nível de eficiência nas Administrações Públicas a partir da revelação de percentuais alcançados, metas quantitativas ou criação de rankings comparativos com outras Administrações onde não há espaço à inclusão de critérios à aferição da qualidade dos serviços prestados ou dos resultados obtidos nas políticas públicas. Também é praxe estabelecer-se indicadores de eficiência econômica baseados no aumento de índices de investimentos destinados a funções orçamentárias específicas. Por exemplo, o IBGE disponibilizou o “Percentual de domicílios com acesso à rede de esgoto e/ou fossa séptica”, de 2008, quadro nacional realizado pela amostragem de dados coletados entre 2002 a 2007. Para mensurar a proficiência de resultados do tipo de serviço público analisado, foi constituído um “Ranking de eficiência” entre os Estados-Membros, apontando Minas Gerais na décima quarta colocação, enquanto Santa Catarina ocupou o primeiro lugar. Ao se investigar o campo da “Despesa executada na função Saneamento nos anos de 2003 a 2007”, Minas investiu R\$ 143.144.533,5 e Santa Catarina R\$ 490.877,4. Outro ‘método’ de apontamento da eficiência considerou apenas o percentual financeiro de aumento na cobertura para esse mesmo tipo de serviço em comparativo com as despesas já realizadas. Esse “Indicador de eficiência econômica - R\$ aplicados para 1% de aumento na cobertura” revelou a cifra de R\$ 15.323.144,65 para o primeiro Estado e de R\$ 177.358,31 para o

que a eficiência, por si só, tem sido incapaz de fundamentar condenações por seu descumprimento, salvo quando amparada por outros princípios também prejudicados, como a moralidade.

Há quem insista na primeira alternativa para a pergunta posta anteriormente, entendendo a eficiência administrativa como “[...] um valor em si, no sentido de necessidade da AP de buscar, da forma mais ampla possível, o bem comum [...] portanto, a face instrumental da igualdade (material), da justiça social.” (BATISTA JÚNIOR, 2012, p. 330). No entanto, esse mesmo autor se contradiz quando apresenta a importância de se criar referenciais de eficiência como parâmetros objetivos ou regras de boa administração. Alega que a partir de uma articulação manifestamente indevida, desmotivada e desarrazoada desses referenciais pode-se chegar ao vício de mérito atinente ao descumprimento do princípio da eficiência. (2012, p. 329).¹¹⁹

Embora não seja pacífico seu reconhecimento pela doutrina administrativa¹²⁰, a teoria conclama a eficiência como um princípio motivador da existência de uma organização administrativa que impõe ao administrador o dever de maximização de resultados sociais colimados pela lei na constante busca da melhor ordenação e gestão da atividade pública com vistas à justiça.

O problema é que a Administração Pública, ao modelar sua gestão sobre roupagens gerenciais, tem buscado, por meio dessas diretrizes, o alcance de uma eficiência cada vez mais

segundo, embora sejam consideráveis variáveis de população e de condições sociais distintas entre um Estado e outro. (Fonte: IBGE/PNAD: dados de cobertura // Secretaria do Tesouro Nacional: dados de despesa orçamentária, 2008). Esses números nos confundem e nada nos oferecem além de identificar a preocupação das Administrações Públicas brasileiras com custos, investimentos e demanda, sem se estabelecer metodologia de qualidade. A perspectiva nos apresenta bastante econômica e inspirada no setor privado. Na verdade, a grande técnica que nos parece utilizada para a ‘apuração’ do princípio da eficiência é a da publicidade de índices superando resultados atingidos em anos anteriores, até que gestões sucessoras venham desmenti-los. É o caso exposto no título da manchete publicada na Revista “Carta Capital”, em 24/04/2015, assinada pelo jornalista Miguel Martins relatando a experiência mineira: “*Em xeque, o ‘choque de gestão’ do PSDB: Rombo no Orçamento desfaz o mito do déficit zero das gestões tucanas em Minas Gerais*”. (MARTINS, CARTA CAPITAL, 2015).

¹¹⁹ “O controle da eficiência é possível quando se está verificando e articulando os meios para a consecução dos fins, quando se está estabelecendo o modo e o tempo de um procedimento, e quando se está ponderando os interesses intervenientes e estabelecendo o fim imediato da atuação. Nesses casos, mesmo sem os resultados concretos, é possível a aferição apriorística da eficiência.” (BATISTA JÚNIOR, 2012, p. 328).

¹²⁰ Em Tratado específico sobre o tema, Batista Júnior (2012) sintetiza o olhar de três correntes doutrinárias sobre a forma como o princípio da eficiência tem sido recepcionado em nosso Direito Administrativo. A primeira delas, representada por autores como Bandeira de Mello (2012, p.131-132) desconhece a eficiência como princípio basilar da atuação das Administrações Públicas, olvidando-se de abordar a questão com maior afinco. A segunda corrente detecta a eficiência como integrante do dever de boa administração, porém revelando-se apenas de forma subsumida à moralidade administrativa, como uma faceta deste último princípio. Nessa linha caminha Moreira Neto (2014, p. 70). Uma terceira corrente tem destacado a importância deste princípio sob o argumento da insuficiência da legalidade, reconhecendo-o como vetor constitucional para a atuação administrativa. Autores como Hely Lopes Meirelles (2014, p. 90) vêm na eficiência um dever imposto a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. (BATISTA JÚNIOR, 2012, p. 118-119).

econômica e sobre parâmetros plagiados do setor privado. Como exemplo de experiência de implantação da lógica de ‘boa governança’ no império da eficiência econômica, trazida à beira do Direito Público, tem-se o Programa “Choque de Gestão”, implantado em Minas Gerais, com a promessa de conclusão de gestão com *déficit zero*.¹²¹ Evidentemente, esse conjunto de medidas não aparenta ser páreo para identificar a autêntica visão de boa governança se tomado o Estado Democrático como referencial. Ainda mais caso esteja centrado no insuficiente resultado da atuação da representação política, sem atrair para a arena da formulação das escolhas públicas os atores que possam contribuir para essa mesma operação.¹²² E é justamente assim a maneira como tem se apresentado essa política neoliberal reguladora, mesmo que se valendo de disfarces de um participacionismo falsário.

3.2.1 A eficiência administrativa e a (re)formulação dos parâmetros de boa governança

O que falta à eficiência administrativa é a existência de contornos que ultrapassem tentativas simplórias de identificá-la a partir de sua compreensão semântica ou de interpretações teleológicas. A busca por clareza do que seja, efetivamente, uma ação eficiente na prática da gestão pública nos exige a(re)formulação de parâmetros concretos que permitam lisura em sua identificação. Como diretrizes de gestão, aqueles devem ser capazes de adequar a eficiência administrativa à “[...] proposta de afirmação de um Estado Democrático de Direito que ultrapasse a mera visão tecnocrata de *resultados*” (AZEVEDO; ARAÚJO, 2014, p. 56), garantindo a dosimetria necessária à identificação de sua ocorrência. Dentre os novos parâmetros necessários à boa e eficiente governança estão a *legitimidade* e o respeito ao *devido planejamento público*.

A começar, os esforços concentrados na busca por resultados só se justificam quando submetidos ao crivo da legitimidade, angariada por meio da participação popular na gestão pública. Não há eficiência se os resultados públicos não correspondam às demandas advindas dos próprios destinatários do direito.

¹²¹A adesão a este modelo de gestão, implantado durante o governo Aécio Neves e vitrine dos três últimos mandatos do PSDB em Minas Gerais, ganhou fama por buscar aplicar um modelo de Administração Pública com inspiração em estratégias negociais do setor privado. “O enxugamento da máquina, a bonificação de servidores de acordo com os resultados alcançados e a obsessão pela redução de despesas eram os pontos centrais.” (MARTINS, CARTA CAPITAL, 2015).

¹²²Essa crítica também é introduzida por Vanice R. Lírio do Valle (2011) na tentativa de identificação do direito à boa administração ou governança. Segundo adverte: “Consolida-se com a governança a percepção de que não há como se empreender uma absoluta dissociação entre atividade política e função administrativa – donde restará justificada a preocupação de legitimar-se, pela abertura democrática, as escolhas estratégicas que se formulem no exercício da administração.” (VALLE, 2011, p. 55).

A legitimidade decisória impede que a interpretação do interesse público seja fruto da razão pura ou livre consciência do administrador por meio de deturpações maniqueístas de sua ampla discricionariedade administrativa. Mas faz com que seja o somatório das deliberações oriundas da participação popular concomitantemente ao lado da vontade do poder público, imiscuída entre atos vinculados e discricionários. A dinâmica de gestão pública participativa é imprescindível para que, de fato, seja possível falar em eficiência democrática, pois “[...] a ampliação da participação democrática inserida com a administração gerencial é um dos meios de defender a coisa pública. Deve enfatizar resultados, contrapondo-se à ideologia do formalismo e do rigor técnico da burocracia tradicional” (SARTURI, 2013, p. 1).

Quando não há a devida eficiência, aqui tratada sob o viés democrático, não há que se cogitar, paralelamente, a concretização do direito fundamental à boa administração ou governança, uma vez que eclodirá a ineficiência, assim como a falta de compromisso com as atividades públicas. Isto porque, para a obtenção de um grau satisfatório de boa administração, o agente público deverá ser eficiente, com capacitação e comprometimento com os interesses sociais.¹²³

Por outro lado, também se acrescenta como parâmetro de eficiência a observância do adequado planejamento público hoje reconhecido como um direito assistido pela participação popular, conforme sugere a Lei da Transparência (Lei Complementar nº 131/09). O planejamento deixa de ser uma simples opção política para se tornar uma obrigação legal, cuja promessa é o seu comprometimento com a transparência e a efetivação da eficiência na gestão pública orçamentária. A execução dos planos e ações pela Administração Pública representa o cumprimento dos objetivos contidos no planejamento, o que, a seu turno, torna-se referência para se falar em eficiência. Nesse sentido:

O planejamento deve ser eficiente, para produzir os efeitos desejados. Exemplificando, de nada adianta planejar a execução de uma ação que não traga benefícios coletivos, uma vez que só por isso já estaremos diante de uma Administração ineficiente. Outro desdobramento deste princípio em relação ao planejamento encontra-se no fato de que só uma Administração Pública eficiente, treinada para executar o plano, é que conseguirá atingir os objetivos do planejamento. Deve haver uma adequada equação entre a factibilidade do plano e os meios para implementar seus objetivos, atingindo, dessa forma, um plano harmônico. (MARQUES NETO; QUEIROZ. In: CARDOZO; QUEIROZ; SANTOS, 2011, p. 719).

¹²³ Com efeito: “Atrelando essa ideia de boa administração ao controle dos gastos públicos, e ao dever de eficiência da administração, mostra-se viável fundamentarmos a ideia de que com a existência de um padrão objetivo de conduta, que possa analisar o emprego das verbas públicas quanto à sua materialidade no caso concreto, teremos elementos suficientes para controlar a eficácia da implementação dos recursos, objetivando a sua melhor eficiência quando do seu emprego.” (MUNARO, 2009, p. 3).

Não há como desvincular eficiência sem a coerente orquestração de recursos públicos na busca por resultados, o que só pode ocorrer diante da observância do planejamento¹²⁴, instrumento capaz de exteriorizar as atividades típicas da função administrativa. Tal como outrora observado, a eficiência administrativa, no entanto, depende de ferramentas que garantam o participacionismo. Sendo assim, a participação popular corroborando com o planejamento legitima as decisões públicas na gestão orçamentária e contribui para que se elejam prioridades reais e concretas de efetivação do interesse público e dos direitos fundamentais que deste derivam, principalmente quando se trata de um contexto de escassez de recursos, característico em tantas Administrações Públicas locais.

O TJSP considerou o mau planejamento público como ato ímprobo de má gestão, asseverando que o gestor deverá estar sempre precavido com eventuais adversidades no decorrer do mandato para não comprometer seu dever de eficiência. Cabe destacar parte do inteiro teor do acórdão:

[...] Um administrador público deve ser uma pessoa precavida, responsável, preparada para as adversidades e problemas que poderão surgir no decorrer de seu mandato. **Os gastos com o erário público deverão ser sempre bem planejados, para que não incorra numa má administração,** com danos exagerados e descabidos. **O administrador não pode alegar situação emergencial ou calamidade pública, para justificar seu desleixo ou falta de planejamento. Entender o contrário é permitir o uso irregular de recursos públicos, estimulando o ímprobo a agir.** Restou claro, portanto, *in casu*, a prática de atos de improbidade administrativa pelo ora apelante, consubstanciados no *caput* e incisos I e II, do artigo 11, da Lei 8.429/92 [...] (grifos nossos). (BRASIL, TJSP, julgamento em: 11.08.2010).

Ausente o planejamento tal como deva ser constituído, constata-se uma evidente violação ao direito fundamental a boa administração pública, o qual se encontra nitidamente ligado ao princípio da eficiência. Esse direito à boa governança das instituições públicas¹²⁵

¹²⁴ “Uma das características da Administração Pública atual é seu caráter preponderantemente coletivo. Mais do que a prática de atos administrativos isolados (que não deixaram de existir), a Administração Pública se caracteriza pela sua dimensão social. Importa cada vez mais os efeitos ou resultados que a atuação administrativa produz relativamente à sociedade em seu conjunto, nos mais diversos setores da vida, de tal forma a garantir satisfatória ‘qualidade de vida’ tanto a sociedade presente como a sociedade futura (futuras gerações). A atividade deve ser necessariamente eficiente (princípio da eficiência), produzindo resultados concretos para o conjunto da sociedade. A exigência desta envergadura demanda, forçosamente, a necessidade do planejamento. Proliferam em todos os níveis da atividade administrativa (federal, estadual e municipal) práticas de programação ou de planejamento (pleno de desenvolvimento, planejamento financeiro, planejamento urbanístico, planejamento educacional, plano isso, plano daquilo etc.) Fala-se cada vez mais em ‘políticas públicas’, associando-se à necessidade de planejamento. O planejamento e a eficiência assumem uma crescente importância na organização e na atuação administrativa, com reflexos no Direito Administrativo.” (PESSOA, 2003, p 40).

¹²⁵ Interpretado por Juarez Freitas como: “[...] o direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à

estabelece maior garantia dos índices democráticos na execução do poder, devendo ser utilizado de forma mais aberta, igualitária e equilibrada para permitir a racionalidade das inúmeras e distintas formas de administração, considerando a presença de diversas alternativas políticas (MUÑOZ, 2012, p. 157). Ainda, “a administração – enquanto função estatal – só se pode qualificar como boa, se entendida na dinâmica própria desse mesmo caráter de função” (VALLE, 2011, p. 79).

Os atos de má gestão do orçamento público que afastam a boa governança significam lesão direta ao princípio da eficiência, assim considerado a partir da constatação de ausência de critérios de eficiência democrática na condução da atual Administração Pública Gerencial. Só há que se cogitar a eficiência democrática diante da harmonização de gastos que revelem o equilíbrio no binômio *receitas/despesas*, o que importa na ausência de desperdício de recursos¹²⁶ (economicidade), priorização de metas e objetivos contidos no planejamento e fiscalidade garantia pela participação popular nesse processo.

3.3 Articulações intergovernamentais como amálgamas entre o federalismo cooperativo e o princípio da eficiência

Interpretar as competências constitucionais como alvo de ações isoladas ou desordenadas, mesmo em face de competências materiais comuns, em nada colabora para que a eficiência possa ser alcançada. Por outro lado, antes de se declarar o fracasso do federalismo brasileiro, ou resumi-lo a uma emergencial necessidade de reforma, há institutos e instrumentos que se despontam como tentativas de conciliação de esforços – inclusive de ordem financeira –, estimulando articulações entre os seus membros. É o que podemos observar a partir das diretrizes legislativas como a Lei Complementar nº 140/11. Depois de mais de duas décadas de vigência da Constituição de 1988 esta lei foi editada no esforço de regulamentar o art. 23, Parágrafo Único e o conteúdo de seus incs. III, VI e VII e nos vale como exemplo de proposta de cooperação interinstitucional.

moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem [...]” (FREITAS, 2009, p. 22).

¹²⁶ “Assim é que, não obstante *legítimo* o planejamento e *legítima* a execução de uma política pública, deve ser também *legítimo* o resultado, o que vale dizer: o bem ou o serviço entregue à sociedade deve necessariamente garantir uma utilização *eficiente* por parte de seus destinatários, tal como *razoavelmente estaria nas expectativas* de todos os que para tanto contribuíram com seus recursos, uma vez que deverá ser levado em harmonia a ausência de desperdício de recursos (economicidade), agilidade, produtividade e legitimidade das decisões”. (MOREIRA NETO, 2008, p. 135-136). Com efeito, “[...] o alicerce desse terceiro modelo de Administração Pública é o princípio da eficiência” (SARTURI, 2013, p. 1).

Seguindo a linha de nosso federalismo cooperativo, tal lei sistematiza um rol exemplificativo de ações administrativas que podem ser executadas conjuntamente entre os entes políticos, instigadas a partir de planejamentos articulados de modo intergovernamental. Por esta razão, seu efetivo cumprimento serve de modelo normativo-administrativo da essencialidade de conexão entre o federalismo de cooperação e o princípio da eficiência administrativa na tentativa de se alcançar a dimensão do direito à boa governança.

Mas, de antemão, há pontos críticos contidos no texto desta lei que podem servir de tropeço na relação entre os entes federativos e que não foram poupados pelo legislador. Quando o art. 13 da Lei Complementar nº 140/11 impõe que a concessão de licenciamento seja feita por um único ente federado reafirmou os efeitos pretendidos pela questionável regra da Resolução CONAMA nº 237/97. Ora, isso pode importar em verdadeiro retrocesso quanto à tutela ambiental. O motivo é que dispôs como facultativa a manifestação dos demais entes federativos interessados, tal como aduz seu art. 13, §1º, centralizando a responsabilidade nas mãos de um mesmo ente quando a matéria envolver o interesse concomitante de mais de uma esfera administrativa. A nosso ver, a lei revela prejuízo quanto ao cumprimento do princípio da proibição do retrocesso ecológico¹²⁷, pois renuncia a um estado de coisas já garantido por outro tipo de norma anterior que dispunha sobre esse tipo de matéria ambiental.¹²⁸

Apesar dessa ressalva, a lei em comento não perde seus méritos, pois define que a articulação interinstitucional presente no federalismo cooperativo pode funcionar por meio de novos arranjos administrativos como a *atuação supletiva*. Esta ação do ente da federação substitui ao ente federativo originariamente detentor das atribuições, nas hipóteses definidas na própria lei. Tal tipo de atuação ocorre, portanto, quando um ente federativo está substituindo o outro dentro de um mesmo objetivo, o que demonstra como a cooperação intergovernamental pode favorecer a eficiência. No caso, a finalidade se vincula à prestação da atividade administrativa para fins de exercício do poder de polícia diante de atividades realizadas (ou pretendidas) pelo particular que sejam potencialmente causadoras de dano ambiental.

Sua aplicação ocorre quando, por exemplo, um Município responsável pela expedição de licenciamento ambiental, obrigado a manter órgãos ambientais capacitados ou conselho de meio ambiente para a concessão de licenças não o faz por completa ausência de estrutura

¹²⁷ “[...] é razoável convocar o *princípio da proibição de retrocesso* no sentido de que as políticas ambientais são obrigadas a melhorar o nível de proteção já assegurado pelos vários complexos normativo-ambientais. Com isso, não se pretende estabelecer uma proibição geral do retrocesso, o que certamente enrijeceria o sistema jurídico-ambiental.” (LEITE; FERREIRA. In: FERREIRA; LEITE; BORATTI, 2010, p. 11)

¹²⁸ O art. 4º, §1º e art. 5º, Parágrafo Único da Resolução CONAMA nº 237 já orientava que a realização do licenciamento ambiental pelo órgão competente fosse precedida do exame técnico dos demais entes interessados.

técnico-administrativa. Adotando o viés de integração e como forma de suprimento desse tipo de lacuna administrativa quanto à atividade fiscalizatória, o Estado-membro pode atuar supletivamente, tomando frente à realização desse tipo de ato. De modo similar, isso também pode ocorrer na ausência eventual do Estado, o qual passa a ser substituído pela União.

O mesmo diploma legislativo prossegue autorizando outra forma de atuação chamada *subsidiária*, compreendida como a ação do ente da Federação que visa auxiliar no desempenho das atribuições decorrentes das competências comuns, quando solicitado pelo ente federativo originariamente detentor das atribuições definidas na Lei Complementar n. 140/11. Em síntese, é realizada quando um ente federativo (ou órgão a ele pertencente) solicita algum tipo de suporte a outro. Exemplo disso é quando um órgão ambiental estadual pede apoio técnico, científico, administrativo ou financeiro a um órgão ambiental federal. Aquele que detém a competência para o licenciamento é que deve solicitar o apoio (art. 16).

Outra novidade relevante introduzida por esta lei é a possibilidade de articulação intergovernamental mediante a instauração de três categorias distintas de comissões mistas de licenciamento (art. 4º, inc. III), integradas pela participação conjunta de entes federativos de diferentes níveis. São elas: a) a *Comissão Tripartite Nacional*, composta por representantes da União, dos Estados-membros e dos Municípios, cuja finalidade é definir conjuntamente novas tipologias para as licenças ambientais; b) as *Comissões Tripartites Estaduais*, em que cada Estado-membro possui sua própria representação, ao lado de representantes da União e especificamente dos Municípios integrantes desse mesmo Estado. Atuam na regulamentação de atos normativos que envolvam o licenciamento de obras e atividades potencialmente degradadoras interessadas aos Estados e Municípios; c) a *Comissão Bipartite*, com representação do Distrito Federal e da União. Tais comissões são constituídas como resposta à aplicação do princípio do federalismo cooperativo, agindo em reforço da eficiência nas operações de controle, fiscalização e normatização em matéria ambiental.

Mas a Lei Complementar nº 140/11 também orienta o uso de duas grandes ferramentas de cooperação intergovernamental baseadas em acordos mútuos firmados entres as unidades federativas: os consórcios públicos e os convênios, ambos previstos no art. 241 da Constituição.¹²⁹ Estes últimos são meros ajustes administrativos que visam a cooperação mútua

¹²⁹ Andreas J. Krell ressalta que, “[...] ao lado do art. 23, a norma constitucional mais significativa para a adoção do sistema do *federalismo cooperativo* no Brasil é o art. 241, CF [...]” (2008, p. 57). Por esta razão, a Lei Complementar nº 140/11 recepciona os consórcios e os convênios públicos em seu art. 4º, incs. I e II como instrumentos de cooperação institucional. Além disso, mecanismos viabilizadores de cooperação intermunicipal, conforme insiste Krell, aumentam a esfera de influência da democracia local, reforçando a autonomia dos Municípios no âmbito do pacto federativo. (2008, p. 126).

entre nossas unidades federativas ou, ainda, entre diferentes órgãos públicos, o que viabiliza a conexão de matérias comuns de responsabilidade dos entes de nossa Federação.

Resultado de ações integradas de planejamento envolvendo entes federativos distintos, em regra, de mesmo nível administrativo, os consórcios também funcionam dentro da lógica cooperativa no intuito de melhorar a qualidade da prestação de serviços e a otimização de recursos insuficientes, sobretudo em Administrações Públicas locais. (ARAÚJO; ABRANCHES, 2009, p. 70). O exemplo do “Consórcio Público Intermunicipal de Resíduos Sólidos”¹³⁰, cuja finalidade é atuar na gestão do lixo urbano com a implantação de Aterro Sanitário na região do Alto e Médio Carangola, no Estado de Minas Gerais, demonstra que este tipo de articulação pode ser extremamente indispensável, em tempos de déficit financeiro, para que leis como a Lei nº 12.305/10 não se esvaziem de eficácia.¹³¹

Particularmente, a Lei nº 12.305/10, ao instituir a Política Nacional de Resíduos Sólidos, é um tipo de norma extremamente dispendiosa. Dentre outras obrigações, traçou a meta de extinção dos lixões irregulares pelos governos locais (art. 54). Porém, o desafio em se cumprir com o que reza esse tipo de dispositivo legal se esbarra no problema da realidade fática vivenciada por inúmeros Municípios brasileiros vitimados pela baixa capacidade administrativa e financeira.

Dos 5.564 Municípios existentes no Federalismo brasileiro, parcela considerável sobrevive à base dos recursos repassados pelo FPM (estima-se 2874 Municípios) em virtude de sua insuficiente arrecadação tributária ou falência da máquina administrativa. (BRASIL, MINISTÉRIO DA FAZENDA, STN, 2014). O ônus gerado para que sejam cumpridas regras como as contidas nesse tipo de lei impede a elaboração de planos de ações isolados por entes economicamente deficitários por comprometer o equilíbrio de suas finanças públicas em relação a outras prioridades. O resultado acaba sendo a não efetividade desse tipo de norma.

Diante de tamanha limitação orçamentária não resta outra solução para amenizar esse tipo de problema além da elaboração de planejamentos estratégicos que operem pela lógica da cooperação mútua entre entes políticos, entidades ou órgãos subordinados à Administração

¹³⁰ O aludido consórcio público é o primeiro no Brasil que possui entre os consorciados municípios de estados diferentes. Integram o referido consórcio os seguintes municípios: Carangola, Divino, Faria Lemos, Fervedouro, Pedra Bonita, Pedra Dourada, Santa Margarida, Tombos (Minas Gerais) Natividade e Porciúncula (Rio de Janeiro) (BRASIL, SEDRU, 2011, p.1).

¹³¹ Conforme informações divulgadas pelo IBGE, em 2011, 3.295 (78,9%) dos Municípios declararam fazer parte de algum tipo de consórcio público, sendo que na maioria dos casos os consórcios foram criados para a gestão de políticas públicas regionais. Os consórcios articulados nas áreas destinadas à proteção ambiental e ao saneamento básico correspondem, respectivamente, a 24,3% e 14,7 % do total de articulações intermunicipais, os quais estão concentrados em maiores proporções “[...] nas Regiões Sudeste e Sul, em alguns estados da Região Nordeste, e nos Estados do Mato Grosso e do Mato Grosso do Sul, na Região Centro-oeste.” (BRASIL, Pesquisa de Informações Básicas Municipais, 2012).

Pública. Tal cooperação não soluciona, mas minimiza o problema da escassez econômica dos recursos.

Por isso, na expectativa de minimizar os custos à materialização das políticas de saneamento básico e de manejo dos resíduos sólidos é que a Lei nº 12.305/10, em reforço à Lei nº 11.445/07, também exemplifica a importância da adoção da cooperação interinstitucional. Ela recomenda a prestação regionalizada dos serviços de saneamento, incluindo a limpeza e o manejo do lixo urbano através de consórcios públicos ou outras formas de cooperação entre entes federados.¹³² É a forma de se garantir a eficiência e a economicidade para o cumprimento desse tipo de função administrativa.

Na articulação dos consórcios públicos seu orçamento é determinado pelo número de entes consorciados. As despesas fixadas serão rateadas entre os consorciados surgindo, então, uma estimativa de quanto cada um irá reservar para atender as demandas do consórcio. Por isso, é imprescindível a consonância entre os instrumentos de planejamento, ou seja, os Planos Plurianuais de todos os entes consorciados e “[...] o objetivo do próprio consórcio público no tocante aos investimentos e programas de duração continuada.” (GLÓRIA. In: PIRES; BARBOSA, 2008, p. 286).

Embora se admita uma série de entraves em nossa forma de Estado federado, que muitas vezes nos conduzem ao entendimento de estarmos vivendo num verdadeiro *Estado de Exceção permanente*, parafraseando Agamben (2004), é possível sustentar que eficiência, para ser de fato concretizada, está diretamente interligada aos pressupostos de nosso federalismo cooperativo por meio de ações de planejamento. Para tanto, é necessário que a Administração Pública redimensione o seu olhar sobre as competências materiais comuns, não as limitando a uma simples demarcação territorial de atribuições constitucionais aos entes federados.

Ao revés, deve se comprometer com a utilização de instrumentos de cooperação institucional entre os entes federativos ou mesmo entre órgãos de diferentes Administrações Públicas, nos moldes sugeridos por diplomas legais como a Lei Complementar nº 140/2011 e a

¹³²Essa cooperação entre os entes políticos é necessária e pode ocorrer tanto de forma vertical como horizontalizada. A cooperação verticalizada trata da relação entre entes políticos distintos, mediante a elaboração de planos que envolvem repasse financeiro da União e/ou Estados-Membros aos Municípios. É o que ocorre, por exemplo, com o repasse federal do FPM ou a transferência de recursos via convênios públicos. Contudo, esse planejamento vertical-cooperativo, além de não ser suficiente, é fator que propicia grande onerosidade aos cofres públicos federais. É, ao mesmo tempo, insuficiente para atender às demandas coletivas, o que gera insatisfação acerca da prestação dos serviços públicos destinados a concretização de direitos. Por outro lado, tem-se a possibilidade de uma cooperação horizontalizada, que comporta a possibilidade de articulação de ajustes entre entes políticos iguais ou entre órgãos da Administração Pública com interesses e necessidades convergentes em busca da economicidade e eficiência no cumprimento das metas internas de cada esfera Administrativa. Quando essa cooperação ocorre numa esfera intergovernamental assume a figura dos consórcios públicos, representando a adoção de integração no planejamento elaborado de forma horizontal, pois depende de negociações entre mais de uma autonomia política.

Lei nº 12.305/10, para que, mediante a junção de ações cooperadas, como a criação de consórcios e convênios, seja possível driblar o déficit orçamentário, favorecendo o ideal de boa governança.

4 PLANEJAMENTO E ELISÃO ORÇAMENTÁRIA: ONDE MORA O PERIGO?

4.1 A *autoridade* das leis orçamentárias: qual o espaço para a segurança jurídica?

Da promessa constitucional de autonomia dos entes federados exala uma gama de competências indispensáveis à realização das disposições sobre a gestão orçamentária do Estado (Capítulo II, Das Finanças Públicas, arts. 165 a 169 da CR/88). No que pese ao dever imposto pelas regras de nosso sistema constitucional financeiro quanto ao cumprimento do devido processo orçamentário, o afloramento de capacidades políticas, legislativas, administrativas e financeiras são peças-chave na ginástica necessária ao exercício do planejamento. Entre arranjos e desarranjos, os conflitos eclodem em relações intergovernamentais de alta tensão gerados em virtude da luta por parcela financeira de receita¹³³ que cada ente entender como justa e de direito em nome da lastimável *segurança jurídica orçamentária*.

Em pleno cenário de federalismo assimétrico abatido por problemas como guerras fiscais, a União se desponha como a grande privilegiada. De forma camuflada e com a conivência dos intitulados ‘representantes dos Estados da Federação’ (Senado Federal) usa de artimanhas como as contribuições especiais para tomar para si maior fatia da arrecadação em confronto direto com os interesses estaduais.

Outro fator de desproporcional protagonismo da União em nosso pacto federativo está justamente no sistema federal de planejamento e orçamentação. Pertence ao governo federal a responsabilidade pelo “[...] fluxo de descentralização dos recursos orçamentários e financeiros” (JUND, 2008, p. 125). Estes devem ser realizados por intermédio de uma programação anual, para que as ações planejadas possam, de maneira efetiva, serem realizadas pelos vários órgãos integrantes da estrutura administrativa do governo. O repasse de recursos de fundos especiais federais a entes locais (como o FPM, o FNDU e o FNDC) são exemplos dessa larga competência, além da transferência de recursos provenientes de impostos.

Quem patrocina a execução de tarefas locais e financia boa parte de planejamentos municipais, impondo, como condição, a observância de planos nacionais, certamente interfere nas capacidades de autogoverno e autoadministração dos entes beneficiados. À reboque da crença da descentralização política, esse tipo de raciocínio nos força concluir que o

¹³³ “É evidente que para atender a seus fins, o Estado federal, os estados-membros e os municípios devem ter recursos. Recolhe-os através dos tributos (previsão de fatos econômicos geradores de movimentação ou produção de riqueza importante para a incidência de uma alíquota, que resulte um montante a pagar).” (OLIVEIRA, 2011, p. 29)

Federalismo brasileiro não passa de um grande simulacro ao se investigar o mérito das autonomias.

Apesar do ceticismo que nos atormenta quando refletimos que nem o *status* de cláusula pétrea (art. 60, § 4º, inc. I, da CR/88) supera o peso da falácia contida na frase '*equilíbrio da forma federativa de Estado*', a pouca fé que nos resta torna-se um amuleto para a crença na estabilidade da federação como modo de sobrevivência de cada unidade política. No entanto, em meio ao flagelo de nosso Federalismo, cuja adoção da intergovernabilidade¹³⁴ não nos parece mais opção, mas uma necessidade, isso serve de indicativo de que a proposta de configuração federativa não tem correspondido à força normativa esperada pelo texto da Constituição.

Como funcionalmente os termos do pacto federativo já não mais aparentam respeitar as autonomias reservadas para os seus demais componentes, ora por fazer latente o centralismo de poder, ora pela resignificação pejorativa do princípio da subsidiariedade – com a iconização financeira da União, concedendo-lhe posição de superioridade à custa dos demais entes federados –, urge a necessidade de reformas em nossa Federação. Seja na trilha da redistribuição de competências, em especial a revisão das fatias tributárias, seja na institucionalização constitucional de cooperações interinstitucionais para fortalecer a possibilidade de arranjos entre os entes políticos.

Nesse diapasão, não há como desvincular do Estado sua finalidade de suprimento das necessidades públicas. E esse 'Estado' deve ser assimilado como toda a abrangência das pessoas jurídicas de direito público que compõem o pacto. Sua competência é criar meios que possibilitem a concretização de direitos e garantias fundamentais a toda sociedade. Através das arrecadações, ou seja, das receitas auferidas, a aplicação adequada desses recursos, respaldada no devido planejamento, possibilita que o interesse público seja alcançado.

A necessidade de planejamento estatal foi reforçada com a edição do Decreto-lei nº 200/67, dispondo que as atividades da Administração Pública Federal obedecessem a determinados preceitos basilares, dentre os quais se destaca o princípio fundamental do planejamento (art. 6º, in. I). O mesmo diploma legislativo explicita que a ação governamental

¹³⁴ Nesse sentido, cabe ressaltar as considerações de Puccinelli Júnior e Arakaki, segundo os quais essa mesma intergovernabilidade é diagnosticada como resultado lógico do próprio pacto federativo: "Para além das atribuições reservadas ou exclusivas já radiografadas, há domínios onde se observa a tangência de propósitos compartilhados por mais de um ente político, sem que se possa aí diagnosticar eventual invasão ou superposição de competências. E é precisamente aqui, onde a concomitância de interesses das três esferas de governo é marcante, que repousa grande parte dos problemas atinentes à aplicabilidade do pacto federativo, cuja resolução guia-se pelo critério da cooperação visto que nenhum dos entes federados pode atuar isoladamente, estando todos unidos por um indestrutível vínculo de solidariedade que os impele a exercer sua competência de forma sempre conjunta." (PUCCINELLI JÚNIOR; ARAKAKI, 2013, p.93)

se sujeita ao planejamento, que tem por objetivo promover o desenvolvimento econômico-social do país e a segurança nacional, norteando-se segundo planos e programas. Ainda completa que o ato de planejar¹³⁵ compreende a elaboração e a atualização de instrumentos básicos como o plano geral de governo, programas gerais, setoriais e regionais, de duração plurianual, o orçamento-programa anual e a programação financeira de desembolso. (BRASIL, 1967)

Esse planejamento ganha materialidade através de instrumentos orçamentários coordenados especificamente por cada ente federado, geridos sob a responsabilidade de suas Administrações Públicas. Um desses instrumentos é o Plano Plurianual, previsto nos arts. 165 e 166 da CR/88. Atua como uma forma de integração entre planos de governo e orçamento público. Isso demonstra a íntima relação entre planejamento e orçamentação, pois as finanças públicas é que determinarão a possibilidade de ação do governo na elaboração e execução de suas metas.

Para a devida composição e montagem do plano estratégico da gestão o orçamento é indispensável, pois permite focalizar e identificar, no âmbito do exercício fiscal, as mais importantes ações. O orçamento programa as decisões do plano estratégico, seja no controle gerencial na iniciativa privada ou na gestão pública.¹³⁶

Mesmo que haja a presença do poder discricionário na eleição de prioridades públicas quanto aos gastos orçamentários é certo que a margem da discricionariedade empregada ao orçamento é contornada por limites legais. Estes limites são necessários para que não se legitime arbitrariedades, tampouco ataque à segurança jurídica.

No Estado de Direito a segurança jurídica tem condão de princípio-garantia do sistema constitucional orçamentário, cujo papel é preservar a previsibilidade da concretização de direitos e liberdades fundamentais. E também de proteger a confiança legítima de que os atos do Poder Público sejam emanados por autoridade competente (sejam eles políticos, administrativos, jurisdicionais ou legislativos).

¹³⁵ Nesse propósito, destaca Fábio Frezatti que “planejar é quase uma necessidade intrínseca, como o é alimentar-se para o ser humano. Não se alimentar significa enfraquecimento e o mesmo ocorre com a organização, caso o planejamento não afete o seu dia a dia dentro do seu horizonte mais de longo prazo.” (FREZATTI, 2009, p. 14.)

¹³⁶ De acordo com os preceitos da teoria geral da Administração, “[...] o orçamento é o plano financeiro para implementar a estratégia da empresa para determinado exercício. É mais do que uma simples estimativa, pois deve estar baseado no compromisso dos gestores em termos de metas a serem alcançadas. Contém as prioridades e a direção da entidade para um período e proporciona condições de avaliação do desempenho da entidade, suas áreas internas e externas. Em termos gerais, é considerado um dos pilares da gestão e uma das ferramentas fundamentais para que o *accountability*, a obrigação dos gestores de prestar contas de suas atividades, possa ser encontrado.” (FREZATTI, 2009, p. 46).

Em tese, o primado da segurança jurídica deve estar presente em todos os atos que acompanham o trâmite das finanças públicas. A começar pela fase preliminar, o que inclui a tributação e a arrecadação dos recursos, até a definição do orçamento por meio de processo legislativo, chegando à sua execução e cumprimento dos planos e projetos almejados.

A análise da segurança jurídica voltada ao binômio ‘tributação/direitos fundamentais’ destaca a preeminência de outro princípio que a ela se amarra: o da proibição de retrocesso social. Nos termos deste último princípio, garantias e princípios não podem ser revogados ou derogados. Inclusive normas protetivas de direitos fundamentais incorporadas ao catálogo de direitos já positivados quando decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição ou do regime e princípios contemplados nos Tratados Internacionais dentre os quais o Brasil seja signatário. Assim sendo, é dever do legislador desempenhar uma atuação legiferante positiva no sentido de ampliar progressivamente os níveis de concretização de direitos fundamentais sociais, vinculando-se sempre a condições físicas, jurídicas e orçamentárias, garantindo, dessa forma, a proteção do não retrocesso social (DERBLI, 2007, p. 202).¹³⁷

Por tal feita, a insuficiência de recursos orçamentários decorrentes de escassa arrecadação tributária não serve como mote justificador de ausência de cobertura dos direitos fundamentais, pois suprimiria a garantia de proibição de retrocesso. É aí que aparece a fenda deste princípio. Por um lado sua exegese enfraqueceria a interpretação da cláusula da reserva do possível que, até então, tem servido como álabe justificador dos limites da atuação prestacional do Estado. Mas por outro sua aplicação se revela apática à realidade orçamentária como fator concreto à definição de prioridades do orçamento. À luz dessa divergência, é inegável que o planejamento mais uma vez se desponta como necessário ao resguardo da segurança jurídica por permitir a eleição de critérios positivadores às escolhas trágicas diante do paradoxo demandas *versus* recursos.

Mas afinal, no âmbito da gestão pública, em que medida é possível crer na efetividade da segurança jurídica em face do cumprimento de leis orçamentárias?

Antes de tudo, trazendo à tona as lições de Torres, esse princípio é desdobrado em duas acepções: formal e material. No primeiro caso, “[...] a segurança jurídica formal reconduz-se

¹³⁷ “[...] o princípio em questão veda ao legislador subtrair da norma constitucional definidora de direitos sociais o grau de concretização já alcançado, prejudicando a sua exequibilidade. Vale dizer, haverá retrocesso social quando o legislador, comissiva e arbitrariamente, retornar a um estado correlato a uma primitiva omissão inconstitucional ou reduzir o grau de concretização de uma norma definidora de direito social; onde não houver imposição legiferante – e, portanto, for mais fluida a delimitação das raias da liberdade de conformação do legislador (o que ocorre no caso das normas constitucionais programáticas), não se poderá falar propriamente em proibição de retrocesso social.” (DERBLI, 2007, p. 240).

aos elementos estruturais do Estado de Direito (tripartição dos poderes, certeza da legalidade, irretroatividade etc.).” (TORRES, 2011, p. 128). Por outro lado, também se firma a ideia de que o Estado de Direito é baseado na máxima da segurança jurídica material. Sua função é garantir a certeza jurídica pelo cumprimento dos dogmas do ordenamento jurídico, a estabilidade sistêmica e a confiança legítima, tanto para proteger a previsibilidade da legalidade quanto para garantir a efetivação dos direitos fundamentais. Ela ainda incide sobre a auto-aplicabilidade dos preceitos constitucionais, a exemplo do disposto no art. 5º, § 2º, da CR/88.

Ainda segundo o autor, a presença desse arcabouço normativo diluído na Constituição de 1988 confirma a intenção de constitucionalização da segurança jurídica (TORRES, 2011, p. 147-148). Essa observação reforça o dever do orçamento público servir de ferramenta à realização de preceitos contidos na própria Constituição, como os direitos fundamentais, já que as leis orçamentárias são “[...] instrumento técnico-financeiro de controle para efetivação de políticas públicas”. (FEIJÓ, 2013, p.56). Ou seja, a segurança jurídica se concretiza diante do compromisso de efetividade das próprias normas assumidas na Constituição de 1988, o que é possível somente se houver o financiamento dos direitos lá prescritos. A formalidade contida na peça orçamentária também integra o conteúdo constitucional evocado pela segurança jurídica. Para Leite (2011), por ser traçada por lei a forma como serão realizados os gastos públicos, após complexo processo legislativo, fruto de divergências que antecedem as decisões do direito que será aprovado, essa conjuntura procedimentalista e democrática sugere, no mínimo, autênticos elementos de autoridade à legislação orçamentária.¹³⁸

É certo que a obediência à segurança jurídica atinge a dimensão da previsibilidade de gastos públicos disponíveis. E quando se pensa em ‘previsão’ não se está diante de nenhum tipo de certeza ou verdade absoluta. A racionalidade presente nesse tipo de argumento gera consequências controvertidas: ora ‘sedutoras’, ora ‘perigosas’ e ora ‘necessárias’.

Antes de tudo, as consequências podem ser consideradas ‘sedutoras’ por romper com a cegueira do império da lei (no caso, orçamentária), desvencilhando da perspectiva positivista-legalista de segurança jurídica como ideal absoluto confundido com a própria ideia de justiça.

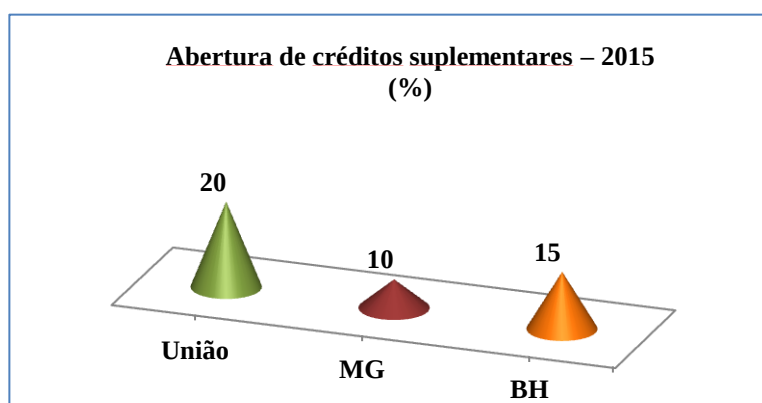
¹³⁸ “A unidade é fruto da divergência. O Legislativo incorpora discordância no seu procedimento e toma decisões nesse meio de pluralidade. Os legisladores fazem o direito com base nas visões dos partidos e nos votos dos seus membros. E esse fato estrutural é importante para a teoria do Direito e significativo para a autoridade da lei. [...] É inegável o valor da formalidade, presente na elaboração de uma lei, como elemento de sua autoridade. O complexo de estruturas e hierarquias, fidelidade partidária, convencimento de bancadas, associações, conversas de corredores, requerimento constitucional que o projeto de lei seja aprovado pelo Congresso, quórum para deliberações, enfim, essas ações parlamentares reportam-se ao patamar de autoridade que a legislação exerce no seio da comunidade. Não se traduzem, assim, em um artifício ou mero procedimento sem importância, mas funcionam como diferencial autorizativo.” (LEITE, 2011, p. 122-123).

Por outro lado, as consequências também são bastante ‘perigosas’, por depender da eticidade e do bom senso do administrador público no gozo da ação discricionária em face de estratégias orçamentárias. Isso significa que, embora motivado por fatos supervenientes e amparado em seu poder discricionário, o administrador público pode optar pelo emprego de recursos de alteração da programação orçamentária. Mas essa possibilidade facultada ao gestor, intérprete das necessidades públicas, tem um lado temeroso.

O problema reside na insuficiência de limites constitucionais impostos, por exemplo, para a margem que cada Administração Pública pode prever na LOA para a abertura de créditos adicionais suplementares. Só resta a óbvia orientação da Lei nº 4.320/64, que assim prescreve em seu art. 43: “A abertura dos créditos suplementares e especiais depende da existência de recursos disponíveis para ocorrer a despesa e será precedida de exposição da justificativa.” (BRASIL, 1964). E é com amparo nessa vaga regra que percorre o fluxo entre a discricionariedade e a razoabilidade à fixação do limite que cada LOA autorizará para essa espécie de alteração orçamentária.

Em termos de nosso Federalismo, esses percentuais nos parecem bastante discrepantes em comparativo entre LOA’s editadas por diferentes níveis federativos, vigentes em mesmo ano. É o caso do art. 4º da Lei nº 13.115/15 que autorizou a União abrir créditos suplementares, em cada subtítulo, até o limite de 20% do respectivo valor constado em suas despesas. Em Minas Gerais essa margem caiu pela metade, pois o art. 8º, da Lei nº 21.695/15 prescreveu autorização ao Poder Executivo à abertura de créditos suplementares ao seu orçamento até o limite de 10% da despesa prevista. A Lei nº 10.789/14, ao estimar a receita e fixar a despesa de Belo Horizonte, também no exercício financeiro de 2015, determinou, em seu art. 4º, o limite de 15% do valor total do orçamento. Assim vejamos:

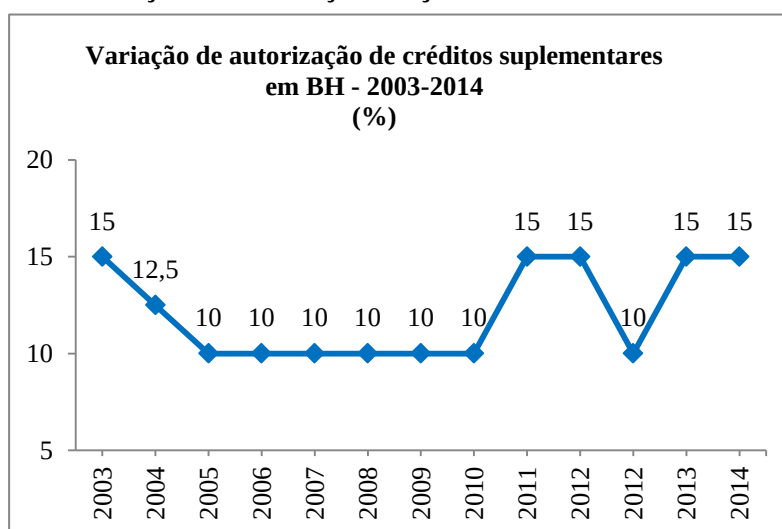
Gráfico 2 – Variação de autorização de alocações orçamentárias entre entes federativos



Fonte: NUJUP, 2015.

É certo que esse comparativo não pode desprezar o fato de que esses entes federados estão inseridos em parâmetros econômicos, proporções territoriais e capacidades financeiras bastante díspares, cuja tônica se intensifica ainda mais pela má repartição tributária resultante da assimetria do Federalismo brasileiro e por questões inflacionárias.¹³⁹ Mas mesmo quando nos deparamos com a análise de um único ente, como é o caso do Município ora citado, a autorização legal de limites ao uso dessa estratégia orçamentária é uma variável discricionária ao longo dos anos, cuja racionalidade é de difícil compreensão. Entre 2003 a 2014, Belo Horizonte oscilou seu limite percentual de autorização de abertura de créditos suplementares sobre o total do orçamento na seguinte ordem¹⁴⁰:

Gráfico 3 – Oscilação das alocações orçamentárias em Belo Horizonte/MG



Fonte: PORTAL PMBH, 2015.

À medida que se atinge o limite dessas alocações orçamentárias há diretamente afetação no nível de comprometimento da proposta preliminarmente estabelecida como meta inicial de

¹³⁹ No quadro de normalidade é comum e previsível o gestor lidar com a sazonalidade entre receitas e despesas públicas no decorrer da execução orçamentária. No início de cada ano a programação orçamentária, nos Municípios, já conta como certa a entrada de grande fluxo de receita que advém do recolhimento de IPTU. Entretanto, no final do mesmo exercício fiscal as despesas tornam-se maiores em face do pagamento de décimo terceiro acrescido à folha dos servidores da rede pública. Não obstante, essa certa previsibilidade destaca a importância do planejamento no controle razoável de gastos públicos para que se mantenha a estabilidade financeira do ente federativo, situação impossível diante da instabilidade econômica provocada pelo fenômeno do descontrole inflacionário. Por este raciocínio, a recessão econômica acirrada em 2015, revelada pelos altos índices inflacionários atingidos (com topos de até 9,5%, a exemplo do comparativo entre o mês de setembro deste mesmo ano com o período equivalente do ano anterior, segundo dados do IPCA) é fator desestabilizador do equilíbrio das contas públicas. (BRASIL, IPCA, 2015). O motivo é que decaiu o volume de arrecadação pelo desaceleramento da economia graças à queda de investimentos, à diminuição do consumo e ao consequente declínio na tributação, mantendo, em contrapartida, o montante de despesas fixadas. O resultado é uma avalanche de déficits orçamentários nos cofres públicos de centenas de Municípios brasileiros, alarmando autênticos estados de contingências das finanças públicas.

¹⁴⁰ Análise apurada das seguintes leis municipais belo-horizontinas: Lei n. 8.469/02, Lei nº 8.723/03, Lei nº 9.009/04, Lei nº 9.130/05, Lei nº 9.301/06, Lei nº 9.485/07, Lei nº 9.668/08, Lei nº 9.802/09, Lei nº 10.061/10, Lei nº 10.369/11, Lei nº 10.582/12 e Lei nº 10.691/13.

planejamento. Paira a incerteza, o que novamente se arranha com a ideia da segurança jurídica orçamentária.

Há, contudo, indicativos de um paradoxo quando a exceção toma o lugar da regra. A brecha concebida para a criação de constantes emendas orçamentárias, embora só aconteçam quando autorizadas por lei específica, são, ao mesmo tempo, forma de driblar a própria legislação, bem como as vedações constitucionais, ao ponto de se constituir uma legalidade viciosa. Não é em vão que, ao se perceber tudo isso, prosperou recente reforma constitucional na tentativa de se atenuar esses excessos. Foi assim que sucedeu a promulgação pelo Congresso Nacional da EC nº 86, instituindo o *orçamento impositivo*.

A tramitação dessa Emenda Constitucional teve seu início desde o ano 2000, momento em que foi apresentada pelo então senador Antônio Carlos Magalhães, determinando-se a alteração dos arts. 165 e 166 da CR/88. O grande foco da EC nº 86/2015 consiste na alteração das disposições constitucionais pertinentes às finanças públicas, com impacto direto nas ações de planejamento, uma vez que propõe tornar de execução obrigatória a programação constante da LOA. Com isso, estabelece um freio às constantes reedições orçamentárias de iniciativa do Executivo, pautadas no uso exacerbado de técnicas de alocação ou realocação de recursos, preservando, paralelamente, as propostas de orçamento sugeridas pelo Congresso Nacional. Isso pode ser visto, *a priori*, como uma nova tradução do exercício do *checks and balances*. Mas também levanta dúvidas se o novo comando constitucional não se revela estranho ao modelo de separação de poderes já que a expansão de prerrogativas conferidas ao Legislativo pode cercear a discricionariedade do Executivo em se vincular à execução orçamentária objeto de emenda parlamentar.

Entre o texto original e as alterações sugeridas nas duas Casas, o resultado obtido com a EC nº 86/2015 foi objeto de extenso debate pelo Constituinte Reformador, o que demandou amplas discussões ao longo da tramitação de grandes PEC's:

PEC 22/2000 – Trata-se do projeto original, dispondo da seguinte ementa: “Altera os arts. 57, 165, 166, e acrescenta art. 165-A, todos da Constituição Federal, tornando de execução obrigatória a programação constante da lei orçamentária anual.” No que se refere à inserção do art. 165-A no Texto Constitucional, seu conteúdo sugere a vinculação de cumprimento da integralidade da programação orçamentária decorrente do planejamento e especificada na Lei do Orçamento Anual, com a ressalva para o caso de solicitação feita pelo Chefe do Executivo Federal e aprovada pelo Congresso Nacional para cancelamento ou contingenciamento de dotação orçamentária. (BRASIL, SENADO FEDERAL, 2013).

PEC 22A/2000 – Como substitutivo da Câmara dos Deputados, tal PEC "Altera os arts. 165 e 166 da Constituição Federal e acrescenta os arts. 35-A e 35-B ao ADCT, tornando obrigatória a execução da programação orçamentária que especifica". (BRASIL, SENADO FEDERAL, 2013). A partir de tais alterações constitucionais a aludida PEC impõe a obrigatoriedade da execução apenas de emendas parlamentares ao orçamento da União, e não da integralidade da programação orçamentária sugerida pela iniciativa do Poder Executivo Federal conforme proposta pela PEC 22/2000. A proposta aprovada torna obrigatória a execução de emendas parlamentares ao Orçamento da União e cria um percentual de financiamento estável para a saúde pública por parte do Executivo. Até então, era o governo federal quem decidia quando e quanto liberar das emendas parlamentares, o que sempre causou denúncias de "troca de favores" entre governo e aliados. De acordo com o texto da PEC, tornaria obrigatória a execução das emendas de deputados e senadores até o limite de 1,2% da Receita Corrente Líquida (RCL) da União no exercício anterior. Outro incremento aos recursos para a saúde incluído durante a tramitação no Senado foi a previsão de que a União destine 15% da RCL para a área. Antes dessa proposta, somente os Estados e Municípios é que teriam percentuais definidos pela lei que regulamentou a EC nº 29 (12% e 15%, respectivamente). De acordo com o texto aprovado, os 15% da RCL destinados à saúde pública deveriam ser atingidos gradualmente após cinco anos. O percentual mínimo obrigatório será de 13,2% em 2014; 13,7% em 2015; 14,1% em 2016; 14,5% em 2017 e 15% em 2018. Para o alcance dos 15% serão computados os recursos das emendas parlamentares e dos royalties do petróleo. Os senadores também vincularam o rol de impedimentos técnicos à execução das emendas parlamentares ao art. 166 da Constituição Federal, e não mais ao art. 35 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). O texto aprovado, o substitutivo apresentado pelo relator Eduardo Braga (PMDB-AM) na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) não alterou as regras para outros tipos de emenda.

PEC 565/2006 – resultante da revisão da PEC 22A/2000.

PEC 353/2013 – O novo texto da PEC 22-A/2000, anteriormente alterada pela PEC 565/2006, foi renumerado pela Câmara dos Deputados como PEC 353/2013. Em 27/08/13 a matéria retornou ao Senado Federal que, por meio da expedição do Ofício n. 2392/13 enviado à Mesa da Diretoria da Câmara dos Deputados em 13/11/13, submeteu novamente a esta última casa a apreciação do projeto, culminando na promulgação, em 17 de março de 2015, da EC nº 86, aderindo a toda essa matéria.

Existem 04 tipos de emendas que podem ser realizadas no orçamento da União: i) *individuais* - de autoria pertencente a cada senador ou deputado; ii) *de bancada* - são emendas

coletivas, de autoria das bancadas estaduais ou regionais; *iii) de comissão* - apresentadas pelas comissões técnicas da Câmara e do Senado; *iv) da relatoria* - propostas pelas Mesas das duas Casas. (BRASIL, SENADO FEDERAL, 2013). Nesse aspecto, qual tipo de emenda orçamentária se vincula ao orçamento impositivo?

O art. 166, § 9º, acrescido pela EC nº 86/2015, assume a seguinte redação:

Art. 166 – [...]

§ 9º - As emendas individuais ao projeto de lei orçamentária serão aprovadas no limite de 1,2% (um inteiro e dois décimos por cento) da receita corrente líquida prevista no projeto encaminhado pelo Poder Executivo, sendo que a metade deste percentual será destinada a ações e serviços públicos de saúde. (BRASIL, 2015).

Ao que tudo indica, há efeitos transversos aos objetivos pioneiros perseguidos pelo projeto original sugerido para a aludida Emenda, pois desde as alterações constitucionais sugeridas pela PEC 22A/2000 impôs-se a obrigatoriedade da execução apenas de emendas parlamentares ao orçamento da União (PEC do orçamento impositivo). Vetou-se a proposta inicial de integridade da programação orçamentária sugerida pela iniciativa do Poder Executivo Federal conforme anteriormente exposto na redação da PEC 22/2000. Lado outro, isso poderia estagnar o orçamento, perdendo todo o dinamismo presente em sua programação, além de engessar o planejamento a ele articulado, desmerecendo o risco de entropias que exigem novos manejos.

Se a missão depositada na EC nº 86/2015 seria o combate da ‘troca de favores’, resguardando princípios como a moralidade e a impessoalidade na gestão orçamentária, o texto final conferido ao § 9º do art. 166 da Constituição deixou claro que o orçamento impositivo recai apenas sobre emendas individuais. Vale lembrar que a EC nº 86/2015 não é capaz de compelir a tensa relação constituída pelos poderes em torno do planejamento público, pois esta começa quando o Executivo constrói a maioria política em negociatas com o orçamento, dando vez a um autêntico jogo de poder. Por sua vez, os parlamentares são mantidos aos olhos do eleitor não na condição de autênticos membros do Legislativo no exercício contínuo de suas funções fiscalizatória e legislativa.

Por força da imposição de emendas orçamentárias de sua autoria, que agora assumem a forma de *orçamento impositivo*, o Congresso Nacional torna-se referência à realização de grandes obras-públicas ou assume práticas anômalas para-institucionais de ações sociais aos cidadãos eleitores mais necessitados (v.g. o traslado de pacientes encaminhados para os hospitais das capitais; o pagamento de tratamentos médicos onerosos, etc). Sendo assim, o

Legislativo pode se render, com mais facilidade, à antiquada lógica assistencialista herdada do modelo de Estado Social, deturpando o propósito de suas funções.

Em contrapartida, para essa cota orçamentária (emendas parlamentares) esse pano de fundo político contextualizado por força da EC nº 86/2015 garante seu fidedigno cumprimento, ficando de lado o argumento da escassez. Isso permite que, ao menos parcialmente, a *segurança jurídica orçamentária* seja interpretada como certeza de que o direito existe e que deve ser cumprido, embora não seja em sua integralidade, nem contemple amplos destinatários além daqueles envolvidos na jogatina política.

Por fim, vislumbramos uma terceira grande consequência (diga-se, necessária) em se afirmar que a promessa de previsibilidade, comum à segurança jurídica, em matéria orçamentária não pode ser lida como verdade absoluta ou certeza. Trata-se do rompimento da perspectiva cartesiana e estática de que método orçamentário seja uma verdade inquestionável e o planejamento pensado como objeto da razão pura, cuja compreensão caminha rumo a um destino certo.

Ora, o “Portal do Orçamento Público”, iniciativa da Câmara dos Deputados, a fim de dar publicidade a documentos digitais relacionados à atividade legislativa, sobretudo em matéria de fiscalização orçamentária, elucida em seu glossário que o planejamento se refere a: “[...] metodologia de administração que consiste em determinar os objetivos a alcançar e as ações a serem realizadas, compatibilizando-as com os meios disponíveis para sua execução.” (BRASIL. Portal do Orçamento Público, 2015). Conforme exposto pelo próprio *Website* governamental, o planejamento estatal é identificado como um método, que através do aparato financeiro visa atender às necessidades públicas, criar programas ou projetos para supri-las e ao final avaliar se as metas foram alcançadas.

Partidando do olhar fenomenológico de Heidegger (2005), o homem é um ‘ser-jogado’, pois antes de nascer nunca fomos questionados sobre nosso interesse em participar deste mundo. Essa representação simboliza a ideia de que nossa existência precede a própria racionalidade humana. Esse ‘ser-jogado’ que cada um de nós somos é lançado, desde o começo da vida, em uma série de contextos (familiares, sociais, históricos, geográficos) que determinarão sua compreensão intrincada a pré-compreensões que esse ser no mundo terá aderido. Se esses mesmos contextos são variáveis, assim como as influências formadoras das pré-compreensões humanas, esse ‘ser-jogado’ não revela uma essência fixa, pois se trata de um projeto em andamento que lhe confere possibilidades, ou seja, o homem é um poder-ser. Sua única certeza é sua própria *ek-sistere*. Esse termo exprime a noção de ‘existência’,

correspondendo à capacidade que o ente possui de questionamento pelo sentido do ser.¹⁴¹ A existência é, portanto, o modo de ser do *Dasein*. Em simples palavras, este pode ser simplificado como o próprio homem que, em sua existência é o único capaz de refletir sobre o próprio ser (é o ‘ser-aí’).¹⁴²

Se por este viés a existência destitui o trono da certeza, podemos interpretar que a crítica ontológica heideggeriana analisa a gramática de palavras como “planejar”, “projetar” e “compreender” sob a premissa de que expressem amplas possibilidades.¹⁴³ Há uma tendência de se pensar que a vocalização desses verbos desvele sentidos unívocos e determinados, construídos com base em métodos que confiam na técnica como caminho único a se seguir à procura de resultados, o que seria retrógrado conceber em termos de planejamento público. Essa postura de Heidegger é sustentada no fato de que sua filosofia é mantida na perspectiva do ser do homem como “poder-ser”, lógica estendida à compreensão de todos os atos os quais o *Dasein* participa. Pensando assim, o planejamento só pode ser considerado verdade como possibilidade, e não como certeza, pois nele não há margem para o absoluto.¹⁴⁴

Com efeito, a compreensão corrompida de planejamento na tradição de verdade como certeza é uma visão que destoa, portanto, do pensamento de Heidegger, que logo indaga: “Por que a compreensão, em todas as dimensões essenciais do que nela se pode abrir, sempre conduz às possibilidades? Porque, em si mesma, a compreensão possui a estrutura existencial que chamamos de projeto.” (2005, p. 200). Sua ideia de projeto ultrapassa qualquer plano formal e previamente concebido, preso a métodos que só funcionam quando se busca a confirmação de

¹⁴¹Heidegger ainda esclarece em “*Ser e Tempo*” que a essência do ente está em ter de ser, essa sua capacidade de transformação. Segundo declara, a existência a qual se refere não tem o significado ontológico do termo no sentido tradicional a que estamos habituados: “A quiddidade (essentia) deste ente, na medida em que se possa falar dela, há de ser concebida a partir de seu ser (existência). [...] Para a ontologia tradicional, *existentia* designa o mesmo que ser *simplesmente dado*, modo de ser que não pertence à essência do ente dotado do caráter de pré-sença. Evita-se uma confusão usando-se a expressão interpretativa *ser simplesmente dado* para designar existência como determinação ontológica exclusiva da pré-sença. A “essência” da pré-sença está em sua existência.” (HEIDEGGER, 2005, p.77).

¹⁴² “O homem existe porque está referido a si mesmo como uma possibilidade permanente de “vir-a-ser”. Sendo a essência do homem esse não ter essência, ou uma essência de sempre poder ser, Heidegger designa o homem de “ser-aí”, cuja expressão em alemão é *Dasein*, que significa “existência”!” (CRUZ, 2011, p. 124).

¹⁴³ “Compreender é o ser essencial do próprio poder-ser da pré-sença de tal maneira que, em si mesmo, esse ser abre e mostra a quantas anda seu próprio ser. Trata-se de aprender ainda mais precisamente a estrutura desse existencial. Como abertura a compreensão sempre alcança toda a constituição fundamental do ser-no-mundo. Como poder-ser, o ser-em é sempre um poder-ser-no-mundo. Este não apenas se abre como mundo, no sentido de possível significância, mas a liberação de tudo que é intramundano libera esse ente para suas possibilidades.” (HEIDEGGER, 2005, p. 200).

¹⁴⁴ Isso fica evidenciado diante de situações que nem sempre podem ser projetadas pelo planejamento, muitas vezes resultante de fenômenos naturais, como calamidades públicas, ou efeitos inesperados do mercado em resposta de crises econômicas supervenientes. Estas variáveis podem destoar entre a receita estimada e aquela efetivamente arrecadada, servindo de entropias prejudiciais a resultados exitosos esperados pelo administrador público.

um resultado certo – perspectiva muito aquém daquela que se deve esperar do planejamento estatal. O ato de projetar significa muito mais um espaço de articulação de possibilidades.¹⁴⁵

No intuito de esclarecer a perspectiva heideggeriana Cruz reforça que: “A compreensão é um “deixar acontecer” na qual o homem participa, mas não domina; um processo no qual o homem se propõe estar junto, mas que não tiraniza pela ideia da técnica.” (2011, p. 129). O método tenta impor nossa compreensão como algo instrumentalizável e que se molda pela mente do próprio homem. Da mesma forma, a eficácia do método só é válida quando já existe *a priori* uma resposta, sendo sua aplicação um artifício para simplesmente confirmá-la.

Diante do planejamento público é óbvio que essa mesma resposta não pode ser confinada a metas e objetivos estáticos constados desde o PPA. Há uma série de entropias que impedem essa previsibilidade, o que derruba qualquer ilusão de exatidão, mesmo em se tratando da contabilidade pública. Embora exijam uma exímia cautela, as receitas públicas devem ser planejadas, valendo-se da criação de estratégias, metas, objetivos e previsões quanto à sua captação. Porém, o descompasso começa pelo contrassenso entre receita estimada *versus* despesa fixada. Se até os valores ‘*fixados*’, cuja expressão aparenta a noção de certeza e determinação, podem sofrer alterações na execução orçamentária, o que dizer da imprecisão entre o ‘*estimado*’ e o efetivamente ‘*arrecadado*’ em termos de receita pública. Por isso, a compreensão do planejamento público, a partir da arrecadação orçamentária, precisa ser interpretada como uma possibilidade.¹⁴⁶ Nesse intuito, vale considerar as ponderações de Cruz:

Perceber os limites da compreensão, por sua vez, não impede que o Dasein seja incapaz de ordenar, de legislar, de classificar e de planejar, pois a compreensão do Dasein é capaz de aprender com o passado e, portanto, pode tentar evitar que esse ou aquele problema não ocorra. O homem aprende com seus erros e tentar evitar que os mesmos se repitam. Perceber que o planejamento nunca obterá resultados absolutos

¹⁴⁵“O projeto é a constituição ontológico-existencial do espaço de articulação do poder-ser de fato. O projetar-se nada tem a ver com um possível relacionamento frente a um plano previamente concebido, segundo o qual a pre-sença instalaria o seu ser. Ao contrário, como pre-sença, ela já sempre se projetou e só é na medida em que se projeta. Na medida em que é, a pre-sença já se compreendeu e sempre se compreenderá a partir de possibilidades. O caráter projetivo da compreensão diz, ademais, que a perspectiva em função da qual se projeta apreende as possibilidades mesmo que não o faça tematicamente.” (HEIDEGGER, 2005, p. 201).

¹⁴⁶Em diferente modo, não é essa a visão assumida pela tradição erigida em torno do planejamento, conforme salienta Cruz. O apego ao método, segundo o autor, ainda tem reconhecido a compreensão como simples fruto da razão pura: “Tudo que se pretende exato, metódico somente se legitima naquilo em que o *Dasein* quer repetir e confirmar o que já sabe. O controle pela técnica não fica obstado quando se sabe de antemão qual resultado se deseja. Não se pode esquecer que tanto o setor público quanto o privado planejam suas ações... A compreensão é sempre limitada, sempre modulada, sempre nublada por aquilo que se deixou de ver. Compreender é perceber que a razão nunca será absoluta, porque se assim o fosse deixaria de ser sempre uma possibilidade: o *Dasein*, então, deixaria de ser *Dasein*! Se tal não se dá, será óbvio que efeitos imprevistos sempre ocorrerão. A luz que ilumina sempre traz consigo a sombra; a visão (*Sicht*) do *Dasein* nunca será absoluta, pois sempre traz consigo um ponto cego. O planejamento estatal não é problemático porque a economia de mercado é superior, mas porque seu pressuposto é o do domínio de uma técnica, de um método, na qual a compreensão é fruto de uma “razão pura”.” (CRUZ, 2011, p. 131).

humaniza seu emprego, pois qualquer compreensão humana será sempre falível ou, então, não será humana! (CRUZ, 2011, p. 132).

Superada qualquer percepção equivocada de imutabilidade do planejamento e ao nos debruçarmos no significado dessa flexibilidade conferida à execução orçamentária é preciso descortinar os riscos que essa desvinculação pode oferecer em termos de má gestão e de abalo à autoridade das leis orçamentárias. Tudo começa quando o gestor público tem em mãos o aparato legal-constitucional que o exonera, mesmo que em face da excepcionalidade, do cumprimento de regras já vigentes no ordenamento jurídico. Afinal, trata-se de leis orçamentárias dispondo sobre o planejamento. Essas mesmas regras orçamentárias, ao instituírem os limites de receitas e despesas na composição de ações e de programas vinculados à observância de metas prescritas por planos governamentais, a princípio sujeitariam o administrador às amarras da *segurança jurídica orçamentária*.

Todavia, o emprego de métodos de alocação de recursos, como a transferência, a transposição e o remanejamento ou de estratégias de realocação, como a abertura de créditos orçamentários adicionais, desde que o faça mediante autorização legislativa, são amostras de que há pouca normatividade presente no que se conclama por princípio da segurança jurídica em matéria orçamentária, o que descortina mais um simulacro de nosso Direito Público.

Não há como negar que as formas de alocação e realocação de recursos comprometem, de certo modo, o nível de autoridade das leis orçamentárias quando aliadas ao excesso de discricionariedade administrativa. É como se a efetividade dessas leis se bastasse pelo simples cumprimento da forma, de seu procedimento legislativo. E não por haver um conteúdo comprometido com metas e objetivos comuns a qualquer planejamento contido nesse tipo de lei e que se fizesse cumprir.

Essas considerações nos fazem questionar se as leis orçamentárias, responsáveis pela formalização do planejamento público, seriam suficientes para sustentar a garantia da segurança jurídica orçamentária ou se tão-somente garantiriam relativa previsibilidade impactada pela discricionariedade.

Embora o administrador tenha discricionariedade para eleger quais são as prioridades públicas, aquela não é ilimitada. Afinal de contas, a discricionariedade não se confunde com a arbitrariedade. O poder de escolha do administrador público não pode atropelar a segurança jurídica, por mais intangível que ela pareça ser em matéria orçamentária. Todos os atos administrativos, inclusive os relacionados às finanças públicas, em qualquer de suas fases, ou mesmo em relação à obrigação de tributar, não devem se eximir de cumpri-la, o que não impede interpretá-la como um princípio relativo.

Apesar do Poder Executivo ser o responsável pelo orçamento, o Legislativo aprecia os projetos de lei orçamentários, e possui legitimidade para propor Emendas Parlamentares ao orçamento em si. Desse modo, temos um planejamento orçamentário bastante complexo, pois se trata de uma sequência de atos de governo e atos administrativos por natureza, fundindo decisões políticas e jurídico-administrativas (vinculadas ou discricionárias). Na condição de instrumento tático, a possibilidade de revisão orçamentária deve ser considerada, embora com zelo, pois faz parte do processo de planejamento viabilizar condições a se tornar condizente determinada estratégia durante o decorrer do exercício da gestão. (FREZATTI, 2009, p. 46).

4.2 A sistemática das finanças públicas: os ajustes orçamentários como estratégias de elisão do planejamento

A saúde da gestão orçamentária é peça chave à consecução dos direitos fundamentais, percorrendo diversas etapas. Inicia-se com a apresentação de uma proposta que se transformará em projeto de lei a ser apreciado, emendado, aprovado, sancionado e publicado, passando pela sua execução, quando se observa a arrecadação da receita e a realização da despesa. Após aprovação da lei do PPA e a LDO, o Poder Executivo elabora a LOA. A partir de então são estimadas as receitas que a Administração Pública espera dispor, fixando as despesas que serão realizadas. (SANTOS, 2010, p. 41) Parte de tais despesas fixadas em lei são destinadas diretamente ao patrocínio dos direitos fundamentais por meio de investimentos em políticas públicas, cuja execução fica condicionada à realização de uma série de atos administrativos.¹⁴⁷

Por trás da descrição da contabilidade das finanças públicas, a orçamentação significa “[...] a quantificação dos valores éticos, a conta corrente da ponderação dos princípios constitucionais, o plano contábil da justiça social, o balanço das escolhas dramáticas por políticas em um universo fechado de recursos financeiros escassos.” (KRELL, 2002, p. 99-100). É inegável que a limitação orçamentária não se trata de mero detalhe, o que faz da gestão pública um constante processo de escolhas e prioridades já que o patrocínio dos direitos fundamentais é sempre insuficiente diante do quadro de demandas públicas. Portanto,

¹⁴⁷ Todo o complexo mecanismo que envolve a política pública, como programa de ação governamental resulta, segundo Bucci, “[...] de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.” (BUCCI, 2006, p. 39)

os direitos estão condicionados à existência de recursos públicos para que se atinja algum nível de eficácia social. (GALDINO, 2005, 345-346).

Entretanto, Krell ainda insiste que o orçamento não vincula integralmente o Executivo, “[...] posto que a lei orçamentária apenas prevê as receitas e autoriza as despesas, competindo à autoridade administrativa, com larga dose de discricionariedade, efetivar os gastos e implementar a atividade-fim.” (2002, p. 59). E é ainda no gozo deste tipo de poder que os gestores públicos “[...] interpretam a aprovação do Legislativo à sua proposta orçamentária não como *imposição*, mas simples *autorização* para gastar dinheiro nas respectivas áreas.” (KRELL, 2002, p. 100).

Embora exista toda a dinâmica orçamentária com o objetivo de distribuir os recursos de forma equilibrada para a assunção das despesas fixadas, a exata consumação desse exercício contábel não se realiza com a mesma exatidão esperada por cálculos matemáticos. Ao longo do exercício financeiro podem ocorrer fatos novos ou imprevisíveis que ampliam ou reduzem as necessidades coletivas já planejadas, gerando, com isso, a necessidade de se retificar o orçamento em vigor.

Consequentemente isso irá repercutir na autoridade da legislação orçamentária na dedução de que tais leis são de relativa previsibilidade, afastando-se a possibilidade de sua absoluta produção de eficácia jurídica. A programação de gastos definida nas leis orçamentárias não vincula integralmente as ações da Administração Pública, pois resguardam margem de discricionariedade no tocante à sua fiel execução. O motivo está na possibilidade de o governante realizar alterações no orçamento, conquanto o faça mediante lei. Essa dinâmica corresponde à prática da alocação de recursos, por meio da abertura de créditos adicionais e da realocação, que, neste caso, pode se operar através da transposição, transferência ou remanejamento.

Dentre as razões ensejadoras de emendas orçamentárias propostas após o início de sua execução estão as oscilações de valores de bens e serviços reajustados pelo mercado para se evitar defasagem de preços como consequência de inflação ou para realizar correções no planejamento e reprogramações de ações governamentais. Ademais, há ainda fatos imprevisíveis e urgentes que ocorrem ao longo do exercício financeiro que independem da vontade do administrador. Tais fatos podem ensejar a abertura de créditos adicionais, ou o uso de mecanismos de realocação orçamentária.

Os créditos adicionais orçamentários e as realocações de recursos são técnicas distintas utilizadas para proceder a alterações formais no orçamento. Cada crédito adicional, em particular, corresponde a uma técnica distinta de alocação de recursos sem destinação

específica prevista na LOA, produzindo alteração quantitativa no orçamento. Seu fundamento se encontra nos arts. 40 a 46, da Lei nº 4.320/64.¹⁴⁸ Como serão realizados mediante autorização legislativa, exige-se do gestor a justificativa dos motivos de sua abertura, indicando a existência de recursos disponíveis por determinação do art. 43, §1º da Lei 4.320/64.

Esses créditos orçamentários significam a abertura de novas dotações orçamentárias aprovadas na LOA que viabilizem a execução de programas, projetos, atividades e operações especiais. Nessa esteira, “[...] são utilizados como mecanismo de retificação do orçamento, consistindo em autorização de despesas não computadas ou insuficientemente dotadas da lei do orçamento”. (JUND, 2008, 139).¹⁴⁹ O art. 41 da Lei nº 4.320/64 prevê três espécies de créditos adicionais orçamentários, conforme sintetizado no esquema a seguir:

Quadro2 -Créditos adicionais orçamentários

Modalidades de créditos orçamentários adicionais	Créditos suplementares	Créditos especiais	Créditos extraordinários
Objetivo	Reforçam a dotação orçamentária que se tornou insuficiente.	Viabilizam e atendem a programas e despesas não contempladas no orçamento.	Atendem a despesas imprevisíveis e urgentes.

Fonte: Art. 167, inc. V, da CR/88; e arts. 40 a 46 da Lei nº 4.320/1964.

A primeira modalidade se destina a reforçar a dotação orçamentária já existente que se tornou insuficiente durante a execução do orçamento, tendo como objetivo a correção de erros orçamentários. “São autorizados pelo poder Legislativo e abertos por ato do Executivo, com indicação dos recursos correspondentes. Mas o próprio orçamento pode autorizá-los.” (TORRES, 2011, p. 196). Imaginemos, para exemplificar, que um Município iniciou uma obra à prestação de um serviço público essencial. Todavia, no desenrolar de sua execução, os recursos tornaram-se insuficientes. Para que o Município consiga concluir essa obra o Poder Executivo poderá pedir a abertura de créditos adicionais suplementares justificando esse motivo.

Por outro lado, como segunda modalidade de créditos adicionais, os chamados especiais destinam-se ao atendimento de despesas para as quais não haja dotação orçamentária específica. Ocorrem, por exemplo, no caso de implantação de uma atividade nova. Assim como

¹⁴⁸Existem quatro motivos que podem ensejar a abertura de tais espécies de créditos, a saber: “[...] variações de preço de mercado dos bens e serviços a serem adquiridos para o consumo imediato ou futuro; incorreções no planejamento, programação e orçamentação das ações governamentais; omissões orçamentárias e fatos que independem da ação volitiva do gestor.” (BRASIL, TCE/MG, 2012).

¹⁴⁹ Jund ainda ressalta que o crédito orçamentário não é dinheiro, mas uma autorização para gastar. “É como se fosse cartão de crédito, como o limite de gastos estabelecidos na Lei Orçamentária Anual, concedido ao gestor para realizar os programas governamentais sob a sua responsabilidade de execução.” (2008, p. 138).

os suplementares, os créditos adicionais especiais exigem prévia autorização do Poder Legislativo. (TORRES, 2011, p. 197).

Por último, os créditos extraordinários são destinados somente ao atendimento de despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública. “Diante dos pressupostos fáticos de sua ocorrência, é aberto, imediatamente, por decreto, dando-se conhecimento ao Poder Legislativo.” (OLIVEIRA, 2011, p. 439) Também podem ser instituídos para o suprimento de despesas decorrentes de condenações judiciais, considerando a sua extraordinariedade.

O art. 43 da Lei 4.320/64 ainda dispõe que “a abertura dos créditos suplementares e especiais depende da existência de recursos disponíveis para ocorrer a despesa e será precedida de exposição justificativa.” (BRASIL, 1964) Mas para que o crédito adicional seja aberto é necessário a indicação da importância, a espécie do mesmo e a classificação da despesa. Nesse contexto, a lei destaca que a indicação de recursos financeiros disponíveis é condição obrigatória para justificar a abertura de créditos suplementares e especiais, o que não raras vezes é realizado a despeito de ser observado pelo administrador público e sem o controle externo do Legislativo.

Outra técnica de alteração formal do orçamento é a realocação de recursos produzida por meio do estorno de verbas já previamente destinadas na legislação orçamentária. Esta ferramenta acarreta alterações qualitativas referentes a dotações orçamentárias já inferidas na lei, mas não gera aumento de valor de despesa, criando estratégias de gastos através de repriorização da gestão governamental. O TCE/MG orienta que são três os motivos que podem ensejar estorno de verbas, quais sejam, “reforma administrativa, repriorização das ações governamentais e repriorização de gastos.” (BRASIL, TCE/MG, 2012).

A fonte criadora das técnicas realocatórias orçamentárias é o art. 167, VI, da Constituição. A transposição, a seu turno, é a movimentação de recursos dentro do mesmo órgão, entre projetos e atividades de um mesmo programa ou entre programas distintos de uma mesma unidade, quando se apresentam completamente executados ou quando são cancelados.¹⁵⁰

A transferência é uma espécie usual de realocação que ocorre mediante o repasse de recursos de um ente federativo para o outro ou entre este e uma entidade pública. Dentre as

¹⁵⁰Para ilustrar a hipótese de cabimento da transposição vejamos o exemplo trazido por Furtado: “[...] pode acontecer que a administração da entidade governamental resolva não construir a estrada vicinal, já programada e incluída no orçamento, deslocando esses recursos para a construção de um edifício para nele instalar a sede da secretaria de obras, também já programada e incluída no orçamento, cujo projeto original se pretende que seja ampliado. Nesse caso, basta que a lei autorize a realocação dos recursos orçamentários do primeiro para o segundo projeto.” (FURTADO, 2005, p. 167)

hipóteses possíveis tem-se o repasse realizado pela União a uma entidade privada sem fins lucrativos mediante convênio. Ou o frequente repasse de recursos federais a fundos especiais cujas verbas irão desembocar nos Municípios.

Já os remanejamentos “[...] mudam a classificação institucional, alterando a mesma alocação de recursos de um órgão para outro.” (BRASIL, TCE/MG, 2012) Surgem do estabelecimento de “[...] novas prioridades para ações governamentais e dependem de prévia autorização em lei específica; [...] não acrescem valores ao total da despesa autorizada.” (BRASIL, TCE/MG, 2012). Ou seja, pode ocorrer para cobrir investimentos em políticas públicas. Um bom exemplo de sua aplicação seria uma reforma administrativa que previsse a extinção de um órgão e a institucionalização de outro para a sua substituição com a finalidade de executar uma nova política pública ou prestar algum serviço. Neste caso, só se deve realocar os remanescentes orçamentários do órgão extinto para o outro.

Segundo informa o TCE/MG, é comum os gestores confundirem abertura de créditos adicionais suplementares com o remanejamento orçamentários, principalmente quando se trata de recursos oriundos da anulação parcial ou total de dotações. A diferença consiste na função em que esses recursos serão aplicados. “Somente é possível o emprego da técnica dos créditos adicionais quando a anulação parcial ou total da dotação ocorrer em favor de crédito orçamentário alocado no mesmo órgão e na mesma categoria de programação,” (BRASIL, TCE/MG, 2014). De modo diverso, quando se tratar de órgão ou categoria de programação distinta tem-se a ocorrência do remanejamento.

O quadro seguinte traz as principais diferenças existentes entre créditos adicionais e realocações orçamentárias. Vejamos:

Quadro 3 -Alterações orçamentárias (alocações e realocações)

Características	Créditos Adicionais (alocações orçamentárias)	Realocações Orçamentárias		
	Créditos Suplementares, Especiais e Extraordinários	Remanejamento	Transposição	Transferência
Alteração se dá por vontade do gestor	Sim, salvo com relação ao crédito extraordinário	Sim	Sim	Sim
Acresce valor ao total da despesa autorizada	Talvez, a depender da fonte de recursos utilizada	Não	Não	Não
Utiliza anulação de dotação, saldo oriundo de veto e reserva de contingência como fonte de recurso	Sim	Sim	Sim	Sim
Utiliza outras fontes de recurso (excesso de arrecadação, superávit financeiro, operação de	Sim	Não	Não	Não

crédito)				
Altera somente a classificação institucional da despesa	Não	Sim	Não	Não
Altera somente a classificação funcional-programática da despesa	Não	Não	Sim	Não
Altera somente a classificação segundo a natureza da despesa	Não	Não	Não	Sim
Altera todas as classificações da despesa simultaneamente	Talvez, a depender do que se impôs ao Chefe do Executivo	Não	Não	Não

Fonte: TCE/MG. Processo nº: 843099. Data da Sessão 04/09/12. Relator: Conselheiro Cláudio Couto Terrão.

O art. 47, Parágrafo Único, do Projeto de Lei de Qualidade Fiscal (Projeto de Lei iniciado no Senado de nº 175, que tramita em conjunto com os Projetos nº 229 e 248, todos de 2009) traz textualmente a previsão para a realização de realocações, estabelecendo, inclusive, previsão de limites caso não existam na LDO:

Art. 47. Caso a LDO nada disponha sobre a suplementação, transposição, remanejamento, transferência ou utilização das dotações, o texto da LOA poderá estabelecer limite que:

I– seja inferior ou igual a vinte por cento da dotação específica aprovada para cada ação orçamentária;

II– seja superior ou igual a dez por cento da dotação específica aprovada para cada ação orçamentária.

Parágrafo único. O Poder Executivo poderá, mediante decreto, transpor, remanejar, transferir ou utilizar, total ou parcialmente, dotações orçamentárias aprovadas na LOA, em decorrência de modificações na estrutura de órgãos e entidades, bem como de alterações nas suas competências ou atribuições, mantidos o valor total aprovado e a categoria programática, inclusive os títulos, descritores, metas e objetivos, assim como o respectivo detalhamento por grupo da despesa e destinação dos recursos, bem como os classificadores auxiliares.(grifos nossos). (BRASIL, Portal do Orçamento Federal, 2014)

A existência desse conjunto de artimanhas lícitas ao administrador público demonstra que durante a execução orçamentária a Constituição e a Lei nº 4.320/20 admitem o emprego de técnicas de alterações no orçamento público. Porém, hipóteses específicas como a abertura de créditos suplementares e o remanejamento devem ser adotadas como prática excepcional autorizada por lei e não como regra introduzida no cotidiano da Administração Pública. Embora o administrador tenha discricionariedade em relação ao emprego dessas técnicas elas só devem ocorrer em anuência com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, colimado aos limites da legalidade.

Da análise da razoabilidade os meios empregados pelo Estado (as ferramentas de alteração orçamentária) devem ser moderados em face dos fins almejados. Estes mesmos fins são justificados por uma análise pragmática avaliadora da extensão concreta de necessidades

públicas financiadas por tais medidas, o que compete ao gestor público apreciar visto que afeta diretamente seu planejamento. Por isso, o uso da razoabilidade no ato decisório do administrador empregar técnicas orçamentárias de alocação de recursos é fundamental para se frear e, conseqüentemente, limitar-se o âmbito da discricionariedade presente no ato de execução do próprio planejamento financeiro-orçamentário do Estado.

A proporcionalidade, não obstante já tenhamos aferido algumas reservas quanto a este princípio, opera em um plano qualitativo capaz de abalizar a intensidade das ações praticadas pelo administrador no cumprimento de funções administrativas. Assim, cumpre o desafio de determinar a proibição de excesso quanto à aplicação de medidas, ainda que estejam sob o comando da discricionariedade. Esse princípio também opera como freio regulador da discricionariedade do administrador público na execução do orçamento.

Em sendo assim, a proporcionalidade determina que os meios empregados no decorrer da execução orçamentária devam ser compatíveis com os fins almejados no planejamento formalmente constituído (adequação). A aplicação de tal princípio também requer uma rígida análise do caso concreto à averiguação da primordialidade da conduta que, no caso em tela, refere-se à escolha de técnica de alocação e realocação dos recursos orçamentários (necessidade). Ao final, há de se considerar a proporcionalidade em sentido estrito ao se verificar se as vantagens auferidas pelo uso dessas técnicas são capazes de superar as desvantagens provenientes da supressão parcial do que for rígido e formalmente estabelecido no arcabouço legal orçamentário.

Em face dessa conjuntura, a realidade fática superveniente ao planejamento orçamentário não cabe em planilhas ou operações matemáticas. Vale dizer que a ocorrência de alocação e realocação de recursos em determinados momentos são necessárias. E há casos em que se torna inevitável, dada a própria imprevisibilidade, como na hipótese de abertura de créditos adicionais extraordinários em virtude de situações como calamidade pública ou guerra. Também há hipóteses que não incorre da falta ou insuficiência de planejamento, como é o caso das transferências.

O problema é tornar meios de alocação (como a abertura de créditos suplementares) e de realocação (como o remanejamento) uma prática usual e cotidiana no âmbito da gestão da Administração Pública pelo simples uso reiterado da discricionariedade decorrente de atos políticos de escolhas e preferências.

Do ponto de vista formal, o orçamento público é constituído por lei, o que aduz à necessidade de se evitar sua desnecessária alteração, visto que a flexibilização da lei orçamentária ocasiona lesões à segurança jurídica, diluindo, ao mesmo tempo, a força do

planejamento como ferramenta jurídica que visa o desenvolvimento econômico e social. Mas pelo enfoque material, incumbe ao administrador, viabilizado pelo devido planejamento orçamentário, fazer cumprir com o compromisso do Estado na concretização dos direitos fundamentais, mesmo diante da escassez ou limitação financeira.

Desse modo, tais técnicas não devem ocorrer em excesso, pois seu uso contínuo e despropositado prejudica o bom exercício de outros princípios como moralidade e eficiência. Quando o administrador público for realizar o remanejamento de recursos ou abrir crédito suplementar deverá analisar se realmente são necessários para a consecução dos direitos fundamentais e para o investimento em políticas públicas, bem como se no âmbito da Administração não está ocorrendo desperdícios de recursos. Caso ocorra, a eficiência administrativa fica prejudicada e, conseqüentemente, o direito à boa administração. A ocorrência dessas técnicas de alterações orçamentárias de forma excessiva revela a ineficiência do gestor público, apontando sérios indicativos de má gestão. Sua utilização tem se transformado numa forma de se elidir o cumprimento das disposições orçamentárias, evidenciando também o desplanejamento e a desordem financeira do ente governamental.

Logo, a Administração Pública deve se compromissar com as pretensões do planejamento, evitando a realização de grandes alterações orçamentárias durante a sua execução. Zelar pelo cumprimento do orçamento é também uma questão de moralidade, de ética por parte do administrador público. Ao revés, o uso contínuo e despropositado do remanejamento, bem como da abertura de créditos suplementares é um atentado à integridade de princípios como da moralidade e da eficiência, uma vez que revelam rasura ou insuficiência quanto ao planejamento público e falta de compromisso ou boa fé do administrador em cumprir com o prometido nas leis orçamentárias.¹⁵¹

Esses mecanismos de modificações orçamentárias, ainda que mantenham o fim de se levantar recursos para o custeio de políticas públicas, deverão ocorrer somente em casos excepcionais, haja vista que o excesso de autorização pode constituir meio de elisão orçamentária. Ou seja, uma maneira de descumprimento da programação orçamentária estabelecida aprioristicamente pela legislação já posta (a LOA), burlando-se o exato cumprimento da destinação orçamentária por meio de técnicas de alocação e realocação admitidas por expressa autorização de lei. Embora essas técnicas ocorram de forma lícita, e

¹⁵¹ Nesse sentido, Di Pietro entende que ocorre lesão à moralidade administrativa mesmo que, para este caso, haja autorização legislativa para o emprego dessas técnicas: “[...] sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, **embora em consonância com a lei**, ofende a moral, os bons costumes, **as regras de boa administração**, os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa.” (grifos nossos) (DI PIETRO, 2014, p. 78)

com o aval constitucional, a reiterada alteração orçamentária, baseada em desarrazoada discricionariedade do administrador, também atua como elisão face ao descumprimento do planejamento financeiro previamente constituído.

Isso resulta em uma *legalidade viciosa* decorrente do abuso presente do uso recorrente aos meios de ajustes orçamentários, que, de igual modo, revelam o afastamento da boa fé na gestão. Não se trata com isso de lesão ao princípio da legalidade, mas de mau uso da legalidade em si, exacerbando o emprego da discricionariedade. Se o gestor necessita realizar diversas alterações após a vigência da legislação orçamentária, já antevendo, desde a LOA, grande margem de limite para abertura de créditos suplementares, é porque não soube organizar e estruturar satisfatoriamente o planejamento, caracterizando a flagrante má gestão orçamentária.

Frisa Bandeira de Mello que o princípio da eficiência impõe à Administração Pública a persecução da boa administração, o que significa desenvolver a atividade administrativa “[...] do modo mais congruente, mais oportuno e mais adequado aos fins a serem alcançados, graças à escolha dos meios e da ocasião de utilizá-los, concebíveis como os mais idôneos para tanto.” (2012, p. 122). Assim, a Administração deve agir com imparcialidade, transparência, buscando a qualidade na prestação dos serviços, sem burocracias, “[...] primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a se evitar desperdícios e garantir uma maior rentabilidade social.” (MORAES, 2011, p. 347)

Enfim, os gestores públicos são voláteis e no enfrentamento dos desafios orçamentários precisam adotar boas práticas de governança. Governar é priorizar, máxima que deve acompanhar a gestão independente da disponibilidade de recursos. A substituição da elisão orçamentária pela política do planejamento é um salto importante para que o orçamento público não se perca em meio a tantos compromissos, evitando-se o endividamento público e a falência da máquina administrativa.

Não se pode planejar por simplesmente pretender cumprir um papel. Afinal, um dos gargalos da Administração Pública é a falta de planejamento. Visando o tratamento adequado deste instituto face ao Direito Administrativo Pós-Moderno apontaremos, a partir de agora, o prognóstico de novos parâmetros de gestão, seguindo com a proposta de planejamento integrado, participativo e sustentável.

5 PLANEJAMENTO PÚBLICO INTEGRADO E INTERSETORIALIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: ALTERNATIVAS À LUZ DOS CUSTOS DOS DIREITOS

5.1 O patrocínio dos direitos fundamentais: uma análise ao lume da teoria dos custos dos direitos

É comum se encontrar na doutrina constitucionalista a máxima de que os direitos fundamentais possam se distinguir a partir da avaliação de indispensabilidade de intervenção estatal necessária à sua efetivação. Para essa clássica corrente, haveria uma categoria de direitos que dispensa e outra que depende do intervencionismo público para a concretização desses direitos subjetivos. Assim, os direitos negativos, segundo Calil, “[...] criam uma situação subjetiva ativa independente de prestação alheia, sendo o bem jurídico desfrutável em si mesmo, a exemplo das normas concessivas de liberdades” (2012, p. 58). Por outro ângulo, os direitos positivos criam para o administrado um conjunto de necessidades concretas, cuja fruição só se realiza “[...] por meio de uma prestação, atribuindo ao sujeito um “desfrute positivo” e o “poder jurídico de exigir este desfrute”, a exemplo do direito a fruir do ensino religioso e de exigir que seja ministrado” (CALIL, 2012, p. 59).

Em um contexto político e social, os recursos que o Estado possui são limitados às infindáveis necessidades dos cidadãos, agravando a tônica da escassez. O conflito instaurado em torno da pretensão de direitos fundamentais leva à realização de sacrifícios, constatando-se que “[...] em muitas situações, seja qual for a solução (isto é, ainda que seja a melhor ou a mais justa ou a que atende ao maior número), é uma opção trágica” (GALDINO, 2005, p. 159). Logo, só nos resta admitir que aqueles direitos que demandam a participação incisiva do Estado para serem efetivados, ao se colidirem, produzirão escolhas trágicas. Não por haver o escalonamento de valores de direitos entre si, mas em razão da eleição de prioridades públicas, oriundas de opções políticas e ideológicas, consequência direta da existência de restrições econômicas. É assim que a priorização de medidas em prol de determinado direito torna-se, a um só tempo, a postergação de outro, o que eleva o protagonismo do planejamento público para o alcance de uma boa governança.

Stephen Holmes e Cass Sunstein (1999), na obra *‘The Cost of Rights: Why liberty Depends on taxes’* instituíram a chamada teoria dos custos dos direitos, sustentada na premissa óbvia de que as ações do Governo necessitam da arrecadação de tributos, pois é ela a principal fonte de renda de cada Administração Pública, o que gera um mutualismo de responsabilidades relacionadas entre o Estado e os cidadãos. Já de início, os autores rompem

com a perspectiva de existência de direitos isentos de onerosidade sob a alegação de que todos os direitos são positivos, uma vez que de alguma maneira dependem de prestações públicas.¹⁵² Por essa alegação, nenhum direito se exime da imperiosa necessidade de patrocínio estatal, mesmo os direitos individuais. Assim seria desnecessário existir a dicotomia entre direitos positivos e negativos, uma vez que para a proteção de todos necessita-se de uma vigorosa atuação estatal. Os autores ponderam que se o Estado pudesse apenas proteger os direitos negativos, como alguns defendem, não estaria exercendo devidamente a sua função administrativa.

Ademais, afirmam que a figura do Estado é imprescindível para a concretização de direitos e que isso somente funciona em razão das contingências de recursos econômico-financeiros captados junto aos indivíduos singularmente considerados, chegando-se à conclusão de que os direitos só existem onde há fluxo orçamentário que os permita (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 20). As escolhas trágicas, nesse contexto, seriam aperfeiçoadas, haja vista a permissão dada ao Estado para priorizar determinadas despesas diante dos escassos recursos públicos.

Com o objetivo de reafirmar esse pensamento, os autores sustentam, por exemplo, que a propriedade (tida como negativa) inexistente sem a ação estatal, não havendo apenas o reconhecimento singelo de um direito real. O papel real do Estado é o de criar e manter a propriedade, portanto, tipicamente positivo, uma vez que subsiste por trás dela um forte aparato público para a sua proteção.

As tutelas judiciais são, *a priori*, meios que demonstram os custos dos direitos. Quando os direitos são violados, o Judiciário é acionado, o que acaba por gerar gastos expressivos com a estrutura e composição dos Tribunais. Dessa forma, avigora que os direitos, ainda que no tocante ao aspecto da exigência em caso de transgressão, assumem expressão positiva ante as despesas imperiosas para a viabilização. Por conseguinte, distancia-se ainda mais as argumentações sobre a eventual existência de direitos negativos.

Os direitos e sua efetivação, neste aspecto, dependem sempre de dinheiro. Quando os recursos públicos reduzirem, os direitos também seguirão proporcionalmente essa diminuição, ao passo que serão suscetíveis de expansão sempre que as receitas públicas se

¹⁵² “Para a óbvia verdade de que os direitos dependem de governo deve ser adicionado um corolário lógico, com profundas implicações: os direitos custam dinheiro.” (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 15) (tradução livre). “To the obvious truth that rights depend on government must be added a logical corollary, one rich with implications: right cost Money.” (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 15)

ampliarem.¹⁵³ Consequentemente, o traquejo correto de um direito passa pela seriedade como é tratada a questão da escassez (SUNSTEIN, HOLMES, 1999, p. 94).

Acrescentam ainda os autores que uma vez reconhecidos os custos dos direitos, onerosos e custeados por poucos recursos públicos captados de cada indivíduo, e em face da ressalva de limitações financeiras para a promoção de todas as aspirações sociais, isso implica na imposição de responsabilidades públicas.¹⁵⁴ As pessoas são possuidoras de direitos na medida em que o Estado responsavelmente capta recursos dos cidadãos, tornando-se estes do mesmo modo responsáveis pelo seu financiamento.¹⁵⁵ Isso aduz à importância do pagamento de tributos como suporte necessário da infraestrutura comunitária que respeite os direitos de cada pessoa. Por isso, não se pode negar a importância que o governo mantém em atuar como um mecanismo perspicaz à disposição de uma sociedade politicamente organizada, de modo a possibilitar que esta permaneça na busca de seus objetivos comuns, incluindo o de assegurar a proteção dos direitos fundamentais a todos pertencentes.

Para a tese de Holmes e Sunstein os direitos fundamentais não são absolutos, independentemente das restrições governamentais. Assim, devem ser visualizados como uma categoria especial de ‘bens públicos’, já que o seu reconhecimento depende de algum nível de intervenção estatal, o que permitiria a leitura que, de algum modo, o governo se apropriaria desses mesmos direitos a considerar a perspectiva da cobertura que recai sobre cada um deles. Até aqueles chamados ‘direitos negativos’, tais como o direito de possuir propriedade livre de interferência do governo devem ser supervisionados e patrocinados por impostos, pois é deles que se extrai o financiamento dos Tribunais, a polícia e os bombeiros, os quais devem agir na proteção da própria propriedade privada. Nessa conjuntura, os direitos fundamentais dependem de um mecanismo de execução que consiste no próprio governo. É por isso que não se pode estabelecer o cumprimento de direitos sem a intervenção governamental. Isso destaca o imprescindível papel do Estado na condição de sujeito passivo de direitos fundamentais.

¹⁵³ “Os direitos certamente serão reduzidos quando os recursos disponíveis cessarem, assim como eles se tornarão suscetíveis de expansão sempre que os recursos públicos se expandirem.” (SUNSTEIN; HOLMES, 1999, p. 95). (tradução livre). “Rights will regularly be curtailed when available resources dry up, just as they will become susceptible to expansion whenever public resources expand” (SUNSTEIN; HOLMES, 1999, p. 95).

¹⁵⁴ “O simples fato de que direitos têm custos, portanto, já demonstra que os mesmos implicam em responsabilidades.” (SUNSTEIN, HOLMES, 1999, p. 146). (tradução livre) “The simple fact that rights have costs, therefore, already demonstrates why rights entail responsibilities” (SUNSTEIN, HOLMES, 1999, p. 146).

¹⁵⁵ Porque os direitos são onerosos, eles jamais poderiam ser tutelados ou cumpridos se os cidadãos, em geral, não fossem responsáveis o suficiente para pagar os seus impostos.” (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 155) (tradução livre). “Because rights are costly, they could never be protect or enforced if citizens, on average, were not responsible enough to pay their taxes” (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 155).

Flávio Galdino, considerando os ensinamentos de Holmes e Sunstein, assevera que a positividade dos direitos fundamentais em sua totalidade não poderá ser rechaçada pelo aforismo jurídico brasileiro, tendo em vista que “[...] qualquer ação ou omissão estatal é sempre custosa – positiva [...] e o eventual “omitir-se”, para o Estado, também custa dinheiro” (GALDINO, 2005, p. 226). Eventuais deveres negativos possuem na essência imediatos deveres positivos, especialmente quanto à manutenção de uma estrutura garantidora de apreço dos direitos fundamentais.¹⁵⁶

A realidade que se extrai dos direitos fundamentais é que mesmo os considerados negativos ou gratuitos são passíveis de gerar custos e despesas, constituindo, portanto, os predicados da natureza positiva. A distinção, na prática, é rechaçada pelas devotadas prestações positivas que o Estado precisa exteriorizar ao intento de efetivá-los, permitindo o seu exercício pelos cidadãos.¹⁵⁷

A máxima da existência de custo financeiro para a realização dos direitos fundamentais¹⁵⁸ traduz a sujeição da eficácia social à existência de recursos públicos disponíveis, apontando, na visão de Galdino, que esse tipo de atributo do direito aproxima o sistema jurídico de uma tensa relação com o sistema econômico (2005, 345-346). Isso envolve questões imprescindíveis como: a) análise da realidade financeira do ente estatal; b) olhar pragmático pautado na reflexão dos efeitos futuros e concretos concernentes à realidade social – um pensar sobre os impactos das decisões; c) presença de ação discricionária diante da escolha de recursos escassos ou limitados à luz de um sistema democrático.

Nessa esteira já se manifestou o STF em sede de Agravo Regimental, com destaque para o voto do relator Ministro Celso de Mello que assim pronunciou-se:

¹⁵⁶ Desse modo: “Para exemplificar, seja consentido voltar ainda uma vez ao direito de propriedade. Em sua faceta estritamente privada, e de acordo com determinada orientação, o aludido direito talvez até seja meramente negativo [...]. O mesmo direito de propriedade, em sua faceta pública, impõe ao Estado uma série de deveres positivos, que permitem a criação e manutenção do direito, como seja a proteção daquele direito em face do próprio Estado e dos demais particulares. [...]. De fato, é preciso concordar com SUSTEIN e HOLMES, para afirmar que na esfera pública inexistem direitos negativos.” (GALDINO, 2005, p. 226-227).

¹⁵⁷ Senão vejamos: “Ora, dizer que todos os direitos são positivos nos conduz à conclusão de que a positividade é um elemento comum a todos os direitos fundamentais. Se é um elemento comum a todo direito fundamental, correto incluir também esse elemento na formulação conceitual, notadamente por se tratar de um elemento relevantíssimo, que propriamente condiciona o reconhecimento de uma situação concreta como de direito fundamental.” (GALDINO, 2005, p. 339) E assim segue o raciocínio desenvolvido por Galdino: “Desse modo, com a integração dos custos ao conceito de direito fundamental, evita-se a ruptura do sistema toda vez que alguém supostamente tivesse direito *in abstracto*, mas que *in concreto*, não fosse possível torná-lo efetivo por força de limitações orçamentárias, algo aliás, muito comum entre nós.” (2005, p.342).

¹⁵⁸ No momento em que o autor destaca que “os direitos não nascem em árvores” (2005, p. 215) ele reconhece a economicidade como fator concreto que envolve o universo dos direitos fundamentais. Ou seja, sobretudo analisando os direitos fundamentais revertidos de natureza programática, a ação governamental na execução desses direitos é eminentemente onerosa.

Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. (BRASIL. STF. Agravo Regimental no RE n. 410.715-SP, Julgado em: 03.02.06.)

Em suma, os contornos da teoria dos custos dos direitos, resumidamente, expressam três grandes diretrizes: *i)* em primeiro plano, a negação da existência de direitos negativos, uma vez que todo direito gera algum custo; *ii)* em segunda análise, o dever fundamental do Estado em manter alguma prestação a um determinado direito; *iii)* por fim, a vinculação entre a realidade econômica com o escopo de justificar o coeficiente de compromisso do Estado no que tange a efetivação de direitos, não podendo afastar a economia do direito.

Diante disso, Galdino ressalta as vantagens apontadas por Sunstein e Holmes em se reconhecer os custos dos direitos. Uma delas seria o redimensionamento da extensão da proteção devotada aos direitos conforme as condições econômicas de uma sociedade. Outra vantagem estaria no fato de que aferir custos permitiria mais qualidade nas trágicas escolhas públicas em relação aos direitos. É um incentivo à postura de se escolher melhor onde gastar os insuficientes recursos públicos. (2005, p. 204).

5.1.1 Críticas à teoria dos custos dos direitos: colonização do direito pelo sistema econômico?

Não obstante as considerações sobre a onerosidade dos direitos, a teoria dos custos é alvo de incisivas críticas, especialmente no que compete à aproximação entre o universo jurídico e as realidades econômicas visíveis ao estudo do contexto da escassez.¹⁵⁹ Galdino destaca que a resistência pela admissão dessa teoria se resume em argumentos como a crença de que sustentar a ausência de custos de direitos negativos, como liberdade e propriedade, facilita a proteção máxima de tais direitos em prol dos direitos sociais. A rejeição de tal teoria também é revelada pelo receio de que a consciência e as discussões sobre os custos dos direitos diminuam o comprometimento com a sua respectiva proteção à medida que uma crise econômica representaria desestímulo direito à eficácia dos direitos. (2005, p. 204-205). Sendo assim, estaria sendo apregoada a colonização do direito pelo sistema econômico, sendo a efetividade dos direitos fundamentais medida por índices inflacionários.

¹⁵⁹ “[...] Antes de ser uma inimiga ou um mero artifício ideológico para denegação de direitos, a compreensão da escassez de recursos – ao lado da correta compreensão dos custos dos direitos – através de análises de custo-benefício, significa um meio de converter o Direito em um poderoso instrumento de transformação social, representando também, até mesmo, uma justificativa para o próprio Direito.” (GALDINO, 2005, p. 252).

Para Richard Posner, as discussões referentes ao impacto econômico no direito não se restringem tão somente aos entraves percebidos pelo mercado, mas também à análise das leis que regulam as atividades não mercadológicas, à racionalidade nelas presente e às diferentes consequências prováveis decorrentes da adoção de determinada regra jurídica no entorno econômico. (2010, p. 6-7). Conforme visto, as escolhas das preferências de atuação estatal são custosas e, por isso, “[...] os agentes econômicos ponderam os custos e os benefícios de cada alternativa, adotando a conduta que, dadas as suas condições e circunstâncias, lhes traz mais bem-estar” (RIBEIRO, KLEIN, 2011, p. 22). Caliendo ressalta que a tênue linha entre o direito e a economia leva em conta o fato de que “[...] os fundamentos da eficácia jurídica e mesmo da validade do sistema jurídico deveriam ser analisados tomando em consideração valores econômicos, tais como a eficiência, entre outros.” (2009, p. 15).

O problema é que as discussões em torno dos custos dos direitos nada mais revelam do que uma experiência de se trazer para o raciocínio jurídico os resultados das pesquisas econômicas, desprezando questões como a imperatividade das normas e sua força normativa. A eficiência, modulada por simples roupagem liberal, seria o prisma central de se reduzir a compreensão do direito a uma análise meramente econômica. A visão extraída dessa noção mercadológica de eficiência, compreendida, portanto, como sinônimo de justiça, chancelaria o peso da economia nas relações jurídicas (GALDINO, 2005, p. 242-243).

De fato, não há como desprezar os estudos sobre economia, tendo em vista que, atualmente existem Municípios que, por uma jogada política, foram emancipados na década de noventa sem possuírem auto-suficiência financeira e administrativa, sendo altamente desestruturados. No Estado de Minas Gerais, em especial, diversos Distritos emancipados sobrevivem, basicamente, com os recursos advindos do FMP. É o caso de Setubinha e Angelândia, exemplos de pequenos Municípios com restritas condições financeiras localizados nos Vales do Mucuri e Jequitinhonha. Nesses lugares, os moradores sofrem a ausência de serviços públicos primários, posto que nem mesmo o saneamento básico ainda não foi totalmente implementado. No exemplo específico de Setubinha, o Município tem um orçamento anual médio de R\$ 500.000,00, e aproximadamente 90% desse valor vem do FPM. Por outro lado, a cidade de Angelândia que, igualmente, possui um orçamento com previsibilidade de receita de aproximados R\$ 500.000,00, depende do FPM, de onde recaem 80% desse valor.¹⁶⁰

¹⁶⁰ Informações extraídas da matéria jornalística intitulada “Municípios criados sem estrutura sobrevivem apenas com verba do Fundo de Participação”, a qual aponta a realidade de ao menos 130 municípios do Estado de Minas Gerais diante da falta de capacidade institucional, financeira e administrativa. (CIPRIANI;

Como se não bastasse, há inúmeras legislações que estão à margem da realidade nacional, principalmente de pequenos Municípios como os acima elencados, uma vez que são extremamente onerosas para serem concretizadas por entes federativos de baixa capacidade financeira e administrativa. Exemplificativamente, a Lei da Mobilidade Urbana (Lei nº 12.587/12)¹⁶¹ promove distintas e custosas adequações nos padrões de mobilidade urbana, como no setor de transporte. Do mesmo modo, a Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei nº 12.305/10) traz instrumentos para o tratamento do lixo urbano por meio de compostagens. Inclui-se, nessa perspectiva, o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/01), que ao enumerar temas a serem desenvolvidos pelos Municípios, reflete na necessidade de grandes investimentos no perímetro urbano.

As três leis ora aglutinadas dependerão de uma extraordinária saúde orçamentária para serem implementadas. Isto porque geram altos custos para os Municípios aderirem a todas as especificações de desenvolvimento e sustentabilidade nelas previstas, o que acabam sendo deixadas a outro plano e não devidamente incorporadas ante a ausência de recursos mínimos capazes de permitir a eficácia, em concreto, desses atos normativos.

A levar em conta a tese de Marcelo Neves (2007), os riscos de conversão em legislação simbólica são muito grandes caso se ateste que esses diplomas legais sejam normativamente ineficazes. Antes de tudo, o seu oposto, a eficácia, é um conceito que tem resistido pelo olhar da sociologia do direito como um atributo gradual, mensurável, limitado a uma quota de observância e de execução de um dado preceito. A função hipertroficamente simbólica de uma lei significa, para Neves, que a relação hipotético-abstrata da norma primária ('se então') em face da secundária ('deve ser' ou programa condicional) não podem se concretizar regularmente. (2007, p. 51). Todavia, afasta-se do simbolismo legislativo nevesiano a hipótese de que a norma seja eficaz, embora inefetiva. Essa assertiva significa que se determinada lei for regularmente observada, aplicada, executada ou utilizada, caracterizando a típica concretização normativa de seu texto, mas não realize os fins almejados, neste caso ela não se revela simbólica.¹⁶²

MAAKAROUN et all., 2012).

¹⁶¹ A lei estabelece um novo cenário de desenvolvimento social e econômico no Brasil através de projetos de transportes públicos coletivos e mitigação dos custos ambientais, dentre outros.

¹⁶² O próprio autor ainda questiona se haveria um grau de ineficácia normativa necessário para que se atribua a uma lei o efeito simbólico. Em resposta, Neves sintetiza que o problema não se trata de uma quota de ineficácia mensurável, mas na falta de vigência social da norma. A capacidade do sistema jurídico de regular condutas (o que se refere à função da eficácia) e sua capacidade de assegurar expectativas normativas (vigência social) encontram-se em relação recíproca. "A legislação simbólica não se delinea, quanto aos efeitos, tão-somente em um sentido negativo: falta de eficácia normativa e vigência social. [...] A legislação simbólica define-se também num sentido positivo: ela produz efeitos relevantes para o sistema político, de natureza não especificamente jurídica." (NEVES, 2007, p.52).

A concluir pelas leis outrora ilustradas, vigora uma legislação abundantemente custosa enquadrada com tão baixa vigência social, pressupondo disponibilidade de recursos de difícil provisão para diversos Municípios. Com fulcro nesses impasses, por mais que se advirta que a teoria dos custos colonize o sistema jurídico em detrimento do sistema econômico não há como afastar e tampouco desprezar a tônica da onerosidade dos direitos, pois é crescente o volume de normas reguladoras de direitos fundamentais geradoras de estrondosos investimentos públicos.¹⁶³

Realizar todas as exigências e planos dessas leis acarreta um demasiado custo, tornando inviável o financiamento por parte de muitos Municípios que, sozinhos, não conseguem efetivar os comandos legais que vão se revelando, segundo Neves, como fórmulas de compromisso dilatatório.¹⁶⁴

Avaliar os custos dos direitos é proclamar que em todo o seu conjunto os direitos fundamentais são custosos “[...] e que esses custos constituem uma limitação ao seu atendimento, em virtude da potencialização dos critérios seletivos em face do aumento de sua demanda, tendo-se em conta a disponibilidade financeira do Estado” (CIARLINI, 2014, p.33). Pois bem, isso representa compreender a importância da economia como suporte dessa teoria instituída por Holmes e Sunstein, mantida a finalidade de se resolver os problemas jurídicos que nascem, muitas vezes, das próprias legislações em vigor.

No entanto, o acoplamento estrutural¹⁶⁵ firmado entre os sistemas jurídico e econômico nos faz concluir que, antes de se apostar na sujeição do direito ao econômico, há de se reconhecer uma relação de irritação e influência permanente entre ambos, despontando uma forma abrangente de interdependência para se preservar a autonomia conferida a cada um.

¹⁶³ Como afirma Leite: “[...] Em nossa ótica, só assim a lógica econômica da escassez – neste tópico limitada à reserva orçamentário-financeira – poderia ser incorporada aos discursos de fundamentação e aplicação do Direito. Nos discursos de fundamentação, haveria uma liberdade muito maior para a aferição dos montantes destinados à salvaguarda dos Direitos. Argumentos pragmáticos, ético-político e morais, desfiados no interior desses discursos, poderiam abrir-se às contingências diretas provenientes do sistema econômico, sem, no entanto, deixar-se colonizar por sua lógica interna. Se esses discursos filtrassem os aludidos influxos, transformando algo carente de recursos em uma obrigação, deveriam, pois, fazer referência, ainda que implícita, às fontes de arrecadação e ao montante em dinheiro necessário para sua salvaguarda [...] Já no interior dos discursos de aplicação, o *custo dos Direitos* deveria ser discutido com base na lógica de funcionamento do sistema jurídico”. (LEITE, 2011, p. 206).

¹⁶⁴ “O efeito básico da legislação como fórmula de compromisso dilatatório é o de adiar conflitos políticos sem resolver realmente os problemas sociais subjacentes. A “conciliação” implica a manutenção do *status quo* e, perante o público-espectador, uma “representação”/“encenação” coerente dos grupos políticos divergentes.” (NEVES, 2007, p. 54).

¹⁶⁵ Para a teoria sistêmica de Niklas Luhmann (1983), o acoplamento estrutural atua como um ponto de intercessão entre dois sistemas distintos que, entre si, mantém permanente influência e troca de informações, embora sejam preservadas as fronteiras de cada um. A Constituição de 1988, por exemplo, serve como acoplamento estrutural entre os sistemas político e o jurídico.

5.1.2 Os desafios do Estado na gestão de direitos e os limites do patrocínio público: entre mitos e verdades

Recessões econômicas, crises políticas, gastos estrondosos com a dívida pública¹⁶⁶, assimetria de competências e autonomias falaciosas culminam numa enxurrada de déficits orçamentários em descompasso com a ascendência de gastos públicos assumidos pelos membros do pacto federativo. É assim que se perpetua o *Estado de Exceção Permanente* a que se refere Agamben, com todo assentimento constitucional necessário à sua sobrevivência (2004, p. 44), perpetuando também a vida nua¹⁶⁷ de milhares de cidadãos esquecidos por seus próprios direitos quando não acolhidos por qualquer atuação do governo.

É clarividente que o cumprimento da função administrativa incita urgentes reflexões sobre o nível de responsabilidade do administrador público no que tange à efetivação dos direitos fundamentais, deles destacando-se os direitos sociais, haja vista serem os mais dispendiosos. A tese levantada pela Administração Pública, em defesa da discricionariedade e autonomia presentes na gestão, é que não há direitos fundamentais absolutos, nem recursos públicos suficientes para atender a tantas demandas. Complementando essa tese, insiste-se na justificativa de que impera a escassez econômica de recursos, juridicamente confirmada pela denúncia contábil contida no cerne das leis orçamentárias, presente, sobretudo, em administrações marcadas por baixa capacidade financeira. Acuado por esta sorte de limitações, impõe-se sobre o Governo a necessidade de se estabelecer escolhas trágicas para a eleição de prioridades.

Este cenário é o pano de fundo para a alegação da necessidade de aplicação da cláusula da reserva do possível, verdadeiro escape construído no propósito de propagação de uma ideologia relativizadora do compromisso estatal perante os cidadãos, sobretudo na tutela dos direitos sociais¹⁶⁸. É inegável a existência de déficits financeiro e administrativo em tantas

¹⁶⁶ Do orçamento geral da União executado em 2014, somando um total de R\$ 2,168 trilhões, foram gastos R\$ 978 bilhões apenas com a dívida pública, o que representa o comprometimento de quase metade da disposição orçamentária. Em termos percentuais, isso importa em 45,11% de pagamento de juros e amortizações da dívida, restando um saldo líquido efetivo para execução dos demais setores de interesse público com índices bem menos expressivos. Por exemplo, foram executados 21,76% do orçamento com a Previdência Social, 9,19% com a realização de transferências a Estados e Municípios, 3,98% com a saúde, 3,73% com a educação. Áreas como habitação restaram investimentos irrisórios de 0,001%. (Fonte: Auditoria Cidadã da Dívida Pública. 2015).

¹⁶⁷ Nesse aspecto, vale ressaltar a seguinte consideração feita por Regis Fernandes de Oliveira: “Podemos falar, aqui, na denominada *vida nua* a que se refere Agamben, ou seja, a vida vivida nas ruas, nas favelas, nos grotões, nos cortiços e, enfim, em todos os recantos mais empobrecidos do País. [...] A vida nua existe em todos os lugares. No entanto, falamos é dos primeiros, isto é, daqueles que nada têm e estão completamente desassistidos.” (OLIVEIRA, 2012, p. 168).

¹⁶⁸ “Em suma, nem a reserva do possível nem a reserva de competência orçamentária do legislador podem ser invocados como óbices, no direito brasileiro, ao reconhecimento e à efetivação de direitos sociais originários a

Administrações Públicas brasileiras, em especial os Municípios de pequeno porte frutos da onda político-emancipatória de centenas de distritos na primeira década seguinte à vigência da Constituição de 1988. Suas máquinas administrativas, em muitos casos, já nasceram falidas, só resistindo à custa de repasses federais. Porém, mesmo reconhecida a hipossuficiência orçamentária de entes com tal aporte financeiro, o risco é fazer da reserva do possível um mito¹⁶⁹.

Para Ginsburg (2001), o mito se manifesta como a construção de uma estória para fortalecer o convencimento acerca de determinada situação que não seja necessariamente impregnada de verdade socialmente construída. Dessa sorte, mantém correspondência direta com manipulações ideológicas de imposição de ‘verdades’ tendenciosas.

A mitificação da reserva do possível a traveste numa espécie de cláusula protetiva do erário, cuja finalidade é evitar sua falência em face de reclamações de direitos pretendidas por titulares não amparados administrativamente no confronto direto com a indisponibilidade de recursos. Ela ainda opera como limite jurídico e fático dos direitos sociais e, dessa forma, a sedução desse mito promete retirar do Poder Público o pesado estigma de garantidor universal, rótulo sem o qual facilita o campo de atuação de qualquer gestor público. Entre conveniências e convencimento no discurso entre Executivo e Judiciário, o que o mito pretende é convencer da exclusão da responsabilidade estatal, ponderação observada por Sarlet:

Assim, para não converter o Poder Público em garantidor universal e com o intuito de evitar a falência do erário, o Judiciário brasileiro admite, excepcionalmente a exclusão da responsabilidade estatal com fulcro na invocação da reserva do possível, tal qual se passa nas ações indenizáveis esteadas na violação do princípio da dignidade da pessoa humana, no desrespeito à função ressocializadora da pena e nos danos psíquicos e físicos resultantes da superlotação carcerária, onde a teoria é acatada para desacolher o pleito dos internos. (SARLET, 2012, p. 226).

No Brasil, convencidos pela mídia maçante que os divulga por reiteradas programações e propagandas, o esporte e os divertimentos assumem papel importante nas despesas públicas. Afinal, não podemos nos esquecer de que nossa terra, ao lado de suas carências e mazelas econômicas, é o *país do futebol e do samba*. Este ambiente descontraído que nos fascina faz com que os cidadãos alienados que nos tornamos, sejamos, em nossa grande massa, absorvidos com o circo que nos é apresentado. Quando é levada em pauta a priorização de recursos no

prestações. [...] a efetividade dos direitos sociais – notadamente daqueles mais diretamente ligados à vida e à integridade física da pessoa – não pode depender da viabilidade orçamentária”. (CUNHA JUNIOR, 2008, p. 394).

¹⁶⁹ “Os mitos antigos foram concebidos para harmonizar a mente e o corpo. A mente pode divagar por caminhos estranhos, querendo coisas que o corpo não quer. Os mitos e ritos eram meios de colocar a mente em acordo com o corpo, e o rumo da vida em acordo com o rumo apontado pela natureza.” (CAMPBELL, 1990, p. 83).

almejo desses fins, como no caso dos investimentos públicos preparatórios para os megaeventos aqui ocorridos (Copa do Mundo de 2014 e Olimpíadas de 2016), a escassez orçamentária não parece ser o maior problema para a gestão pública.¹⁷⁰ De igual modo, assuntos como ‘crise’ ou ‘estado de contingência econômica’ são ignorados.

Nossa Nação já demandou o patrocínio de outro campeonato mundial de futebol anterior e perdeu na final para o Uruguai (1950) na inauguração do Maracanã. Essa derrota, porém, não chegou a ser tão vexatória quanto os trágicos 7 a 1 para a Alemanha, que, particularmente, para que aqui fosse assistido precedeu a inúmeras e pitorescas despesas à realização de obras mal planejadas (via PPP’s e Regime Diferenciado de Contratação). Enfim, restou-nos apenas o legado deixado pela seleção brasileira que desolou toda uma nação e os resultados públicos, assim como os da Copa, não passaram de gastos e de uma euforia passageira e frustrante logo abafada pelos efeitos da crise econômica.

Nessas horas o ‘pseudoplanejamento’ se faz e de algum modo, mesmo que aos atropelos, ele se realiza. Pode até não se executar cartesianamente conforme esperado, mas suas metas e objetivos, extrapolando quaisquer orçamentos inicialmente previstos, dentro de uma razão de tempo, espaço e recursos corrompidos, dão conta de acontecer. Para esse tipo de prioridade não se evoca o argumento da reserva do possível, pois voltando ao *país do futebol e do samba* o espetáculo parece ser, aos olhos dos administradores públicos, uma carência que absorve outras necessidades públicas de menor grandeza, como saúde e educação, já que atrai um grande público de eleitores.¹⁷¹ Estranho reconhecer, por outro lado, que somente em face dos direitos sociais é que o Estado se esconda por trás de cifras orçamentárias alegadas como

¹⁷⁰ No documento emitido pelo IV Congresso ConSad de Gestão Pública, realizado entre os dias 25 a 27 de maio de 2011, sob o tema “Externalidades e bens públicos em grandes eventos esportivos: Avaliações e Perspectivas”, consta o relatório “Impactos socioeconômicos da Copa do Mundo de 2014, alertando os riscos em se sediar esse tipo de evento: “A opção do Brasil por sediar a Copa do Mundo representa uma decisão de arcar com investimentos significativos, fazendo uso de recursos públicos e privados que poderiam ser destinados a outros fins – escolas, hospitais, distribuição de renda, quitação de déficit, etc. Esse trade-off carrega consigo um custo implícito, o custo de oportunidade. [...] De fato, uma vez que os impactos do evento em si são transitórios, o retorno sobre os investimentos realizados dependecriticamente do grau de aproveitamento dos legados pelo país-sede. A questão do retorno é ainda exacerbada pelo fato de que, frequentemente, boa parte dos investimentos públicos em questão é financiada por meio da expansão da dívida pública, que tem seus próprios custos e impactos macroeconômicos negativos.”. (BRASIL, SGC Goiás, 2014)

¹⁷¹ Calcado nessas observações, Regis Fernandes de Oliveira satiriza esse anacronismo com que é lidado os gastos públicos no Brasil: “Pode-se indagar: é o momento de investir pesadas quantias em futebol, em vez de cuidar de outros valores maiores, tais como o combate à mortalidade infantil, a imunização contra doenças, a construção de hospitais etc? [...] Por consequência, a despesa, seja com o futebol, seja com o samba, se justifica na medida em que ambos formam a personalidade do conjunto dos brasileiros. É que busca da felicidade de todos passa pelo futebol e pelo samba. Neste diapasão pode-se afirmar que os parlamentares estão sempre atentos em relação ao orçamento, porque este é o instrumento de que se valem para angariar votos e obter recursos para sua base eleitoral.” (OLIVEIRA, 2012, p. 115-116).

óbice certo para a efetividade desses interesses. E só aí ressoa o discurso do mito da reserva do possível como limite à capacidade pública de assunção de despesas.

O fato é que com larga frequência a aceitação do mito em questão tem prosperado nos Tribunais, permitindo a esquiva da responsabilidade do administrador na gestão dos recursos, independentemente de serem escassos ou não. A consequência tem sido o esvaziamento das ações públicas em termos de prestações de serviços e eleição de políticas públicas. A repercussão desse percalço, que para nós é indício de retrocesso social, sinaliza o retorno da propaganda liberal de Estado Mínimo típico do século XVIII, onde seria descabida a intervenção judicial em demandas orçamentárias para não ferir a clássica e cartesiana separação dos poderes de Montesquieu.

Mediante a má fé do administrador ou o descompromisso em face do planejamento, a distorção de teorias importadas na terra do *'pau brasil'* justifica, portanto, a omissão do governo na implementação de políticas públicas, relativizando o papel do Estado no patrocínio de direitos garantidos na Constituição. Sunstein reforça em *'A Constituição Parcial'* que o custeio governamental integra as condições que afetam diretamente o exercício de direitos constitucionais. Justificado na ideia de “república das razões”¹⁷² destaca que o financiamento público não pode gerar preferências unilaterais.¹⁷³ A omissão do governo – seu silêncio – é uma decisão política e não jurídica que poderá gerar desvantagens sociais (SUNSTEIN, 2009, p. 456). Insiste o autor que o governo tem discricionariedade ampla, mas não ilimitada para ser seletivo no financiamento de projetos ou programas que envolvam o discurso (2009, p. 385).

O que o emprego da reserva do possível como mito faz é exatamente validar a omissão do financiamento de direitos como uma dentre as possíveis opções discricionárias permitidas à autoridade administrativa na gestão de políticas públicas, agora sob o aval do Judiciário. A vinculação da concretização de direitos à preexistência de recursos econômicos acaba por estimular o abandono de políticas públicas mediante a rejeição da pretensão da parte na demanda contra o Estado. No entanto:

[...] a reserva do possível só se justifica na medida em que o Estado garanta a existência digna de todos. Fora desse quadro, tem-se a desconstrução do Estado Constitucional de Direito, com a total frustração das legítimas expectativas da sociedade. (CUNHA JUNIOR, 2008, p. 395)

¹⁷² Tal expressão remete à concepção de que a Constituição Norte-americana estabelece que as ações do governo devem ser justificadas para que se respeite a democracia deliberativa instituída desde o período de fundação. Portanto, deve haver razão de interesse público nos atos governamentais. (SUNSTEIN, 2009, p. 24).

¹⁷³ Entendidas por Sunstein como privilégios injustificados derivados da violação da exigência de imparcialidade decorrente da distribuição de recursos ou oportunidades de um grupo em detrimento de outro. (2009, p. 32).

Mas a resistência contra a reserva do possível não se opera pela pretensão de sustentar um radicalismo milagroso quanto à satisfação dos direitos fundamentais numa realidade de Estado periférico como o Brasil. Tampouco se pretende sustentar a condenação da Administração Pública à responsabilidade fiscal por exceder em suas possibilidades orçamentárias. Porém, a intenção é desvelar esse mito, haja vista que os problemas da falta de vontade política e da organização administrativa são ainda maiores que a limitação fática orçamentária (KRELL, 2002, p. 56), o que faz do planejamento público uma ferramenta fundamental para que haja uma melhor gestão orçamentária. Antes mesmo de sua elaboração, o planejamento deve levar em conta “[...] a atividade e o êxito de seus serviços, considerando as legislações pertinentes, os serviços públicos ofertados, as questões sociais e a qualidade de vida dos cidadãos, o negócio e o sucesso de seus produtos ou serviços.” (REZENDE, 2011, p. 1).

A referência de quantificação de recursos para que a Administração Pública possa cumprir com suas obrigações, satisfazendo às necessidades dos cidadãos é a receita pública, fundamental para que haja subsídio ao cumprimento das funções administrativas. Deve abranger a repartição e a destinação entre as esferas governamentais, dimensionando a capacidade que estas têm de fixar as despesas públicas (cujas espécies estão disciplinadas entre os arts. 12 a 21, da Lei nº 4.320/64). “Sinteticamente, pode-se dizer que receita é a entrada definitiva de dinheiro e bens nos cofres públicos.” (OLIVEIRA, 2011, p. 128). Ao lado das despesas públicas, elas integram o orçamento de tal forma que deve existir um equilíbrio presente nesse binômio.¹⁷⁴

Segundo o art. 167, § 1º da CR/88, “nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia inclusão no plano plurianual, ou sem lei que autorize a inclusão, sob pena de crime de responsabilidade”. (BRASIL, 2012). Ou seja, é vedado ao administrador realizar qualquer despesa sem previsão orçamentária, cerceando, assim, a responsabilidade do governante adstrita ao cumprimento da legalidade.

Portanto, a maneira de se amenizar o impacto entre o déficit de receitas e despesas é o uso coerente do planejamento. Como ação estratégica, tem como ponto forte a descentralização das decisões, o que já se revela tendência do próprio Direito Administrativo moderno (DOWBOR, 1987, p. 18). Todas as atividades da Administração Pública têm que ser geridas de

¹⁷⁴ A partir da década de 30 predominou a ideologia keynesiana, que admitia os orçamentos deficitários e o excesso da despesa pública, ao fito de garantir o pleno emprego e a estabilidade econômica. Essa política foi ultrapassada na década de 80 pelo discurso do liberalismo social, que sinalizou no sentido da contenção dos gastos públicos e dos privilégios e do aumento das receitas, para o equilíbrio financeiro do Estado. A CF 88 traz no capítulo do orçamento inúmeros dispositivos no sentido da transparência e do controle da despesa pública. (TORRES, 2011, p. 194-195).

forma organizada, controlada, buscando sempre o atendimento dos objetivos estabelecidos em prol do interesse público. Mesmo em face da existência de recursos da Administração Pública, sem o adequado planejamento não há como executar o orçamento de modo eficiente e eficaz, o que muitas vezes faz o gestor recorrer a mitos como subterfúgios.

5.1.3 *Desmistificando a reserva do possível*

A cláusula da reserva do possível, tão ovacionada por nossos gestores, é mais uma das várias teorias europeias importadas para realidades socioeconômicas distantes daquela em que foi originariamente projetada. Com sua gênese na Alemanha¹⁷⁵, potência sem grandes abismos sociais e dessemelhada a quaisquer experiências latino-americanas, a reserva do possível foi blindada pelos administradores públicos brasileiros como um álabe arripilante aos olhos dos cidadãos mais vulneráveis: a responsabilidade do Estado perante a satisfação dos direitos fundamentais deve limitar-se à proporção de seus recursos, preponderando sobre preceitos de autoaplicabilidade de direitos e garantias constitucionais. A verdade ocultada é que a corrupção e o descaso com o planejamento peioram ainda mais os problemas orçamentários, aumentando o nível de omissões e de ações ineficazes no tratamento de direitos sociais, que, neste caso, acabam sendo justificadas por vãs escusas como a distorção de tal teoria.

A tese da reserva do possível em território brasileiro não ficou ilesa de algumas adaptações, pois é fácil identificar duas autênticas limitações, sendo uma *jurídica* e outra *fática ou material*. A primeira delas é de natureza formal, pois significa dizer que a responsabilidade pela concretização de direitos está restrita apenas ao estabelecido na legislação orçamentária. Ou seja, a proposta orçamentária criada pelo Executivo distribui os recursos públicos disponíveis a cada área de interesse social. Após aprovação do Legislativo, e posterior sanção, é convertida em lei, que sob o ponto de vista positivista deve ser rigidamente cumprida. Entretanto, nota-se certa discrepância diante de todo esse formalismo criado pelo Estado, pois afinal, devemos lembrar que a lei é estática. Ao contrário da vida social que é dinâmica, o que gera, por conseguinte, excepcionais e inesperadas necessidades especiais – apesar de se admitir, excepcionalmente, a instituição de créditos adicionais e de remanejamento de recursos.

¹⁷⁵ O surgimento da reserva do possível na Alemanha ocorreu quando candidatos às vagas de cursos em algumas universidades públicas exigiram que fosse cumprido o que dizia o art. 12, § 1º da Lei Fundamental: “todos os alemães têm o direito de eleger livremente a sua profissão, o lugar de trabalho e o lugar de formação”. Neste julgado, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha decidiu pela reserva do possível, isto é, as prestações estatais ficam limitadas à existência de recursos suficientes, denegando, portanto, o pedido daqueles estudantes (KELBERT, 2011, p. 69-70).

Esta *limitação jurídica* (ou escassez ficta) da reserva do possível destina-se tanto ao contribuinte quanto ao administrador público, a fim de promover a garantia de permanência da segurança jurídica. Ao contribuinte, o respeito aos limites do orçamento traduz o ideal de que os recursos serão cartesianamente investidos em seu próprio bem-estar, conforme traçado por lei. Por outro lado, ao administrador público a existência de um orçamento formalmente definido por lei gera segurança, posto que indicará como e até onde o dinheiro do contribuinte deverá ser investido.

Nesse sentido, o modelo de Estado que vivenciamos trata-se do Estado de Direito ou Estado da legalidade, não havendo, sob os moldes positivistas legalistas, outra opção ao administrador, além do estrito cumprimento da norma, inclusive a orçamentária. Essa premissa perigosamente contorna a construção do mito em torno da reserva do possível, muitas vezes constituindo-se como elisão ao Poder Público quanto ao seu dever perante a efetivação de direitos previstos na Constituição.¹⁷⁶ Nesse sentido, apesar de entendimento contrário de parte da doutrina e da jurisprudência, a questão chave da crítica é que a cláusula da reserva do possível deve se pautar em *escassez real ou econômica* e não *escassez ficta ou jurídica* que pode ser suprida possivelmente no âmbito de uma decisão política.

A segunda limitação é a *fática ou material* e existem duas questões a serem aqui consideradas: há pequenos entes federativos que possuem escassez de recursos em contrapartida à existência de centros urbanos autossuficientes. O primeiro caso é comum devido à jogatina política da década de noventa quando erroneamente foram emancipados diversos Distritos, transformando-os em Municípios com insuficiente arrecadação tributária, consequentemente com baixa capacidade administrativa. O que é observado é que para suprir a falta desses recursos próprios são realizadas transferências orçamentárias da União e do Estado para o Município, repasse de FPM e de outros fundos especiais, repasse de impostos. Em síntese, verifica-se que os Municípios nesta situação só sobrevivem às expensas do pacto federativo.

Já no segundo caso, nos Municípios com alta arrecadação e aparente autossuficiência de recursos, há de enfatizar que, justamente por serem, em regra, grandes centros urbanos e possuírem grande contingente populacional, as demandas sociais são imensas e o fluxo de necessidades é maior. Logo, a situação é inversamente proporcional, pois apesar de uma grande

¹⁷⁶ Em severa crítica sobre a admissibilidade da aplicação da reserva do possível, Sgarbossa rechaça: “A despeito de todo apelo ao realismo feito pela doutrina dos custos dos direitos, de se notar que a mesma se baseia, em regra, em uma escassez de tipo ficcional, qual seja, aquela engendrada pela peça orçamentária. A escassez aqui denominada *ficta ou jurídica* enquadra-se no tipo intitulado por John Elster *escassez artificial* e, portanto, ostenta a característica pelo mesmo apontada, no sentido de poder o Estado, por uma decisão política, suprir a demanda.” (SGARBOSSA, 2010, p. 219-220)

receita que confere maiores recursos, as despesas são maiores devido às inúmeras e crescentes necessidades sociais. Isso demonstra outra realidade bastante distinta que não pode ser ignorada.

No que tange aos argumentos proferidos pelos entes políticos quanto à aplicabilidade da reserva do possível, Daniel Sarmento também salienta que tal teoria sujeita à apreciação de dois aspectos distintos, a saber, um fático e outro jurídico. O elemento fático refere-se à “[...] efetiva disponibilização dos recursos econômicos necessários à satisfação do direito prestacional, enquanto o componente jurídico relaciona-se à existência de autorização orçamentária para o Estado incorrer nos respectivos custos.” (SARMENTO, 2010, p. 569).

Diante do exposto, o mito da reserva do possível aparenta muitas vezes ser uma saída do Poder Público para cercear e relativizar o cumprimento de sua responsabilidade constitucionalmente instituída, pois falar na evocação de tal teoria como aspecto limitador dos compromissos públicos quando logicamente existe escassez de recursos pode ser aceitável (OLSEN, 2011, p. 190). Entretanto, nem todos pensam assim, pois há dissenso doutrinário. Existem três interpretações importantes acerca da reserva do possível, conforme já observado por Paulo Caliendo, em obra coletiva organizada por Ingo Sarlet (CALIENDO In SARLET; TIM, 2010, p. 188).

Numa discussão sobre a quem escolher quando de um lado há “milhares de doentes vítimas de doenças comuns à pobreza e de outro lado um pequeno número de doentes terminais de doenças raras ou de cura improvável”, Gustavo Amaral defende que cabe ao Executivo a escolha (2001, p. 52-53). Neste sentido, Andreas Krell é radical ao dizer “tratar todos! E se os recursos não são suficientes, deve-se retirá-los de outras áreas (transporte, fomento econômico, serviço de dívida)” (2002, p. 53). Surge nesse radicalismo uma *primeira corrente* sobre a inaplicabilidade da reserva do possível. Apesar de minoritário, esse posicionamento afasta a possibilidade de sua aplicação, pois, segundo o pensamento de Krell, a utilização da cláusula da reserva do possível não leva os direitos a sério, pois favorece politicamente o administrador e relativiza o compromisso do Estado na concretização de direitos invioláveis (KRELL, 2002, p. 53).

Como *segunda corrente*, tem-se aquela sustentada por autores como Gustavo Amaral; Flávio Galdino e Luiz Nunes Pegoraro. Esta corrente concorda que o entrave à efetivação de direitos ocorre em detrimento da escassez de recursos orçamentários, admitindo, como necessária, a aplicabilidade da reserva do possível, haja vista que os direitos fundamentais só poderão ser efetivados na medida do possível. A grosso modo, a reserva do possível apregoa tal premissa, ou seja, determina a vinculação da preexistência de recursos econômicos. Dessa

forma, há o compromisso do Estado em efetivar os direitos, conquanto haja recursos disponíveis, não se admitindo omissões injustificadas por parte da Administração Pública. O Judiciário pode condenar o Executivo à criação de políticas públicas, o que justifica a interferência de um poder sobre o outro sem considerar ativismo e sem gerar lesão ao princípio da separação dos poderes.

Nesse íterim, o emprego da concepção de reserva do possível tem servido de justificativa para que o Estado não cumpra a sua função de efetivação de direitos fundamentais (seu papel de sujeito passivo), pois tal teoria impõe limites à realização de direitos fundamentais pela via judicial.

Por fim, existe ainda uma *terceira corrente* asseverando que a aplicação da reserva do possível deve ser moderada e com ressalvas, condicionada ao respeito e ao cumprimento do *mínimo existencial*¹⁷⁷, o qual não pode ser jamais renunciado (Ana Paula de Barcellos e STF, em decisão da 2ª Turma sobre a ADPF nº 45/DF, julgada em 29/04/04 e no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 410.715-5/SP, julgado em 22/11/05).¹⁷⁸ Barcellos reforça que este

¹⁷⁷ Mesmo com fundamento no direito ao mínimo existencial, o TJMG já se manifestou no sentido da segunda corrente, admitindo a razoável aplicação da reserva do possível sem impor como condição para aplicabilidade o cumprimento de um piso vital, o que, de certo modo, legitima a exoneração de direitos pelo administrador público. Vejamos o teor do acórdão mineiro: “Devido a essa estreita dependência entre a efetividade dos direitos sociais - que impliquem prestações onerosas ao Estado - e as circunstâncias econômicas e orçamentárias do Poder Público, é que se passou a caracterizar o MÍNIMOEXISTENCIAL exigível como “reserva do possível” que, de acordo com Gustavo Amaral, significa “que a concreção pela via jurisdicional de tais direitos demandará uma escolha desproporcional, imoderada ou não razoável por parte do Estado.” Em termos práticos, teria o Estado que demonstrar, judicialmente, que tem motivos fáticos razoáveis para deixar de cumprir, concretamente, a norma constitucional assecuratória de prestações positivas. Ao Judiciário competiria apenas ver da razoabilidade e da faticidade dessas razões, mas sendo-lhe defeso entrar no mérito da escolha, se reconhecida a razoabilidade.” (BRASIL, TJMG, Apelação Cível nº 1.0024.08.983692-8/001, Julgado em: 04.12.08)

¹⁷⁸ Em posição mais recente se pronunciou o STF, ratificando o argumento de que as razões orçamentárias não devem preponderar diante dos riscos da inércia estatal prejudicar o mínimo existencial, devendo se afastar a aplicação da reserva do possível. Eis o teor da Ementa: “Recurso Extraordinário com Agravo (Lei nº 12.322/2010) – Manutenção de rede de assistência à saúde da criança e do adolescente – dever estatal resultante de norma constitucional – configuração, no caso, de típica hipótese de omissão inconstitucional imputável ao Município – desrespeito à constituição provocado por inércia estatal (RTJ 183/818-819) – comportamento que transgride a autoridade da lei fundamental da República (RTJ 185/794-796) – a questão da reserva do possível: reconhecimento de sua inaplicabilidade, sempre que a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial (RTJ 200/191-197) – o papel do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas instituídas pela constituição e não efetivadas pelo poder público – a fórmula da reserva do possível na perspectiva da teoria dos custos dos direitos: impossibilidade de sua invocação para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao poder público – a teoria da “restrição das restrições” (ou da “limitação das limitações”) – caráter cogente e vinculante das normas constitucionais, inclusive daquelas de conteúdo programático, que veiculam diretrizes de políticas públicas, especialmente na área da saúde (cf, arts. 6º, 196 e 197) – a questão das “escolhas trágicas” – a colmatação de omissões inconstitucionais como necessidade institucional fundada em comportamento afirmativo dos juízes e tribunais e de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito – controle jurisdicional de legitimidade da omissão do poder público: atividade de fiscalização judicial que se justifica pela necessidade de observância de certos parâmetros constitucionais (proibição de retrocesso social, proteção ao mínimo existencial, vedação da proteção insuficiente e proibição de excesso) – doutrina – precedentes do supremo tribunal federal em tema de implementação de políticas

mínimo existencial é considerado o respeito a um conteúdo mínimo de direitos fundamentais com ênfase na satisfação de direitos sociais como à saúde pública, ao saneamento básico e à educação de nível fundamental (2002, p. 15). A ADPF nº45 põe em evidência a necessidade de proteção dos direitos sociais, ainda que se traduza numa dimensão política de atuação do Judiciário:

Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais - que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional (BRASIL, STF, ADPF n. 45, Julgado em: 29.04.04).

Para a ADPF nº 45, a responsabilidade do Estado deve considerar, a princípio, os limites jurídico e material à aplicação da reserva do possível. No entanto, ainda devem ser considerados outros pressupostos à aplicabilidade de tal teoria: i) *razoabilidade da pretensão*, ou seja, verificar se o objeto pleiteado é lícito, possível e determinado, devendo ser reconhecido pelos órgãos administrativos competentes. Por exemplo, em casos de requerimentos de saúde, é preciso haver a aprovação da Anvisa, do Ministério da Saúde e do SUS; ii) *disponibilidade de recursos*.

Acerca da efetividade dos direitos sociais Olsen reforça que tais direitos “[...] decorrem da busca do atendimento das necessidades humanas, correspondem a imperativos da dignidade, e deveriam ser satisfeitos independentemente da provisão do mercado.” (2011, p. 311). No entanto, observa que “[...] a positivação desses direitos em cartas constitucionais não foi suficiente para garantir sua exigibilidade.” (OLSEN, 2011, p. 311)

A dependência de recursos econômicos para efetivar direitos sociais faz parte do entendimento que defende que normas que consagram tais direitos são de natureza programática. Logo, requerem investimentos na criação de políticas públicas para se tornarem exigíveis, sendo indispensáveis à realização da dignidade da pessoa humana, conforme relatado pelo STF, em voto do Ministro Luiz Fux:

Por outro lado, defensores da atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, em especial do direito à saúde, argumentam que tais direitos são indispensáveis para a realização da dignidade da pessoa humana. Assim, ao menos o

públicas delineadas na Constituição da República. (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – existência, no caso em exame, de relevante interesse social – Recurso de Agravo improvido.” (BRASIL, STF, Ag. Reg. No Recurso Extraordinário com Agr. 745.745/MG, Julgado em: 02. 12.2014).

‘mínimo existencial’ de cada um dos direitos – exigência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana – não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial. (BRASIL, STF, Julgado em: 13.09.11)

A tendência da jurisprudência brasileira tem sido reconhecer que os direitos inscritos na Constituição sejam exigidos de plano¹⁷⁹, o que gera imediato alargamento dos deveres do Estado, propiciando o aumento de dispêndios do erário (recursos coletivos) para a garantia desses mesmos direitos, tal como assevera Holmes e Sunstein:

[...] é uma investigação empírica saber os tipos de interesses que, particularmente, uma sociedade politicamente organizada atualmente protege. Dentro desta moldura, um interesse se qualifica como direito quando um efetivo sistema trata-o como tal usando recursos coletivos para defendê-los.¹⁸⁰ (1999, p.17) (tradução livre)

Em suma, um interesse se torna direito quando o Estado disponibiliza recursos à sua defesa. Reforça-se, portanto, que, como os direitos fundamentais estão atrelados à intervenção estatal para o patrocínio dos mesmos, considerados, nos termos da teoria dos custos, como *bens públicos*. Na decisão do Agravo de Instrumento n. 97.000511-3, tendo por Relator o Desembargador Sérgio Paladino, o TJSC entendeu que não é lícito ao julgador negar tutela a “direitos naturais de primeiríssima grandeza sob o argumento de proteger o Erário.” (BRASIL, TJSC, Julgado em 18.09.97)

Efetivar direitos fundamentais exige a disponibilidade de recursos estatais indispensáveis à satisfação de prestações materiais aos cidadãos. Lado outro, a reserva do possível não pode ser encarada como um pretexto do Poder Executivo na omissão de suas prestações públicas, pois deve haver o respeito e o comprometimento perante o cumprimento dos direitos fundamentais.

É preciso haver cautela ao se justificar a reserva do possível, pois o Estado não pode destituir-se de sua condição de sujeito passivo dos direitos fundamentais. Também não pode se valer de auspiciosas limitações orçamentárias para se esquivar das responsabilidades e

¹⁷⁹ O Texto Constitucional, no art. 5º, § 1º, foi categórico ao afirmar a auto-aplicabilidade dos direitos fundamentais, sem vislumbrar o mérito da possibilidade de restrições orçamentárias. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário n. 271.286-RS, através do voto do Relator Ministro Celso de Mello, entendeu pelo afastamento da natureza programática das normas constitucionais, caso esse fator impeça a eficácia imediata pretendida pelo art. 5º, § 1. Nesse sentido pronunciou-se afirmando que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política: “[...] não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.” (BRASIL. STF. Julgado em: 12/12/2006)

¹⁸⁰ “[...] it is an empirical inquiry into the kinds of interests that a particular politically organized society actually protects. Within this framework, an interest qualifies as a right when an effective legal system treats it as such by using collective resources to defend it.” (HOLMES; SUNSTEIN, 1999. p.17).

compromissos em efetivar ações públicas. As prestações sociais devem ser concretizadas ainda que as receitas públicas sejam insuficientes de realizá-las a um só tempo, posto não conferir ao Estado um comportamento de inércia perante determinados bens jurídicos submergidos em risco e que necessitam de uma tutela especial. Por isso planejar é tão importante, pois modula a forma como os recursos deverão ser dispendidos mesmo numa escala de escassez.

5.2A constitucionalização das finanças públicas: as premissas à implantação da proposta estratégica de planejamento integrado¹⁸¹

No decorrer de nosso constitucionalismo a gestão pública brasileira foi tarimbada pela formação de modelos expressivos de planejamentos estatais. Até o galgar do atual padrão constitucional tripartite foi preciso atravessar por outras etapas significativas. A experiência pioneira demarcou-se pela fase do *planejamento ocasional*, iniciada logo após a Proclamação da Independência, perdurando até 1939. Sua grande característica foi a ocasionalidade e a inexistência de continuidade com a qual a Administração Pública encarava problemas que necessitavam de ação permanente e prévia elaboração. Constituiu-se como um período de planejamento precário e ao mesmo tempo complexo, haja vista ter atravessado a transição da forma de governo monárquica para a republicana.

Nesse contexto, da independência do Brasil (1822) até o final da década de 30, passamos por quatro Constituições. A primeira delas, de 1824, firmada sob as bases imperiais, não primou, em primeiro momento, pela fixação de regras de planejamento administrativo contínuo. Ainda assim, instituiu a Fazenda Nacional e o instituto do Tesouro Nacional, responsáveis pela captação de receitas e despesas das Províncias do Império. Entretanto, ateve-se à competência do Poder Executivo (então Imperador) na elaboração do projeto orçamentário, cabendo-lhe enviar à Assembleia-Geral, a quem competia sua aprovação (art. 13, inc. X). (CARDOZO; QUEIROZ; SANTOS, 2011, p. 802).

A Constituição de 1891 também não se refere diretamente ao planejamento das finanças públicas, sequer mencionando regras para o orçamento. No entanto, faz vaga menção às fontes de receitas, referindo-se à capacidade tributária dos entes em estabelecer taxas e impostos (principalmente em se tratando da competência da União). Enfim, não havia um sistema constitucional de planejamento público. Os avanços começam com a Constituição de 1934.

¹⁸¹ Essas ideias são defendidas no âmbito das discussões e atividades extensionistas realizadas pelo Núcleo Jurídico de Políticas Públicas (NUJUP), vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Minas, cujo desenvolvimento e recorte epistemológico foram objeto das pesquisas abordadas nesta tese.

Além de prever normas de tributação, foi além ao instituir regras para a elaboração do orçamento em seu art. 50. Dentre as normas estabelecidas, prescreveu a unidade orçamentária e a permissão excepcional, e mediante lei, à abertura de créditos suplementares (art. 50, § 3º, alínea *a*).

Na Constituição de 1937, surge o Conselho da Economia Nacional, responsável pelo estudo e emissão de parecer sobre o preparo de projetos de iniciativa governamental (art. 60). Também foi atribuição desse conselho promover a organização corporativa da economia nacional (art. 61, *a*). Sua composição era formada por representantes dos vários ramos da produção nacional, cuja finalidade era alavancar o crescimento econômico brasileiro. É nesse momento que a economia do setor público passa a ser dialogada com o setor privado, permitindo-se a intervenção de associações profissionais ou sindicatos reconhecidos em lei. Também instituiu, para auxiliar na elaboração orçamentária, o Departamento Administrativo, órgão com a prerrogativa de organizar anualmente, de acordo com as instruções do Presidente da República, a proposta orçamentária, fiscalizar a execução do orçamento e realizar o estudo pormenorizado das repartições, departamentos e estabelecimentos públicos. A finalidade desse departamento era determinar, do ponto de vista da economia e da eficiência, as modificações a serem feitas na organização dos serviços públicos, sua distribuição e agrupamento, dotações orçamentárias, condições e processos de trabalho, relações de uns com os outros e com o público (art. 67, *alíneas a, b e c*). Outro feito desta Constituição foi a determinação de que a discriminação ou especialização da despesa fosse realizada por cada serviço, departamento, estabelecimento ou repartição específicos, com dotações orçamentárias próprias. Ou seja, o orçamento passaria a ser fragmentado de acordo com as necessidades de cada setor público.

Portanto, nessa fase do planejamento ocasional, “[...] são raros os exemplos de atividades planejadas em toda a fase colonial, no império e na primeira república e os que podem ser encontrados trazem a marca da eventualidade.” (COSTA, 1971, p. 14-15). Uma vez definido o orçamento, não se previa a possibilidade de ações estratégicas posteriores que facilitassem o transcurso de sua execução, tal como o uso de créditos adicionais¹⁸².

A partir do início dos anos 40, introduziu-se um novo momento conhecido como *fase do planejamento empírico*, em que, já com alguma organização, utilizava-se da experiência e

¹⁸² Sobre créditos adicionais, os arts. 40 e 41 da Lei nº 4320/64 prescrevem que são as autorizações de despesa não computadas ou insuficientemente dotadas na Lei de Orçamento, classificados nas seguintes espécies: I - suplementares, os destinados a reforço de dotação orçamentária; II - especiais, os destinados a despesas para as quais não haja dotação orçamentária específica; III - extraordinários, os destinados a despesas urgentes e imprevistas, em caso de guerra, comoção intestina ou calamidade pública. (BRASIL. **Lei nº 4320**, de 17 de março de 1964. “Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.” (BRASIL, 1964).

análise dos resultados anteriores como forma de se fixar os parâmetros orçamentários. A premissa era que a administração governamental estivesse atrelada a um objetivo predeterminado, o que caracterizava a adesão oficial ao planejamento nesta fase, com o reconhecimento governamental da importância e imperiosidade de determinar os empreendimentos públicos em programas de ação. Não se dominavam as técnicas de planejamento, nem se contava com um arcabouço administrativo apto a fornecer os dados necessários à elaboração de planos, bem como se estabelecer o controle de sua execução. (COSTA, 1971, p. 28)

Com o fim da Segunda Guerra Mundial teve início uma nova era do planejamento estatal conhecida como fase do *planejamento científico*, baseada no emprego de técnicas de contabilidade financeira, controle fiscal, conhecimentos de economia do setor público, arcabouço constitucional e emprego de lei. A partir de então tivemos a aceitação da importância do planejamento à Administração Pública através de sua sistematização e sua disciplina. “O plano passa a ser de fato o roteiro, o guia, o ponto de convergência e de informações de todas as atividades governamentais.” (COSTA, 1971, p. 36) Desse modo, “o Plano Salte (saúde, alimentação, transportes e energia), e, mais adiante, o Plano de Metas de Juscelino Kubitschek, até os mais recentes planos plurianuais foram determinados constitucionalmente” (GIACOMONI; PAGNUSSAT, 2006, p. 46).

O art. 73 da Constituição de 46 determinava que o orçamento fosse uno, criado por único ditame legal, sem prever outras leis que integrassem o planejamento das finanças públicas. Ainda não havia previsão de plano plurianual, tampouco de diretrizes orçamentárias para além da lei do orçamento anual. Seu § 2º estabelecia que o orçamento da despesa fosse dividido em duas partes: uma fixa, que não poderia ser alterada senão em virtude de lei; outra variável, que obedecesse a rigorosa especialização (previsão de possibilidade de transferência de dotação orçamentária para créditos adicionais).

Sob o crivo desta Constituição, foi editada a Lei nº 4.320/64, responsável por estabelecer normas gerais de Direito Financeiro e controle dos orçamentos e balanços de todos os entes federativos. Da redação de seu art. 2º, à LOA compete discriminar as espécies de receitas e despesas, evidenciando a política econômica financeira e o programa de trabalho do governo, obedecidos os princípios de unidade universalidade e anualidade. Influenciada por regimes totalitaristas, seu art. 4º determina que a lei orçamentária compreenda todas as despesas próprias dos órgãos do governo e da Administração Pública então centralizada.

A previsão constitucional de plano plurianual foi introduzida por força do art. 65, § 6º, da Constituição de 1967, prescrevendo que o orçamento consignasse dotações plurianuais à

execução dos planos de valorização das regiões menos desenvolvidas. Outro ponto inovador desse mesmo Texto Constitucional foi a admissibilidade de autorização para abertura de créditos adicionais suplementares mediante prévia autorização legislativa e com indicação de receita correspondente (arts. 63, inc. I e 64, § 1º, alínea c). Isso significou um salto em termos de inserção de possibilidades de estratégias no planejamento público, amplificando-se o campo de discricionariedade.

A Constituição de 1967 recebeu em 1969 uma nova redação em decorrência da Emenda nº 1 decretada pelos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar no exercício da Presidência da República. Não obstante seja formalmente uma Emenda à Constituição de 1967 e embora haja controvérsias quanto à sua natureza, devido às mudanças substanciais ocasionadas pela Ditadura Militar quanto ao texto da Constituição anterior, foi considerada uma nova Constituição de caráter outorgado. No entanto, em matéria de planejamento orçamentário manteve praticamente a íntegra da Constituição de 1967, apenas se distinguindo por ressaltar, em seu art. 63, que o orçamento plurianual de investimento consignaria dotações para a execução dos planos de valorização das regiões brasileiras menos desenvolvidas, argumento considerado de mera retórica.

É nesta conjectura que se consolidou a formalização do planejamento estatal, reforçada pela edição do Decreto-lei nº 200/67, dispondo que as atividades da Administração Pública Federal obedecessem a determinados preceitos basilares, dentre os quais se destacava o princípio do planejamento (art. 6º, in. I). O mesmo diploma legislativo explicitou que a ação governamental se sujeitasse ao planejamento, com o objetivo de promover o desenvolvimento econômico-social e a segurança nacional, norteados por planos e programas. Ainda, esclareceu que o ato de planejar compreendesse a elaboração e a atualização de instrumentos básicos como o plano geral de governo, programas gerais, setoriais e regionais, de duração plurianual, o orçamento-programa anual e a programação financeira de desembolso.¹⁸³

A partir da década de 80, o Estado brasileiro implementou vários planos na tentativa de ajustar o cumprimento das funções de distribuição e de estabilização do governo¹⁸⁴. As aplicações destes planos sempre tiveram como foco a parte econômica, pois na ocorrência de

¹⁸³ BRASIL. **Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. “Dispõe sobre a organização da Administração Pública Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências.” (BRASIL, 1967).

¹⁸⁴ “Assim, a função de distribuição do governo tem como principal objetivo utilizar mecanismos que visem ajustar a distribuição da renda e da riqueza na sociedade, tornando-a a menos desigual possível. [...] A função de estabilização do governo utiliza instrumentos macroeconômicos para manter certo nível de utilização de recursos e estabilizar o valor da moeda. Assim, esta função surge para assegurar um desejável nível de pleno emprego e estabilidade dos preços que não são automaticamente controlados pelo sistema de mercado.” (RIANI, 1990, p. 38-39)

instabilidade na economia com aumento dos índices de desemprego, o governo reagia aumentando o nível de demanda no mercado, com elevação de seus gastos ou diminuição de seus tributos, no esforço de recolocar a produção no pleno emprego. Diante de inflação, a reação do governo seria reduzir o nível de demanda no mercado, por meio de ajustes nos seus gastos e nos impostos, diminuindo os preços.

O planejamento governamental em todos os níveis (federal, estadual e municipal) foi utilizado com a finalidade de estabilização econômica ou de desenvolvimento regional (*e.g.*, SUDENE). Todos estes planos não conseguiram alcançar os resultados esperados, sempre com muito pouco impacto na parte social.

Desse modo, “[...] o país tornou-se maduro do ponto de vista industrial e avançou no plano tecnológico, ao longo desses planos, mas, em especial na educação, saúde e nas demais condições de vida para os mais desfavorecidos da população permaneceu desigual” (TORRES, 2000, 59-61).

Ainda nos anos 80 presenciou-se um paradoxo iniciado pelo crescimento econômico nacional assentado numa proliferação de enorme quantidade de empresas estatais, cujos investimentos públicos extraídos do planejamento orçamentário deram grande aporte financeiro a esses setores, finalizando-se com uma grande crise financeira. Severas eram as críticas pertinentes à forma desordenada de intervenção do Estado na economia, adentrando em setores de menor relevância social como forma de exploração da atividade industrial e comercial. (*v.g.*, a criação de redes de hotelarias públicas). Paralelamente, tais investimentos causaram forte crise financeira do Estado e insatisfação social pela falta de políticas públicas concretas que atendessem aos direitos fundamentais. (RIANI, 1990, 49-50)

O planejamento público brasileiro, após a vigência da Constituição de 88¹⁸⁵, por força de seu art. 165, inovou ao estabelecer o *modelo constitucional tripartite* de finanças públicas, determinado por *três planejamentos orçamentários* definidos por lei: o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual. Também criou os chamados *orçamentos vinculantes*, com limites mínimos de investimentos públicos exigidos em áreas como a educação e a saúde. O planejamento público, antes de ser elaborado, “[...] deve levar em conta a atividade e o êxito de seus serviços, considerando as legislações pertinentes, os serviços

¹⁸⁵ “A Constituição Brasileira, ao estabelecer que o planejamento é indicativo para o Setor Privado, de qualquer forma estabeleceu que esse planejamento deve ser feito. O problema é que a experiência brasileira em planejamentos sempre se caracterizou pela baixa confiabilidade, pela turbulência – o que leva o Setor Privado a não seguir tais orientações, já que elas são meramente indicativas.” (CARDOZO; QUEIROZ; SANTOS, 2011, p. 696).

públicos ofertados, as questões sociais e a qualidade de vida dos cidadãos, [...] o negócio e o sucesso de seus produtos ou serviços.”(REZENDE, 2011, p.1)

No planejamento é preciso haver um conjunto de atitudes ou comportamentos mesmo antes da elaboração. Para ter uma administração estratégica os processos e etapas devem ser contínuos e de forma cíclica, necessitando atuar de forma integrada a seu ambiente. O ambiente está em constante mudança e por isto os gestores devem estar prontos a realizar modificações para atender de modo que as metas da organização possam obter sucesso. Quanto a isso, o planejamento público, muito embora seja definido por lei e atrelado a uma natureza autorizativa, para o seu dinamismo e adequação às necessidades públicas precisa dispor de atos discricionários, a exemplo da possibilidade de remanejamento de dotação orçamentária transferindo recursos entre uma área e outra de interesse públicos em casos excepcionais ou de urgência. Isso revela a presença do planejamento estratégico na Administração Pública.

Para as Ciências Gerenciais, o planejamento estratégico é um processo com um ciclo retroalimentado e em constante amadurecimento, consistente em parte das funções ou processo da administração. A informação e o conhecimento de todo ambiente são fundamentais aos gestores responsáveis pelas decisões, sobretudo a ciência sobre as demandas sociais concretas para que se estabeleçam critérios de prioridades para as escolhas trágicas diante de tantas necessidades e em detrimento da escassez de recursos.

Segundo Rezende, seja na gestão privada ou na pública, qualquer tipo de organização desenvolve funções ou atividades comuns que devem ser reconhecidas para a devida elaboração do planejamento estratégico: “[...] produção ou serviços; comercial ou marketing; materiais ou logísticas; financeira; recursos humanos; e jurídico-legal” (2011, 19). Ainda segundo o autor, nas organizações públicas, produção e serviços são os serviços públicos, comercial e marketing são os projetos de marketing social e divulgação ou comunicação pública (REZENDE, 2011, p. 15).

Sendo assim, comparativamente a gestão pública é orientada para a prestação de serviços públicos com o objetivo de atender à satisfação de seus clientes (os cidadãos), ao passo que a gestão privada direciona-se para a produção e serviços com o objetivo da lucratividade. Em ambos os casos, é através do planejamento que os gestores terão o controle e organização de todas as etapas, gerindo os recursos de forma a atender os seus objetivos.

Em síntese, o planejamento estratégico público ou privado tem como ponto forte a descentralização das decisões, o que já se revela tendência do próprio Direito Administrativo moderno. (DOWBOR, 1987, p. 18). Todas as atividades da Administração Pública têm que ser geridas de forma organizada, buscando constantemente o atendimento dos objetivos

estabelecidos em prol do interesse público. Mesmo em face da existência de recursos da Administração Pública, sem o adequado planejamento não há como executar o orçamento de modo eficiente e eficaz.

5.3 O planejamento integrado e a gestão horizontal dos recursos públicos: estratégias de intragovernabilidade orçamentária

A concretização de direitos fundamentais por meio das decisões judiciais é um mau caminho tomado pela função administrativa – sobretudo os direitos sociais, cuja efetividade requer investimentos de alta onerosidade, não obstante o reconhecimento de que todo direito gera custos para o Estado, conforme reiterado por Sunstein e Holmes. Andreas Krell destaca que ao Judiciário faltaria capacidade à elaboração de políticas públicas coesas e que respeitem os planos orçamentários. (2002, p. 85).

A ação preventiva da Administração Pública pela via devida do planejamento público, organizado através da destinação de recursos contemplados na legislação orçamentária, canalizando as diversas necessidades públicas, seja em orçamentos vinculados, seja em discricionários, permite o uso de estratégias mais comprometidas com a máxima do princípio da eficiência. Esse princípio impõe ao Poder Público a “[...] busca pelo aperfeiçoamento na prestação dos seus serviços, como forma de chegar à preservação dos interesses que representa.” (SPITZCOVSKY in: CARDOZO; QUEIROZ; SANTOS, 2011, p. 52).

Nesse caso, à procura de uma solução que atente a favor da economicidade, com aspiração nos pressupostos da teoria dos custos dos direitos, veiculando a aproximação e o diálogo entre o Direito e a Economia¹⁸⁶, o planejamento integrado, como tática de planejamento estratégico no setor público, apresenta-se como alternativa viável, pois reafirmaria a função executiva e, em consequência, geraria menos demandas ao Judiciário.

Além disso, condenações judiciais impondo o cumprimento de direitos onerosos induzem ao emprego de procedimentos administrativos que, mesmo lícitos, podem funcionar como subterfúgio à elisão de licitação para a contratação de compras (como de medicamentos), ou serviços (como tratamentos ou exames mais sofisticados não fornecidos pelo SUS) – é o caso da aplicação da dispensa de licitação em vista de situações emergenciais (art. 24, Lei nº

¹⁸⁶ “Por que o Direito deveria dialogar e se aproximar da Economia? [...] a Ciência Econômica preocupa-se com a eficiência no manejo dos recursos sociais escassos para atender ilimitadas necessidades humanas – que é um problema-chave quando se falam de direitos sociais ou mais genericamente fundamentais.” (TIMM. In: SARLET; TIMM, 2010, p. 53)

8666/93) ou da inexigibilidade de licitação, cujo produto seja fabricado ou comercializado por único fornecedor (art. 25, Lei nº 8666/93).

A contratação direta decorrente da necessidade de atendimento de pedido exigido em sentença judicial onera os custos de serviços, compras ou outros objetos que poderiam constar nas pastas orçamentárias e serem obtidos mediante licitação, cuja competição permite à Administração Pública melhores critérios à sua aquisição, como melhor preço, melhor técnica, ou melhor preço e técnica.

Outro dissidente efetuado por condenações judiciais desse porte é que extraem do orçamento valores ao pagamento das condenações que interferem na destinação e disponibilidade de recursos, alterando o planejamento pautado preliminarmente no binômio receitas/despesas. De certo modo, isso é um fator que gera insegurança jurídica ao Estado que carecerá rever suas finanças públicas em decorrência desse fato extraordinário, superveniente e imprevisível.

Como os direitos fundamentais dependem de mecanismos de execução que consistem nas próprias ações articuladas pelas instâncias governamentais, não se pode estabelecer o cumprimento de direitos sem o governo. Porém, não se pode olvidar que o reconhecimento dos custos dos direitos induz à reflexão em torno de uma realidade fática presente nas Administrações Públicas brasileiras: a escassez de recursos inversamente proporcional a um emaranhado complexo de demandas, o que leva à necessidade de análise sobre a aplicação da reserva do possível.

A objeção da falta de recursos é uma dimensão fática da reserva do possível que limita materialmente a atuação do Estado. Há também uma dimensão jurídica que diz respeito à disponibilidade de meios e recursos à efetivação dos direitos sociais. Os recursos até podem existir, mas só são disponibilizados se formalmente estiverem autorizados na legislação orçamentária dentro de seus limites impostos. (KELBERT, 2011, p. 82-83).

Essencialmente, o impasse dos custos dos direitos fundamentais exige uma refinada atuação estratégica do governo, valendo de novas táticas de planejamento estatal que permitam, de certo modo, amenizar o problema da limitação material orçamentária em prol da efetivação de tais direitos. A elaboração e a execução do orçamento devem observar a premissa de que as despesas não podem ser superiores às receitas para que não se comprometa o fluxo das políticas públicas atenderem às necessidades coletivas. Por isso, a redução de despesas deve ser encarada como uma estratégia válida para que não se prejudique o equilíbrio do erário, bem como o dever estatal no atendimento dos diversos níveis de interesses públicos, sobretudo nas áreas de investimentos prioritários.

O formalismo do sistema constitucional orçamentário, a insuficiência ou falta do devido planejamento público e a desvinculação entre os atos políticos e os atos administrativos na gestão orçamentária são fatores complexos que desestabilizam o cumprimento da função administrativa tão cara aos cofres públicos. O planejamento mais uma vez se desdobra como necessário ao resguardo da segurança jurídica por permitir a eleição de critérios objetivos e legais para as escolhas trágicas diante da tensa relação entre demandas e recursos.

Como proposta alternativa aos novos sistemas administrativos, o planejamento integrado surge com o escopo de promover a eficiência e a economicidade por meio do emprego de estratégias horizontais de integração entre metas e ações ocorridas entre os órgãos de uma mesma esfera administrativa na produção de políticas públicas capazes de satisfazer as necessidades públicas. Em artigo defendido em co-autoria com Marinella Machado Araújo, assim sustentamos:

Por essas razões, e diante da possibilidade desses impasses na gestão pública, é que o planejamento integrado se revela promissor, pois preserva o cumprimento das funções típicas dos poderes, prevenindo o Executivo contra possíveis intervenções judiciais para o cumprimento de suas metas sem que haja a afetação do mérito administrativo. (AZEVEDO; ARAÚJO, 2012, p. 28).

De certo, a horizontalização do orçamento, integrando as políticas públicas entre mais de uma Secretaria ou Ministério (intersecretorialidade), facilita a cooperação entre os órgãos governamentais de uma mesma esfera administrativa. Isso é uma inovação nos sistemas administrativos modernos para superar a escassez de recursos proveniente da limitação orçamentária, considerando-se o peso da universalidade de desafios da gestão:

Todos requerem, para sua realização de melhores resultados, satisfazer os atributos de velocidade, flexibilidade, integração e inovação, tornando mais permeáveis suas fronteiras hierárquicas, verticais; de especializações e funcionais, horizontais; externas; e geográficas. (grifos nossos) (JUND, 2008, p. 4)

No planejamento integrado, o recurso preso à determinada pasta auxilia no cumprimento de metas de outra. Ou seja, em respeito à vedação da Lei nº 4320/64, o recurso de uma Secretaria ou Ministério tem que ser gasto somente por eles mesmos, conforme especificação das leis orçamentárias, não se transferindo a outra pasta de interesse público distinta, como da educação à saúde.

A ideia é que no planejamento integrado as políticas sejam articuladas para que ocorra a otimização dos recursos que são escassos. Assim, a ação de uma pasta deve executar seu próprio orçamento, ou seja, a gestão do recurso pode ser diferida, mas a execução não. Não obstante, uma mesma ação pode repercutir para a realização de metas de outra pasta distinta –

dessa maneira ocorre uma gestão indireta de recursos de uma área para outra distinta (execução diferida) sem haver a transferência direta de recursos. Como exemplo, tem-se a seguinte situação: uma Secretaria Municipal de Meio Ambiente pode criar estações de tratamento de água através da execução direta de suas verbas (recursos orçamentários). Com isso, favorece o cumprimento de metas da Secretaria Municipal de Saúde na manutenção da saúde preventiva. Observa-se que, nesse caso, a integração garante um reforço da capacidade institucional do próprio Município (sua capacidade financeira e administrativa).

Logicamente, o planejamento integrado não pode ser analisado isoladamente, fora de um contexto que abranja outras perspectivas que devam ser observadas pelo setor público¹⁸⁷, porque se interpenetra a outros *standards* de gestão, cuja agregação facilita a configuração de planos mais eficientes, que assim contribuem com a política econômica do Estado¹⁸⁸.

Partindo desse raciocínio, não se pode desprezar que o centro do ordenamento jurídico democrático é o ser humano. Nem se trata de uma perspectiva meramente utópica elevá-lo à prioridade de ações em matéria de planejamento público, mas de consequência determinante do próprio modelo de Estado que pretendemos consolidar. Por isso, dinâmicas de integração intra-órgãos e intragovernamentais que repriorizem ou que consigam otimizar recursos públicos escassos, promovendo ações destinadas a alterar as relações sociais existentes (planejamento integrado), são tão importantes. Porém, nos planos que esboçam estratégias administrativas dessa natureza devem ser inseridas ações visando à sustentabilidade. Esta deve ser adaptada aos nossos próprios modelos e não nos moldes impostos por padrões internacionais que ignoram a realidade que enfrentamos (CLARK, 2001, p. 172), na expectativa de lograr melhor qualidade de vida para as atuais e as futuras gerações, primando pelo equilíbrio do ambiente urbano (planejamento sustentável).

Nessa mesma linha, o planejamento integrado depende de conexão com instâncias populares, pois afinal, são os interessados pela destinação dos próprios recursos financeiros disponibilizados nos orçamentos.¹⁸⁹ A gestão pública participativa deve aderir da elaboração de planos de ação governamental à sua execução e controle (planejamento participativo).

¹⁸⁷ Questões como a democracia e as preocupações ambientais.

¹⁸⁸ “As políticas econômicas poder ser desenvolvidas tanto pelos poderes públicos, quanto pela iniciativa privada. Invariavelmente elas se interpenetram e se sujeitam aos planos. [...] Em síntese, política econômica estatal é um conjunto de decisões públicas dirigidas a satisfazer as necessidades sociais e individuais, com um menor esforço, diante de um quadro de carência de meios. É, ainda, uma das espécies do gênero políticas públicas.” (CLARK, 2008, p. 104).

¹⁸⁹ “O orçamento, portanto, revela qual segmento da população poderá beneficiado pelo uso do aparato estatal e que problemas terão suas soluções priorizadas pela máquina pública naquele ano, bem como mostra, diante da inexistência de previsões, quais necessidades serão deixadas à própria sorte.” (ARAÚJO; FERES; SILVA, 2006, p. 5).

Assumir essa postura de gestão no setor público não se trata de uma opção ideológica ou de um simples ideário político. Advém, na verdade, da interpretação de imperativos constitucionais (como o princípio democrático) que cooperam com o projeto de Estado Democrático de Direito garantidor da vocalização do povo no processo de escolhas de estratégias de governança, seja por sua inclusão nas decisões governamentais, seja no controle das ações estatais.¹⁹⁰ Desse modo, a escolha por planos integrados executores de políticas públicas interceptoras de diversos setores de interesse público concomitantes ou a adesão a instrumentos cooperativos de intergovernabilidade são opções discricionárias do administrador público que demandam legitimidade obtida apenas por intervenção da participação popular.

Portanto, dentro de suas possibilidades, a gestão pública deve acontecer em decorrência do planejamento integrado, participativo e sustentável. Suas respectivas diretrizes devem se entrelaçar, mantendo relação de interdependência entre si. Nesse intuito, a tríade proposta funciona como *standard* de governança importante à elaboração e à execução dos planos nas políticas econômicas criadas pelo Estado, em quaisquer de suas esferas administrativas. A tentativa de consolidação do desenvolvimento socioeconômico e da preservação ético-cultural dos povos, ao lado da necessidade de otimização dos recursos escassos, exige a inserção desses novos parâmetros de gestão pela Administração Pública brasileira. (AZEVEDO; ARAÚJO, 2013, p. 71).

No âmbito federal, algumas iniciativas já começam a engatilhar em direção a essa visão de planejamento. É o caso do Sistema Integrado de Planejamento e Orçamento (SIOP) implantado pela União. Trata-se de um sistema informatizado que promove o intercruzamento de dados referentes a processos de planejamento e orçamentação do Governo Federal. O objetivo é colaborar com a elaboração e revisão da legislação orçamentária (desde o PPA até a LOA). Assim, atua como um filtro sinalizador entre as políticas públicas, pois analisa as possíveis conexões entre elas dentro dessa mesma esfera de governabilidade, o que pode, a seu turno, estimular a criação de projetos de intersetorialidade, conforme se verá a seguir. Essa sistemática também facilita no instante da verificação de qual será a melhor e mais coerente

¹⁹⁰ Em crítica sobre como a exclusão deslegitima a democracia, Gilberto Bercovici sugere o rompimento da ideia de soberania tradicional que, conforme aponta Muller (2000), faz do povo um ícone. Assim assevera o autor: “O povo não é um mero “ícone” (*“Volk als Ikone”*), que legitima retoricamente o regime político. A democracia legitima a dominação, mas também exige que se dê atenção ao nível, grau e abrangência do cumprimento ou não das pretensões populares no funcionamento cotidiano do ordenamento constitucional. A legitimidade, portanto, está vinculada, no plano da realidade, ao povo, em suas várias formas de expressão. O povo não deve desaparecer do discurso da democracia, mas deve ser levado a sério como realidade, como elemento-chave na política constitucional, com papel de sujeito agente, realmente determinante.” (BERCOVICI, 2011, p. 358).

pasta de onde deva provir a dotação orçamentária. (BRASIL. Portal da Secretaria de Orçamento Federal, 2015).

A tendência pela adoção de estratégias de planejamento integrado também se repete no caso do Governo do Mato Grosso que apresentou o ‘Plano de Desenvolvimento Institucional Integrado (PDI), envolvendo as Secretarias Estaduais de Educação, Segurança Pública e Saúde. A proposta propiciou uma ampla revisão dos planos institucionais até então adotados por cada uma destas pastas que se comprometeram a estipular como meta a integração de suas políticas como tentativa de capitanear mais recursos. A propositura desta espécie de plano resultou, no entanto, de um programa de incentivo desenvolvido pelo TCE matogrossense para auxiliar no planejamento de Prefeituras e do próprio Estado. (BRASIL. Portal do Governo do Estado do Mato Grosso, 2015).

Articulações intragovernamentais, baseadas na integração de recursos, são resultado da horizontalização endógena da Administração Pública que passa a apostar na interlocução de seus próprios órgãos, justificando, assim, o fenômeno da desconcentração administrativa. Tal proposta difere-se das táticas tradicionais administrativistas que têm insistido somente na manutenção de mecanismos de verticalização, baseados na descentralização política¹⁹¹, buscando a cooperação entre entes federativos de esferas distintas. Neste último caso, a logística adotada tem se voltado ao uso de instrumentos como os convênios públicos, ou a adoção de sistemas integrados como o SUS, na saúde, e o SUAS, na assistência social ou, ainda, pelo repasse de recursos públicos de um ente para outro.

Sendo assim, amenizar o problema dos custos dos direitos, enquanto realidade fática que requer constantes investimentos públicos, superando o impasse da rigidez formal e da limitação orçamentárias, exige a introdução de uma nova tipologia de estratégia de gestão. Além do planejamento estatal se pautar em estratégias verticais de cooperação entre os entes, precisa ser repensado em termos de horizontalização das ações de cada esfera administrativa em busca da economicidade para o cumprimento de suas metas e ações, sendo este o grande desafio do planejamento integrado.

O problema na engrenagem desse tipo de planejamento se esbarra na questão da fragmentação da estrutura administrativa, tendência comum a tantos órgãos e entidades no Brasil, que, conforme destaca Sundfeld (2014, p. 68), têm persistido na disputa por seus espaços específicos, muitas vezes concorrendo com órgãos externos e poderes estranhos ao

¹⁹¹ “No Brasil, portanto, em virtude de sua forma federativa, temos uma Administração Pública Federal, uma Administração Estadual, uma Administração Distrital e Administrações Municipais, caracterizando uma “descentralização política” norteada pela convivência, num mesmo território, de diferentes entidades políticas autônomas, distribuídas regionalmente.” (JUND, 2008, p. 21)

próprio Executivo, ao qual tipicamente é atribuída a função administrativa. Particularmente, esse tipo de entrave prejudica a coordenação e o cumprimento dos objetivos, finalidades e competências dos órgãos públicos.

Ademais, a fragmentação perpetua a tradição pela setorialidade de interesse público tutelado por cada órgão de acordo com as especialidades assumidas. Dessa sorte, é mantido o isolamento em torno de cada política pública, mentalidade que precisa ser superada para a modulação do planejamento integrado. E a Administração Pública fragmentada ainda arrisca no agravamento de sua incapacidade ou insuficiência de planejar¹⁹² e executar de maneira integrada a função executiva, nela entendida a função política de tomada de decisões e a função administrativa de execução dessas mesmas decisões políticas. (CARVALHAIS, 2015, 466).

5.3.1 Planejamento integrado e intersetorialidade das políticas públicas como reflexo da indivisibilidade dos direitos fundamentais

É certo que o redimensionamento das políticas públicas, através da gestão integrada horizontal, impõe superar o convencionalismo de que essas mesmas políticas devam ser alicerçadas na consecução de interesses públicos específicos, interpretados de forma isolada pelo gestor.

As políticas públicas executadas de forma setorializada estão condicionadas a uma ultrapassada unilateralidade de foco, segregando outros interesses que poderiam ser conjugados. As políticas de combate à pobreza, a exemplo do ‘Bolsa Escola’, do ‘Bolsa Alimentação’, do ‘Auxílio Gás’ e do ‘Renda Mínima’, não foram, por si só, suficientes para a concretização de direitos sociais, pois todos foram programas pautados no foco setorial, o que não fez cumprir com a efetividade a cada um esperada.¹⁹³

Ao inverso, a interligação entre as políticas públicas avança a partir das premissas do planejamento integrado, em sua dimensão endógena, ou seja, dentro de uma mesma esfera administrativa. A partir de então, as políticas públicas assumem um acoplamento de diferentes dimensões de interesses públicos interligados entre si, com base no orquestramento da *indivisibilidade dos direitos fundamentais*. Assim se caracterizam as políticas públicas

¹⁹² O fato do planejamento se tratar de ferramenta que o Estado dispõe para perseguir o bem comum permite-nos concluir que sua ausência ou insuficiência afetará a face democrática da atuação estatal. (ARAÚJO; AZEVEDO, 2013, p. 170).

¹⁹³ “[...] é importante ressaltar que as políticas de combate à pobreza, então referidas, como Bolsa Escola, Auxílio Gás, Renda Mínima, entre outros, tinham um foco setorial, isto é, cada condicionalidade estava ligada a um setor específico, e cada Programa não apresentava relação direta com outros Programas.” (SANTOS, 2011, p. 47).

intersectoriais¹⁹⁴, marcadas pela integralização de direitos à luz da desconcentração administrativa e em busca da concomitância de resultados (satisfação de mais de um nível de interesse público) e consequente otimização dos recursos orçamentários. Vejamos, portanto, o impacto da teoria da indivisibilidade como fundamento do planejamento integrado horizontal endógeno na instituição da intersectorialidade das políticas públicas.

Como a Constituição de 1988 ampliou significativamente o rol de direitos e garantias fundamentais, tornou-se um dos Textos Constitucionais mais avançados e extensos do mundo no que se refere ao conteúdo material. (PIOVESAN, 2009, p. 25). Mas a promulgação de um amplo campo de direitos fundamentais¹⁹⁵ não é suficiente para o êxito de sua eficácia. É preciso a afirmação da legitimidade do direito concretizado perante o Estado e em face dos cidadãos.

196

Para amenizar os conflitos em torno dos direitos fundamentais, seja no âmbito horizontal ou vertical, é necessário o fomento da eficácia jurídica e social de tais direitos para que se materializem. E entender os direitos fundamentais como o elenco de direitos não concretizados isoladamente, mas complementares uns dos outros, favorece a compreensão e consumação de sua própria eficácia. Essa é a máxima sustentada pela teoria da indivisibilidade dos direitos fundamentais. O então Ministro Gilmar Ferreira Mendes reforça que “[...] cada direito de cada geração interage com os das outras e, nesse processo, dá-se à compreensão.” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 268). Está presente nesse ciclo evidente relação entre os direitos fundamentais, o que destaca a sua indivisibilidade permanente¹⁹⁷ e preexistente em suas distintas dimensões.¹⁹⁸

¹⁹⁴ Tais políticas podem ser entendidas como estratégia jurídica na implementação de programas de natureza social que se processam entre vários setores distintos, visando reduzir as desigualdades sociais existentes em uma sociedade. São instrumentos de promoção da justiça social e ferramentas de efetivação do direito ao mínimo existencial. Entretanto, o conceito de políticas públicas intersectoriais ainda não é apresentado com clareza na doutrina pátria. Por se tratar de palavra composta pelo prefixo “inter” e o radical “setor” foi possível extrair um significado passível de entendimento a partir desta mesma junção semântica e com base na noção de políticas públicas desde antes trabalhada. Assim, exprime o sentido de intercessão de conhecimentos, metas e interesses compartilhados entre ações governamentais integradas pela junção de setores de mesma esfera administrativa. São, ainda, “[...] a articulação de saberes e experiências que propiciam ao planejamento realização e avaliação de políticas, programas e projetos condições para alcançar resultados sinérgicos em situações complexas”. (CONSAD, 2013).

¹⁹⁵ Em alusão ao modelo de Estado Liberal, José Adércio Leite Sampaio resume a noção de direitos fundamentais como aqueles direitos que geram “independência perante o Estado”. (SAMPAIO, 1998, p. 34)

¹⁹⁶ Nesse diapasão, Paulo Bonavides destaca que: “A legitimidade constitucional do País é processo que se não exaure com a promulgação da Lei Maior. Se a promulgação é passo decisivo, não menos decisiva há de ser a fase subsequente, de aplicação das novas regras a uma estrutura poder e a um corpo social minados de vinte e quatro anos de abusos, de ilegitimidade e de decretos-lei.” (BONAVIDES, 2004, p. 245).

¹⁹⁷ Nesse contexto hermenêutico, o reconhecimento da integração e da indissolubilidade dos direitos fundamentais favorece a interpretação da Constituição de modo sistêmico, tendência adotada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), tal como destaca Baracho Júnior: “A ideia de que a Constituição é um sistema de normas e de que a interpretação constitucional deve ser uma interpretação sistêmica consta de diversas

Seguindo o raciocínio de que a Constituição tem um caráter sistêmico concluímos que tal natureza sistêmica e indivisível atinge os direitos fundamentais. É o mesmo entendimento que prospera no STF, que em seu papel institucional de guardião da Constituição associa que o conjunto de direitos fundamentais são assegurados ao ser humano. Tal premissa restou evidenciada em voto da Ministra Cármen Lúcia no HC 89.429, na discussão sobre os excessos e arbitrariedades acerca do uso de algemas como forma de “pena” que se impõe antes mesmo de se finalizar a apuração e o processo penal devido em casos de prisões que provocam grande estardalhaço e comoção pública.¹⁹⁹ Nesse contexto, pronunciou-se o Egrégio Tribunal entendendo ser ato lesivo a um conjunto indissolúvel de direitos fundamentais.²⁰⁰

No julgado em tela, a tese do Supremo enfatizou a garantia do conjunto de direitos fundamentais em detrimento da interligação existente entre os direitos fundamentais da personalidade arrolados no art. 5º, inc. X, da CR/88. A indivisibilidade dos direitos fundamentais também é reconhecida pelo STF no que tange à relação entre o direito à vida e o direito à saúde diante de pedidos de concessão de medicamentos ao Poder Judiciário quando não diretamente fornecidos pelo SUS. Caso precedente foi o julgamento do AGRRE nº 271.286-8/RS²⁰¹ Outra importante decisão em que prevaleceu a indivisibilidade entre esses mesmos direitos foi o voto do Relator Maurício Corrêa quando do julgamento do AGRRE nº 259.508.²⁰²

decisões do Supremo Tribunal Federal. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou nesse sentido, e não apenas ele, nós vemos outros órgãos do poder judiciário reiteradamente afirmando o caráter sistêmico da Constituição, o que conduz à necessidade de uma sistematização de sua interpretação.” (BARACHO JÚNIOR. *In*: SAMPAIO, 2004, p. 510)

¹⁹⁸Embora cientes da divergência doutrinária sobre os vocábulos ‘gerações’ ou ‘dimensões’ de direitos, adotaremos, para fins deste trabalho, a tradicional classificação de Paulo Bonavides (2013), para quem os direitos, na perspectiva da indivisibilidade aqui sustentada, são divididos em cinco gerações distintas. Não obstante, ao associá-los com o direito natural, reconhecemos a pré-existência de todos esses direitos que foram apenas reconhecidos juridicamente pelo Estado em momentos distintos nas Constituições e ao longo da história.

¹⁹⁹No mesmo sentido vide: BRASIL. STF. HC nº 91.952, 2008.

²⁰⁰[...] A Constituição da República, em seu art. 5º, III, em sua parte final, assegura que ninguém será submetido a tratamento degradante, e, no inciso X daquele mesmo dispositivo, protege o direito à intimidade, à imagem e à honra das pessoas. De todas as pessoas, seja realçado. Não há, para o direito, pessoas de categorias variadas. O ser humano é um e a ele deve ser garantido o conjunto dos **direitos fundamentais**. As penas haverão de ser impostas e cumpridas, igualmente por todos os que se encontrem em igual condição, na forma da lei. (BRASIL. STF, HC nº 89.429, 2007).

²⁰¹“[...] entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, ‘caput’), ou fazer prevalecer, contra esta prerrogativa fundamental um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado este dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só opção: **o respeito indeclinável à vida e à saúde humana**. [...] **O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida** (grifos nossos). BRASIL. STF. AGRRE nº 271.286-8/RS, julgado em 12.09.2000).

²⁰²Em outra decisão, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, relator do Agravo de Instrumento nº 540.853-5, assim se pronunciou: “Ademais, o reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição Federal (**artigos**

Bonavides fundamenta tal teoria a partir do entendimento de que os direitos fundamentais são concretizadores uns dos outros em sua eficácia normativa, culminando a objetividade existente entre todas as suas gerações (2013, p. 525). Ademais, segundo a concepção de Gilmar F. Mendes, “[...] não se deve deixar de situar todos os direitos num contexto de unidade e indivisibilidade.” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 268). Em suma, para que os direitos fundamentais pudessem se afirmar como um núcleo indivisível foi preciso que passassem por um longo e gradativo processo de evolução.²⁰³

É preciso reconhecer, nesse esforço, que a intersectorialidade das políticas públicas acompanha a lógica estrutural da indivisibilidade dos direitos fundamentais. A mesma expectativa de unidade esperada entre eles para a sua efetivação não pode ser afastada ao se planejar políticas públicas como ferramentas de concretização desses mesmos direitos. Devemos entender a intersectorialidade como um indicativo de ações governamentais que se processam na convergência de funções de governo e de interesses defendidos pelos órgãos públicos, constituindo uma diretriz comum para objetivos diversos.

Nessa perspectiva, a intersectorialidade pode trazer ganhos para os cidadãos no que tange à organização logística das ações governamentais garantidoras dos direitos sociais, intenção esperada pela Lei nº 10.836/04, com a implantação do ‘Programa Bolsa Família’²⁰⁴. A proposta de efetivação desse modelo de política advém da necessidade de concretização da gestão das condicionalidades para o recebimento de benefícios e, dessa forma, a tentativa de ampliação do acesso a direitos como educação e saúde para a população de baixa renda.²⁰⁵

5º, **caput**, e 196) e representa, na concretização do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço **à vida e à saúde**, especialmente daqueles que nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua dignidade.” (grifos nossos) (BRASIL. STF. Agravo de Instrumento nº 540.853-5, julgado em: 24.05.2005).

²⁰³ Nesse contexto, desde a passagem do Estado Liberal ao Estado Social e consequente inclusão de novos componentes dos direitos fundamentais dos seres humanos (somando-se as duas primeiras gerações de direitos), passa-se “[...] a formar um novo todo indivisível dos direitos humanos.” (MAGALHÃES, 2000, p. 47).

²⁰⁴ Com regulamentação dada pelo Decreto nº 5.209/04, alterado pelo Decreto nº 6.157/07, sob o gerenciamento do Ministério de Desenvolvimento e Combate à Fome, o ‘Programa Bolsa Família’ é exemplo de visibilidade nacional de política pública intersectorial. Tanto por unificar benefícios oriundos de programas sociais diversos que atuavam anteriormente de forma setorial, quanto por contemplar áreas distintas de proteção de direitos sociais por força de suas condicionalidades. Assim dita a redação do art. 1º, Parágrafo Único, da Lei nº 10.836/04: “Parágrafo único. O Programa de que trata o *caput* tem por finalidade a unificação dos procedimentos de gestão e execução das ações de transferência de renda do Governo Federal, especialmente as do Programa Nacional de Renda Mínima vinculado à Educação – Bolsa Escola, instituído pela Lei nº 10.219, de 11 de abril de 2001, do Programa Nacional de Acesso à Alimentação – PNAA, criado pela lei nº 10.689, de 13 de junho de 2003, do Programa Nacional de Renda Mínima vinculada à Saúde – Bolsa Alimentação, instituída pela Medida Provisória nº 2.206-1, de 6 de setembro de 2001, do Programa Auxílio-Gás, instituído pelo Decreto nº 4.102, de 24 de janeiro de 2002, e do Cadastro Único do Governo Federal, instituído pelo Decreto nº 3.877, de 24 de julho de 2001.” (BRASIL, 2004).

²⁰⁵ “[...] é válida a adoção de condicionalidades quando elas são entendidas e implementadas como estratégias de ampliação do acesso aos serviços sociais e políticas de emprego e renda. Isso se em contrapartida o Estado exerce controles rigorosos sobre o cumprimento das condicionalidades e oferta oportunidades de inserção

Não obstante, o problema central do ‘Bolsa Família’ não é de longe suas diretrizes estruturantes, já que abraça a junção de outras políticas, que, isoladamente, não detinham contingências sociais hoje amenizadas.²⁰⁶ Suas falhas começam pela insuficiência dos órgãos estatais descentralizados em operarem com a fiscalidade em torno do emprego do benefício, pago em espécie, a quem dele necessita. Não há, no Brasil, uma política efetiva de controle e direcionamento dos gastos dos benefícios desse programa em relação às necessidades do grupo familiar.

Uma breve análise entre esse exemplo de política pública e outro equivalente no Direito Comparado nos permite visualizar e corrigir algumas de suas impropriedades. Tentemos desenredar um pouco essa meada elegendo o programa norte-americano ‘Supplemental Nutrition Assistance Program’²⁰⁷ como parâmetro comparativo. O SNAP, assim como o ‘Bolsa Família’, é uma política assistencialista que visa reter a vulnerabilidade social, garantindo direitos básicos da população de baixa renda. O benefício mensal repassado por este programa social, nos EUA, exige do usuário acesso ao ‘Eletronic Benefit Transfer’ (EBT)²⁰⁸, utilizado como uma espécie de cartão de débito para a compra de alimentos em supermercados cadastrados junto ao Departamento de Agricultura dos Estados Unidos.

O EBT veio em substituição aos tíquetes de alimentação por serem estes suscetíveis de fraude e opera como um sistema eletrônico que permite ao varejista (cadastrado previamente junto ao Departamento de Agricultura) autorizar a transferência do benefício do governo. Cada estabelecimento credenciado possui uma conta vinculada ao Governo Federal e nele são depositados os valores dos produtos a serem retirados pelas famílias beneficiárias. O beneficiário, em posse do cartão EBT, dirige-se a um desses recintos comerciais e efetua a compra de produtos a serem utilizados pelo grupo familiar. Na pretensão de controle dos

social aos beneficiários do programa.” (SANTOS, 2011, p. 107).

²⁰⁶ “O Bolsa Família integra o Plano Brasil Sem Miséria, que tem como foco de atuação os 16 milhões de brasileiros com renda familiar *per capita* inferior a R\$ 70,00 mensais e está baseado na garantia de renda, inclusão produtiva e no acesso aos serviços públicos. O Bolsa Família possui três eixos principais: a transferência de renda promove o alívio imediato da pobreza; as condicionalidades reforçam o acesso a direitos sociais básicos nas áreas de educação, saúde e assistência social; e as ações e programas complementares objetivam o desenvolvimento das famílias, de modo que os beneficiários consigam superar situação de vulnerabilidade.” (BRASIL. Portal do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, 2015)

²⁰⁷ O ‘Programa de Assistência Nutricional Suplementar’, popularizado nos EUA pela sigla SNAP, teve sua fase experimental sob a denominação de ‘Food Stamp Program’ (Programa de Tíquetes de Alimentação), em 1939, na cidade de Rochester, em Nova Iorque, sendo expandido a todos os estados norte-americanos pelo Congresso a partir de 1964. Nesse período, o propósito ainda era promover o fortalecimento da economia agrícola, proporcionando melhorias nos níveis de nutrição entre as famílias de baixa renda. (FOOD RESEARCH & ACTION CENTER, 2015). Gradualmente, essa política pública social foi logrando maior abrangência de destinatários, acolhendo também a população urbana. Também expandiu seus objetivos, pois além do estímulo ao setor agrícola, reuniu outras políticas como de combate à fome, estímulo ao desenvolvimento e à saúde como aposta na intersetorialidade. (USDA, SNAP, 2015).

²⁰⁸ ‘Cartão de Transferência de Benefício’ (tradução livre). (USDA, SNAP, 2015).

produtos adquiridos pelas famílias, o benefício do SNAP se limita ao consumo de bens para alimentação, sendo bloqueado para a aquisição de bebidas alcoólicas, medicamentos e itens considerados não alimentares. (USDA, SNAP, 2015).

No ‘Programa Bolsa Família’ o benefício²⁰⁹ é depositado na conta da família beneficiária e sacado com cartão magnético. Dessa sorte, pressupõe-se que o valor seja utilizado conforme as necessidades estipuladas pelo grupo familiar, sem meios de fiscalização do direcionamento do benefício, assim como dispensa o credenciamento de estabelecimentos comerciais onde o dinheiro será gasto, metodologia que tanto o difere do SNAP.

O pagamento em moeda concedido pelo ‘Bolsa Família’ permite liberdade para a aquisição de qualquer bem de consumo à disposição no mercado. Porém, essa flexibilidade em questão suscita a crítica de que pode haver o desvirtuamento dos propósitos destinados pelo benefício no que toca à exequibilidade dos direitos articulados neste programa. No entanto, em sua defesa está o argumento de que o valor do benefício tem o escopo de complementação de renda de famílias hipossuficientes, na certeza de que, uma vez contempladas com esta política pública, irão dispor da forma como o mesmo deverá ser investido.

Por outro lado, nos moldes do programa norte-americano em tela, conforme destacado, o intervencionismo estatal tem sido uma estratégia de controle articulada dentro da esfera do planejamento, pois se tornou ponto condicionante imposto por lei, embora haja o perigo de sustentar ‘lobbies’ por trás dos fornecedores e estabelecimentos envolvidos. Por isso, nem mesmo essa forma peculiar de monitoramento de política pública inserida no SNAP fica a salvo de críticas, pois o interesse econômico pode preceder à finalidade de satisfação de direitos pretendida em programas sociais dessa natureza.

²⁰⁹ O programa se destina à transferência de renda com condicionalidades, consistindo na concessão de benefícios financeiros às famílias que se encontrem em situação de exclusão social devido ao estado de pobreza com renda familiar mensal per capita de R\$77,01 a R\$ 154,00, a depender de sua composição, ou de extrema pobreza, com renda mensal per capita de até R\$ 77,00. Sendo assim, as condicionalidades do programa são compromissos assumidos tanto pelas famílias beneficiárias quanto pelo Poder Público, cujo cumprimento é condição para o recebimento do benefício assegurado. “Na área de saúde, as famílias assumem o compromisso de acompanhar o cartão de vacinação e o crescimento e desenvolvimento das crianças menores de 7 anos. As mulheres na faixa de 14 a 44 anos também devem fazer o acompanhamento e, se gestantes ou nutrízes (lactantes), devem realizar o pré-natal e o acompanhamento de saúde e do bebê. Na educação, todas as crianças e adolescentes entre 6 e 15 anos devem estar devidamente matriculados e com frequência de, no mínimo 75% . Na área de assistência social, crianças e adolescentes com até 15 anos em risco ou retiradas do trabalho infantil pelo Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (Peti), devem participar dos Serviços de Convivência e Fortalecimento de Vínculos (SCFV) do Peti e obter frequência mínima de 85% da carga horária mensal.” (BRASIL. MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, 2014).

5.3.2 A proposta de planejamento integrado intergovernamental: esforços articulatórios pela intersetorialidade na gestão comum do interesse público

Superar o problema dos custos dos direitos e o impasse da limitação orçamentária dos entes federados exige dos gestores públicos a escolha de estratégias descentralizadas e interinstitucionais que ressignifiquem os parâmetros de gestão e a estrutura operacional de ações e programas governamentais. Assumir uma nova governabilidade, em tempos de contensão econômica, torna ainda mais imprescindível o papel do planejamento e a função de controle. Destarte, o monitoramento das políticas públicas precisa se iniciar antes de sua fase executória, demandando a elaboração de planos de metas que ultrapassem os limites da setorialidade, que, até então, tem isolado a matriz de tais políticas em áreas específicas de atendimento. Essa medida representa a revisão da forma fragmentada como o interesse público tem sido gerido.

É certo que o financiamento do planejamento público em muitos Municípios só se realiza através de comandos verticais de cooperação. Mas prosperam as chances de ser revitalizado por meio de dinâmicas horizontais de articulação de custeio intra e intergovernamentais. (ARAÚJO; ABRANCHES, 2009, p. 72). É o caso das estratégias de planejamento público integrado. Como um conjunto de ações intersetoriais creditadas a cada autonomia administrativa, esse modelo de planejamento aposta no compartilhamento de metas, ações e recursos entre órgãos ou unidades federativas entre si como forma de otimização orçamentária e melhoria da qualidade das políticas públicas. Apontados os seus fundamentos, cabe elencar algumas propostas para ilustrar a sua aplicabilidade.

Começemos pela análise da gestão da mobilidade. Ao desdém da pretensão de melhorias na mobilidade urbana imposta pela Lei nº 12.587/12, um dos grandes problemas vivenciados por Municípios de pequeno e médio porte é a falta de padronização e a inoperância na política de fiscalização dos tapetes urbanos. Além da dificuldade de implantação da Política Nacional ditada por tal lei, outros diplomas federais e normas técnicas dispendo sobre construção, manutenção e nivelamento de calçamentos têm amargado larga discrepância daquilo que esses entes federados são capazes de efetivar em suas metas de gestão. A NBR 9050 e Leis Federais como a 7.853/89, a 8.160/91, a 10098/00, a 10.048/00, a 9.503/97 e o Decreto nº 5.296/04, dada a ausência de efetividade, já nasceram condenadas ao fracasso normativo, visto que a função mobilidade demanda recursos incompatíveis com a disponibilidade financeira advinda das autonomias municipais. É o campo da legislação

simbólica propagado pela insuficiência de controle e de políticas públicas de acessibilidade a edificações, espaços e equipamentos urbanos.

Esse impasse não isenta sequer as cidades com obrigatoriedade de plano diretor e que possuam regulamentação do padrão de calçadas previsto em legislações urbanísticas como o Código de Posturas e a Lei de Uso e Ocupação do Solo Urbano, pois a questão não se resolve no simples plano da legiferância. A ausência de ferramentas de controle e o irrisório exercício do poder de polícia demonstram a insuficiente prestação desse tipo de função administrativa tão cara às Administrações Públicas locais.

Como efeito colateral, tudo isso tem dificultado o fluxo de transeuntes nas vias urbanas, agravado, ainda mais, pela ausência de controle de construção de rampas de acesso a garagens em imóveis privados, hoje tão comuns devido à proliferação de uso de automóveis particulares estimulada pelo mercado e por pacotes econômicos como a redução de IPI. Ademais, a irregularidade das calçadas produz sérias mazelas urbanas à pluralidade de transeuntes que trafegam pelas ruas. Propicia precária acessibilidade urbana para grupos sociais específicos, como idosos e portadores de necessidades especiais. Também envolve a incidência de acidentes nas vias ocupadas por pedestres, a insuficiência e inadequação de espaços para o tráfego humano, o escoamento do público pedestre pelas ruas quando agravado o trânsito pelas calçadas, seja pelo espaço inadequado, seja pela ocupação indevida por estabelecimentos comerciais (como bares, lanchonetes, etc).

Apontado o diagnóstico, em termos de planejamento integrado a solução sugerida a esse problema de mobilidade comum a tantas cidades deve partir da horizontalização de esforços que demanda, novamente, ações de cooperação intergovernamental, instituindo, portanto, associações públicas destinadas a esses fins específicos. Prevê o art. 2º, § 1º, da Lei nº 11.107/05 que o consórcio público poderá firmar convênios, contratos, acordos de qualquer natureza, receber auxílios, contribuições e subvenções sociais ou econômicas de outras entidades e órgãos do governo. (BRASIL, 2005). Dessa forma, o consórcio pode gozar da captação de recursos externos, mediante transferência ou repasse orçamentário advindo dos Estados ou da União, conquanto apresente a esses entes projetos de adequada operacionalidade.

Portanto, a criação de consórcios públicos intermunicipais para gestão de serviços de fiscalização e realização de obras referentes à padronização dos tapetes urbanos pode valer como tática de complementação de orçamentos ora insuficientes para o cumprimento de funções como a mobilidade, sendo resultado de planejamento integrado entre entes federados. Vislumbramos como um tipo de estratégia viável, principalmente para cidades não abrangidas

por plano diretor ou pela inexistência de leis versando sobre a fixação de limitações administrativas definidoras de políticas de uso do solo urbano e de edificações.

Ainda exemplificando, prossigamos com a proposta de integração entre as funções saúde e mobilidade para a resolução do problema da precariedade e onerosidade do serviço de deslocamento intermunicipal de pacientes para atendimento hospitalar em cidades com melhor aparato médico. Com norte no dispositivo do art. 2º, § 3º, Lei nº 11.107/05, os consórcios públicos, na área de saúde, deverão obedecer aos princípios, diretrizes e normas que regulam o SUS.

Pela via de um plano constituído por orçamentos de Municípios consorciados, a aquisição de ambulâncias intermunicipais para a promoção da mobilidade integrada de enfermos entre cidades limítrofes rumo à cidade polo configura nova situação de planejamento integrado de forma horizontalizada. Essa medida certamente apascentará os gastos com deslocamento dificilmente suportados por um único ente, sendo o objeto da compra um meio necessário ao fim maior que é a prestação de tais serviços que ao mesmo tempo favorecem o deslocamento e o atendimento em tempo hábil dos pacientes.

Isso abre vistas para haver integração entre metas da saúde com metas de mobilidade, gerando intersetorialidade nesse tipo de política empregada. Ao mesmo tempo, reage à estrutura de funcionamento dos consórcios, forçando o redimensionamento interno de sua estrutura funcional, voltada, até então, à satisfação de área exclusiva de interesse público, o que nunca decorreu de nenhum tipo de imposição legal.

Outro exemplo de aplicação do planejamento integrado pode ser vislumbrado no que tange à integração entre transporte coletivo e educação. A fim de estimular o desenvolvimento local ou em decorrência do déficit de oportunidades de ensino, algumas Administrações Públicas, especialmente Municípios de pequeno porte, fornecem a seus estudantes, secundaristas e universitários, a gratuidade de transporte coletivo intermunicipal até as cidades mais próximas eleitas como referências educacionais. Em virtude dos gastos, é latente a necessidade de amenização dos custos gerados pela prestação contínua dessa atividade, ao mesmo tempo em que é preciso desestimular o crescente aumento do transporte individual para amenização do tráfego de veículos.

Nesse intuito, é recomendação do art. 8º, inc. VI, da Lei nº 12.587/12 que a política tarifária do serviço de transporte público coletivo seja orientada pela modicidade da tarifa para o usuário. Logo, isso não impede a ação discricionária da Administração Pública em instituir políticas públicas que isentem seus usuários de suportar quaisquer ônus tarifários. Porém, para atenuar o impacto orçamentário vale lembrar que o inc. VIII desse mesmo artigo reforça a

importância de formas de articulações interinstitucionais entre gestores locais para que um Município isoladamente não suporte despesas dessa natureza. (BRASIL, 2012).

A oferta do transporte intermunicipal escolar entre cidades limítrofes é mais estratégica com a criação de consórcio público para a gestão comum dos serviços, já que de um mesmo percurso é possível recolher passageiros de diversas municipalidades envolvidas. A constituição de nova pessoa jurídica que responda pelos interesses dos entes associados pode ser instrumento de maior empoderamento dos próprios Municípios, mesmo se a opção for manter a gratuidade das tarifas, o que acarretaria menos despesas agregadas ao orçamento de cada um.

Enfim, a busca por estratégias para a superação de déficits orçamentários, conforme abordado, faz com que as Administrações Públicas recorram a amplas formas de parcerias, modulando nas relações intergovernamentais planos integrados de captação de recursos.

6 O PLANEJAMENTO PARTICIPATIVO E O ADVENTO DA DEMOCRACIA FISCAL: A ARENA PÚBLICA VIRTUAL E AS TENTATIVAS DE CONSOLIDAÇÃO DA ACCOUNTABILITY DEMOCRÁTICA

6.1 Governança democrática e os fundamentos do planejamento participativo: por um modelo dialógico de Administração Pública

A democracia é um processo complexo e amplo que resulta em vários institutos intercomplementares, indispensáveis à sua própria procedimentalização. Antes de tudo, pressupondo sua análise centrada na narrativa do giro hermenêutico – na tônica do paradigma da Filosofia da Linguagem²¹⁰ – simboliza “[...] um espaço político onde é possível a convivência dialética das diferenças, onde há lugar para a alteridade.” (MARQUES NETO. In: RÚBIO; FLORES; CARVALHO, 2004, p. 107).

A repercussão da palavra ‘*democracia*’ ultrapassa a dimensão de um simples vocábulo recorrente na linguagem juspolítica. Trata-se de uma instituição definidora de nosso modelo de Estado de Direito, cuja operacionalidade é garantida por um aparato de instrumentos autônomos, dentre os quais estão o voto, a realização de audiências ou conferências públicas, o plebiscito, o referendo, a iniciativa popular de lei, a ação popular, além de outras ferramentas importantes como o orçamento participativo, os conselhos gestores e, ainda, o próprio instituto da *accountability*.

Tão profundo o seu impacto para a caracterização do Estado de Direito que o desdobramento da palavra ‘*democracia*’ exprime significados os mais variáveis, como também em relação à sua própria natureza jurídica que, neste particular, oscila entre espécie de regime político, processo decorrente de uma Constituição procedimental²¹¹, princípio jurídico e direito humano. Demais disso, a doutrina constitucionalista nacional, sem qualquer

²¹⁰ A *reviravolta hermenêutico-linguístico-pragmática* foi uma revolução hermenêutico-filosófica operada na Filosofia, trazendo repercussões em toda a Teoria do Conhecimento. Ela possibilitou a transição do paradigma da Filosofia da Consciência para o da Filosofia da Linguagem, representando uma guinada na busca pela intelecção de novas condições de possibilidade e validade para o conhecimento. Para o universo jurídico, a compreensão do giro linguístico é relevante por denunciar a indissolúvel relação entre o Direito e a linguagem. Nesse contexto, Muller elucida que “a sociedade, a “política”, a dominação, sempre representam, como processos sempre também comunicativos entre homens, também mediações através da linguagem.” (MULLER, 1995, p. 19)

²¹¹ É o que sustenta o espanhol Antonio Manuel Peña Freire: “Otra de las posibles fórmulas concilian al constitucionalismo con el ideal democrático es la opción por una constitución procedimental. Desde esta perspectiva, el control de constitucionalidad sería legítimo, incluso a la luz de los ideales de la democracia, si se orienta a proteger las condiciones del propio **proceso democrático**.” (grifos nossos) (FREIRE In: RÚBIO; FLORES; CARVALHO, 2004, p. 443).

embaraço, alça a democracia ao patamar de direito fundamental de quarta geração.²¹²

O direito à democracia, guindado da primeira para a quarta geração é concebido de forma ampliada como um direito universal de todo o gênero humano e não apenas o cidadão, vazando-se em processos de efetiva participação do povo. O desbloqueio da “nova cidadania” se dará por “um elevado nível de democratização da sociedade”, fundado em mudanças estruturais e funcionais como a eletividade dos juízes munidos da “hermenêutica dos direitos fundamentais”, a radicalização nacional a patriótica em países como o Brasil com vistas a combater a recolonização neoliberal e o controle social da mídia, bem como pela chamada direta do povo a decidir as questões de seu interesse, usando-se para tanto dos meios eletrônicos de comunicação. (grifos nossos) (SAMPALHO, 2004, p. 298-299)

Nesse contexto, observa-se que a democracia, veiculada ao ambiente virtual, e inserida em um cenário de profundas transformações sociais e tecnológicas²¹³, representa uma metamorfose propulsora da reconstrução do sistema cartesiano de freios e contrapesos. Ela engrena a instauração de um suposto *checks and balances* popular, incumbindo ao povo, no uso de soberania e em nome de seu poder político, prerrogativas de controle das ações cometidas pelo Governo justificadas pela representação política. Portanto:

Ainda se espera que a internet seja instrumento ideal para promover a democracia. Como dá fácil acesso a informação política, permite aos cidadãos que sejam tão bem informados quanto seu líderes. Com boa vontade do governo, todos os registros públicos, bem como um amplo espectro de informação não sigilosa poderia ser disponibilizado on-line. (CASTELLS, 2003, p.128)

Pelo que se pode notar a democracia moderna não se consume em experiências liberais de representação política, pois ultrapassa essas fronteiras. Neste último modelo as decisões públicas são definidas de forma monocrática e por vontade popular indireta, perspectiva

²¹² “São direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. [...] A democracia positivada enquanto direito de quarta geração há de ser, de necessidade, uma democracia direta. Materialmente possível graças aos avanços da tecnologia de comunicação, e legitimamente sustentável graças à informação correta e às aberturas pluralistas do sistema. Desse modo, há de ser também uma democracia isenta já das contaminações da mídia manipuladora, já do hermetismo de exclusão, de índole autocrática e unitarista, familiar aos monopólios do poder. Tudo isso, obviamente, se a informação e o pluralismo vingarem por igual como direitos paralelos e coadjuvantes da democracia [...] (BONAVIDES, 2013, p. 590) Sufragando o entendimento de Bonavides, Sarlet também aposta na fundamentalidade constitucional – formal e material – de direitos (diga-se, no plural) à democracia, assumindo a classificação a partir da noção de dimensões de direitos fundamentais, dentro os quais se inclui uma de suas vertentes, a saber, “a democracia direta” (2013, p. 50). Os direitos à democracia, insiste o autor, são alçados à condição do que classifica como quarta dimensão de direitos fundamentais, integrando “um autêntico direito à democracia participativa”. (SARLET, 2012, p. 50).

²¹³ A evolução humana, acelerada em seus diversos níveis – científicos, tecnológicos, sociais ou culturais – é um traço marcante da modernidade, apesar de contratempos observados como o esvaziamento de valores. A potencialização da racionalidade indica a necessidade de compreensão da vida baseada no comando, na comunicação, no controle e na informação promovidos pela virada cibernética. “Precisamos localizar o processo de transformação tecnológica revolucionária no contexto social em que ele ocorre e pelo qual está sendo moldado; devemos nos lembrar de que a busca da identidade é tão poderosa quanto a transformação econômica e tecnológica no registro da nova história.” (CASTELLS, 1999, p.42) Sem dúvida alguma, a identidade de um povo, segundo insiste Castells (2002) também é revelada pela forma como assimila e a velocidade com que acontecem os novos avanços.

veementemente criticada por Rousseau como alienação da soberania popular.²¹⁴ O expansionismo democrático é motivado por novas vertentes do poder político que se ramificam em ferramentas cada vez mais criativas, convergindo a favor da cristalização da soberania popular, embora se mantenha a alienação política da massa. Mas ainda que persista alto nível de ideologia colonizadora latino-americana, há uma força normativa, ora simbólica, ora operante, que aponta o diagnóstico de uma guinada na gestão pública.

O despertar de novos instrumentos participativos de governança é consequência da abertura dialógica nas relações entre direito e política, complementando o projeto de democracia representativa na tentativa de se satisfazer, a partir de então, a vontade não só da maioria, como também das minorias sociais. Nesse aspecto, o revigoramento democrático aposta na insuficiência da condução da gestão pública orientada por simples mãos governamentais. Ao mesmo tempo, a complementaridade democrática revela o amadurecimento da atual fase do Estado de Direito, que além de manter-se sobre o domínio da legalidade, também se fundamenta em outros valores como o poder político e a soberania popular. Essa junção cria a “legalidade legítima”. (LUÑO, 1994, p. 169).

Esse moroso processo de reestruturação político-filosófico-administrativo estatal se inicia ao identificar que o paradigma pretérito de Administração Pública monológica é incompatível com a proposta de soberania popular assentada no ordenamento jurídico. A constitucionalização da democracia impede que o Estado, na pessoa do gestor, seja um intérprete solitário do que seja os interesses públicos primários integrantes do bem comum de seus *administrados*, nomenclatura obsoleta quando reportada aos cidadãos ativos, modernamente elevados à condição de parceiros do administrador público²¹⁵. Em face desse giro governamental, o apelo exclusivo à representação política fica enfraquecido, quando se pretende atingir o ápice de uma cidadania ativa. O Estado logo se amarra à necessidade de participação popular em colaboração com os atos decisórios na gestão pública para alcançar a *legalidade legítima* na filtragem das demandas sociais, influenciando em suas decisões administrativas.

²¹⁴ “A soberania não pode ser representada pela mesma razão por que não pode ser alienada, consiste essencialmente na vontade geral e a vontade não se representa. É ela mesma ou é outra, não há outro meio-termo. Os deputados do povo não são, nem podem ser seus representantes; não passam de comissários seus nada podendo concluir definitivamente.” (ROUSSEAU, 1997, p. 183). Na reafirmação dos imperativos da soberania popular, destaca Simone Goyard-Fabre: “Mas o princípio segundo o qual a soberania pertence não a uma parte mas ao conjunto dos cidadãos que formam o “povo” ou “corpo político” permanece sendo axioma fundamental da democracia.” (2003, p. 50)

²¹⁵ “Seja qual for a forma do Estado, o que importa é a democratização das suas relações para com o cidadão. O cidadão é parceiro do administrador público e não servo do século XX, como sugere a obsoleta expressão administrado, que contribui para aumentar a infeliz distância entre a sociedade e o Estado.” (SOARES, 1997, p. 169)

Em modelos passados de Estado de Direito, principalmente no projeto de constitucionalismo social, maculado pela implantação de regimes totalitários como o nazi-fascismo, sequer se sustentava esse pensamento, pois o positivismo jurídico substituíra a observância da legitimidade democrática pelo exato cumprimento da legalidade.

Trazendo a experiência da teoria pura do direito, de Hans Kelsen (2000), observa-se que suas preocupações se centraram em torno da autoridade, com estrita observância da norma fundamental. Sua teoria, amarrada ao poder, desconsiderou os princípios jurídicos ao vitalizar apenas a composição normativista de regras positivadas por uma autoridade competente. Quem tem poder, determina o direito e o ato de autoridade só pode ser considerado válido, caso sua competência seja outorgada por uma norma hierarquicamente superior. Ao tratar sobre a validade de uma determinada decisão administrativa, basta apenas que a mesma seja proferida por autoridade competente e que atinja um mínimo de eficácia. Portanto, Kelsen não está preocupado com a legitimidade nos moldes em que hoje projetamos essa expressão. Suas atenções são exaustivamente concentradas na competência e no mínimo de eficácia, sendo a legalidade fundamental para a composição do ordenamento jurídico seguro.

Mas agora, em tempos de Estado Democrático de Direito, a Administração Pública dialógica é estruturada a partir da criação da lei, com a validação de sua elaboração pelo povo (na posição de co-legislador).²¹⁶ Prossegue atingindo a legitimação e controle dos atos administrativos pela capacidade de participação popular nas decisões tomadas pelo Poder Executivo por meio do discurso. Assim, o princípio da legalidade mantém sua integridade normativa como referência para frear as ações do Executivo, delimitando as margens de sua discricionariedade, assim como os procedimentos de inclusão da participação popular no seio desse processo. (HABERMAS, 1997).

Porém, o efetivo deslanche da gestão pública participativa no Brasil tem percorrido um árduo caminho na batalha pela materialidade do direito à democracia. Inicialmente, a cultura reacionária de regimes antidemocráticos repressores das manifestações da opinião pública em suas reivindicações contra o Governo, marcados por experiências como a ditadura militar acentuada no pós-golpe de 1964²¹⁷, precisou ser derrotada pela liberdade de alternativas

²¹⁶ “Acreditamos numa “Administração Pública Dialógica”, modelo que deve ser considerado como a evolução daquele tradicional descrito pela maioria da doutrina clássica do Direito Administrativo. Devemos evoluir para que a escolha racional de prioridades segundo interesses reconhecidos pelo direito seja feita a partir dos mecanismos de participação da sociedade civil em interação com o Poder Público.” (ARAÚJO; SOARES; CAMPOS, 2008, p. 112).

²¹⁷ “Essencialmente, o que caracterizava o Estado brasileiro nesse período (1920-1980) era seu caráter desenvolvimentista, conservador, centralizador e autoritário. Não era um Estado de Bem-Estar Social. O Estado era o promotor do desenvolvimento e não o transformador das relações da sociedade. [...] O essencial das políticas públicas estava voltado para promover o crescimento econômico, acelerando o processo de

gestoras com capacidade de expandir as possibilidades de manifestações democráticas em suas variadas vertentes. A catarse da ‘neodemocracia’ brasileira foi o fato de viabilizar a integração da sociedade civil na arena pública administrativa, dialogando sobre o destino das políticas públicas ao mesmo tempo em que passou a sugerir canais de controle. Nos tempos de glória de política centralizadora estatal seria leviano cogitar esse tipo de espaço de discussão política.

A democracia, na seara executiva, ao abrir espaço à participação popular nos atos de governança, foi impulsionada pela promessa de aproximação da vontade dos cidadãos diante das decisões administrativas tomadas por estruturas descentralizadas e autônomas pertencentes ao Estado, o que facilitou, gradativamente, a possibilidade de reconhecimento do bem comum interpretado pelo próprio povo (MAGALHÃES, 1999, p. 47). Emerge um rearranjo do peso do poder²¹⁸ e a polarização da soberania desdobrada entre Estado e povo em favor de resultados que amenizem o desequilíbrio socioeconômico num sistema democrático disponível a novos projetos de gestão.

A política passa a demandar mecanismos participativos que viabilizem o fluxo de poder do povo para que este contracene com o Poder Executivo na cogestão pública. O processo de empoderamento do poder popular depende da existência, dentro desses órgãos, de procedimentos que equilibrem a instrumentação de interesses em jogo, monitorados e avaliados por metas avalizadas por leis e direcionadas ao interesse público.

Em matéria administrativa, por um lado esse novo paradigma de gestão interfere nos limites do poder discricionário do administrador público, cuja legitimidade das decisões só impera por meio da abertura ao diálogo com os cidadãos (ARAÚJO; BARCELOS, 2013, p.48). Por outro lado, essa nova dinâmica incentiva a releitura do papel dos cidadãos que chamam para si parcela de responsabilidade diante do poder/dever de controle das ações do próprio Estado, o que demanda romper com a inércia.

O convite aos cidadãos à participação em instâncias de monitoramento (como os conselhos), à colaboração no planejamento público e no controle dos gastos orçamentários por aparatos virtuais, conforme introduzido pela Lei Complementar nº 131/09, solidificando-se, dessa sorte, o exercício da *accountability* democrática, são procedimentos favorecedores da transparência na gestão pública. No caso, esse viés fiscalizador da probidade administrativa destaca o fortalecimento dos mecanismos de controle popular da Administração Pública, não

industrialização, o que era pretendido pelo Estado brasileiro, sem a transformação das relações de propriedade na sociedade brasileira.” (BACELAR, in: SANTOS JÚNIOR, 2003, p. 1, módulo I)

²¹⁸ “O peso do poder ou da influência do agente de mudar a probabilidade de certos resultados sobre determinado processo é a medida da capacidade de esse agente mudar a probabilidade de ocorrência de determinados resultados no processo político.” (DEUTSCH, 1983, p. 6).

obstante a importância da interposição do Poder Judiciário em seu controle jurisdicional, do Poder Legislativo e de instituições autônomas como os Tribunais de Contas.

Contudo, a democracia, na estratosfera administrativa, não está a salvo de uma overdose de participacionismo ou de uma retórica de participação, em que os cidadãos apenas referendariam decisões já postas pelo Poder Público, sem investir em seu mérito, tal como vem ocorrendo em tantos órgãos de deliberação, como os conselhos gestores. Também é fato o risco de produção de uma autêntica inércia governamental provocada pelo excesso de procedimentos burocráticos e morosos que requerem um quase *altruísmo* para se tornarem legítimos, já que a participação popular nessas instâncias deliberativas conta, em regra, com o voluntariado.²¹⁹ Essas críticas denunciam a existência de entraves que podem determinar a obstrução do princípio da eficiência quando, de fato, dificultarem a produção de resultados satisfatórios (e em menor tempo) em nome da legitimidade decisória. Embora se deva reconhecer que sem esta não é possível haver nenhum resultado eficiente por faltar-lhe respaldo dos destinatários da decisão.

Com efeito, a interpretação do princípio da eficiência deve pressupor que a adoção de institutos participativos é que sustentam, na verdade, a autêntica e legítima eficiência das prestações administrativas. A regulamentação do dever de prestação de contas à disposição dos cidadãos, a criação de políticas públicas dialógicas e o incentivo à inclusão da sociedade civil na definição do planejamento público integrado, a fim de priorizar os custos ao se estabelecer estratégias intersetoriais, corroboram a favor da qualidade do ‘produto administrativo’ final, traduzido em eficiência democrática e na certeza de transparência reforçando o emprego da moralidade.

Além do reforço normativo que ampara a consolidação desses instrumentos participativos, o exame minucioso da democracia como um processo intersubjetivo que ocorre entre os participantes tem na linguagem um ponto comum para se falar em decisões dialogicamente construídas. Essa linha de raciocínio serviu de estímulo a Habermas ao desenvolvimento de sua teoria da ação comunicativa. Esse “agir comunicativo privilegia a ação social baseada na compreensão e no diálogo como fonte de novos consensos democráticos, envolvendo, necessariamente: conhecimento, linguagem e ação” (ASSIS, 2000, p. 33). A razão

²¹⁹“Na linha da paralisação administrativa, alega-se geralmente que o excesso de procedimentos, ou de conselhos, obstruem a rapidez necessária das decisões administrativas, tornando o sistema ineficiente.” (PEREZ, 2004, p. 210)

comunicativa se esforça pela superação da noção de razão instrumental e de fins próprios afastados daqueles advindos do entendimento mútuo partilhado.²²⁰

Para Habermas, a existência de iguais possibilidades de participar do discurso na formação e na aplicação do direito, na condição de autores e destinatários das normas, exige o acolhimento dos direitos fundamentais para que os sujeitos sejam reconhecidos na condição de pessoas do direito. A participação política dos cidadãos na gestão pública é por ele caracterizada como um autêntico direito fundamental ligado à igualdade de chances para o sustento das liberdades subjetivas de ação:

Direitos fundamentais resultam da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação; [...] **direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances**, em processos de formação de opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direito legítimo; (HABERMAS, 1997, p. 159-160) (grifos nossos)

O entendimento de que a igual oportunidade de participação no discurso tem que estabelecer parâmetros de percepção dos direitos fundamentais básicos conduz à compreensão de que a promoção da dignidade humana é essencial para a efetiva inclusão de todos no discurso participativo. O desafio é que essa mesma dignidade humana e as condições materiais de existência não podem retroceder aquém de um mínimo.

Mesmo que se indague o grau de possibilidade de adoção da teoria discursiva no Brasil em nossa incipiente arena de democracia, devido às desigualdades extremas que colocam nossos falantes/cidadãos em condições materialmente díspares, há uma grande valia democrática trazida pelo procedimento teórico de Habermas. Sua contribuição se destaca principalmente nas discussões sobre a nova composição e o funcionamento da esfera pública, submetida a um grande giro estrutural. A forma e a intensidade em que os participantes atuarão em espaços discursivos como no exercício da *accountability* e no modo como irão colaborar na elaboração do planejamento público orçamentário serão definidos pelo procedimento. É pela forma que se garante o pluralismo das vontades dos sujeitos.

Apesar de admitirmos ser imprescindível a existência e a crível observância do procedimento, principalmente para o comprometimento da segurança jurídica, a pressuposição de validade procedimentalista do autor, a que identificamos como circunstância formal, também carece da contemplação do gozo da satisfação das necessidades básicas de todos os indivíduos envolvidos ou potencializados no discurso. É o que denominamos circunstância

²²⁰ A perspectiva habermasiana de agir comunicativo se refere à interação de pelo menos dois sujeitos capazes de linguagem e de ação que entabulam uma relação interpessoal. (HABERMAS, 1989, 124)

material (correspondente ao mínimo existencial), compensada como requisito essencial à composição da esfera pública.

Na ausência do razoável sustento material que garanta as mínimas condições a uma digna existência humana (cumprimento de um conteúdo mínimo dos direitos fundamentais), reservando, com isso, estrutura psicológica à autocompreensão da responsabilidade incumbida a cada um nos diversos aspectos do mundo da vida, comprometem-se as oportunidades dos miseráveis e excluídos interagirem com “iguais liberdades subjetivas de ação” (HABERMAS, 1997, p. 170) com os outros²²¹. A não ser que se pretenda restringir o ambiente discursivo a indivíduos em situações mais equânimes, integrantes de sociedades pós-industriais ‘*primeiro mundistas*’, o que não parece ser, em nenhum momento, a intenção demonstrada na obra de Habermas.

No entanto, não é difícil imaginar que em sociedades subdesenvolvidas, ou mesmo em desenvolvimento, como o Brasil, onde impera a desigualdade social, registrando níveis variados de pobreza²²², e um significativo número de cidadãos com baixa escolaridade, além de alarmantes índices de analfabetismo funcional²²³, considerável parcela da população já se

²²¹ O próprio autor deixa claro que “o direito a iguais liberdades subjetivas de ação concretiza-se nos direitos fundamentais, os quais, enquanto direitos positivos, revestem-se de ameaças de sanções, podendo ser usados contra interesses opostos ou transgressões de normas.” (HABERMAS, 1997, v. I, p. 170)

²²² O Relatório do Desenvolvimento Humano 2014, emitido pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) informa a condição de 91 países em desenvolvimento sobre o Índice de Pobreza Multidimensional. O IPM estabelece uma classificação de pobreza baseada em renda, nível de privações e sua intensidade concomitantemente suportada por mesmos indivíduos de um grupo familiar. De acordo com as medidas de pobreza com base na renda, 1,2 bilhão de pessoas vivem com US\$ 1,25 ou menos por dia. Aproximadamente 1,5 bilhão de pessoas nesses países em desenvolvimento estão vivendo na pobreza, com a sobreposição de privações em saúde, educação e padrão de vida. No caso do Brasil, apesar do crescimento ocorrido entre 1980 a 2013 no Índice de Desenvolvimento Humano (IDH de 0,744, sendo observados os quesitos de vida longa e saudável, educação e padrão de vida decente), superando os demais países da América Latina e o Caribe, a desigualdade social e pobreza são fatores que ainda incomodam. E os números revelados pelo IPM, com estimativa de dados referentes a 2012, confirmam: 3,1% da população é multidimensionalmente pobre, enquanto um adicional de 7,4 % estão próximos da pobreza multidimensional. A amplitude da privação (intensidade) no Brasil, que é a média das taxas de privação experimentadas por pessoas em situação de pobreza multidimensional, é de 40,8%. O IPM é de 0,012. Comparativamente, esse índice no México e na Colômbia são de 0,024 (2012) e 0,032 (2010), respectivamente. (UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, UDR, 2015).

²²³ Vejamos o retrato incipiente da educação brasileira reportando-se à realidade de nosso mundo da vida: Com base no Censo Demográfico 1991 e na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 1986-1990, 1992-1993, 1995, entre 1986 e 1997 a taxa de analfabetismo da população de 15 anos e mais de idade passou de 20,0% para 14,7%. Os valores para os anos de 1987, 1988, 1989, 1990, 1991, 1992, 1993 e 1995 foram, respectivamente, 20,0%; 17,0%; 19,7%; 19,0%; 19,0%; 18,3%; 16,3% e 15,5%. Segundo os resultados comparativos do Censo Demográfico 2000/2010, aproximadamente 91% da população brasileira com dez anos ou mais de idade são alfabetizados. Temos um percentual de 9% de não-alfabetizados, o que equivale a dizer que aproximadamente 18 milhões de brasileiros não sabem ler e escrever. Em comparação aos resultados do Censo de 2000, a situação da alfabetização melhorou no Brasil, pois a taxa de analfabetismo diminuiu de 12,8% para 9% em 2010. Mas, apesar dos avanços, o número de pessoas que não sabem ler e escrever ainda é grande em algumas regiões do Brasil, chegando a atingir índices de até 25% na região Nordeste. Mas de acordo com as fontes do Censo 2000, o Brasil já chegou a patamares de 29,4% da população acima de 15 anos enquadrar-se na tipologia do analfabetismo funcional (pessoas com menos de 4 anos de estudos, ou seja, lêem,

coloque de fora dessa situação de fala por questões relativas à falta do cumprimento do direito mínimo à subsistência.

Somente diante da satisfação das necessidades básicas individuais é que se deve partir para a elaboração de propostas de fundamentação procedimental, com o fim de regulamentar a dinâmica democrática da esfera pública. Em suma, a teoria discursiva se concentra somente na contemplação da intersubjetividade e no estabelecimento formal dos requisitos de validade da ação comunicativa, o que por hora já nos revela alguma vantagem pelo simples fato de reconhecer a validade do discurso, ideia compatível com nossa visão de democracia.

Pensando em termos de planejamento participativo da gestão pública, abraçando desde a sua elaboração até o exercício do controle da execução orçamentária, quanto mais próximos de situações ideais de fala²²⁴ atingirmos, melhor será o potencial de resultados obtidos através do consenso produzido pela força do melhor argumento – ao menos num plano ideal.

De resto, o desnivelamento entre a realidade funcional da esfera pública brasileira e a teoria habermasiana demonstra a parcialidade dessa mesma proposta. Nela não se podem explicar os momentos em que as condições concretas da vida provocam a inoperância dos procedimentos preestabelecidos.

Aqui insiste uma das mais acirradas críticas a Habermas: a inexistência de um fundamento material capaz de evitar a utilização do processo baseado na padronização de condições ideais de sujeitos, esquecendo-se de pessoalizar as diferentes realidades enfrentadas no mundo da vida.²²⁵

mas com baixíssima capacidade de interpretação), com índices de 53,7% na população rural e, na região Nordeste, atingindo o nível de 46,2% entre a população geral (com percentuais de 35,3% equivalente à população urbana e 67,1% entre a população rural). Ainda nos últimos anos, a taxa de analfabetismo foi de 10,2% em 2013, abaixo do índice de 2012 (10,7%). Porém, de acordo com o IBGE, 12,63 milhões de brasileiros com pelo menos 25 anos não sabem ler e escrever. Mesmo que ao longo dos anos os números tenham revelado formalmente uma queda do analfabetismo, o relatório PNAD 2013 demonstrou um crescimento absoluto de pessoas com dez anos ou mais sem instrução ou com menos de um ano de estudos. Esse número cresceu 4,3%, de 15,34 milhões para 16,03 milhões, e em 2013 representou 9,3% do total da população com essa idade. (BRASIL.IBGE.PNAD.2013). (Disponível em: <http://cod.ibge.gov.br/2426G>. Acesso em: 05 fev. 2015). De toda sorte, a verificação desses dados permite observar o hiato existente entre a propositura de implementação do planejamento público participativo (pautado na ideia de uma democracia fiscal) e o nível de formação do brasileiro, alienado em meio à sua *‘situação-não-ideal-de fala’*, e o estranhamento quando ao mesmo lhe é entregue o exercício da sindicabilidade fiscal-orçamentária, quando sequer é capaz de entender premissas básicas sobre a própria governança.

²²⁴ Cruz esclarece que: “[...] a ‘situação ideal de fala’, na qual se constrói o ‘discurso’ é, pois, entendida como um conjunto de pressupostos universais e inevitáveis da racionalidade e podem ser enumerados: a) a simetria de posições e a igualdade na oportunidade de fala; b) a ideia subjacente de ego e alter ego (como pressuposto da diferença e do pluralismo); c) o *medium* linguístico(...); d) ilimitação de tempo para se obter o acordo; e) a ausência de coação física e moral no processo argumentativo; f) a sinceridade, ou seja, a crença naquilo que se fala e o intuito de levar o outro a uma decisão racionalmente motivada e a ausência de coação interna e externa na execução do discurso.” (2007, p. 98)

²²⁵ Apesar dessa restrição, a teoria de Habermas mantém o mérito de demonstrar a necessidade de criação de procedimentos e mecanismos de participação e controle da gestão pública por parte da sociedade civil, o que a

Ricardo Sanín Restrepo (2014) ressaltava essa falha presente na teoria habermasiana ao criticar que o filósofo alemão pressupõe assuntos já definidos e entendidos por indivíduos homogêneos que vivam além de uma simples sociedade colonizada, agindo como robôs que dominam a linguagem. Nesse contexto, o assunto, objeto de deliberação, já é fabricado e predeterminado a possíveis ações políticas. (RESTREPO, 2014, p. 39). Sendo assim, razão e situações-ideais-de-fala concorrem no encargo de suprimir o político, essência de qualquer deliberação, o que deveria ser base para qualquer teoria discursiva.

Apesar disso tudo, levados pelo otimismo de um plano ideal formalista, avançamos em termos de democracia e inserção da participação popular na gestão pública. Mas se pretendemos *sair da caverna*, encarando *a vida como ela é*, parafraseando as crônicas de Nelson Rodrigues, a realidade nua e crua nos mostra que ainda engatinhamos ao ponto de falarmos numa efetiva gestão pública participativa, ficando sucateadas tantas ferramentas de controle em meio à falácia de uma Administração Pública efetivamente dialógica.

6.2 A resignificação da *accountability* para a afirmação do controle popular das políticas públicas

Para a Administração Pública é um desafio manter o equilibrado e suficiente financiamento de direitos fundamentais através de uma razoável gestão fiscal sem extrapolar os limites jurídicos definidos na legislação orçamentária. Nesse intuito, é exigido do administrador público cautela diante da elaboração e cumprimento do planejamento orçamentário, haja vista tratar-se de subterfúgio material à elaboração de políticas públicas, fundamentadas na “[...] necessidade de concretização de direitos por meio de prestações positivas do Estado”. (BERCOVICI In: BUCCI, 2006, p. 144).

O procedimento de escolha, definição e forma de execução das políticas públicas está diretamente atrelado ao planejamento, que embora também tenha conteúdo técnico, é um processo que começa e termina no âmbito das relações políticas. Dentro do contexto de federalismo assimétrico brasileiro, o planejamento público, com vistas à instituição e ao patrocínio de políticas públicas, supõe um processo de negociação e decisões políticas entre os diversos membros da Federação e os setores sociais.

Por isso, a autonomia federativa não pode ser medida exclusivamente pela capacidade de auto-organização, autogoverno, autoadministração e autolegislação. Quando a pauta é

planejar, requer também o cômputo de importantes variáveis que transitem entre a incorporação de vetores axiológicos afinados à democracia e à solidariedade no contexto do Estado federado: é o caso da articulação política apresentada pelas unidades da Federação em face dos demais atores do concerto federativo. (OLIVEIRA, 2012, p. 61). Essa manifestação de intergovernabilidade é entendida como a mais altaneira aplicação do princípio da subsidiariedade, que além de reforçar a proteção dos direitos e das liberdades fundamentais da pessoa humana, reclama a descentralização das estruturas de poder. (MACIEL, 2004, p. 48).

Em paralelo, a definição do orçamento público a partir do planejamento participativo é, indubitavelmente, mecanismo crucial ao efetivo controle das contas públicas, depurando-se, dialogicamente, a interpretação do interesse público em face do caso concreto que justifique as escolhas e as formas como devam ser formatadas adequadamente as políticas públicas.

Por meio dessa forma de planejamento as despesas públicas são assumidas e priorizadas sob o crivo da legitimidade e do controle popular dos processos de eleição e investimentos em políticas públicas, para que haja maior compromisso e responsabilidade diante dos direitos fundamentais e, paralelamente, o controle das funções políticas e administrativas do Estado.

Como continuidade do processo democrático, o controle de execução de políticas públicas demanda ações de participação e fiscalização pelos cidadãos para a filtragem das ações estatais. Por isso, ele é tão importante quanto a produção legislativa que culmina na elaboração dessas políticas, pois colabora com o andamento da legitimidade iniciada desde o seu respectivo processo legislativo. Na lição de Marinella Machado Araújo, “[...] não são as leis que concretizam os direitos por elas garantidos, mas as ações (do Estado, dos indivíduos) que as executam”. (2010, p. 100).

Essa dinâmica compõe o exercício do que denominamos *democracia fiscal*, cujos instrumentos jurídico-políticos concentram-se na interlocução direta, permanente e contestatória entre os cidadãos e o Estado, não alcançada pela insuficiente *dimensão autoral da democracia*²²⁶, indicando o resgate da função de fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das unidades federativas e entidades da administração indireta. O desvelamento dessa nova roupagem democrática, além de sua identificação com a perspectiva

²²⁶ “Mas o que é a dimensão autoral da democracia? É aquela em que nos identificamos, ainda que indiretamente, como autores das leis, das decisões e das políticas públicas que vinculam nossas próprias ações e as do Poder Público. Em estados plurais, os representantes, ainda que eleitos pelo povo, não estão completamente aptos a representar legitimamente toda a diversidade dos interesses dos cidadãos, seus eleitores. [...] Não basta a dimensão autoral da democracia. Não basta que sejamos, ainda que formalmente, autores das leis, das políticas públicas e das decisões que nos vinculam. É necessário que tenhamos controle da atividade de nossos representantes, principalmente, no Legislativo e no Executivo.” (ARAÚJO, 2010, p. 99-100). Sobre esse olhar, a democracia liberal representa um modelo mais passivo de democracia, em que pouco se exige dos cidadãos.

discursivo-dialógica habermasiana, reflete a ideia de democracia contestatória defendida por Philip Pettit (2007), definida por práticas participacionistas de consulta pública, utilizadas pelas autoridades governamentais, para a tomada de decisões políticas, no intuito de compatibilizá-las com o interesse comum dos destinatários dessas ações. Só assim as decisões governamentais podem ser, de fato, impugnadas quando se distanciarem do interesse social comum e este não seja parâmetro simbólico para a escolha de políticas públicas.

A partir desse novo direcionamento, torna-se ainda mais imprescindível a existência de uma administração transparente²²⁷, em condições de assegurar aos cidadãos o direito de conhecer como estão sendo investidos os recursos públicos. Para haver fidelidade no tocante à execução orçamentária revertida em investimentos sustentáveis à execução de políticas públicas, é necessário que, acima de tudo, a sociedade civil esteja atenta à repaginação de seu papel de fiscalizar. Sua atuação se dá como colaboradora de órgãos e poderes institucionais como o Tribunal de Contas, o Ministério Público e Poder Legislativo, o que dificulta a incidência de desvios de finalidades devido ao reforço à prerrogativa de controle externo da Administração Pública.

Em pesquisa realizada pelo FIRJAN, no ano de 2010, referente à gestão fiscal dos Municípios brasileiros, uma das conclusões foi que “[...] apenas 83 dos mais de cinco mil municípios brasileiros geram receitas suficientes para pagar seus funcionários” (BRASIL, Índice Firjan de Gestão Fiscal, 2013). Em mais de dez anos após a promulgação da LRF, “[...] quase 400 municípios superaram o teto de 60% da receita corrente líquida definido para as despesas com o funcionalismo”. (BRASIL, Índice Firjan de Gestão Fiscal, 2013). Com isso se constata que nem mesmo a LRF, que definiu diversos mecanismos de controle dos gastos públicos, produziu eficácia o bastante para que os recursos fossem utilizados de forma racional.

Na tentativa de ressignificação do interesse público interpretado pela condução de medidas administrativas executadas pela Administração Pública, surge a demanda de inclusão de instrumentos de controle popular capazes de retomar a formação de vínculos de confiança diante do desempenho dos gestores públicos. A eficiência administrativa não deve se resumir

²²⁷ Sobre a administração transparente, vale destacar o princípio da publicidade, que deve ser entendido como o dever de divulgação oficial dos atos administrativos. Tal princípio é de extrema importância para o controle da legalidade. Por meio de uma administração transparente toda sociedade terá conhecimento de como o Poder Público está administrando os recursos públicos. Hoje, um grande exemplo a ser citado, é a Lei nº 12.527/2011, (Lei do Acesso à Informação), que obriga que órgãos da administração direta, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União a manterem sítios oficiais para divulgação de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidos, bem como criar Serviço de Informações ao Cidadão – SIC. Seu grande destaque é em relação à divulgação da remuneração e subsídio dos ocupantes de cargos públicos, o que causou enorme polêmica no âmbito dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Esta lei tornou mais viável a participação da população no controle dos gastos públicos.

apenas na ideia de resultados, mas na conquista da credibilidade das ações tomadas pelas autoridades públicas, sujeitas à responsabilização de seus atos ímprobos. O Estado deve assumir as funções que lhe são próprias, não podendo obstaculizar o cumprimento do que é previsto constitucionalmente, não fugindo à responsabilidade.²²⁸

É nesse cenário de necessidade de controle dos gastos públicos e de busca de uma administração transparente, adepta do planejamento participativo, que aparece a figura da *accountability* democrática (ou societal). Refere-se a um “mecanismo não eleitoral que emprega ferramentas institucionais e não institucionais (ações legais, participação em instâncias de monitoramento, denúncias na mídia, etc)” (GUERRA, 2012, p. 158), conduzido por ações individuais, associações de cidadãos e movimentos sociais. Seu propósito é “expor erros e falhas do governo, trazer novas questões para a agenda pública ou influenciar decisões políticas a serem implementadas pelos órgãos públicos.” (GUERRA, 2012, p. 158) Trata-se de um mecanismo que obriga os governantes a responderem por seus atos ou omissões, devendo prestar contas perante os governados e instâncias controladoras.

No entanto, a *accountability* poderá ocorrer em outras duas dimensões: vertical e horizontal. Com relação à vertical, também de teor democrático, está fundada no instituto das eleições, quando o povo premia ou castiga os bons e maus gestores com a reeleição ou afastamento de seus representantes. A horizontal consiste no controle existente entre os poderes por meio do mecanismo de freios e contrapesos, onde um poder tem competência para fiscalizar e controlar o outro. Esse controle pode ser feito, por exemplo, pelas Corregedorias (controle institucional interno) ou os Tribunais de Contas (controle institucional externo). No entanto, essas formas de controle têm se revelado insuficientes para o efetivo exercício do policiamento da gestão fiscal, diante do contingente de questões que precisam ser monitoradas, o que determina a necessidade da participação popular como ferramenta de suporte.

Por isso, as democracias ocidentais precisam ser reinventadas por novas experiências de gestão e por variados instrumentos de controle que não mais comportam sua tipificação em modelos estritamente liberais-representativos.

Acentua-se a suspeição em relação a todos que exercem qualquer parcela de poder e que não prestam contas e, por conseguinte, os cidadãos representados tomam cada vez mais consciência de que devem manter-se em sentinela mediante o exercício do poder pelos seus

²²⁸ Essa preocupação não vem de agora, pois desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 ficou estabelecido que todos os cidadãos teriam direito de verificar se houve o devido emprego da contribuição pública, essencial para a cobertura das despesas da Administração (art. 14). É cediço que a aludida declaração também instituiu, por força de seu art. 15, o princípio da responsabilidade política e pessoal dos agentes públicos ao dispor que “A sociedade tem o direito de pedir contas a todo o agente público pela sua administração.” (DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789, 2013).

representantes políticos, o que inspira a crescente utilização de aparatos de controle e a consolidação da *accountability* democrática.

Em linhas gerais, quando se fala em *accountability* pensa-se implicitamente em “[...] responsabilização pessoal do administrador pelos atos que pratica e, explicitamente, à exigente prontidão para a prestação de contas.” (PANIAGO, 2011, p. 64). Porém, tal expressão, na forma como tem sido empregada, revela a própria vivacidade da linguagem ao demonstrar que a busca por um significado vai além de qualquer tentativa estática de tradução fidedigna desse vocábulo para a língua portuguesa.

A contextualidade da qual se insere a palavra *accountability* na práxis administrativista verbaliza variações de significados que em comum sinalizam a possibilidade de exercício da prestação de contas. Em sendo assim, seu sentido se aproxima da ideia de controle e fiscalização das finanças públicas, ensejando responsabilização ao administrador público e aos servidores com competência para dispor sobre o orçamento público. Essa responsabilidade deve ser apurada por instrumentos como as Ações Civis Públicas por improbidade administrativa. Além disso, também exprime o significado de transparência das ações governamentais no cumprimento da gestão pública.²²⁹

Pela simples observância das variáveis de sentido que o termo *accountability* nos conduz já se verifica o afastamento de concepções ontológicas no esforço vazio de se estabelecer um conceito fechado para definir seu significado, pois é a práxis social quem o deve definir, afastada a unicidade de sentido. Isso reforça a ideia de que esse tipo de instituto jurídico deve ser interpretado a partir do uso de jogos de linguagem²³⁰, pois a nomeação por meio da linguagem não pode ser entendida ontologicamente, porém a partir da situação imperativa decorrente da comunicação (MULLER, 1995, p. 38).

²²⁹ No entanto, trata-se de um vocábulo sem tradução exata para a língua portuguesa, mas que exprime diferentes significados. Na língua espanhola, a expressão é, de praxe, entendida como “rendición de cuentas”, equivalendo, em português, ao dever de prestação de contas, que, neste caso, envolve tanto a tomada de decisões, quanto a adoção de determinados comportamentos pelo gestor público em matéria de gastos. Se num Estado democrático e plural as decisões públicas não podem destinar-se a apenas financiar o interesse de um único grupo, mas de toda a coletividade, a noção de *accountability* vai mais além, pois aproxima a participação popular da gestão orçamentária, reforçando o liame entre moralidade, eficiência, publicidade e transparência. A esse respeito, vide: (CAMPOS, 1990, p. 30-50).

²³⁰ “O conceito do “jogo de linguagem” se deve nessa forma a Wittgenstein. O ponto de vista assinala o abismo entre o “Tractatus”, escrito pelo jovem Wittgenstein, e os escritos a partir das “Investigações Filosóficas”, nos quais o “jogo de linguagem” ocupa um lugar central. [...] No “Tractatus” a palavra é considerada enquanto nome; nas “Investigações Filosóficas” ela é vista como momento de um modo concreto de uso. A função da linguagem já não é mais a de retratar o mundo. Um “jogo de linguagem” é, muito pelo contrário, uma *situação lingüística*, dentro da qual se pode afirmar que aqui [...] o significado das palavras é a coisa à qual elas se referem. Não se pode falar aqui de um significado “em si” da palavra individual; só se pode dizer como a referida palavra é utilizada no âmbito de um determinado jogo de linguagem. Via de regra, o significado de uma palavra é o seu uso na linguagem.” (MULLER, 1995, p. 36-37).

Não há que se falar de uma essência ou da existência de um sentido imutável contido na determinação do conceito de *accountability*. É possível fazer uma multiplicidade de coisas com a linguagem, dispondo-se de um emaranhado de instrumentos distintos. De igual modo, uma palavra também pode assumir um significado de múltiplos modos diferentes. Da síntese da filosofia de Wittgenstein se confirma a concepção de que não há qualquer “essência” no mundo que permita ao signo (a palavra ou expressão) um sentido único, ou seja, a significação nunca é unívoca e ou universal, podendo se renovar, pois “[...] o significado da palavra depende do contexto e da situação em que está!” (CRUZ, 2011, p. 99)

A linguagem, portanto, forma um jogo que constrói e reconstrói suas regras pelo seu uso e pela sua prática.²³¹ Com efeito, o pensamento de Wittgenstein possibilita a reconstrução ou ressignificação do conceito de *accountability*, “[...] pois o uso de uma palavra ou expressão permite que a cada momento, a cada emprego, em cada situação, seu significado se modifique.” (CRUZ, 2011, p. 96)

Ademais, a transparência possui natureza de princípio orçamentário disposto no art. 165, § 3º, da CR/88 e nos arts. 48 (modificado pela Lei Complementar nº 131/09) e 49 da Lei Complementar nº 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF). Por esse princípio, o povo, por ser o legítimo proprietário dos recursos orçamentários, deve tomar conhecimento de todas as etapas que antecedem a arrecadação e a aplicação do erário, sendo uma norma interligada ao princípio republicano e ao da publicidade:

A norma decorre do **princípio republicano**, tendo como instrumentos as audiências públicas, o orçamento participativo, o relatório resumido da execução orçamentária e o relatório de gestão fiscal. Ademais, trata-se de uma evolução do **princípio da publicidade**, porquanto as leis orçamentárias devem ser publicadas com clareza e exatidão, para que os cidadãos comuns as compreendam, possibilitando o **controle social da Administração**. (GUERRA, 2012, p. 74) (grifos nossos)

²³¹ “[...] Wittgeinstein pede que se reflita nas inúmeras e variadas atividades que batizamos de “jogos”: “Entendo os jogos de dama e de xadrez, de baralho, de bola, as competições esportivas. O que é que é comum a todos? – Não digam: É preciso que alguma coisa lhes seja comum para que todos possam ser chamados ‘jogos’ – mas antes olhem, para ver se alguma coisa lhes é comum. – Pois se os considerarem, não verão decerto nada que seja comum a todos, mas verão analogias, afinidades...” No § 67 acrescenta: “Não posso caracterizar essas analogias de outro modo senão pela palavra ‘semelhança de família’. Pois é desse modo que se entrecruzam e se imbricam as diferentes semelhanças que existem entre os diferentes membros de uma família: altura, traços fisionômicos, cor dos olhos, modo de andar, temperamento etc.” Ora, Wittgeinstein fala da língua como de uma “família de estruturas”. Assim, observa no § 23 que “existem inumeráveis e diversas espécies de utilização de tudo a que chamamos ‘signos’, ‘palavras’, ‘frases’. E essa diversidade, essa multiplicidade não é nada estável nem é dada de uma vez por todas, mas que novos tipos de linguagem, novos jogos de linguagem nascem, poderíamos dizer, ao passo que outros envelhecem e caem no esquecimento.” [...] A linguagem parece ser para nós a imagem do mundo. Mas falta alguma coisa nessa aparência: todo o contexto lingüístico, os jogos de linguagem, as formas de vida.” (HUISMAN, 2001, p. 1011-1012)

Aliás, a transparência é um princípio essencial ao exercício do controle externo da Administração Pública, sendo este um mecanismo reflexo direto do princípio republicano, tal como se observa:

[...] em nosso ordenamento jurídico, ao **controle externo** e a quem dele se ocupa foi conferido elevado prestígio – funcionalmente **reflexo direto do princípio republicano**, pois numa república, naturalmente, impõe-se a responsabilidade jurídica pessoal a todo aquele que tenha por competência e consequente dever zelar por tudo que é de todos, assim do prisma da decisão como do prisma da gestão. Esta responsabilidade implica o compromisso da melhor decisão e da melhor administração possíveis. (PINTO In: PIRES; BARBOSA, 2008, p. 307) (grifos nossos)

Assim, a cidadania impõe à Administração Pública sua abertura à participação da sociedade, do mesmo modo em que se pode também aferir que o controle da Administração Pública é um forte instrumento de cidadania inserido na forma de governo republicana (PINTO in: PIRES; BARBOSA, 2008, p. 306).

6.3 A Lei Complementar nº 131/09 e as novas arenas da democracia: fiscalidade e virtualidade?

Em face do elevado índice de corrupção e da prática de tantos outros atos qualificados como de improbidade administrativa foi preciso que o legislador recorresse à edição de novos diplomas legais, regulando os comandos constitucionais, na tentativa de exercer um controle mais dinâmico e completo sobre os órgãos e agentes públicos.

Da perspectiva extraída da mais ampla concepção de *accountability* é que se embasou a sistemática da LRF, marco legal pioneiro quanto à introdução da participação popular na gestão pública orçamentária. Seu grande objetivo é a “obtenção de equilíbrio nas contas públicas, para tanto prevenindo riscos e corrigindo desvios, tudo mediante o cumprimento de metas de resultados entre receita e despesa.” (CARVALHO FILHO, 2014, p. 872)

Em reforço aos seus dispositivos, na tentativa de salvaguardar melhor produção de eficácia, justificou-se a edição da aludida Lei Complementar nº 131/09 (Lei da Transparência) que intensificou, ainda mais, a importância da transparência ao reforçar as ferramentas de manuseio da publicidade e do direito à informação, exigindo-se a divulgação de todos os dados relativos às receitas e despesas dos entes federativos, em tempo real, na internet. A Lei Complementar nº 131/09 acrescentou dispositivos à LRF, “[...] a fim de fomentar a disponibilização, em tempo real, de informações detalhadas acerca da execução orçamentária e

financeira da União, dos Estados do Distrito Federal e dos Municípios.” (MOURÃO, 2012, p. 106).

Dentre as alterações vale destacar o art. 48 da LRF, que trata da transparência da gestão fiscal, conforme se verifica a seguir:

Quadro 4 -Gestão fiscal e as modificações do art. 48 da LRF

Redação Original	Redação Após a LC nº 131/09
caput: são instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos.	Não houve alteração
Parágrafo único: Transparência será assegurada também mediante incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e de discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos.	A transparência será assegurada também mediante:
Sem previsão	I – incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos;
Sem previsão	II – liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público;
Sem previsão	III – adoção de sistema integrado de administração financeira e controle, que atende a padrão mínimo de qualidade estabelecido pelo Poder Executivo da União ao disposto no art. 48-A;

Fonte: Portal do TCU, 2013

Além de alterar o art. 48 da LRF, a Lei Complementar nº 131/09 acrescentou mais quatro artigos, a saber: 48-A; 73-A; 73-B; 73-C. Todos têm o objetivo de ampliar a transparência e assegurar o controle fiscal.

Pela inteligência desse novo perfil legislativo (art. 48, Parágrafo Único, incs. I a III) a transparência passa a ser assegurada mediante a inserção de mecanismos que viabilizam o exercício da *accountability* democrática. Um dos pontos centrais está no incentivo à participação popular e à realização de audiências públicas durante os processos de elaboração e de discussão do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e dos orçamentos anuais.

Com isso, o planejamento participativo se torna uma diretriz vinculada por força de lei, deixando de ser uma simples opção política ou ideológica do gestor.

Outro aspecto preponderante para o reforço da transparência destacado pela lei está na liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público.

Ora, diante de sua massificação e poderosa adesão social, a internet torna-se uma ferramenta indispensável para impulsionar a moralidade fiscal, haja vista tratar-se de um dos principais veículos de comunicação, cuja utilização deve ser compreendida no contexto de reconhecimento do direito virtual – direito fundamental de quinta geração. José Adércio Sampaio (2004), ao fazer a leitura do pensamento de Saeid Neshat e Howard Anawalt, destaca que a revolução tecnológica da informação produziu profundos impactos nas relações humanas e em sua normatividade, cujo amadurecimento do direito virtual inevitavelmente passa a atingir a esfera de efetivação do próprio exercício do direito à democracia.²³²

O discurso favorável à inclusão digital tem acentuado ainda mais a comunicação em rede e diminuído os espaços geográficos. Em Castells (1999) essa observação fica ainda mais lúcida, pois sua análise dos efeitos da assunção da ‘Era da Informação’ e da composição de uma *sociedade em rede*²³³ parte do pressuposto de que o espaço (entendido como a própria

²³² “O destaque de uma série de direitos que além de reunir elementos das gerações anteriores, da liberdade, da igualdade e dos direitos coletivos, apresenta uma noção única de “comunicação”, inter-relacionada com a mídia de massa, com a internet e os meios digitais, teletransmissores, radiofônicos e televisivos a cabo e por satélite, tanto a exigir um acesso universal aos seus benefícios e a garantir a expressão da diversidade cultural quanto a proteger a humanidade ou segmentos sociais mais frágeis de abusos de seus recursos e monopólios. Seriam resumidos sob o rótulo de um “direito à comunicação” ou a “comunicar-se”. Os termos podem mudar para “direitos virtuais”, cuja textura semântica mais ampliada inclui genericamente os direitos democráticos do acesso universal às tecnologias de comunicação e informação para o livre exercício da decisão sobre a própria “identidade virtual” e seus desdobramentos sociais, econômicos, jurídicos e políticos. Em outros termos, eles garantiram uma série de situações e posições jurídicas de participação de todas as pessoas nos meios eletrônicos de comunicação gerando obrigação para o Estado, para a sociedade e para a comunidade internacional de criação de instrumentos de acesso universal (dimensão igualitária e prestacional), para que todos possam decidir sobre a oportunidade de usá-los ou não, inclusive para fins eleitorais e de controle do governo (dimensão democrática), bem como sobre a pertinência, integridade e correção das informações pessoais coligidas em sistemas eletrônicos de registros (dimensão de defesa e liberdade).” (SAMPAIO, 2004, p. 299-300)

²³³ Uma das teses centrais de Castells (1999) está na caracterização da ‘sociedade em rede’, marcada pela conexão em rede entre o local e o global. A arquitetura global de redes globais conecta seletivamente os lugares, de acordo com o valor relativo para a rede, através de ‘nós’. Esses ‘nós’ são lugares que atraem riquezas, poder, cultura, inovação e pessoas. Para que certa localidade se torne ‘nós’ na rede global é necessária uma infraestrutura multidimensional de conectividade (transporte multimodal, rede de comunicação, infraestrutura de serviços acessórios, etc.). As áreas que não despertam o valor em rede formam as ‘paisagens de desespero’, que são verdadeiros espaços de exclusão. Os ‘nós’ da rede permitem a iteração entre os espaços dos lugares - onde ainda situam as redes de tomada de decisão e de inovação - e o espaço dos fluxos - que permite a implementação das decisões. Muito embora os ‘nós’ da sociedade em rede sejam pontos de atração de capital, mão-de-obra e inovação e possam acumular riqueza e poder, é possível identificar, paradoxalmente, uma série de questões sociais mal resolvidas. Tal se dá porque esse ‘nós’ não consegue implementar políticas relativas às necessidades locais, sufocadas pela lógica global em detrimento da local. O resultado desse processo é a coexistência entre o dinamismo e a marginalidade metropolitana, a disseminação de uma cultura global, que gera a identificação de poucos, e a maioria sente uma forte identidade regional ou local.

expressão da sociedade) não é uma realidade tangível. Isso basta para que a noção de espaço de fluxo supere a típica perspectiva de lugar enquanto espaço territorial. Segundo teoriza, haveria, comumente, *espaços de lugares* (ou de contiguidade) que permitem a interação social em virtude da proximidade física entre as pessoas. Porém, com o desenvolvimento da comunicação digital, possibilitou-se certa simultaneidade nos tratos realizados à distância, dentro da conjuntura global, rompendo com os limites da dimensão espacial. É o que se denomina de *espaço dos fluxos*²³⁴, consequência da sociedade baseada em conhecimento, organizada em torno de redes. O autor assume, com isso, que a predominância da tão recente visão de espaço na sociedade que hoje compomos é ainda parcial. A inclusão digital ainda não é uma realidade que atinge a todos, apesar de sua acelerada proliferação, o que torna preciso derrubar uma última fronteira: a exclusão social, principalmente em se tratando das megacidades. Por isso, esse contexto urbano inovador, designado de *cidade informacional*, não é uma forma, mas um processo em ascensão aperfeiçoamento e aderência social pelo predomínio estrutural de espaço de fluxos. (CASTELLS, 1999, p. 423).

À luz dessas novas contingências, o homem pós-moderno está cada vez mais buscando auxílio tecnológico para facilitar suas ações, o que permite o crescimento da então *democracia fiscal* facilitada pela mudança estrutural da esfera pública que expande os espaços públicos dialógicos (HABERMAS, 2003), facilitados por grandes transformações nos meios de comunicação em tempos de sociedade em rede.²³⁵ Nessa perspectiva, a formulação deste novo modelo democrático é decorrente da junção entre a *democracia virtual* e a *democracia participativa* (inserida no procedimento de elaboração do planejamento público), ambas

(CASTELLS, 1999, p. 405-452).

²³⁴ Segundo a definição de Castells, “O espaço de fluxos é a organização material das práticas sociais de tempo compartilhado que funcionam por meio de fluxos”. (1999, p. 436). Com isso, se antes eram nos lugares físicos onde se dava a necessária produção de conhecimento e geração de riquezas, agora, de acordo com o autor, isso tem cedido lugar para esse aludido espaço de fluxos. É a realidade física perdendo espaço para a virtualidade.

²³⁵ A transformação da comunicação é a mudança social mais evidente da “sociedade em rede”, notadamente pela difusão em larga escala da internet, pela explosão da comunicação sem fio e pela posterior interação dessas tecnologias. A internet, facilmente ao alcance, gerou impacto nos mais variados setores da vida social (entretenimento, informação, trabalho, etc.). A internet é a base da comunicação da sociedade em rede e, muito embora ainda seja a TV o principal veículo de comunicação em massa, ela tem transformado a televisão, permitindo que o conteúdo televisionado seja formatado pelos seus usuários. O mesmo se diga em relação ao jornalismo e outros meios de comunicação em massa. A conta dessa iteratividade entre a internet e os demais meios de comunicação em massa, Castells (1999) cunha a ideia de “auto-comunicação em massa”, identificando, a partir do desenvolvimento de redes horizontais de comunicação iterativa que conectam o local com o global no momento escolhido, uma tendência de formação de um sistema de comunicação digital multimodal e multicanal que integra todas as formas de mídia. Os espaços virtuais permitiram a expansão da sociabilidade que se integra cada vez mais a outras formas de vida cotidiana, bem como ensinou a experimentação de personagens, cuja atuação se encontra livre das peias institucionais e espaciais. Para o autor a internet associada à comunicação sem fio imprimiu um novo culturalismo social, identificado como a *cultura da virtualidade real*, na qual as redes digitalizadas de comunicação multimodal se imbricam de tal maneira em todas as expressões culturais e pessoais, cujo resultado é a virtualidade em uma dimensão fundamental da nossa realidade.

disseminadas nos ditames da Lei Complementar nº 131/09. O experimento dessa democracia virtual ou eletrônica é fruto da era digital e das recentes tecnologias criando novas possibilidades à “configuração institucional de potenciais reformas democráticas – em consideração aos possíveis mecanismos institucionais de consulta à opinião pública, sejam eles oficiais ou não-oficiais.” (FISHKIN. In: EISENBERG; CEPIK, 2002, p. 17).

Vale ainda destacar o advento de outra lei de grande relevância ao se falar em administração transparente e favorecimento do planejamento participativo, colaborando a favor da *accountability* democrática: a Lei nº 12.527/11. Foi instituída com o objetivo de ampliar e regular o acesso à informação, estabelecendo procedimentos para que a Administração Pública responda aos pedidos de informação do cidadão. O aspecto mais importante dessa legislação é “ser ferramenta fundamental para a ampliação do controle social sobre a gestão pública.” (BRASIL. Lei Federal 12.527. Recomendações aos Tribunais de Contas do Brasil. Grupo de Comunicação Institucional (GCI/PROMOEX), 2014).

Em suma, a composição dessa estrutura de controle e fiscalização popular é essencial para que se desvele o campo da orçamentação, que não pode ser visto como “uma província sacrossanta de atuação Legislativa e Executiva isento a qualquer controle.” (LEITE, 2011, p. 267). A publicidade dos balanços das finanças, dando amplo acesso ao público, inclusive por meio eletrônico (via internet), tem justamente a intenção de “[...] aumentar a transparência na gestão do gasto público, permitindo servirem os mecanismos de mercado e o processo político como instrumentos de controle e punição dos governantes que não agirem de maneira correta.” (GUERRA, 2012, p. 235).

Em pesquisa sobre o acesso ao *direito virtual* realizada pela Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento do IBGE (PNAD 2011), tomando por critério a distribuição de pessoas que utilizaram a Internet nas diferentes regiões brasileiras, no período de referência dos últimos três meses, constatou-se o seguinte percentual:

Tabela 2 - Acessibilidade à internet por faixa etária no Brasil

10 a 14 anos	14,1%
15 a 17 anos	10,1%
18 ou 19 anos	6,0%
20 a 24 anos	13,7%
25 a 29 anos	12,6%
30 a 34 anos	11,1%
35 a 39 anos	8,8%
40 a 44 anos	7,2%
45 a 49 anos	6,0%
50 a 54 anos	4,2%
55 a 59 anos	2,9 %
60 anos ou mais	3,3%

Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 2011.

Entretanto, o PNAD 2012 aponta um crescimento de 6,8% de usuários da rede em comparação com 2011. Segundo informações do “Portal Brasil”, nos últimos cinco anos, o índice de domicílios conectados à rede mundial de computadores saltou de 23,8%, em 2008, para 40,3%, em 2012, ultrapassando, em 2013, a marca dos 43%. Nesse mesmo ano, metade das pessoas com 10 anos ou mais de idade acessaram a internet no Brasil. É o que revela as conclusões do PNAD 2013. Dos 32,2 milhões de domicílios brasileiros com microcomputador em 2013 (49,5% do total de residências), 28 milhões contavam com acesso à internet. Esse número representa 43,1% do total de domicílios aqui constituídos. O crescimento absoluto registrado em 2013 foi de 2,3 milhões de casas conectadas à web, o que representa uma população beneficiada de quase 7,6 milhões de pessoas. (BRASIL. Portal Brasil, 2015)²³⁶. Apesar dos merecidos aplausos por este avanço sob o aspecto formal, as ferramentas virtuais ao exercício da democracia fiscal ainda engatinham rumo à sua real efetivação (sob o aspecto material), revelando-se ainda incipientes.

Com base nessas informações, o comparativo entre o número de usuários e o perfil de uso dos internautas brasileiros com o número de eleitores em nosso país, percebemos que o acesso à internet e as razões de busca à web ainda não são uma realidade que traduz a satisfatória concretização do direito virtual. Pelo menos ao ponto de se viabilizar ferramentas como o planejamento orçamentário participativo, a *accountability* popular dos gastos públicos, implementando novas vertentes democráticas, tal como sugere a proposta de democracia fiscal.

²³⁶ Já no ano de 2014, pela primeira vez, mais da metade dos brasileiros foram declarados como usuários da internet, segundo informações divulgadas pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br) (CAPUTO, 2014). Não obstante, esse percentual beira à saturação na medida em que a população idosa de hoje, não inserida na dinâmica da internet, desapareça, dada a disparidade do uso da internet entre as pessoas com mais de sessenta e menos de trinta anos pela falta de políticas públicas inclusivas.

Além de se enfrentar o problema da dificuldade ou incapacidade de se traduzir os códigos e rubricas constantes na legislação orçamentária, quantitativamente o acesso à internet e o interesse pela visitação aos sítios virtuais governamentais torna a acessibilidade às contas públicas números irrisórios e nada democráticos do ponto de vista das maiorias, sem contar pela falta de consciência política ou interesse pela própria matéria. Qualitativamente, ter acesso, mas com tão baixo nível de formação educacional e altos índices de analfabetismo (absoluto ou funcional), conforme os dados apontam, torna ainda muito distante a concretização dos preceitos da Lei Complementar nº 131/09.

Governos usam a internet para dar publicidade de suas ações ao criarem ‘portais da transparência’. Paralelamente, parlamentares também têm empregado seus *websites* como forma de divulgação de suas agendas públicas. Entretanto, não costumam dar a atenção merecida, inclusive às respostas, críticas e opiniões dos cidadãos. (CASTELLS, 2003).

Apesar da proliferação dessas ferramentas virtuais, a realidade demonstra que ainda persiste grande dificuldade de navegação nos portais de transparência (afora a ilegalidade de diversas administrações locais onde eles sequer existem). É um tipo de artimanha sutil que surge para embaraçar a publicidade e clareza dos dados orçamentários, disponibilizando, com frequência, sistemas complexos que desestimulam a usabilidade.²³⁷

Todo esse simulacro de democracia, planejamento público participativo e virtualidade são reflexos da promessa falida de inclusão democrática baseada num modelo inflexível de compreensão dos direitos humanos convocados por ‘modernos’ Estados Nacionais europeus. Assim, asseveram Gabriel Méndez Hincapié e Ricardo Sanín Restrepo (2012) que o padrão do direito à democracia ocidentalista é todo calcado na valorização de um modelo de homem europeu burguês elevado ao plano do universal-singular, que dentro de pilares liberais, rechaça

²³⁷ Segundo dados revelados pelo ‘Índice de Transparência’, comitê **avaliador dos portais de transparência dos Estados e capitais do Brasil**, o ranking de 2014 demonstrou grande instabilidade de avaliações nos diferentes Estados-membros de nossa federação. As notas oscilaram entre a máxima de 8,96 para o Espírito Santo, sendo 8,91 de conteúdo (abordagem dos dados e clareza) e 8,9 de usabilidade (acessibilidade dos usuários) e a mínima de 0,85 para Rondônia, com 1,47 de conteúdo e 0,10 de usabilidade. A Capital mineira bateu a média de 5,5, sendo 6,62 de conteúdo e 3,75 de usabilidade. Se por um lado os índices identificaram Espírito Santo, Pernambuco e São Paulo como os Estados mais transparentes do Brasil, por outro, a disparidade dos dados denuncia que em muitos locais ainda falta um sistema que possua elevado desempenho operacional capaz de disponibilizar as informações exigidas para que haja, de fato, a real e espontânea publicidade nos respectivos portais de transparência. Além disso, a facilidade de navegação é considerada o ponto mais fraco dos portais. “Para atingir transparência plena, além de disponibilizar todos os critérios exigidos para conteúdo, é preciso que todos os estados e capitais melhorem em usabilidade, isto é, na facilidade com que os usuários possam encontrar dados desejados nos portais de transparência. A atual conjuntura em relação à transparência dos estados e capitais brasileiras foi apontada pelo Índice de Transparência 2014, que constatou que, absolutamente, todos os estados precisam desenvolver formulários de pesquisa mais completos, que capacitem o usuário a cruzar toda e qualquer informação sobre execução e classificação orçamentária.” (BRASIL. Índice de Transparência, 2014).

diferenças estruturais e imperfeições humanas cuja identidade não se assemelhe com esse tipo de proposta.

Desse modo, o desdém por formas autênticas de emancipação política e a fúria pela encriptação do poder levam o legislador a introjetar em nosso ordenamento jurídico modelos uniformes de democracia que desprezam problemas peculiares à nossa história, às nossas tradições, à nossa precariedade em relação a costumes e hábitos estrangeiros (por lá já superados de tão usuais) que requeiram maior nível de cultura e informação.

A intersubjetividade esperada nessas ferramentas institucionais de controle e participação popular perde o sentido quando a “A teoria liberal, em sua glorificação do modelo individualista, nega a dependência do ser com o mundo, apaga artificialmente a alteridade e impõe a aberração pela qual o ser é simétrico e idêntico com seu desejo de identidade na norma.” (HINCAPIÉ; RESTREPO, 2012, p. 105). (tradução livre)²³⁸ Tudo isso só denuncia que na esteira latino-americana o atual exercício do poder é ditado, conforme prosseguem os autores latinos, por uma nova via de soberania encriptadora da consagrada e institucional visão constitucional de soberania estatal e popular que transitam altaneiramente em regras como na Constituição Republicana de 1988: eis a soberania porosa. Novamente Gabriel Méndez Hincapié e Ricardo Sanín Restrepo complementam que “[...] esta consiste na transformação progressiva da soberania a favor de métodos que acompanham a expansão do império do capitalismo.” (2012, p. 100). (tradução livre)²³⁹

Mas mesmo havendo esses entraves, é fundamental que a sociedade se redefina enquanto povo soberano, alterando o conjunto de valores que compartilha, principalmente no que se refere à sua inércia política, para que assim seja capaz de assumir o seu papel ativo e se valer do aparato normativo que aperfeiçoa a democracia, fortalecendo o dever de transparência do gestor. Logo:

Em determinados momentos históricos os cidadãos são capazes de reinterpretando o seu próprio passado, redefinirem-se enquanto povo. Quando uma comunidade altera o conjunto dos valores que compartilha, pode criar uma nova Constituição, modificar o seu direito constitucional ou instituir novas interpretações. Esta capacidade de autodeterminação da comunidade está precisamente na origem do “constitucionalismo patriótico” (CITTADINO, 2000, p. 169)

²³⁸ “La teoría liberal em su glorificación del modelo individualista niega la dependencia del ser con el mundo, borra artificialmente la alteridade e impone la aberración según la cual el ser es simétrico e idêntico con su deseo de identidade en la norma.” (HINCAPIÉ; RESTREPO, 2012, p. 105).

²³⁹ “Esta consiste em la transformación progressiva de la soberanía a favor de métodos que acompañan la expansión del império del capital.” (HINCAPIÉ; RESTREPO, 2012, p. 100).

É recorrente na práxis social que os indivíduos identificados com certo grupo entrem em discussões assumindo determinado posicionamento e saiam com outro diferente, mesmo quando isso se refira aos assuntos de conteúdo moral ou político. Nesse aspecto, a perspectiva de Bauman (2001) sobre a modernidade facilita a compreensão da existência de flexibilidade de pontos de vistas, uma vez que está voltada à busca de identidade do sujeito e à sua impossibilidade de permanecer firme em suas mesmas convicções.²⁴⁰

Toda sociedade possui diversos grupos de deliberação contracenando em um mesmo espaço de democracia heterogênea e deliberativa, ideal pautado na combinação entre a reação popular reflexiva e o intercâmbio entre pessoas com pontos de vistas concorrentes.

Partindo deste pressuposto, Sunstein delata o intrigante fenômeno da *polarização (ou radicalização) grupal*²⁴¹ na missão de analisar porque grupos sociais vão a extremos e os reflexos dessa tendência das pessoas se manterem em enclaves isolados e etnocêntricos, os quais ele denomina como *deliberação do enclave*. Há um perigo de haver a afetação da estabilidade social, de geração de forte fragmentação social ou estado de violência e de criação de ambiente favorável à injustiça social e à insensatez.

A polarização grupal, por certo, assenta-se na ideia de que exista uma homogeneidade social. Uma vez acentuada, a pressuposição dessa leitura homogênea pode ser danosa à deliberação que frequentemente convive numa atmosfera de extremismo. Esta polarização “aumenta quando membros do grupo identificam a si mesmos em torno de objetivo ou de uma dimensão relevante, e especialmente quando o grupo é capaz de definir a si mesmo pelo contraste com um outro grupo”. (SUNSTEIN. In: SAMPAIO, 2006, p. 81). Quando ocorre exclusão da discussão de um grupo em relação a outros grupos diferentes, por ato de escolha ou

²⁴⁰ “Socialmente, a modernidade trata de padrões, esperança e culpa. Padrões – que acenam, fascinam ou incitam, mas sempre se estendendo, sempre um ou dois passos à frente dos perseguidores, sempre avançando adiante apenas um pouquinho mais rápido do que os que lhes vão no encalço. E sempre prometendo que o dia seguinte será melhor do que o momento atual. e sempre mantendo a promessa viva e imaculada, já que o dia seguinte será eternamente um dia depois. E sempre mesclando a esperança de alcançar a terra prometida com a culpa de não caminhar suficientemente depressa. A culpa protege a esperança da frustração; a esperança cuida para que a culpa nunca estanque. [...] **Psiquicamente, a modernidade trata da identidade. [...] Em outras palavras, a modernidade é a impossibilidade de permanecer fixo. Ser moderno significa estar em movimento.** É-se colocado em movimento ao se ser lançado na espécie de mundo dilacerado entre a beleza da visão e a feiúra da realidade.” (grifos nossos) (BAUMAN, 1998, p. 91-92)

²⁴¹ Segundo Sunstein, “Apesar de padrão, o termo “polarização grupal” é um tanto quanto enganoso. Não foi projetado para sugerir que membros do grupo irão se deslocar para os pólos, nem se refere a um aumento de variação entre grupos, embora este seja o resultado final. Em vez disso, o termo se refere a um deslocamento previsível e esperado dentro de um grupo que discute um caso ou problema. Enquanto o deslocamento acontece, grupos e membros de grupos se movem ou se fundem, não em direção ao centro ou às disposições antecedentes, mas em direção a uma posição mais extrema no sentido indicado por aquelas disposições. O efeito da deliberação é tanto diminuir a variação entre os membros do grupo, enquanto as diferenças individuais diminuem, como também produzir convergência a um ponto relativamente mais extremo entre os julgamentos pré-deliberativos.” (SUNSTEIN. In: SAMPAIO, 2006, p. 74).

por coerção, é possível se assumir posições extremas, culminando em choques, conflitos étnicos e internacionais e guerras.

Isso dá aquiescência ao discurso do ódio insuflado pelos antagonismos entre grupos ou cria a falseta de que discussões apenas de certos grupos é que são capazes de produzir a tomada de consciência. A tendência da polarização grupal é revitalizar o discurso de um mesmo grupo, aumentando a confiança na posição que acabou de emergir após identificar e esclarecer questões outrora reprimidas ou compreendidas como um resultado social em vez de individual. Os grupos tendem a tomar decisões mais extremas do que um indivíduo tomaria isoladamente. E isso mostra que uma esfera pública deliberativa, tal como aquela pretendida pela proposta de planejamento participativo fixada pela Lei da Transparência, pode tornar-se também um emaranhado de espaços de intolerância em relação a propostas ou posições assumidas pelo gestor ou por grupos distintos. A razão desse risco, segundo entende Sunstein, é que a polarização grupal não direciona as deliberações para um mesmo centro, um mesmo objetivo ou nível de interesse público que devam estar presentes no ato do planejamento público. Mas tende a dissipá-las em conflitos formados por conta da existência do processo de deliberação de enclaves.

Este mecanismo de deliberação de enclaves entre pessoas ligadas pelas mesmas opiniões que dialogam ou convivem a maior parte do tempo em enclaves isolados, movendo-se em certas direções ou ainda em direções extremas, tende a conferir “menos peso às opiniões dos membros de status mais baixo – em algumas épocas e lugares, mulheres, minorias religiosas e étnicas, pessoas com acesso a menos educação” (SUNSTEIN. In: SAMPAIO, 2006, p. 73). Notavelmente, esses entraves são dificuldades que ainda precisam ser superadas à concretização da democracia fiscal instrumentalizada pela Lei Complementar nº 131/09.

Não obstante, o indivíduo que vive à mercê da exclusão e às margens da sociedade, não pode ser perpetuamente afastado do debate público. Por isso, dispositivos normativos como a Lei da Transparência são passos desbravadores e decisivos para se alçar o direito de se inserir na possibilidade participativa com dignidade para a afirmação de sua própria liberdade e condição de pessoa: “Um dos fins da democracia, simplificada, é garantir autonomia não meramente por meio da permissão à satisfação de preferências, mas também e primordialmente pela proteção da liberdade no processo de formação de preferências.” (SUNSTEIN, 2009, p.231).

Sunstein ainda completa destacando a relevância das ações governamentais serem pautadas em aspirações sociais compartilhando os desejos coletivos na criação da autonomia política:

A ação governamental pode também ser justificada sob a base da autonomia quando o público busca implementar, por meio de processos democráticos que culminam no direito, aspirações sociais amplamente compartilhadas ou desejos coletivos. As pessoas podem buscar, através do direito, implementar uma decisão democrática sobre qual trilha seguir. Se assim o for, não constituiria uma violação normal à autonomia permitir-se que esses julgamentos considerados sejam legitimados pela ação do governo. Aspirações coletivas, produzidas por um processo de deliberação no qual são trazidas perspectivas concorrentes, refletem uma concepção de liberdade política que tem raízes profundas na tradição constitucional americana. De fato, a ideia central da democracia deliberativa funda-se sobre essa concepção. Nessa visão, autonomia política pode ser encontrada na autodeterminação coletiva, uma vez que os cidadãos decidem não o que “querem”, mas sim quem de fato são, quais são seus valores, e o que esses valores implicam. (SUNSTEIN, 2009, p. 232)

Afinal, a evocação do controle social em prol da transparência impõe a necessidade de criação de espaços públicos em que os próprios cidadãos tenham acesso à informação para usá-la em favor de seus interesses e em defesa da própria sociedade. Por isso, a *accountability* está ligada à obrigatoriedade de prestação de contas à sociedade, a uma administração transparente, regulando a relação entre o Estado e sociedade na formação e controle das políticas públicas. De igual jaez, a participação da população no controle das políticas públicas é essencial para a concretização do direito fundamental à boa administração.²⁴²

Portanto, não restam dúvidas de que esses mecanismos de engrenagem da *accountability*, ainda que hoje se encontrem distantes de sua materialização pelos tantos desafios e problemas aqui denunciados, foram criados com a intenção de corroborar com a imposição do dever de controle e publicidade dos gastos públicos pelo gestor, repercutindo na necessidade de salvaguardar o equilíbrio fiscal permanente, sob pena de responsabilização por improbidade administrativa.

²⁴² “O direito fundamental à boa administração de instituições públicas constitui um passo decisivo para garantir índices democráticos no exercício do poder. O fato de o poder se usar de maneira aberta, plural, social, equilibrada e humana é algo que se deve considerar como a base de racionalidade a partir da qual devem se projetar as diferentes formas de governar e administrar frente às distintas opções políticas.” (MUÑOZ, 2012, p. 157)

7 O PLANEJAMENTO SUSTENTÁVEL NA GESTÃO DAS CIDADES: UTOPIA OU URGÊNCIA?

7.1 O *homo oeconomicus* e o discurso da sustentabilidade simbólica: uma releitura foucaultiana para a compreensão da escassez e da segregação no ambiente urbano

O embaraço da escassez de recursos naturais na ‘*era do progresso*’ compele o administrador público a refletir sobre os limites da sustentabilidade em seu confronto com o sistema de desenvolvimento herdado de um modelo liberal ainda reluzente em tempos de *Estado de Direito Ambiental*.²⁴³ A estratégia burguesa de extração de recursos da natureza de forma desordenada desestabilizou os fenômenos que integram sua lógica sistêmica.

Os efeitos da escassez recaem imediatamente sobre os bens que contenham condão econômico, considerados aqueles que, a seu turno, são dotados de utilidade e capazes de atender a algum tipo de necessidade humana.²⁴⁴ Isso agrava a finitude dos recursos naturais e o fluxo dinâmico de ações que correspondam ao seu equilíbrio. Mao Tse-tung defende que “[...] a natureza não é um conglomerado de fenômenos dispersos, mas um todo integrado. Esse todo não está imóvel, mas em constante movimento e mudança.” (2008, p. 21).

Por si só a *sustentabilidade intrínseca* já revela um grande desafio, pois é impulsionada pela luta dos contraditórios marcada pela presença de intemperes naturais. É ainda mais

²⁴³ As aspirações advindas do pretenso *Estado de Direito Ambiental* emergem do constitucionalismo democrático, que, particularmente, trata-se de um projeto ainda não finalizado. Segundo Luis Roberto Barroso: “O constitucionalismo democrático, ao final da primeira década do século XXI, ainda se debate com as complexidades da conciliação entre soberania popular e direitos fundamentais. Entre governo da maioria e vida digna e em liberdade para todos, em um ambiente de justiça, pluralismo e diversidade. Este continua a ser, ainda, um bom projeto para o milênio.” (BARROSO, 2009, p. 41) De fato, isso ainda repercute na falta de efetividade em torno do direito ao meio ambiente e de políticas públicas eficientes à promoção da sustentabilidade. Ademais, o tratamento conferido ao *Estado Democrático de Direito* como um *Estado de Direito Ambiental* tem fundamento na constitucionalização do direito ao meio ambiente, elevado ao status de direito fundamental, no Texto de 1988 (art. 225), conferindo-lhe capítulo próprio. Além disso, essa faceta do Estado também se identifica calcada no princípio da proibição do retrocesso ecológico. Nesse contexto: “O desenvolvimento desse novo modelo estatal encontra-se vinculado à articulação entre distintas modalidades de problemas ambientais, que devem necessariamente gozar de amparo jurídico-constitucional. [...] Com isso, não se pretende estabelecer uma proibição geral do retrocesso, o que certamente enrijeceria o sistema jurídico-ambiental. Na verdade, procura-se evitar o recuo injustificado de normas e medidas que estabeleçam um nível de proteção jurídica adequado ao meio ambiente.” (LEITE; FERREIRA. In: FERREIRA; LEITE; BORATTI, 2010, p. 11-12).

²⁴⁴ Nesse particular Flávio Galdino estabelece uma interessante distinção entre as espécies de bens que podem estar sujeitos à escassez natural de recursos. “Por evidente, para prover bens econômicos são necessários recursos. Sob a ótica da escassez, isto é, sob o prisma econômico, os bens podem ser divididos em (i) livres e (ii) econômicos. Os bens livres são aqueles sobre os quais, por qualquer razão, em determinado momento, a escassez não projeta efeitos – como o ar atmosférico, por exemplo (ainda...). Bens econômicos são aqueles dotados de utilidade e que sofrem os efeitos da escassez – como a comida, por exemplo. Por evidente trata-se de qualificação dos bens marcada pela transitoriedade, pois a utilidade e a escassez dependem do contexto histórico e econômico sob análise.” (2005, p. 156).

acentuada quando *extrinsecamente* o grande intempere à sua realização trata-se da intervenção humana. Por isso, Canotilho e Leite (2011) fazem menção ao princípio da solidariedade entre gerações, expressamente mencionado na Constituição portuguesa, norma que vincula as gerações presentes a incluírem como medida de ação e de ponderação os interesses das gerações futuras – o que conhecemos como princípio da equidade intergeracional (LEITE; FERREIRA. In: FERREIRA; LEITE; BORATTI, 2010, p. 10).

Os interesses destas gerações são evidenciáveis em três campos de extrema complexidade e que precisam ser controlados para o fortalecimento do Estado de Direito Democrático e Ambiental por ele defendido:

(i) o campo das *alterações irreversíveis* dos ecossistemas terrestres em consequência dos efeitos cumulativos das actividades humanas (quer no plano espacial, quer no plano temporal); (ii) **o campo do esgotamento dos recursos, derivado de um aproveitamento não racional e da indiferença relativamente à capacidade de renovação e da estabilidade ecológica**; (iii) o campo dos *riscos duradouros*. (grifos nossos) (CANOTILHO; LEITE, 2011, p. 28)

Proudhon (1975) denuncia que o problema causador desse grande desequilíbrio é que a propriedade foi assumida como duas perigosas faculdades: *exclusão* e *invasão*. A primeira é marcada pela exploração do trabalho reveladora de nossa desigualdade, que torna o trabalhador, em relação à sociedade, um devedor que morre necessariamente insolvente. Já a segunda é identificada por um dos principais axiomas sustentados pelo autor: “[...] a propriedade é o direito de lucro que o proprietário se atribui sobre uma coisa por ele marcada com o seu cunho.” (1975, p. 133) A concepção de lucro resulta em verdadeira invasão do homem na exploração da propriedade em todas as suas formas.²⁴⁵

Em Foucault (2008), observa-se que a dominação da propriedade e da mão-de-obra encontra substrato na política do biopoder, entendida como um regime geral de dominação da vida demarcada pela força ideológica e pelo controle, cuja finalidade é a disciplina dos corpos, sua docilização. Em sua “Microfísica do Poder” Foucault defende que a definição dessa política do corpo se trata de uma estratégia de tomada de poder, revelando-se como um autêntico processo político constituído como uma espécie de dogma, cujo domínio do corpo é uma das peças mais importantes.²⁴⁶

²⁴⁵ “O lucro recebe nomes diferentes segundo as coisas que o produzem: renda, pelas terras; aluguer, pelas casas e móveis; Juro, pelos fundos colocados; Interesse, para o dinheiro; benefício, ganho, lucro (três coisas que é preciso não confundir com o salário ou preço legítimo do trabalho), para as trocas. O lucro, espécie de regalia, homenagem tangível e consumível, 'pertence ao proprietário em virtude da sua ocupação nominal e metafísica; o seu cunho está apostado na coisa; isso basta para que ninguém possa ocupar essa coisa sem a sua permissão.” (PROUDHON, 1975, p. 133).

²⁴⁶ “Eu penso que, do século XVII ao início do século XX, acreditou-se que o investimento do corpo pelo poder

Como estratégia introduzida a partir do século XVIII, por influência do pensamento liberal, a noção de biopoder corresponde, inicialmente, à atuação do Estado exercendo uma força para que o capital desenvolvesse o seu trabalho e o corpo produzisse, em anuência com os ideários do *laissez-faire*. Nesse contexto, essa expressão do poder identificada por Foucault se vincula à autodeterminação e afirmação de espaço (*físico* – pelo reconhecimento do direito de propriedade –, *político* e, sobretudo, *econômico*) à esfera privada²⁴⁷. Ou, segundo entende, a uma classe social privilegiada a quem ele designa como *homo oeconomicus*, considerado o sujeito ou o objeto do *laissez-faire*, elemento intangível em relação ao exercício do poder.²⁴⁸

Em contrapartida, a força ideológica imposta para a produção econômica extraída do corpo significou a própria domesticação da grande massa operária confinada, sob o plano físico, em pequenos espaços de vivência dentro das dependências das fábricas. Já no que impinge ao plano intelectual, a repercussão recai sobre a alienação agravada pela divisão do trabalho.

Tolerante à ocorrência dessas sutis perversidades, o Estado Moderno, em sua conjuntura liberal, alimentou-se da biopolítica para atuar na via omissiva de tutela da coletividade à custa do condicionamento humano resultante da exploração do capital.

Segundo Foucault, a instauração do regime de biopoder também influenciou na maneira como o Estado Liberal deveria lidar com os fisiocratas (comparativamente considerados aqueles que hoje designamos como os liberais de nossos dias): a economia se assumiria como

devia ser denso, rígido, constante, metucioso. Daí esses terríveis regimes disciplinares que se encontram nas escolas, nos hospitais, nas casernas, nas oficinas, nas cidades, nos edifícios, nas famílias... E depois, a partir dos anos sessenta, percebeu-se que este poder tão rígido não era assim tão indispensável quanto se acreditava, que as sociedades industriais podiam se contentar com um poder muito mais tênue sobre o corpo.” (FOUCAULT, 2002, p. 147-148)

²⁴⁷ Esses aspectos se remetem à caracterização do liberalismo, caracterizado, de acordo com Cecília Caballero Lois, como: “Em linhas gerais, liberais são aqueles que, no plano ontológico, preocupam-se em estabelecer a ideia de um homem livre, capaz de um senso de justiça que pode ser compreendido como uma convicção do cidadão acerca da obrigação da cidade de colocar à disposição de todo cidadão produtivo e cumpridor de seus deveres, os meios para que ele possa realizar seu plano de vida, desde que ele seja racional. A partir dessa premissa, no plano da promoção, o liberalismo vai propugnar uma separação entre o âmbito público e o privado além de um espaço político neutro e regido por princípios de justiça acordados de forma imparcial. Nesse contexto, ganham importância crucial os chamados direitos individuais. Sua função primordial seria a de estabelecer os limites da esfera pública e assegurar a autonomia privada do indivíduo frente ao Estado, garantindo-lhe a legitimidade.” (LOIS, 2005, p. 25).

²⁴⁸ “O *homo oeconomicus* tal como aparece no século XVIII [...] funcionava como o que se poderia chamar de um elemento intangível em relação ao exercício do poder. O *homo oeconomicus* é aquele que obedece ao seu interesse, e aquele cujo interesse é tal que, espontaneamente, vai convergir com o interesse dos outros. [...] o *homo oeconomicus* é, do ponto de vista de uma teoria do governo, aquele em que não se deve mexer. Deixa-se o *homo oeconomicus* fazer. É o sujeito ou o objeto do *laissez-faire*. E, em todo caso, o parceiro de um governo cuja regra é o *laissez-faire*. [...] aquele que aceita a realidade ou que responde sistematicamente às modificações nas variáveis do meio; esse *homo oeconomicus* aparece justamente como o que é manejável, o que vai responder sistematicamente a modificações sistemáticas que serão introduzidas artificialmente no meio. O *homo oeconomicus* é aquele que é eminentemente governável. De parceiro intangível do *laissez-faire*, o *homo oeconomicus* aparece agora como o correlativo de uma governamentalidade que vai agir sobre o meio e modificar sistematicamente as variáveis do meio.” (FOUCAULT, 2008, p. 369)

ciência lateral que não se tangencia como princípio de governabilidade, ficando a figura estatal docilizada de qualquer tentativa de intervenção econômica. Assim:

A economia política é de fato uma ciência, e de fato um tipo de saber, é de fato um modo de conhecimento que os que governam terão de levar em conta. Mas a ciência econômica não pode ser a ciência do governo e o governo não pode ter por princípio, lei, regra de conduta ou racionalidade interna, a economia. A economia é uma ciência lateral em relação à arte de governar. Deve-se governar com a economia, deve-se governar ao lado dos economistas, deve-se governar ouvindo os economistas, mas não se pode permitir, estáfira de cogitação, não é possível que a economia seja a própria racionalidade governamental. (FOUCAULT, 2008, p. 389)

A lógica do biopoder, conectada intimamente ao econômico, tornou-se praxe a partir da Revolução Industrial e se alastrou, através dos tempos, docilizando os corpos contidos dentro de mesmos espaços territorializados. Assim o biopoder, quando exercido coletivamente, mas sobre o corpo de cada um, ainda mantém sua força, possibilitando que a biopolítica controle toda uma população. E a forma desse controle age como meio de dominação da vida que promove uma escala de controle social.

A biopolítica contemporânea produz uma forma velada de genocídio das minorias sociais por meio da omissão estatal capaz de promover a exclusão dos mais pobres. Isso pode ser notado, por exemplo, quando se permite que o tráfico entre nas favelas ou que direitos sociais sejam cada vez mais hostilizados pelo mercado flexibilizador. Estrategicamente, a biopolítica atua valendo-se de táticas peculiares de isolamentos. Uma delas é notada pela omissão de um planejamento público que atenda a preceitos de sustentabilidade, como a adequada mobilidade e o acesso a funções sociais vitais em espaços urbanos - periféricos e conglomerados – ocupados por quem realmente produz. Outra tática perversa consiste na segregação socioespacial dos vulneráveis ou invisibilizados.

Castells (1999) nos adverte que esse tipo de fenômeno eclode em resposta à formação dos chamados espaços de fluxos. Estes correspondem a todas as áreas residenciais e de lazer constituídas nas cidades, que somadas à localização das sedes funcionais e administrativas das empresas tendem a agrupar funções de dominação em espaços minuciosamente segregados, com acesso privilegiado aos complexos cosmopolitas de artes, cultura e entretenimento. São espaços formais, cujo acesso é reservado e dominado por poucos. E nesse processo vão se tornando referência para o início da segregação urbana, manifestando-se inicialmente pela via territorial, ao dispor de localizações privilegiadas pertencentes a certas classes sociais. Ou, ainda, por meio do controle da segurança de certos espaços abertos e acessíveis tão-somente à elite privilegiada. (CASTELLS, 1999, p. 439).

É nesse contexto que se instauram verdadeiras hierarquias socioespaciais veladas, com ‘*aparthaids* sociais’ simbólicos. Os centros e regiões enobrecidas não pertencem a todos nas cidades, restando ao proletariado, grande massa motora de mão-de-obra necessária ao crescimento econômico, a condução de suas vidas, para além da jornada de trabalho, em espaços periféricos.

Níveis administrativos inferiores com precários investimentos em equipamentos urbanos são criados para estimular a construção de “comunidades sociais de segunda ordem” (CASTELLS, 1999, p.441) que o acompanhem e se apartem de outros espaços hierarquicamente privilegiados. É a retomada da dominação pacífica dos corpos, segundo a perspectiva foucaultiana. Ou, ao desdém de tudo isso, na completa omissão estatal de cobertura de infraestrutura urbana, a segregação flui como resposta do próprio esquecimento, seja diante do abandono e abstinência de bens particulares então isentos de especulação imobiliária ao tempo da ocupação, seja no assentamento irregular ocorrido em áreas constituídas como bens públicos.

Imbuída de toda essa pretensão, a biopolítica visualizada por Foucault deve ser interpretada como a mola do capital. Pode-se ficar capturado o tempo inteiro e ao mesmo tempo mantendo o desejo de consumir. No capitalismo conexcionista o ideal é ter o máximo de navegação, o máximo de mobilidade. Por isso, pode-se concluir que a biopolítica está interligada à ideologia, pois ela também incita o desejo. Não nos força a desejar coisa alguma, mas nos induz a isso quando nos colocamos aprisionados pelo consumismo ou confinados em frente à televisão, recebendo diariamente overdoses de propagandas. Por isso, o jeito de estender o poder sobre as vidas é o poder biopolítico.

Contudo, em pleno século XXI a força de trabalho não está mais na fábrica, mas nas mãos do profissional liberal, na invenção e na criatividade. Com isso, substituímos o conceito de mais valia e o capital contemporâneo agora não investe em força braçal, mas em cognição, pois perdeu sua força no controle do espaço físico e da força física propriamente dita. Ao mesmo tempo, a sobrevivência do capitalismo depende do exercício da biopolítica sobre a sociedade que ainda detém a força da produção. Porém, essa mesma força é remodelada pela mão-de-obra cognitiva que, ao seu modo, opõe resistência, criando projetos individuais de vida, incompatíveis ou indiferentes à problemática da sustentabilidade. Paralelamente, para manter um Estado forte, de algum modo esse biopoder tem que controlar as pessoas, determinando padrões de uso racional dos recursos, não na defesa do interesse do *homo oeconomicus*, mas do interesse difuso em si.

Por força constitucional (art. 225, *caput*), a diretriz da sustentabilidade se manifesta de maneira explícita com a preocupação do constituinte ao dispor que o Poder Público e a coletividade têm o dever de defender e preservar o meio ambiente²⁴⁹ para o sustento de políticas intergeracionais. Tais políticas são direcionadas à promoção da sustentabilidade racionalizada pela satisfação das necessidades das gerações atuais e das gerações futuras. Entretanto, a crise sistêmica ocorrida pela ambivalência entre a sociedade política, o Estado e o Mercado, cada um a seu modo “[...] constituídos como sistemas institucionais interdependentes, com suas próprias organizações, regras, padrões institucionalizados de comportamento e códigos próprios de informação” (ABRANCHES, 1989, p. 11), cria uma lógica de facções (ou fatores reais de poder²⁵⁰). Isso torna deficiente a concretização do Texto Constitucional e de leis prejudicadas pela ausência de sincronia resultante do choque de interesses em torno do desenvolvimento sustentável.

Há indícios de legislação simbólica quando o legislador se restringe a formular uma pretensão de produzir normas sem tomar providências suficientes no sentido de criar pressupostos à eficácia ou, ainda, quando se regulamenta determinada matéria suficientemente tratada em outro diploma normativo, como no caso de cominação de pena a fato já punível (NEVES, 2007, p. 31-32). É o exemplo do ocorrido com a “Lei Seca”, modificada pela Lei n. 12.760/12, que, dentre outros, aumentou o índice de cálculo de multa por embriaguez voluntária na condução de veículo automotor.²⁵¹

Marcelo Neves critica que o legislador, sofrendo pressão direta do público, arrisca-se na elaboração de diplomas normativos despidos de mínimas condições de efetivação para satisfazer às expectativas do povo. (2007, p. 36) Porém, todo o esforço objetiva fortificar a confiança dos cidadãos, formando-se um processo de legislação álbi, aparentando soluções dos respectivos problemas sociais ou, no mínimo convencendo o público das boas intenções do legislador. No entanto, nem sempre obterá êxito, pois quanto mais ela for empregada, maiores

²⁴⁹ Ora entendido em suas quatro dimensões: natural, artificial, cultural e do trabalho.

²⁵⁰ São as forças políticas que atuam no seio de cada sociedade, compreendendo, numa releitura feita em nossos dias, a presença de instituições públicas (como os Três Poderes, o Ministério Público e os Tribunais de Contas) ou privadas (a exemplo da Mídia e das grandes corporações, através de seu poderio advindo do grande capital). Ou, ainda, poderes paralelos (como o poder do tráfico, das milícias, determinantes ao surgimento de um direito achado na rua) e o próprio povo, que informam uma força ativa que influenciam na interpretação e produção de eficácia de todas as leis, do Texto Constitucional e das instituições jurídicas vigentes. (LASSALLE, 2001, p. 10-11)

²⁵¹ Também recebeu nova regulamentação por força da Resolução nº 432, do Conselho Nacional de Trânsito, que inclui os procedimentos de fiscalização pelas autoridades de trânsito em procedimento operacional rotineiro quanto ao uso de álcool pelos motoristas ou de substâncias psicoativas que determinem dependência.

as possibilidades de fracasso levando à descrença do próprio sistema jurídico, além de servir ao adiamento de soluções de conflitos sociais através de compromissos dilatórios.²⁵²

A constitucionalização simbólica²⁵³ ainda implica a falta de autonomia operacional do direito, cuja baixa aplicabilidade traz à tona o fenômeno de desjurisdificação da realidade constitucional. Tal simbolismo é resposta de um código jurídico fraco em face de outros códigos binários considerados fortes, tais como “*poder/não poder*” (sistema político) e “*ter/não-ter*” (sistema econômico). Nesta perspectiva, a desjuridificação decorrente da constituição simbólica não afeta unicamente o plano de eficácia. Mas também as expectativas de comportamentos mediante a normatização.

Os sistemas coexistentes, com seus respectivos códigos binários, não se desenvolvem com suficiente autonomia operacional. Isso interfere na redução da concretização normativo-jurídica generalizada do Texto Constitucional incompatível com o discurso retórico fortemente constitucional presente na práxis política que, para de fato acontecer, pressuporia uma radical revolução nas relações de poder. (NEVES, 2007, p. 175-176). Sendo assim:

O que se faz questionar, não é a falta de conteúdo em aspecto normativo, pois percebe-se que o texto constitucional é suficientemente abrangente. O problema está diretamente relacionado na concretização deste conteúdo, que às vezes é identificado como retórica do Estado e do governo com o modelo democrático ocidental. (NEVES, 2007, p. 184-185)

Em face da existência de um contexto altamente conflituoso onde reina uma diversidade de interesses o sistema normativo acaba desempenhando um papel ideológico. Todavia, a ideologia é meticulosamente ilusória, no sentido de ocultar a maneira pela qual a realidade social foi produzida, tornando-se uma abstração diante da universalização das ideias e dos valores. (ARANHA; MARTINS, 1993, p. 37-38). Ela afeta o resultado da realidade elaborada pelos pensadores da sociedade. (CHAUÍ, 2001, p. 174). O aspecto simbólico da legislação traz em sua estrutura algo em comum com o que é ideológico quando se mascara uma realidade

²⁵² É o caso do instituto da APP urbana, regulamentado pelo Novo Código Florestal (art. 4º da Lei nº12.651/12) que determina a obrigatoriedade de preservação de áreas de preservação permanentes constituídas nos espaços urbanos desenvolvidos, em grande parte, desordenadamente ou na omissão de políticas de regularização fundiária. A aplicação desta lei resultaria na anulação, com efeito retroativo, de uma infinidade de Alvarás de Construção concedidos pelo Poder Público local em espaços taxativamente definidos por lei como incompatíveis à edificação, implicando em responsabilidade civil do Estado por ação para o ressarcimento dos proprietários. Ou, ainda, em responsabilidade civil do Estado por omissão quando lhe faltou o exercício do poder de polícia em fiscalizar construções irregulares realizadas nesses locais.

²⁵³ “A responsabilidade pelos graves problemas sociais e políticos é, então, atribuída à Constituição, como se eles pudessem ser solucionados mediante as respectivas emendas e revisões constitucionais. Dessa maneira, não apenas se desconhece que leis constitucionais não podem resolver imediatamente os problemas da sociedade, mas também se oculta o fato de que os problemas jurídicos e políticos que frequentemente se encontram na ordem do dia estão associados à deficiente concretização normativo-jurídica do texto constitucional.” (NEVES, 2007, p. 187)

diferente daquela formalizada no texto de lei ou quando a própria lei já nasce enfadada ao fracasso pela falta de condições de ser concretizada, sem condições de efetividade.²⁵⁴

No entanto, Konrad Hesse (1991) nos encoraja a acreditar que a força normativa constitucional não tem poder somente para vincular-se a resultados presentes, mas também para atingir a sociedade do porvir. Hesse relativiza o pessimismo de Lassalle (2001) ao condicionar a autonomia constitucional e ao apontar condições específicas para a contemplação da pretensão de eficácia da norma jurídica:

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua *vigência*, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições. (HESSE, 1991, p. 14-15)

De acordo com a perspectiva procedimentalista de Haberle (2002), as concretizações ocorridas no âmbito de cumprimento do conteúdo da Constituição – abrangendo toda a extensão da ordem normativa infraconstitucional reguladora – dependem de decisões que gradativamente colaborem com a inserção de novos desenvolvimentos da realidade e da publicidade do Texto Constitucional em si.

É certo que a Constituição não acontece de uma só vez. Sua concretização é gradual, integrando o próprio conteúdo normativo de seu texto redefinido por novas leituras auferidas pelos Tribunais e legitimadas pelo povo em instâncias participativas. É o que Haberle (2002) nomeia como '*sociedade aberta de intérpretes*'. Portanto, a norma precisa ser concretizada a

²⁵⁴ Nesse momento, assumimos a crítica a Marcelo Neves (2007) que, em suma, sustenta a tese de que a legislação simbólica, de forma categórica, é aquela despida de qualquer manifestação de eficácia, correspondendo à absoluta inefetividade da lei (neste caso, quer por não produzir efeito algum ou, ainda, por apenas gerar efeito oposto do que deveria produzir). Coadunamos, entretanto, com a posição assumida pela professora Marinella Machado Araújo que, neste aspecto, avança ao assumir outra visão de legislação simbólica. Segundo ela, a força material da lei não deriva apenas de uma força quantitativa, mas qualitativa. Sua visão de lei simbólica diz respeito à situação em que a lei produz efeitos quantitativamente expressivos, mas qualitativamente insuficientes, não alterando a realidade. Sobre esta perspectiva de força simbólica vide os textos: ARAÚJO, Marinella Machado. A força simbólica dos direitos de minorias: uma breve análise da proteção dos direitos das mulheres no Brasil. In: Alejandro Rosillo Martinez; Urenda Queletzu Navarro Sánchez; Guillermo Luévano Bustamante. (Org.). **Feminismos y derecho**. Diversas perspectivas del derecho, del género y la igualdad. 1ed. San Luis Potosi: UASLP, 2014, v. , p. 133-150; ARAÚJO, Marinella Machado; ALMEIDA, Alessandra Bagno F.R. de . O Direito ao Desenvolvimento Sustentável e a Dimensão Simbólica de sua Aplicação. In: Elcio Nacur Rezende; Valdênia Geralda de Carvalho. (Org.). **Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**. 1ed. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara ESDHC, 2013, v. 1, p. 11-59; ARAÚJO, Marinella Machado. A proteção das mulheres: direitos com força normativa ou simbólica? In: Liliana Lyra Jubilut; Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia; José Luiz Quadros de Magalhães. (Org.). **Direito à diferença** - Volume II Aspectos de proteção específica às minorias e aos grupos vulneráveis. 1ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 2, p. 311-324.

partir da realidade por mais distante pareça ser sua efetivação no momento em que foi criada. Esse postulado não seria diferente quando se projeta a força normativa do art. 225, *caput*, da Constituição, nele compreendido o princípio do desenvolvimento sustentável.

7.2 A sustentabilidade como dimensão do planejamento: a assunção de novas diretrizes no Estado de Direito Ambiental

A raiz do desenvolvimento sustentável brota da necessidade de equalização entre o interesse pelo desenvolvimento socioeconômico e a tutela ambiental, orientando a fixação de diretrizes ao uso racional dos recursos naturais. Em sua gênese, tal princípio emerge do conceito sistêmico de sustentabilidade, posto que integraliza, classicamente, searas distintas de interesses: a necessidade de desenvolvimento ambiental para o não esgotamento dos recursos escassos, o modelo de desenvolvimento econômico e a promoção da inclusão social.

O uso pioneiro desta terminologia foi formulado no Relatório Brundtland, em 1983, após uma avaliação dos 10 anos da Conferência de Estocolmo ocorrida em 1972. Sua autoria pertence à Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, órgão pertencente à Assembleia das Nações Unidas, reiterada na Declaração do Rio e na Agenda 21, ambos expedidos na Conferência denominada ECO 92 (FIORILLO, 2012, p. 13).

A noção de desenvolvimento sustentável, a partir de então, definiu-se como meta a ser observada por todos os Estados sensibilizados pelos impactos desta nova diretriz ambiental internacional, funcionando como uma cláusula geral, fonte de direitos e obrigações. A Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento definiu esse conceito expressamente no documento da Declaração do Rio de 1992, a partir de seu Princípio 3: “O direito ao desenvolvimento deve ser exercido de modo a permitir que sejam atendidas equitativamente as necessidades de desenvolvimento e de meio ambiente das gerações presentes e futuras.” (ONU, 2012, p.1).

Em auspício à compreensão desse comando, o Princípio 4 reforçou que: “Para alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental constituirá parte integrante do processo de desenvolvimento e não pode ser considerada isoladamente deste.” (ONU, 2012, p. 1). Em matéria constitucional, pode ser apreendido por interpretação teleológica e sistemática resultante da cominação do art. 225, *caput*, com o art. 170, inc. VI, da CR/88.

O grande propósito deste princípio é conseguir harmonizar os desenvolvimentos econômico e social, a fim de propiciar existência digna à coletividade, e a preservação da qualidade ambiental que não pode ser suprimida em decorrência desses interesses

eminentemente antropocêntricos oriundos da mais resistente das *visões ambientais*²⁵⁵. A política do desenvolvimento sustentável instiga a realização de uma adequação favorável entre a economia e o meio ambiente, limitando-se o *modus operandi* de exploração pelo mercado, com respaldo axiológico presente em diversas passagens do Texto Constitucional (em face de sua interligação a outros princípios constitucionais como da defesa do meio ambiente e da função social da propriedade urbana e rural).

Apesar do peso condenatório que contra si possa recair, a intenção constitucional insiste na tutela de um direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado que, para tanto, exige o adestramento do capitalismo selvagem sem, contudo, negar-lhe a condição de sistema econômico vigente, reforçando sua responsabilidade social. Novamente Fiorillo pontua: “Com isto não se quer de forma alguma barrar o crescimento econômico; o que se quer é apenas e tão somente minimizar de forma satisfatória os riscos sociais advindos de um crescimento desenfreado e sem patamares mínimos.” (2012, p. 14).

No entanto, reconhecer o sentido do desenvolvimento sustentável na conjuntura moderna de Estado de Direito Ambiental²⁵⁶, marcado pelo multiculturalismo²⁵⁷ e pela

²⁵⁵ A vida em sociedade demanda uma relação de dependência e interação entre os indivíduos. No entanto, tal como denuncia Zygmunt Bauman (2001), os padrões sociais, na atualidade, têm passado por transformações sucessivas, gerando embargos políticos, éticos e culturais, o que revela uma fluidez de valores e de visões do mundo. É a chamada modernidade líquida (2001, p. 13), cujos reflexos propiciam o surgimento de diferentes visões ambientais que analisam a quem o Direito Ambiental serve, ou seja, olhares distintos do homem e do direito em face do meio ambiente. Dentre elas estão a visão antropocêntrica e a biocêntrica (ou ecocêntrica). A primeira vislumbra a pessoa humana como destinatária do Direito Ambiental, subdividida em duas correntes: “a) **Antropocêntrica utilitarista**: considera a natureza como principal fonte de recurso para atender as necessidades do ser humano; b) **Antropocêntrica protecionista**: tem a natureza como um bem coletivo essencial que deve ser preservado como garantia de sobrevivência e bem-estar do homem.” (SILVA, 2011, p. 61.). Não obstante: “A matiz nitidamente antropocêntrica é uma visão unidimensional e puramente instrumental da natureza que tem vindo a fundamentar dogmaticamente o Estado de Direito Ambiental e que serve à generalidade das decisões jurídicas e econômicas susceptíveis de ter incidência ambiental.” (MOLINARO, 2007, p. 48). Sob a perspectiva antropocêntrica que se instituiu o arcabouço dogmático-ideológico do art. 225 da CR/88, bem como um conjunto normativo infraconstitucional como a Lei nº 6.879/83 (que estabelece a Política Nacional do Meio Ambiente). Já a segunda, a corrente **ecocêntrica** (ou biocêntrica), “considera o ser humano como mais um integrante do ecossistema, do todo, onde a fauna, a flora e a biodiversidade são merecedores de especial proteção e devem ter direitos semelhantes aos dos seres humanos.” (SILVA, 2011, p. 60). No entanto, o olhar sob esse enfoque não é pacífico na doutrina, tal como se observa na obra de Fiorillo: “De acordo com essa posição, os animais assumiriam papel de destaque em face da proteção ambiental, enquanto destinatários diretos do direito ambiental brasileiro. Todavia, não nos parece razoável a idéia do animal, da fauna, da vida em geral dissociada da relação com o homem. Isso importa uma vez mais reiterar que a proteção do meio ambiente existe, antes de tudo, para *favorecer o próprio homem* e, senão por via reflexa e quase simbiótica, proteger as demais espécies.” (FIORILLO, 2012, p. 75-76.) Sendo dúvidas, é uma visão mais autruiста da relação do homem com o meio ambiente que não coaduna com o interesse econômico.

²⁵⁶ A noção de desenvolvimento sustentável, portanto, conforme reforçam Alessandra Bagno F. Almeida e Cristiano Tolentino Pires, é o marco referencial para o sustento da ideia de Estado de Direito Ambiental, tal como se verifica: “A noção de sustentabilidade atingiu patamar de razão estruturante do Estado de Direito Ambiental. O seu conceito serve de principal referencial para a aplicação dos ditames ambientais, tendo em vista que acabou se tornando sinônimo de proteção e da natureza: considera-se legítimo aquilo que promove o desenvolvimento sustentável. De fato, o consenso em torno da expressão influi nas decisões e iniciativas dos

pluralidade, expande suas diretrizes em cinco dimensões distintas e simultâneas da sustentabilidade, apontadas por Ignacy Sachs (2009, p. 85-87), as quais devem repercutir no entorno do planejamento público:

- a) *Dimensão social* – o escopo é estabelecer níveis de equidade no que tange à distribuição de renda e de bens necessária à erradicação da pobreza e do abismo social presente nos padrões de vida entre ricos e pobres. Para isso é fundamental a oferta de políticas públicas incentivadoras da inclusão social, sejam elas fomentadas pela intervenção direta do Governo ou subsidiadas pela iniciativa privada, seja em obediência às máximas da responsabilidade social das empresas, seja em detrimento de ações filantrópicas patrocinadas pelo terceiro setor. Demarca-se, desse modo, a interligação das dimensões social e cultural ao respeito ao campo do multiculturalismo²⁵⁸, definido como a reivindicação de que culturas minoritárias ou modos de vida não são suficientemente protegidos somente com a garantia dos direitos individuais que nas democracias liberais apenas souberam legitimar o grau de exclusão social de uma pluralidade esquecida em seu conjunto de direitos. “Necessariamente, medidas concretas devem ser realizadas, mediante políticas públicas capazes de facilitar o progresso almejado pelos membros dos grupos” (TAVARES. In: LOIS, 2005, p. 97);

- b) *Dimensão econômica* – viabilizada pela alocação e gestão estratégica e eficiente de

mais diversos setores da sociedade, desde o poder público, grandes corporações e indústrias, mídia, passando por comunidades científicas, organizações não governamentais e até mesmo movimentos sociais.” (ALMEIDA; PIRES, 2013, p. 8)

²⁵⁷ A expressão “multiculturalismo” reúne um emaranhado de sentidos variáveis de acordo com o recorte epistemológico pretendido. A análise sob o enfoque conceitual e ideológico vincula a ideia de multiculturalismo à problematização de questões complexas e contraditórias em voga nas sociedades pós-industriais, atuando como indicadores da crise existente no projeto de modernidade. Em geral, é utilizada para designar a diversidade demográfica e cultural das sociedades humanas, sobretudo quando se pretende enfocar a coexistência da diversidade sócio-cultural, bem como a construção de identidades num mesmo país ou em certa regionalidade. A epistemologia multicultural, quando questiona a modernidade sobre os aspectos das diferenças filosóficas, políticas e sociais vai além das especificidades nacionais e firma-se como um conceito civilizatório no discurso que as sociedades contemporâneas desenvolvem em oposição às ideologias monoculturais e etnocêntricas. “Ante as mutações em curso nas sociedades contemporâneas, plurais e complexas, o multiculturalismo busca um redimensionamento de fronteiras e fechamentos característicos da epistemologia monocultural e a problematização de conceitos, como os de identidade, diferença, igualdade, justiça, relativismo, universalismo, racionalismo, subjetividade, cidadania, ética, direito, inscritos no projeto de modernidade das democracias liberais, que fazem da integração da diferença um dos fundamentos de sua legitimidade.” (VIANNA NETO. In: FIGUEIREDO, 2012, p. 290-291)

²⁵⁸ O campo multicultural tem por escopo a superação do vínculo político nacional capaz de substituir o nacionalismo. Significa “a coexistência, em uma mesma sociedade política, de um número considerável de grupos culturais desejosos e capazes, em princípio, de manter suas distintas identidades.” (TAVARES. In: LOIS, 2005, p. 96).

recursos, como também por meio do subsídio financeiro público e privado. A eficiência, no sentido econômico, não deve se exaurir através de um critério contábil de rendimentos empresariais de caráter microeconômico e eminentemente privado, mas, ao revés, se estender a uma avaliação em termos macrossociais. Para isso são necessárias políticas fiscais e tributárias de incentivo ao crescimento do setor privado, ao mesmo tempo controlado por meio do exercício do poder de polícia estatal cerceador do fluxo de ações decorrentes da livre iniciativa, para que não haja o uso exacerbado e irracional dos recursos. Neste ínterim, torna-se propícia a evocação de princípios jurídicos como da prevenção, da precaução e do limite com o propósito de se estabelecer o controle do modo de exploração do mercado, impondo-se, dentro outros, diretrizes à fixação de licenças ambientais e de elaboração do Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EPIA);

- c) *Dimensão ecológica (ou ambiental)* – com suporte nos novos avanços científicos e tecnológicos essa dimensão reforça a indispensabilidade de adoção de táticas alternativas e racionais quanto ao uso potencial de recursos advindos dos ecossistemas em risco. Para isso, estimula a limitação do excesso de consumo de combustíveis fósseis (a Lei nº 12.490/97, regulamentada pelo Decreto nº 37.085/97, do Município de São Paulo, que determina restrições de circulação de veículos na cidade, mais conhecida como rodízio ou “Operação Horário de Pico”, é exemplo desse tipo de medida), bem como sua substituição por outros recursos ou produtos renováveis ou em estado de mais abundância, com menos reagentes contra o meio ambiente. Incentiva a redução do índice de resíduos e poluentes expedidos na natureza e no âmbito das cidades, através da conservação de energia e dos próprios recursos, instigando-se, também, a cultura da reciclagem. Promove a autolimitação do consumismo de materiais altamente utilizáveis pelas economias mais fortes e por indivíduos em todo o planeta, assim como já foi feito quanto ao uso de CFC na campanha mundial de combate ao buraco na camada de ozônio. Também intensifica a necessidade de investimentos ao fomento de pesquisas visando a descobertas de tecnologias de baixo teor de resíduos ou que promovam a eficiência no uso de recursos favoráveis ao desenvolvimento urbano, rural e industrial, definindo-se normas para uma adequada proteção ambiental, determinando-se a instituição do arcabouço jurídico e econômico à sua realização;

- d) *Dimensão espacial* – prioriza, por meio do planejamento sustentável, a importância da implantação de políticas públicas realizadas através de ações de planejamento nas cidades como forma de estabelecimento de configurações espaciais equilibradas entre os perímetros urbano e rural, com destaque na melhoria dos assentamentos urbanos e fixação de espaços adequados à exploração de atividade econômica (industrial ou comercial). Seu desafio é combater a concentração excessiva nas áreas metropolitanas e frear a destruição de ecossistemas frágeis e de importância vital. Também incentiva o uso de técnicas modernas e regenerativas por pequenos agricultores, notadamente através do uso de pacotes tecnológicos adequados, do crédito facilitado para incentivo à agricultura familiar²⁵⁹ em prol da consciência ambiental e do acesso a mercados. Também estimula a criação de oportunidades de emprego nas áreas rurais (como as políticas de agronegócios familiares) para fomentar a descentralização urbana e industrial;
- e) *Dimensão cultural* – envolve a busca por raízes endógenas de processos de modernização e de sistemas agrícolas integrados, processos que busquem mudanças dentro da continuidade cultural e que traduzam o conceito normativo de ecodesenvolvimento em um conjunto de soluções específicas para o local, o ecossistema, a cultura e a área. Esta dimensão deve desenvolver práticas como o ecoturismo, que instiga ao mesmo tempo a proteção ecológica e a educação ambiental a partir do olhar de tutela do patrimônio natural ou cultural.

Juarez Freitas (2011) interpreta o desenvolvimento sustentável, também denominado de princípio da sustentabilidade, como o marco de um novo paradigma a ser inserido na cultura social. Embora subsista uma tensão de interesses, sustenta que o desenvolvimento não deve ser contraditório com o pressuposto da sustentabilidade, conquanto se converta num deixar de “[...]”

²⁵⁹ A Lei nº 10.186/01 dispõe sobre a realização de contratos de financiamento do Programa de Fortalecimento da Agricultura Familiar – PRONAF. O Ministério do Desenvolvimento Agrário, em conjunto com as Emater, movimentos sociais, Itaipu Binacional e agentes financeiros nacionais vem mantendo tratativas, desde 2007, no sentido de obter um novo modelo de apoio ao desenvolvimento sustentável da agricultura familiar. A construção do “Pronaf Sustentável” fundamenta-se na lógica de que o crédito rural disponibilizado pode e deve ser qualificado através de Planos de Desenvolvimento Sustentável da Unidade de Produção, alcançando um novo patamar de resultados junto à agricultura familiar brasileira. “As Unidades Familiares de Produção devem ser vistas nas suas particularidades e em suas interações com os demais intervenientes de sua comunidade e área de influência. O “Pronaf Sustentável” visa contribuir para a promoção do desenvolvimento sustentável da agricultura familiar, da gestão participativa do uso dos recursos naturais e para a adoção, gradativa, de sistemas de produção, técnica e economicamente viáveis, que possibilitem a transição para modelos agroecológicos.” (BRASIL. PRONAF Sustentável: Plano de Desenvolvimento Sustentável da Unidade Familiar. 2012)

se envolver (des-envolver) com tudo aquilo que aprisiona e bloqueia o florescimento integral dos seres vivos. Dito de outro modo, uma vez concebido, o desenvolvimento pode-deve ser sustentável, contínuo e duradouro.” (FREITAS, 2011, p. 42).

Esse ecodesenvolvimento, reforça o retrocitado autor, importa no compromisso perante o cumprimento de um núcleo de determinações éticas e jurídico-institucionais (FREITAS, 2011, p. 31-33): a) quanto à tomada de medidas que visem assegurar, às gerações presentes e futuras, o ambiente favorável ao bem-estar, monitorado por indicadores qualitativos, com a menor subjetividade possível. Essa premissa é decorrente da interpretação dos arts. 3º, 170, inc. VI e 225 da CR/88; b) quanto à imputação de responsabilização objetiva do Estado pela preservação e pela precaução, prevenindo-se a incidência de eventos danosos, assim como se procede nos dispositivos antecipatórios biológicos. No que tange à organização e fiscalização ampliadas das escolhas públicas e privadas, no esforço de repelir cautelarmente vieses e mitos comuns, armadilhas falaciosas e o desalinhamento corriqueiro das políticas públicas, com vista à promoção do desenvolvimento material e imaterial; c) no tocante à responsabilidade pelo desenvolvimento de baixo carbono, os quais não se coadunam com a ânsia mórbida do crescimento econômico, considerado como fim em si. O que importa é a sustentabilidade nortear o desenvolvimento, não o contrário. Ou seja, uma releitura valorativa “esverdeada” e de cores limpas de todo o ordenamento jurídico, não apenas do Direito Ambiental, é chave em qualquer programa consequente de ampliação constitucional. De fato, se é certo que nossa Constituição está em consonância com os princípios da Carta das Nações Unidas, cumpre, na vida real, exigir, por exemplo, que os gastos públicos passem a respeitar a eficácia direta do desenvolvimento durável, de modo a serem efetivamente sopesados os custos e benefícios, diretos e indiretos (externalidades), sociais, econômicas e ambientais; d) no que concerne ao cumprimento da eficácia direta e imediata do princípio da sustentabilidade em seu viés intergeracional, reconhecendo a titularidade dos direitos daqueles que ainda não nasceram. Além disso, tal determinação também impõe assumir a ligação de todos os seres, acima das coisas, e a inter-relação de tudo. De fato, uma das lições mais significativas das ciências ambientais é de que todas as coisas são independentes. Por derradeiro, essa mesma determinação implica em sopesar os benefícios, os custos diretos e as externalidades, ao lado dos custos de oportunidade, antes de cada empreendimento.

Apesar do redimensionamento em torno da concepção de desenvolvimento sustentável, a maneira com que tem sido interpretado pelos Tribunais revela uma leitura que nos parece

bastante incipiente.²⁶⁰ Reduzido a uma perspectiva retórica, grande parte das decisões fundamentadas neste princípio caminham no sentido de justificar interesses apartados,

²⁶⁰Os dados aqui apontados são referentes ao Relatório de Pesquisa “**A aplicação Simbólica do Princípio do Desenvolvimento Sustentável**” - GT Justiça Intergeracional, desenvolvido pelo Observatório de Julgados, um grupo de trabalho dentro do Núcleo Jurídico de Políticas Públicas (NUJUP), coordenado pela Professora Doutora Marinella Machado Araújo, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Minas, com o objetivo de monitorar e analisar as decisões judiciais do STJ e STF em matéria urbanística ambiental. A aplicação do princípio de desenvolvimento sustentável nesse estudo encerra a ideia básica da preservação do meio ambiente, o desenvolvimento socioeconômico e o compartilhamento. Dentre os resultados da pesquisa, em apenas 08 acórdãos de um universo de 85 decisões monocráticas encontradas com o indexador “Desenvolvimento Sustentável”, no STJ, tratou-se de matérias urbanístico-ambientais. Nessas foram encontrados um dos significados jurídicos propostos pelo estudo, ou seja, neles foi contemplada a ideia básica da preservação do meio ambiente ou contemplado o desenvolvimento socioeconômico. Não obstante, em um acórdão a dimensão econômica superou a dimensão ambiental, sob o argumento do prejuízo social. Trata-se da Suspensão de Liminar e de Sentença n. 1.516/AL (2012/0014512-3) da lavra do Ministro Mauro Campbell Marques, em que se relata que no ano de 2007 o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA desapropriou área de terra localizada no Município de São Miguel dos Campos, AL, pertencente ao grupo Agrisa/Peixe - Agro Indústria Serrana Ltda. e Companhia Açucareira Conceição do Peixe para assentar famílias do Movimento dos Sem Terra - MST, restando um excedente de 49 (quarenta e nove) famílias sem atendimento. Em dezembro de 2009, o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA, adquiriu de Bruno Fazio o imóvel rural denominado “Matas do Gajuru”, e, após a finalização da compra e venda em setembro de 2011, realizou o deslocamento das famílias excedentes para o local. Em seguida, Mendo Sampaio S/A - Usina Roçadinho ajuizou ação de reintegração de posse contra o Movimento dos Sem Terra - MST, alegando que foi esbulhada injustamente de sua posse na propriedade denominada “Pecó”. A instância de 1º grau reconheceu o esbulho possessório e, também, o melhor título de Mendo Sampaio S/A, autora da ação de reintegração de posse, e, inobstante o conflito de interesses de grande relevância social: de um lado, o da possuidora, e, de outro, o dos que visam se estabelecer na área, para remediar sua situação de “sem terra”, o princípio do Desenvolvimento Sustentável, que fundamenta a decisão de 2º Grau, foi afastado para que o Tribunal Superior indeferisse o pedido de suspensão liminar. Pela análise preliminar de dos julgados no âmbito do STJ concluiu-se que a aplicação do princípio do desenvolvimento sustentável ainda não é totalmente efetiva, visto que em apenas um acórdão a decisão alcançou o fim que justificou a aplicação do princípio, tendo sido contemplada a rigor, quase que invariavelmente, somente a dimensão ambiental de proteção, quando muito aventada a dimensão econômica. Não havendo consonância com a ideia de desenvolvimento sustentável, o acórdão do Mandando de Segurança n. 11.862/DF, cuja relatoria é da Ministra Eliana Calmon, tendo como Relator para o Acórdão o Ministro Luiz Fux, ambos da Primeira Seção do STJ, julgado em 22/04/2009, trata de Direito econômico. O acórdão só aborda o desenvolvimento econômico em conformidade com o art. 3º e 170 da CR/88. Já no âmbito do sítio do Supremo Tribunal Federal foram encontrados 30 acórdãos em decisões colegiadas com o indexador “Desenvolvimento sustentável” e 33 decisões monocráticas. Dentre essas últimas, apenas 04 levaram em consideração o princípio em questão. A esse respeito, o entendimento do STF, de forma elucidativa, encontra-se exposto no julgamento proferido na medida cautelar na ADIn n. 3.5401/DF, realizado em 01/09/2005, oportunidade em que se discutia a constitucionalidade do art. 4º, caput e §§1º a 7º do Código Florestal (Lei nº 4.771/65), na redação dada pela Medida Provisória nº 2.166-67/2001, cuja fundamentação utilizou o desenvolvimento sustentável como alicerce para a decisão, reconhecendo-o como princípio de natureza fundamental, porém contemplando apenas a dimensão ambiental e econômica do princípio. No caso, o Procurador-Geral da República argumentava que a alteração implementada pela mencionada medida provisória, ao atribuir à autoridade administrativa o poder de autorizar a supressão de vegetação em área de preservação permanente, afrontou o art. 225 da CR/88 no ponto em que submete a alteração dos espaços territoriais especialmente protegidos à reserva absoluta da lei. Ao proferir seu voto no sentido do indeferimento da medida cautelar proposta pelo Parquet, o Ministro Celso de Melo reconheceu que o princípio do desenvolvimento sustentável deve servir como “vetor interpretativo” para obtenção de “um mais justo e perfeito equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia”. Na oportunidade, fez referência ao conceito formulado na Declaração do Rio de Janeiro (ECO-92), reafirmando o status constitucional do princípio. O acórdão proferido restou assim ementado: “A QUESTÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL (CF, ART. 3º, II) E A NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE (CF, ART. 225): O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO FATOR DE OBTENÇÃO DO JUSTO EQUILÍBRIO ENTRE AS EXIGÊNCIAS DA ECONOMIA E AS DA ECOLOGIA. - O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro

dissociando argumentos ambientais de argumentos econômicos. No entanto, isso depõe contra a projeção dos fins conciliatórios aos quais se compromete, já que sua missão seria justamente harmonizar interesses aparentemente contrapostos, deixando à mostra as contradições da sustentabilidade.

O viés econômico, seja por ações da iniciativa privada, seja por atos omissos do Poder Público, em sua esfera administrativa, parece ter superado o sustentável. O receio de perigos e dos riscos decorrentes de ações insustentáveis vem sendo suplantado por expectativas de felicidade e de prosperidade evocadas em curto prazo, derivadas do discurso imediatista e liberal, isto é, provindas da utilização de técnicas e da histeria da aquiescente economia de mercado.

Falta fiscalização, falta cultura de sustentabilidade alicerçada pela consolidação de uma ética ambiental construída a partir de investimentos maciços na educação ambiental. Logo, a sustentabilidade ainda é vista como um *marketing* publicitário evocado frequentemente pelo mercado avassalador de uma cultura ainda não enraizada de uso racional dos recursos, ou seja, de uma economicidade ambiental.

Espera-se (e a natureza clama por isso!) que pelo menos as gerações da posteridade possam interpretar as dimensões da sustentabilidade como um processo bilateral de direitos e deveres entre Poder Público e sociedade civil, contando, em reforço, com o engajamento do setor privado. Nos meandros dessa insurgente cooperação, que haja a concomitância de esforços em busca de respostas comuns a desafios alarmantes do novo século, tais como as mudanças climáticas. Em 2015, dois temas foram determinantes na definição dos novos rumos para o desenvolvimento sustentável: “a efetiva implementação da Agenda 2030, com a adoção dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável – ODS – e o compromisso de todos os países com o enfrentamento da mudança climática.” (LOFVEN, Valor econômico, 2015, p. A10). A expectativa é que a Agenda 2030, criada a partir da Conferência de Paris, formalize a adoção de

e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações.” (BRASIL. STF. ADI n. 3540 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2005, DJ 03-02-2006 PP-00014 EMENT VOL-02219-03 PP-00528). A conclusão da pesquisa, em face da análise do posicionamento adotado pelo STF foi: “Se observadas todas essas exigências necessárias ao patamar atual do conceito de Desenvolvimento Sustentável a jurisprudência da Corte Maior do nosso país quanto ao significado atribuído à expressão apresenta argumentos suficientes para garantir a efetividade das normas de proteção do meio ambiente, porém para garantir a realização dos direitos fundamentais e sociais ainda não avançou para afastar os conflitos aparentes entre interesses públicos e privados. **E dessa forma, pode ser considerada simbólica**”. (grifos nossos) (ARAÚJO; ALMEIDA; SANTOS *et al.*, 2014. v. 1).

medidas de consolidação a favor da promoção do direito humano ao meio ambiente sustentável²⁶¹, incluindo, nesse Acordo Internacional, todos os Estados componentes das Nações Unidas. Para isso, é preciso haver a cooperação entre povos, governos e sociedades para que os ODS reafirmem os preceitos do Rio+20 de que é possível crescer, incluir, conservar e proteger, compromissos que até então não saíram do papel.

Mesmo com as tentativas desses movimentos internacionais não é estranho se notar que o princípio do desenvolvimento sustentável ainda é mantido com rasa força normativa e refém da lógica econômica que atenta de maneira progressiva e veloz pela aquisição de insumos (matéria-prima de produção) e pela expansão de mercados consumidores, por vezes influenciando padrões sociais e condutas dos gestores políticos.²⁶² A eficácia de sua aplicabilidade também se revela insólida diante da escassa operacionalidade acometida pelo Poder Público no cumprimento das diligências legais em prol da sustentabilidade, resultando em dissídios processuais. E quando as questões chegam ao Judiciário é porque o sistema já falhou e um dos indicadores dessa falha está na criação de ‘leis simbólicas’, incompatíveis com a capacidade administrativa e financeira de grande parte dos entes federados.

Vários Municípios, incluindo principalmente os de médio e de pequeno porte, não têm condições de implementar as políticas urbanas determinadas por leis federais fixadoras de diretrizes essenciais à concretização de cidades sustentáveis, visto que são altamente onerosas. Dentre elas, aponta-se a Lei nº 12.587/12 (em sua preocupação na geração da mobilidade urbana), a Lei nº 12.305/10 (na tentativa de solução do embate sobre a destinação do lixo urbano, exigindo medidas dispendiosas para a acomodação e finalização dos resíduos sólidos) e

²⁶¹ É curioso, nesse sentido que: “Mesmo após os inúmeros avanços que tivemos desde a era moderna até a contemporaneidade, e, inobstante o agravamento dos problemas ambientais e sociais, o direito humano ao meio ambiente sustentável ainda não se encontra normatizado, de forma expressa, nos tratados internacionais sobre direitos humanos, senão em pactos regionais, e instrumentos internacionais sobre o meio ambiente, como ocorre na Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos. Por outro lado, tal direito não compõe a lista de Direitos do Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais. A Declaração Universal dos Direitos Humanos é o diploma internacional que mais se aproxima da ideia de um direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, quando estabelece no artigo 3º que toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal; e no artigo 25 que toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e sua família, a saúde e o bem-estar.” (ALMEIDA; PIRES, 2013, p. 11).

²⁶² “[...] a teoria do desenvolvimento sustentável refaz-se como uma nova utopia de um mundo perfeito, bom para a lógica econômica (o *marketing* da sustentabilidade faz ganhar prêmios e dinheiro), fazendo o mundo mais feliz. Eis a nova retórica. Assim, o conceito de desenvolvimento sustentável foi apropriado pelo Estado, pelos poderes públicos, e passou a compor a política oficial dos Estados membros da ONU. Um conceito que tem sido usado igualmente por todas as grandes empresas multinacionais, sobretudo as poluentes, desenhando assim a retórica desta farsa, tanto moral quanto política e legal. Em princípio, ao incorporar-se a ideia do desenvolvimento sustentável ao argumento do desenvolvimento econômico, proíbe-se qualquer alcance político ou questionamento sobre a verdadeira causa do que destrói a vida e/ou o meio ambiente. Em outras palavras, o desenvolvimento sustentável passa a ter um fundamento econômico, ou seja, é preciso “crescer”, abordando as preocupações ambientais desde, no entanto, que isso não comprometa o crescimento em questão.” (CHAGAS, 2012, p. 24-25)

o próprio Estatuto da Cidade (na tentativa de inserção de instrumentos de urbanização e de planejamento sustentável, como é o caso do próprio plano diretor).

Novamente torna-se indispensável refletir sobre os custos dos direitos²⁶³, pois se trata de uma realidade inegável. Por isso, são desmerecidas as críticas que reduzem tal teoria a um mero argumento colonizador do sistema jurídico ao sistema econômico. A aplicação do direito se dá de maneira sistêmica. O direito tem por si só uma dimensão instrumental, o que não o coloca acima ou isolado em relação a outros sistemas, como o econômico ou o social, mas interligado a eles.

Lado outro, a teoria dos custos deve servir para instigar a perspectiva de otimização de recursos, dentro de um cenário orçamentário escasso e de escolhas trágicas, em busca de medidas que promovam o cumprimento da eficiência e do direito fundamental à boa administração, como a introdução de estratégias de planejamento integrado, participativo e sustentável.

7.3 O financiamento do direito a cidades sustentáveis

Em sua constante busca pelo desenvolvimento o homem transformou de forma desordenada, e em curto espaço de tempo, grande parcela de espaços naturais em cidades, implicando na ocorrência de um controvertido ‘progresso’ conhecido como urbanização.²⁶⁴ Em decorrência disso, a população urbana cresceu em proporção superior à população rural, tendo este processo surgido a partir da Revolução Industrial. Desde essa época, ocorrida a partir da segunda metade do século XVIII, ao encerrar a transição entre feudalismo e capitalismo, os centros urbanos foram transformados em verdadeiras aglomerações industriais.

Como consequência, tais mudanças acarretaram problemas que, na atual conjuntura urbana, tornaram-se ainda mais agravados. Dentre eles estão a desorganização social, a

²⁶³ Além das considerações sobre a onerosidade dos direitos, a teoria dos custos é alvo de críticas incisivas, sobretudo diante da aproximação de discussões jurídicas em face de análise de realidades econômicas presentes no contexto de escassez. Não obstante, não se pode afastar o reconhecimento da existência de dificuldades financeiras enfrentadas pela Administração Pública diante da realização de serviços e políticas públicas. No entanto, a aludida apreciação econômica do Direito colabora com a compreensão de normas, princípios e teorias sobre o desenvolvimento e aprimoramento de um Estado nas escolhas de suas prioridades de forma racional. As escolhas das preferências de atuação estatal são custosas, e “[...] como escolhas devem ser realizadas, os agentes econômicos ponderam os custos e os benefícios de cada alternativa, adotando a conduta que, dadas as suas condições e circunstâncias, lhes traz mais bem-estar.” (RIBEIRO; KLEIN, 2011, p. 22).

²⁶⁴ “Urbanizar consiste em levar um pouco da cidade para o campo, e trazer um pouco do campo para dentro da cidade. [...] Por outro lado, os interesses do homem como indivíduo nem sempre coincidem com os interesses desse mesmo homem como ser coletivo; cabe então ao urbanista procurar resolver, na medida do possível, esta contradição fundamental.” (COSTA, 1980, p. 51).

insuficiência de equipamentos urbanos, as irregularidades fundiárias, a precariedade de habitações, a poluição resultante do acúmulo de resíduos sólidos e a proliferação da miséria. Para Giovani Clark, “[...] surge um impasse quase insolúvel, a convivência entre a economia de mercado com seu processo produtivo perverso e a proteção ao meio ambiente.” (CLARK, 2001, p. 132).

Logo, a participação de todos é imprescindível no longo processo de construção do desenvolvimento sustentável²⁶⁵, princípio diretamente interligado ao direito a cidades sustentáveis. Para isto, o art. 23, VI, da CR/88, estabeleceu a responsabilidade compartilhada entre o Poder Público de diversas esferas governamentais sem, contudo, eximir a possibilidade de participação da sociedade. A gestão compartilhada nesse tipo de matéria decorre do fato da República Federativa do Brasil ser constituída como um Estado Democrático de Direito que tem como objetivo fundamental a realização da justiça social. Ademais, o Texto Constitucional também possui como princípios da ordem econômica e financeira a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais.

A União, de acordo com o art. 21, incs. IX e XX, da CR/88, é que dispõe de competência para instituir diretrizes ao desenvolvimento urbano, elaborar e executar planos nacionais e regionais de desenvolvimento econômico e social. Aos Estados compete elaborar o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum, dentre outras ações previstas no art. 25, § 3º, CR/88. Como exemplo, tem-se a possibilidade de criação de regiões metropolitanas que tornam as cidades vizinhas aliadas no desempenho de suas funções, visando trazer uma melhoria à população em matéria de necessidades públicas essenciais (como é o caso das gestões da saúde e do meio ambiente). Podem existir regiões metropolitanas ainda que fora do eixo da capital estadual. Aos Municípios (enquanto entes públicos reais e mais próximos da realidade da população) coube a responsabilidade de execução sobre a política de desenvolvimento urbano. Esta tem como propósito ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana através de ferramentas como o plano diretor.

No escopo de se implantar políticas sustentáveis para impulsionar a realização de um plano nacional e integrado de desenvolvimento urbano e por meio da adoção de táticas de descentralização política o Governo Federal deu início à criação da Política Nacional de

²⁶⁵“O desenvolvimento sustentável, explicitado no art. 225 da Constituição e nos princípios inscritos no caput do art. 170 (valorização do trabalho humano e livre iniciativa) e nos incisos II (propriedade privada), III (função social da propriedade), VI (defesa do meio ambiente) e VII (redução das desigualdades sociais), enseja claramente a necessidade de se procurar um equilíbrio ou harmonia entre os fatores sociais, ambientais e econômicos, ao exigir-lhes proporção adequada e racional, sempre em busca da qualidade de vida, principalmente no ambiente urbano, que o homem moderno escolheu para nele viver.” (MILARÉ, 2005, p. 691).

Desenvolvimento Urbano – PNDU.²⁶⁶ De um lado, esta proposta surgiu a partir do reconhecimento da necessidade de cooperação mútua entre os entes, paralelo ao incentivo do setor privado, em face da escassez de recursos recorrente no âmbito de tantos municípios e da alta onerosidade do financiamento das reformas urbanas, fatores altamente prejudiciais ao andamento de políticas públicas capazes de concretizar o direito a cidades sustentáveis.²⁶⁷

A promoção do direito a cidades sustentáveis, em consonância com as novas diretrizes legais que regulamentam o ambiente urbano, envolve um conjunto ordenado de medidas e de gerenciamento público para a sua concretização. (AZEVEDO; ARAÚJO, 2014, p. 200). Nesse propósito, o Ministério do Meio Ambiente (MMA) destaca o elenco de ações, instrumentos e intervenções governamentais que, em parceria com a sociedade civil, direcionam o andamento das políticas públicas urbanas. São eles²⁶⁸:

- a) Águas na Cidade - compreendendo o controle de inundações, políticas de manutenção e preservação de mananciais, da orla fluvial e de parques fluviais existentes. No propósito de realização do controle de inundações em áreas de risco, a Lei nº 12.608/12 acrescentou o inc. VI ao art. 41 do Estatuto da Cidade, prevendo mais uma hipótese de obrigatoriedade do plano diretor para Municípios com áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos;
- b) Áreas verdes urbanas – englobando: a) parques e áreas verdes, assim entendidos como aquelas áreas com função ecológica, estética e de entretenimento, com maior extensão que as praças e jardins públicos, cumprindo, portanto, funções sociais específicas da cidade (função lazer). Com fulcro no art. 8º, § 1º, da Resolução CONAMA nº 369/06,

²⁶⁶ Para se promover a reforma urbana é imprescindível a instituição de mecanismos de coordenação das políticas intergovernamentais dentro do Estado Federado, pano de fundo à criação da PNDU, definida a partir da 5ª Conferência Nacional das Cidades. Sua coordenação, diretrizes e execução são operacionalizadas por um conjunto de órgãos e entidades pertencentes a todas as esferas federativas (como estratégia de descentralização política), compondo o Sistema Nacional de Desenvolvimento Urbano (SNDU). Este é responsável por coordenar as ações públicas relacionadas às políticas urbanas, universalizando o direito à cidade, em especial, promovendo o acesso à moradia digna, aos serviços de saneamento ambiental e à mobilidade urbana. É ainda seu papel aglutinar, por meio de políticas públicas intersetoriais, resultantes do planejamento integrado, imperativos normativos como os esculpidos na Lei de Mobilidade Urbana (Lei nº 12.587/12), no Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/01) e na Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei nº 12.305/10).

²⁶⁷ “Quando se fala em ocupação desordenada do solo urbano, em déficit de infra-estrutura em geral e, em particular, de saneamento básico, de transporte, de moradia, de qualidade de serviços públicos; quando se fala em destruição de áreas verdes, em agressão ao patrimônio cultural, na verdade o que se evidencia é a total incapacidade do Estado em proporcionar ao cidadão o que o torna digno do amparo constitucional em matéria de meio ambiente construído: o direito à Cidade.” (DAMOUS, 2009, p. vii.)

²⁶⁸ Informações extraídas do Portal do Ministério do Meio Ambiente. (Para saber mais, vide: BRASIL. MMA. Cidades Sustentáveis, 2013).

são áreas verdes de domínio público "o espaço de domínio público que desempenhe função ecológica, paisagística e recreativa, propiciando a melhoria da qualidade estética, funcional e ambiental da cidade, sendo dotado de vegetação e espaços livres de impermeabilização"; b) Áreas de Preservação Permanente (APP's) Urbanas, instituídas pelo Código Florestal (Lei nº 4.771/65 e alterações posteriores). Reforça o MMA que os efeitos indesejáveis do processo de urbanização sem planejamento, como a ocupação irregular e o uso indevido dessas áreas, tende a reduzir e degradar cada vez mais as APP's Urbanas. Isso causa graves problemas nas cidades e exige um forte empenho no incremento e aperfeiçoamento de políticas ambientais urbanas voltadas à recuperação, manutenção, monitoramento e fiscalização das APP nas cidades, tais como: a) articulação de Estados e Municípios à criação de um sistema integrado de gestão de APP's Urbanas, incluindo seu mapeamento, fiscalização, recuperação e monitoramento; b) apoio a novos modelos de gestão de APP urbanas, com participação das comunidades e parcerias com entidades da sociedade civil; c) definição de normas à instalação de atividades de esporte, lazer, cultura e convívio da população, compatíveis com a função ambiental dessas áreas;

c) Planejamento ambiental urbano – Dentre as várias ferramentas fundamentais à elaboração dessa forma de planejamento, pautada no pilar da sustentabilidade, complementado pela formulação e execução da legislação orçamentária, fonte normativa de fomento à implementação de políticas públicas urbanas, encontra-se:

- O fomento à capacitação na gestão ambiental urbana. Deve atingir os servidores públicos municipais efetivos, mediante a discussão de princípios, diretrizes e experiências positivas pertinentes à política e gestão ambientais urbanas. Destacam-se como objetivos específicos dessa capacitação: transmitir princípios e diretrizes de sustentabilidade ambiental aplicáveis às diversas etapas da implementação de planos, programas, projetos e demais atividades inerentes à política e gestão ambientais urbanas; estimular junto aos Municípios a criação de instrumentos adequados à efetiva aplicação dos princípios e diretrizes de sustentabilidade ambiental, bem como a adoção de indicadores para monitorar os resultados de tais instrumentos; apoiar o fortalecimento institucional dos Municípios no que tange à gestão ambiental; propiciar a troca de informações e de experiências relacionadas à política e gestão ambientais urbanas entre gestores de

diferentes Municípios.

- A formulação de indicadores, importante ferramenta ao planejamento e à avaliação de políticas públicas urbano-ambientais. A correta utilização de indicadores possibilita o fortalecimento das decisões, facilitando, entre outras dinâmicas, a participação da sociedade. Por isso é estratégica a definição e monitoramento de indicadores de qualidade ambiental urbana nos Municípios brasileiros. Isso permitirá, entre outras ações, a inserção de variáveis e parâmetros ambientais nos instrumentos de caráter urbanístico, como planos diretores, planos setoriais, leis de parcelamento do solo e zoneamentos urbanos.
- A criação de instrumentos econômicos. No cumprimento do princípio 16 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (ECO 92), os Estados devem promover a adoção de instrumentos econômicos como iniciativa de proteção à integridade do sistema ambiental global. Tais instrumentos podem envolver pagamento, compensação ou concessão de benefícios fiscais, sendo considerados alternativa eficiente em termos econômicos e ambientais. O objetivo principal desses instrumentos é incentivar aqueles que ajudam a conservar ou produzir serviços ambientais a conduzirem práticas cada vez mais adequadas que assegurem a conservação e a restauração dos ecossistemas, atribuindo à conservação obtida um valor monetário. Na política ambiental urbana, constam dispositivos de incentivo econômico à preservação de áreas de interesse ambiental, como a transferência do direito de construir presente no art. 35 do Estatuto das Cidades. Também pode ser citada, na esfera da gestão ambiental, a iniciativa do "ICMS Ecológico", que teve início em 1992 com a inclusão de critérios ambientais a uma parcela do ICMS que é repassado dos Estados aos Municípios. Veja, portanto, que o planejamento público sustentável deve ser aquele pautado em práticas de incentivo à sociedade civil, mais precisamente ao segundo setor, na adoção de medidas que visem à melhoria da qualidade ambiental urbana.
- A adoção efetiva de instrumentos de planejamento, uma vez que este, no perímetro urbano, é alçado ao status de prerrogativa constitucional da gestão municipal. Compete ao Município responder pela delimitação oficial da zona urbana, rural e demais territórios para onde são direcionados os instrumentos de planejamento

ambiental. No âmbito do meio ambiente urbano, os principais instrumentos de planejamento ambiental são o Zoneamento Ecológico-Econômico - ZEE, o Plano Diretor Municipal, o Plano de Bacia Hidrográfica, o Plano Ambiental Municipal, a Agenda 21 Local²⁶⁹, e o Plano de Gestão Integrada da Orla. No entanto, todos os planos setoriais ligados à qualidade de vida no processo de urbanização, como saneamento básico, moradia, transporte e mobilidade, também constituem instrumentos de planejamento ambiental. Esses instrumentos devem ser compostos por ações preventivas e normativas que permitam controlar os impactos territoriais negativos dos investimentos público-privados sobre os recursos naturais componentes das cidades. Com isso, almeja-se evitar a subutilização dos espaços já infra-estruturados e a degradação urbana e imprimir uma maior eficiência das dinâmicas socioambientais de conservação do patrimônio ambiental urbano.

- d) Qualidade do ar – sua gestão tem como objetivo garantir que o desenvolvimento sócio-econômico seja promovido de forma sustentável e ambientalmente segura. Para tanto, fazem-se necessárias ações de prevenção, combate e redução das emissões de poluentes e dos efeitos da degradação do ambiente atmosférico. Por isso, a gestão desta matéria no MMA é atribuída à Gerência de Qualidade do Ar (GQA), vinculada ao Departamento de Qualidade Ambiental na Indústria. Esta gerência foi criada com o objetivo de formular políticas e executar as ações necessárias, no âmbito do Governo Federal, à preservação e a melhoria da qualidade do ar.

- e) Resíduos sólidos – as medidas para o controle do lixo urbano foram definidas pela criação da Política Nacional de Resíduos Sólidos, instituída pela Lei nº 12.305/10, que contém instrumentos para permitir o avanço no enfrentamento dos principais problemas ambientais, sociais e econômicos decorrentes do manejo inadequado dos resíduos sólidos produzidos diariamente nas cidades. Esta lei estimula a prática de hábitos de consumo sustentável e um conjunto de mecanismos para estimular o aumento da reciclagem e da reutilização dos resíduos sólidos (aquilo que tem valor

²⁶⁹ A Agenda 21 Brasileira (extraída a partir do conteúdo do respectivo documento original internacional) determina diretrizes e prioridades para que os governos locais possam estabelecer estratégias sustentáveis e ações para a adequada ordenação e uso do solo urbano, devendo, portanto, ser incorporada nos planos diretores. Para saber mais sobre seus impactos no âmbito da ordenação do espaço urbano confira: ARAÚJO, Marinella Machado. A força normativa da Agenda 21 no processo de ordenação do espaço urbano dentro do Estado democrático de Direito. In: **II Congresso Brasileiro de Direito Urbanístico: Avaliando o Estatuto da Cidade**, 2002, Porto Alegre. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito Urbanístico: avaliando o Estatuto da Cidade. Porto Alegre: Editora Evangraf, 2002. p. 1-732.

econômico e pode ser reciclado ou reaproveitado) e a destinação ambientalmente adequada dos rejeitos (aquilo que não pode ser reciclado ou reutilizado). Também institui a responsabilidade pós-consumo compartilhada entre os geradores de resíduos, envolvendo fabricantes, importadores, distribuidores, comerciantes, o cidadão e titulares de serviços de manejo dos resíduos sólidos urbanos por meio da chamada Logística Reversa. Também se destaca a importância de realização de políticas públicas urbanas que incentivem a promoção da coleta seletiva para a segregação dos resíduos que possam ser reutilizados, reciclados ou a eles agregado algum tipo de valor.

- f) Resíduos perigosos – cuja atuação do MMA é executada por meio da Gerência de Resíduos Perigosos. Esta atua na execução de atividades visando o gerenciamento ambientalmente adequado desses resíduos bem como de áreas contaminadas por substâncias químicas, tendo como principal competência, subsidiar e apoiar o Departamento de Ambiente Urbano na formulação de políticas e normas e na definição de estratégias à implementação de programas e projetos em temas relacionados com: a gestão ambiental para a produção mais limpa; a gestão de passivos ambientais e áreas contaminadas; a gestão de resíduos perigosos, rejeitos e produtos perigosos danosos à saúde e ao meio ambiente; ao desenvolvimento de estudos e projetos relacionados com a preservação do meio ambiente e recuperação de danos ambientais causados pelas atividades relativas a produtos tóxicos.
- g) Urbanismo sustentável – determinado pela junção de três nortes essenciais:
- construção sustentável, pois os desafios para o setor da construção, em síntese, consistem na redução e otimização do consumo de materiais e energia, na redução dos resíduos gerados, na preservação do ambiente natural e na melhoria da qualidade do ambiente construído. Para tanto, são estabelecidas como recomendações a mudança dos conceitos da arquitetura convencional na direção de projetos flexíveis com possibilidade de readequação para futuras mudanças de uso e atendimento de novas necessidades, reduzindo as demolições; busca de soluções que potencializem o uso racional de energia ou de energias renováveis; gestão ecológica da água; redução do uso de materiais com alto impacto ambiental; redução dos resíduos da construção com modulação de componentes

para diminuir perdas e especificações que permitam a reutilização de materiais. Estima-se que mais de 50% dos resíduos sólidos gerados pelo conjunto das atividades humanas sejam provenientes da construção, relata o MMA. Tais aspectos ambientais, somados à qualidade de vida que o ambiente construído proporciona, sintetizam as relações entre construção e meio ambiente.

- mobilidade sustentável, cuja perspectiva de cidades mais justas e sustentáveis levou à aprovação da Lei nº 12.587/12, que dispõe sobre a Política Nacional de Mobilidade Urbana. Dentre seus princípios e diretrizes, a lei destaca a necessidade de integração da Política Nacional de Mobilidade Urbana com a Política Nacional de Desenvolvimento Urbano e respectivas políticas setoriais de habitação, saneamento básico, planejamento e gestão do uso do solo no âmbito dos entes federativos. Isso revela a incidência do planejamento integrado e sustentável agindo por meio eleição de políticas públicas intersetoriais; prioridade dos modos de transportes não motorizados sobre os motorizados e dos serviços de transporte público coletivo sobre o transporte individual motorizado; integração entre os modos e serviços de transporte urbano; mitigação dos custos ambientais, sociais e econômicos dos deslocamentos de pessoas e cargas na cidade; incentivo ao desenvolvimento científico-tecnológico e ao uso de energias renováveis e menos poluentes; priorização de projetos de transporte público coletivo estruturadores do território e indutores do desenvolvimento urbano integrado; restrição e controle de acesso e circulação, permanente ou temporário, de veículos motorizados em locais e horários predeterminados; aplicação de tributos sobre modos e serviços de transporte urbano pela utilização da infraestrutura urbana, visando a desestimular o uso de determinados modos e serviços de mobilidade, vinculando-se a receita à aplicação exclusiva em infraestrutura urbana destinada ao transporte público coletivo e ao transporte não motorizado e no financiamento do subsídio público da tarifa de transporte público, na forma da lei; dedicação de espaço exclusivo nas vias públicas aos serviços de transporte público coletivo e modos de transporte não motorizados; monitoramento e controle das emissões dos gases de efeito local e de efeito estufa dos modos de transporte motorizado, facultando a restrição de acesso a determinadas vias em razão da criticidade dos índices de emissões de poluição.
- prevenção de desastres, pois no Brasil e em muitas cidades latino-americanas, as

marcas da forte exclusão social que comandou nossa história se revelam nos assentamentos habitacionais da população de baixa renda. Grandes contingentes vivem em moradias precárias, carentes de infraestrutura urbana e localizadas em áreas ambientalmente frágeis. Em grande parte dos casos, trata-se de comunidades em situação de extrema vulnerabilidade a desastres que decorrem de inundações, enxurradas, ou deslizamentos de terra, e colocam em risco a vida humana, de forma cada vez mais frequente em função das mudanças climáticas. O Programa de Gestão de Riscos e Resposta a Desastres, dirigido ao fortalecimento do Sistema Nacional de Defesa Civil (SINDEC), por meio de um conjunto articulado de ações que incluem desenvolvimento institucional e intervenções estruturais, corretivas e preventivas, disponibiliza a destinação de recursos orçamentários para o enfrentamento desse tipo de problema.

No âmbito da descentralização política, resultante de ajustes administrativos firmados dentro do federalismo brasileiro, uma vez assegurada a autonomia de cada ente, os integrantes da Administração Pública Direta dispõem de autoridade legislativa e política para planejar, decidir e gerir as funções políticas e administrativas de seus correspondentes governos, o que atinge a dimensão do desenvolvimento das cidades, haja vista repercutir no interesse administrativo das três esferas governamentais. (ABRANCHES. In: MENDONÇA; GODINHO, 2003, p. 269).

A autonomia constitucional dos entes políticos repercute em competência política, administrativa e financeira à ação do planejamento vinculada à competência de cada um dos integrantes de nossa forma de Estado instituída, não obstante a possibilidade de conflitos iniciados quando cada qual luta pela parcela financeira de receita que entender como justa e de direito.²⁷⁰ Por isso, o gerenciamento dos recursos destinados às reformas urbanas, estruturados sob a forma de Fundos Especiais, como o Fundo Nacional de Desenvolvimento Urbano (FNDU)²⁷¹ requer o monitoramento de instâncias populares para efeito de fiscalização dos

²⁷⁰ “É evidente que para atender a seus fins, o Estado federal, os estados-membros e os municípios devem ter recursos. Recolhe-os através dos tributos (previsão de fatos econômicos geradores de movimentação ou produção de riqueza importante para a incidência de uma alíquota, que resulte um montante a pagar).” (OLIVEIRA. In: FERRARI; BARROS FILHO, 2011, p. 29)

²⁷¹ Este fundo é uma forma de subsídio ou financiamento da política urbana, maneira como um ente federativo repassa verbas para outro, na dimensão de transferência orçamentária (planejamento integrado vertical). A proposta de sua instituição foi atribuída como competência do Ministério das Cidades, com início de execução pela Presidência da República a partir de 2014. Isso coaduna com a diretriz elencada no art. 2º, inc. III, do Estatuto da Cidade que prescreve a importância da “cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social.”. Também, conforme alude seu art. 3º, o dever de implantação de programas de construção de moradias, a melhoria das

repasse comprometidos por cada unidade federada, como também o controle quantitativo e qualitativo dos investimentos públicos.

De outro lado, tem-se constatado, em tempos de globalização²⁷², a insistente crise do capitalismo produzindo profunda repercussão sobre as finanças públicas de nossa nação, a partir de onde se acentua o argumento da escassez. Ademais, o neoliberalismo, na constante propaganda da desestatização, mantém-se firme na campanha em desfavor da intervenção estatal ativa na economia, mesmo na existência de breve abordagem desse tipo de política econômica ser prevista em nossa Constituição Econômica (art. 163, CR/88).²⁷³

A partir desse audacioso plano de retorno a um ‘Estado Mínimo’ o poder econômico aproveita para disseminar a ideia de que o Estado se encontre politicamente deslegitimado e incapacitado para intervir nas relações econômicas e nos consequentes conflitos socioambientais, deixando que o mercado estabeleça as regras mais adequadas aos interessados. A iniciativa privada passa a se voltar a preocupações outrora eminentemente públicas. De agente interventor, o Estado se reduz a agente regulador, capaz de fiscalizar e regulamentar matérias como a gestão urbana dentro da ótica neoliberal.

Com essa crise do modelo estatalista segue-se a afetação de modelos de tutela ambiental marcados pela ausência de vontade política ou incapacidade de aparelhos centrais de intervenção direta. Isso ressoa em problemas de eficácia diante da dificuldade de implementação de medidas. Também incide na inevitável experimentação de modelos alternativos, não-estatais, ou sob sistemas de parcerias, que, de algum modo, induzem à mercantilização da proteção ambiental, em nome da sustentabilidade, afetando os interesses urbanos. Particularmente quanto a este derradeiro diagnóstico, trata-se do que se considera por

condições habitacionais, de saneamento básico e de transportes urbanos, promovidos via parceria entre a iniciativa própria e em conjunto com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

²⁷² “A globalização passa a ideia de que as normas do Direito, bem como as soluções dos problemas econômicos e sociais são universais, globais, ditadas de cima para baixo pelos organismos internacionais, que, por sua vez, são controlados pelas nações desenvolvidas e pelo poder econômico privado internacional. Tem-se a falsa impressão de impotência e incapacidade dos Estados nacionais, assim como os Poderes Locais para tratar e resolverem, com fórmulas próprias, os assuntos internos.” (CLARK, 2001, p. 171).

²⁷³ Washington Peluso, em suas lições sobre a atuação direta do Estado no setor econômico, denuncia a incipiência do tratamento constitucional conferido à matéria que, além de excepcional, é de interpretação contraditória: “A “intervenção do Estado no Domínio Econômico”, apontada como objeto do Direito Econômico Público, não encontra tratamento tão completo e claro como seria de se esperar em uma Constituição repleta de dispositivos que o subentendem e que somente por intermédio podem objetivar-se. Encontra-se explicitamente tratada apenas no art. 163 e mesmo assim em redação que tem dado margem a interpretações contraditórias. [...]O “regime-regra” fica, assim, definido, e a “exceção” está registrada.” (SOUZA, 2002, p. 69-70). Para o autor, o simples emprego da expressão “intervenção estatal” já carrega consigo carga pejorativa, sendo mais apropriado considerar “ação do Estado no domínio econômico”: “A expressão “intervenção”, portanto, traduz mais propriamente um preconceito liberal, pois nesse caso o Estado estar-se-ia fazendo presente contra aquela ideologia, o que somente seria admitido como “exceção”. Não atuar economicamente seria a “regra” da livre concorrência. Atuar seria “intervir” contra a regra.” (SOUZA, 2005, p. 316).

superação da visão estadocêntrica do Direito Ambiental – baseada na criação e imposição de regras pelo Estado, que, sozinho, exprime o sentido de interesse público quanto à preservação da qualidade ambiental. Em contrapartida, a aludida visão tem sido substituída por modelos baseados nas negociações entre o setor público e o próprio mercado (visão mercadocêntrica), conquanto aquele seja capaz de gerar incentivos suficientes à colaboração dessas instâncias corporativas. (SABADELL; DIMOULIS; MINHOTO, 2006, p. 16-17).

Atenuada pela legitimidade auferida pela participação popular, sobretudo pelo controle financeiro a ser exercido em torno desses investimentos – típico do modelo de democracia fiscal – esta é a lógica da criação do FNDU, mecanismo fomentador em favor das reformas urbanas ocorridas a partir da execução da PNDU.

7.4 O plano diretor como instrumento de planejamento urbano-ambiental sustentável e participativo

Ao discursar sobre o Direito Administrativo na perspectiva dos direitos fundamentais, destacando a contribuição do STF, a Ministra Carmen Lúcia proferiu a seguinte afirmação: “Não existe Constituição que se sustente sem haver meios para que o povo a faça valer.” (2013). Com essas palavras a eminente Ministra instigou-nos a refletir sobre sua assertiva a partir de duas dimensões distintas. A primeira delas refere-se à importância da disponibilidade de garantias constitucionais à mercê dos cidadãos para a exigência do cumprimento de direitos fundamentais dispostos no Texto Constitucional. E é justamente por esta razão, a fim de se assegurar ao povo a identidade de sujeito constitucional, que se eleva ao status de cláusula pétrea os direitos e as garantias fundamentais (art. 60, § 4º, inc. IV, CR/88). A incumbência de concretização dos direitos fundamentais requer que o povo seja participante²⁷⁴ quanto à exigibilidade dos mesmos, ainda que para isso seja preciso recorrer ao Judiciário. O papel do povo resumido em “instância global da atribuição de legitimidade democrática” (MULLER, 2000, p. 57), fazendo-se de fonte normativa para a criação das leis, é insuficiente para que se cumpram com os direitos.

Por outro lado, a outra dimensão a ser refletida sobre a frase da Ministra diz respeito ao reconhecimento da Constituição como um documento do qual se confirmam todas as conquistas de uma sociedade. À luz de nosso pluralismo, se somos um povo com diversas humanidades, que a Constituição não seja a mortália de um extenso rol de direitos condenados a simples

²⁷⁴ Muller alega que “[...] O povo participante consiste em todos os que se engajam politicamente, além do papel do povo ativo, numa cidadania consciente e ativa”. (2000, p. 70)

letras mortas em folhas de papel²⁷⁵, mas um manancial de esperanças asseguradas por sua própria força normativa²⁷⁶ vivificada pelo exercício da soberania popular. Tendo por norte os esforços pela efetivação de direitos, esta deve ser a dimensão perseguida pela gestão pública, arquitetada pela inserção do modelo de planejamento participativo, sobretudo na perspectiva de atendimento de políticas de sustentabilidade no âmbito das cidades. A abertura de espaços dialógicos para a discussão do planejamento o desintoxica de tradições monocráticas e o insere numa realidade democrática cujos problemas, demandas e soluções se amparem na interatividade entre governo e povo.

Nessa conjuntura, depois de treze anos da promulgação da Constituição de 1988 nasce o Estatuto da Cidade (Lei nº. 10.257/01), cuja finalidade seria a regulamentação de seus arts. 182 e 183 e atuar na instrução do planejamento público urbano sustentável e participativo. A política urbana condicionou-se à instituição do plano diretor, instrumento obrigatório para as cidades arroladas nas hipóteses previstas no art. 41 do aludido Estatuto²⁷⁷.

O plano diretor se torna um instrumento jurídico propício à fixação de critérios objetivos de crescimento e de desenvolvimento da cidade ou, ainda, de reforma urbana²⁷⁸, devendo seu planejamento ser revisado no limite máximo de 10 anos.

²⁷⁵ Quando a Constituição institui um extensivo rol de direitos fundamentais sem meios para efetivá-los ela se arrisca ao pessimismo denunciado por Lassalle de se constituir mera “folha de papel” (2001, p. 19) onde são transcritos os fatores reais de poder (instituições jurídicas). Estes últimos destacam-se como o conjunto de forças que atuam politicamente, com base na lei (na Constituição), no intuito de conservar as instituições jurídicas vigentes. Lassalle afirma que são esses fatores que regem uma determinada sociedade. “Os fatores reais de poder que atuam no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições vigentes, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são.” (2001, p. 11). Portanto, a precariedade de um elenco de direitos desestabiliza o funcionamento das instituições que ostentam a imagem de Estado soberano e internamente autônomo e dos direitos em si mesmos.

²⁷⁶ Pelas lições de Konrad Hesse (1991), o problema de Constituições extensas em conteúdo como a nossa é que se expõem, mais facilmente, ao descrédito de seu texto, na medida em que a falta de efetividade, sobretudo dos direitos sociais, fica mais latente em virtude de questões como a própria insuficiência do Estado no tocante à sustentabilidade dos mesmos. Submeter-se a essa exposição é um risco permanente que as Constituições programáticas avocam para si, apesar de insistirem em sua “força normativa” que deve servir como encorajamento aos indivíduos/cidadãos na luta pelos seus direitos. A ideia de força normativa representa, para Hesse, uma das forças cuja atuação resulta a realidade do Estado, revelando uma vontade normativa ou vontade de Constituição capaz de se converter em força ativa que influi e determina a realidade política e social. “Essa força impõe-se de forma tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição, quanto mais forte mostrar-se essa convicção entre os principais responsáveis pela vida constitucional.” (1991, p. 24).

²⁷⁷ Nas cidades com mais de vinte mil habitantes é obrigatória a elaboração de um plano diretor. Tal previsão legal se encontra no artigo 182 da CR/88. A Lei nº 10257/01 trouxe as diretrizes e as regras à elaboração do plano diretor, bem como a obrigatoriedade à sua elaboração. O artigo 41 da respectiva lei reforça as cidades com mais de vinte mil habitantes. Ademais, também é obrigatório nas cidades integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas; onde o Poder Público municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no § 4º do artigo 182 da CR/88; integrantes de áreas de especial interesse turístico; cidades inseridas em áreas de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional. Por força da Lei nº 12.608/12, incluiu-se, como palco de obrigatoriedade, as cidades vulneráveis a catástrofes naturais.

²⁷⁸ Importante ressaltar que o plano diretor é voltado para toda área urbana de um Município e não apenas para a

A sociedade, pareada ao Poder Público, é igualmente responsável pela promoção do equilíbrio do ambiente urbano, reflexo do próprio republicanismo assumido como nossa forma de governo. (ARAÚJO; SOARES, 2010, p. 88). A cidadania moderna²⁷⁹ engrena o compromisso social de alavancar uma ética ambiental razoável capaz de reter os excessos quanto à poluição nas cidades, além de cumprir com o dever de dar à propriedade urbana uma destinação social orientada pelos ditames dispostos no plano diretor, no escopo de alcançar o bem-estar de todos.

Por isso, ações de sustentabilidade urbana dependem da aderência coletiva somada aos esforços da intervenção governamental. A visão de direitos prestacionais, embora deva abarcar qualquer dimensão jurídica segundo a teoria dos custos dos direitos (visto que todos os direitos comportam algum nível de onerosidade), precisa ser ressignificada. E um dos motivos é que o intervencionismo para a sua concretização não se exaure apenas por meio do patrocínio público.

Tão importante quanto isso é a participação social intervindo em ações que promovam a sua efetividade, como na forma de custeio (pela tributação), por intermédio de ações de planejamento participativo, por meio da fiscalidade (controle popular da gestão pública e da forma como são geridos os investimentos nos direitos), ou, mais pontualmente, através da defesa e proteção, por ações colaborativas, como no caso do equilíbrio do ambiente urbano como direito difuso.(ARAÚJO; SOARES; CAMPOS, 2009). É certo, também, que a transformação da realidade urbana exige mudanças expressivas e estas não podem emanar apenas dos cidadãos que dependem de algum tipo de estímulo, até mesmo para o despertar da maneira como devam cooperar.

Afinal, entre Estado e povo, a simbiose deve ser ininterrupta. Nesses termos:

É necessário um Estado forte que capitaneie políticas públicas comprometidas com a

tradicional concepção de cidade, compreendida como a sede administrativa do próprio Município. A noção de cidade deve se estender às sedes de Distritos onde também ocorre a urbanização, ainda que precária. Assim, não integra a cidade apenas os típicos espaços de zona rural. “Assim, a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.” (SIRVINSKAS, 2012, p. 298).

²⁷⁹ É fato que o meio ambiente urbano se transformou em um dos grandes desafios do mundo contemporâneo, pois além das cidades buscarem o desenvolvimento social e econômico, elas devem proteger e preservar os recursos naturais, a fim de se proporcionar um meio ambiente ecologicamente equilibrado e uma melhor qualidade de vida aos seus habitantes. Para a contemplação desse propósito é crucial a participação ativa de toda sociedade, exercitando a sua cidadania. “O exercício democrático da cidadania é fundamentalmente ético. [...] Percebe-se, pois, uma significativa evolução do que deve ser entendido por cidadania. De mero objeto das decisões do poder, o cidadão avança para a qualidade de sujeito. E sujeito capaz de, ao exercitar seus direitos, renovar e reconstruir o Direito, transformando-o no espelho de sociedade em constante evolução, ao invés da camisa-de-força cristalizada e mantenedora do *status quo* a que alguns pretenderam reduzi-lo.” (VARELLA; BORGES, 1998, p. 102).

emancipação social. Aspectos como os padrões de consumo e de produção adotados nas cidades precisam ser refletidos, tendo como referência os entraves que conduzem ao desenvolvimento sustentável. As racionalidades que informam o mercado e a política cidadinos requerem novos enfoques, uma vez que estão inseridas dentro de uma realidade específica, com particularidades e interações. Os habitantes têm necessidades e, por consequência, as ações públicas normativas, regulatórias e prestacionais devem observar alguns pressupostos inafastáveis. (LUFT, 2011, p. 106).

É evidente que o Estatuto da Cidade trouxe para o nosso ordenamento jurídico um grande arsenal de novidades em matéria de Direito Urbanístico, incluindo normas que buscam aperfeiçoar e democratizar o processo de gestão das cidades. (MEDAUAR; ALMEIDA, 2004, p. 260-261). Estão presentes nos arts. 43 a 45 da lei os pressupostos da *gestão democrática da cidade*, com base no art. 1º, Parágrafo Único, da CR/88, que proclamou o princípio democrático (ou participativo) legitimador do poder do povo nos assuntos públicos.²⁸⁰ O cumprimento desse princípio garante que o povo participe da gestão da cidade, impondo dialogicamente a sua vontade na formação dos atos governamentais. De sorte, “[...] o princípio participativo caracteriza-se pela participação direta e pessoal da cidadania na formação dos atos de governo.” (SILVA, 2005, p. 13)

O plano diretor opera como o acoplamento estrutural que interliga o jurídico²⁸¹ e o político²⁸² rumo à organização e ao planejamento das cidades. (ARAÚJO, 2004, p. 28). Tal instrumento urbano deverá ser instituído através de lei municipal, de autoria do Poder Executivo, com aprovação da Câmara Municipal, porém contendo uma característica bastante peculiar. Durante a tramitação do projeto de lei do plano diretor, versa os aludidos arts. 43 a 45 do Estatuto da Cidade que é obrigatória a participação da população à sua elaboração por meio da realização de audiências públicas ou conferências municipais em que se discutam propostas de implementação conforme as realidades de cada região da cidade.²⁸³

²⁸⁰ “Com a definição do Estado Brasileiro como Estado Democrático de Direito, temos ostentado o princípio da participação popular como determinante para a legitimidade e eficácia das normas sobre a política urbana, sendo integrante desse conjunto de normas do direito urbanístico o plano diretor.” (SAULE JUNIOR, 1997, p. 244).

²⁸¹ Haja vista que sua implantação depende de aprovação de lei específica, tornando-se, portanto, direito posto.

²⁸² Sua elaboração e aprovação decorrem de um processo político que conta com a participação de três instâncias distintas de poder: o Poder Executivo (elaboração de projeto de lei e sanção), o Poder Legislativo (tramitação do projeto de lei e sua aprovação) e poder político. Neste último caso, essa manifestação de poder emerge da soberania popular. Sua contribuição no processo do plano diretor abre espaço para que a participação popular sugira e reivindique propostas adequadas às necessidades sociais.

²⁸³ Portanto, esse tipo de procedimento é estabelecido por critérios de democracia participativa, pois o povo deverá participar da aprovação do projeto de urbanização e não somente tomar conhecimento. Nesse sentido: “É a presença do princípio da participação, da cooperação e da solidariedade. A viabilidade das cidades e, portanto, o *habitat* do homem, enquanto habitante de seu espaço, conformam integrativamente com o planejamento municipal.” (CASTRO, 2006, p. 370).

Decorre do plano diretor legislações específicas sobre uso e ocupação do solo urbano, sobre as construções e edificações, sobre as polícias administrativas e sanitárias locais, cujas implantações, após a aprovação legislativa, serão executadas pelos órgãos e agentes do executivo.

Ao definir as funções sociais da cidade, o plano diretor reforça a relativização da propriedade privada, posição igualmente assumida pelo STF: "O direito de propriedade não se revela absoluto. Está relativizado pela Carta da República – arts. 5º, XXII, XXIII e XXIV, e 184." (BRASIL. STF. MS 25.284, 2010). Insiste o Egrégio Tribunal que para sanar o esvaziamento do cumprimento da função social da propriedade urbana a implantação do plano diretor é requisito obrigatório à possibilidade de aplicação das sanções constitucionais estabelecidas no art. 182, § 4º, incs. I a III.²⁸⁴

É sabido que o planejamento não está alijado a uma visão funcional, pois a ele se deve o dinamismo e a processualidade aberta a todos os seus interessados para se garantir que as cidades ou regiões cresçam de maneira sustentável. Caso esse crescimento ocorra de forma efetiva e adequada a funções que acompanhem diferentes realidades sócio-espaciais estaremos caminhando em direção ao “paradigma da justiça urbano-ambiental intergeracional” (ARAÚJO; FERES; SILVA, 2006, p. 16).

Não obstante a Carta de Atenas, de 1933, ter se esforçado pela criação da *teoria funcionalista* de planejamento, essa fórmula de ordenação urbana desenvolvida por Le Corbusier não funcionou. A razão do insucesso foi o fato de não ter considerado o ser humano como mote principal para a concepção de funcionalidade urbana, uma vez que ele tem vontade própria e se move dentro da cidade. Logo, se o homem é o componente vivo da cidade essas funções não são estáticas.

Entretanto, o resgate dessa teoria nos deixa um importante legado para a definição da sustentabilidade urbana. Ela faz compreender o que são as funções sociais da cidade, conquanto as entendamos dentro de um contexto de multifuncionalidade compatível, portanto, à realidade do mundo da vida no qual o homem, em seu contexto social, é o protagonista. Enfim, não se pode desprezar a presença do ser humano como uma variável que pode não respeitar as regras formais impostas por um modelo cartesiano de desenvolvimento.

²⁸⁴“Imóvel urbano. Desapropriação por utilidade pública e interesse social. Acórdão que declarou a sua ilegalidade, por ausência de plano diretor e de notificação prévia ao proprietário para que promovesse seu adequado aproveitamento, na forma do art. 182e parágrafos da Constituição. Descabimento, entretanto, dessas exigências, se não se está diante da desapropriação-sanção prevista no art. 182, § 4º, III, da Constituição de 1988, mas de ato embasado no art. 5º, XXIV, da mesma Carta, para o qual se acha perfeitamente legitimada a Municipalidade.” (BRASIL. STF. MS 25.284, 2010).

O crescimento desordenado e exorbitante de espaços urbanos previamente constituídos e não projetados, sobretudo das grandes cidades vitimadas pelo incessante fluxo de pessoas decorrente do êxodo rural, redimensiona o tratamento das funções sociais da cidade. Impõe-lhes a perspectiva multidimensional (agregadora, em mesmos espaços, da concomitância e tentativa de compatibilização de mais de uma função social), o que torna ainda maior o desafio da sustentabilidade e da promoção da sadia qualidade de vida urbana.

A reurbanização de espaços precariamente urbanizados, marcados pela ausência de regularização fundiária e subjugados pela força especuladora do desenvolvimentismo retrógrado incitado pelo capital faz emergir o planejamento sustentável e participativo do ambiente urbano como mecanismo crucial à salvaguarda do direito a cidades sustentáveis.

7.4.1 Cidades resilientes: O planejamento sustentável em ambiente urbano de risco

Estratégias de planejamento são ainda mais imprescindíveis ao se reportar ao direito a cidades sustentáveis em espaços urbanos geograficamente propensos a algum nível de risco de desastre natural. Dezenas de cidades brasileiras, além de terem se desenvolvido de maneira desplanejada, estão localizadas em áreas suscetíveis de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou mesmo processos geológicos ou hidrológicos correlatos, expondo sua população a algum tipo de perigo. Para essas localidades, a implantação de medidas sustentáveis, projetadas por intermédio do planejamento urbano, visando a regeneração das áreas afetadas por catástrofes ou a aplicação de medidas preventivas, são reações identificadas como resiliência.

A cidade resiliente é definida como “[...] aquela que tem capacidade de resistir, absorver e se recuperar de forma eficiente os efeitos de um desastre e, de maneira organizada, prevenir que vidas e bens sejam perdidos.” (BRASIL, Ministério da Integração Nacional, 2015). Esse tipo de cidade assume como pressupostos: a) a superação dos riscos, como primado do princípio da prevenção sob a perspectiva urbano-ambiental; b) a necessidade de planejamento de políticas públicas que sejam capazes de absorver o impacto dessas catástrofes naturais.

A agenda para a formação de cidades resilientes envolve um agrupamento de diretrizes a serem implementadas pelos gestores públicos locais, resultado do Marco de Ação de Hyogo, ocorrido em 2005, no Japão, quando 168 Nações se comprometeram a adotar ações à redução do risco de desastres no meio ambiente urbano até 2015. Essa dimensão internacional do ambiente urbano vinculou o Brasil a assunção de alguns compromissos, como: i) a criação de programas educativos e de capacitação em escolas e comunidades locais; ii) o cumprimento de

normas sobre construção e princípios para planejamento e uso do solo; *iii*) a reserva de investimentos em implantação e manutenção de infraestrutura que evitem inundações; *iv*) o estabelecimento de mecanismos de organização e coordenação de ações com base na participação de comunidades e sociedade civil organizada. (NAÇÕES UNIDAS, EIRD, 2015).

Antes da implantação dessas medidas o administrador público precisa ter consciência de que o plano diretor é a referência urbanística em matéria de planejamento urbano, não podendo ser implantadas ações isoladas e desvinculadas às suas propostas estabelecidas por lei (ARAÚJO, 2011, p. 195) para não configurar inconstitucionalidade. Para se visualizar melhor essa observação, vejamos o posicionamento assumido pelo STF no caso da tentativa de intervenções urbanísticas sem previsão na lei do plano diretor ocorrido no Distrito Federal.

O TJDF julgou improcedente a ADIN ajuizada contra a Lei Complementar distrital nº 710/05, que dispunha sobre alterações urbanísticas autônomas instituídas em dissonância com a proposta originária determinada pelas normas dispondo sobre plano diretor. Inconformado com a decisão, o MPDFT interpôs o Recurso Extraordinário 607.940 (reconhecido pelo STF por força de provimento de Agravo de Instrumento), sendo suscitada, em sede preliminar, a presença da repercussão geral das questões constitucionais discutidas. No mérito, afirmou que a lei em tese dispôs sobre projetos urbanísticos com diretrizes especiais para unidades autônomas – PDEU, para fins de estabelecimento de condomínios fechados de forma isolada e desarticulada de estudos urbanísticos globais, os quais deveriam ser realizados quando da elaboração do plano diretor de ordenamento territorial e dos planos diretores locais. A alegação foi que o mencionado diploma normativo violou os §§1º e 2º do art. 182 da Constituição Federal.

Na mesma oportunidade, o MPDFT também propôs, incidentalmente, a Ação Cautelar 2.383 como o objetivo de imprimir efeito suspensivo ao RE 607.940. Julgada a Medida Cautelar na AC 2.383 MC-QO / DF, os Ministros da 2ª Turma do STF resolveram a questão de ordem, referendando a decisão concessiva da liminar, em sessão presidida pelo Ministro Ayres Britto.²⁸⁵

Nessa contextura, a questão constitucional debatida pelo STF acabou concluindo pela vedação da instituição de projetos urbanísticos desvinculados do plano diretor, para que assim

²⁸⁵ “Ementa: Questão de ordem. Medida Cautelar. Liminar que conferiu efeito suspensivo a Recurso Extraordinário. Referendo da Turma. Incisos IV e V do art. 21 do RI/STF. Plano Diretor: Instrumento de concretização da política de desenvolvimento e de expansão urbana das cidades com mais de vinte mil habitantes. Lei que permite a criação de projetos urbanísticos de forma desvinculada do Plano Diretor. Possível ofensa à Constituição Federal.” (BRASIL. STF. Medida Cautelar na AC 2.383 MC-QO / DF. Julgado em: 27/03/12)

normas dessa natureza não configurem violação direta da disciplina do art. 182, § 1º, da Constituição.²⁸⁶

Para a tese fixada pelo Supremo a política de desenvolvimento urbano definida pelo plano diretor ultrapassa os interesses das partes, pois além de sua relevância sob os prismas econômico, jurídico, social e político, está sujeita à participação popular. Normas supervenientes à lei do plano diretor que instituem projetos isolados de urbanização burlam, portanto, o princípio democrático inserido como procedimento obrigatório à sua aprovação (arts. 43 a 45 do Estatuto da Cidade), eximindo-se da legitimidade comum a esse tipo de ferramenta urbanística.

Além disso, o STF deixa claro, após julgar o RE 607.940, que o planejamento urbano, de modo distinto do orçamentário, não possui natureza autorizativa. Seu efeito é vinculante, impondo a conexão com o plano diretor como referencial à instituição de quaisquer projetos de impacto no solo urbano, o que também afeta, nesse diapasão, as ações interventivas de resiliência.

Mas antes da elaboração de qualquer plano específico em áreas urbanas de risco seria fundamental a criação de regras estabelecedoras de uma política nacional de prevenção aos infortúnios nas cidades. Esse mesmo comando legislativo também atuaria no direcionamento da atuação dos órgãos de Defesa Civil, disciplinando, ao mesmo tempo, formas de articulações intergovernamentais para financiamento e cooperação material.

É nesse cenário que se justificou a aprovação da Lei nº 12.608/12, implantando a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil (PNPDEC), resposta imediata à aplicação do princípio da prevenção diante do risco certo, provável e possível incidido em torno do potencial de catástrofes naturais que se sujeitam grande parcela de Municípios brasileiros.

Para dar sistemática a essa política nacional, a lei também instituiu o Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil (SINPDEC), organizado sob os moldes do federalismo cooperativo, pois englobe a participação dos três níveis governamentais que passam a dispor das seguintes competências: i) União – execução das normas da PNPDEC; promoção de estudos sobre a incidência de desastres e suas consequências; apoio aos Estados e Municípios no mapeamento das áreas de risco; instituição de sistema de informações, monitoramento de desastres e sistema para cadastro nacional de Municípios que tenham áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos, inundações ou processos geológicos e/ou hidrológicos; ii)

²⁸⁶ CONSTITUCIONAL. CRIAÇÃO DE PROJETOS URBANÍSTICOS. OBRIGATORIEDADE DO PLANO DIRETOR COMO INSTRUMENTO DA POLÍTICA DE DESENVOLVIMENTO URBANO DOS MUNICÍPIOS. (BRASIL. STF. Rep. Geral no RE nº 607.940 DF. Julgado em: 09/02/10).

Estados-membros – realização de ações de mapeamento e monitoramento das áreas de risco e estudos das ameaças; declaração de estado de calamidade pública ou situação de emergência; apoio aos Municípios no levantamento das áreas de risco e instituição do Plano Estadual de Proteção e Defesa Civil; Municípios – mapeamento das áreas de risco e adequação do projeto de Plano Diretor. (BRASIL, 2012).

Do ponto de vista da estrutura administrativa federal, a União dispõe de importantes órgãos de atuação na PNPDEC, como o Ministério da Integração Nacional. Conforme disposto na Lei nº 10.683/03, tal Ministério tem a sua atual estrutura regimental aprovada pelo Decreto nº 8.161/13, que regulamentou, dentre uma gama de competências institucionais, sua atuação na gestão nacional da defesa civil.

Para o cumprimento específico deste fim, seguindo a lógica de desconcentração administrativa, dispõe da Secretaria Nacional de Proteção e Defesa Civil – SEDEC, destinada à execução de medidas nacionais de amenização dos riscos nas cidades com alta vulnerabilidade a sinistros naturais que coloquem em perigo o bem-estar e a segurança dos cidadãos. Este órgão lançou, em 2011, a campanha ‘Construindo Cidades Resilientes: Minha Cidade está se Preparando’, com a finalidade de estimular a conscientização e o compromisso em torno de práticas de desenvolvimento sustentável, na tentativa de diminuição das vulnerabilidades nos locais de altos níveis de riscos. Isso faz parte de um projeto global incitado pela ONU denominado ‘Estratégia Internacional para Redução de Desastres’ (EIRD). Um dos propósitos assumidos pela campanha foi demonstrar que a redução de riscos e desastres auxilia na erradicação da pobreza, fomenta a busca do pleno emprego, incentiva a igualdade social, bem como a garantia de ecossistemas com maior equilíbrio e melhoria nas políticas educacionais e de saúde pública. (BRASIL, DCSC, 2015).

A SEDEC atua como órgão gestor de recursos públicos federais que serão repassados aos Municípios ou Estados-membros para a implantação de ações preventivas (desastres) ou repressivas (estado de emergência ou de calamidade pública). Esses recursos, advindos do Fundo Nacional de Defesa Civil (FNDC), são destinados especificamente à erradicação dos riscos e redução dos impactos causados por desastres naturais no ambiente urbano. Desse modo, irão se agregar ao orçamento destinado ao planejamento do Município inscrito no Cadastro Nacional de Municípios suscetíveis a riscos e a catástrofes naturais ou de um Estado-membro.

O repasse pode se dar sob duas modalidades: transferências obrigatórias e transferências voluntárias ou convênios. Na primeira hipótese, são transferências concedidas aos Estados-membros e aos Municípios em situação de emergência ou estado de calamidade

pública. Essa modalidade atende aos entes, de forma complementar, em ações de resposta e reconstrução.

Já na segunda hipótese, os convênios ou transferências voluntárias são realizados por meio do Portal SICONV (registro de todos os convênios realizados pelo Governo Federal) e se destinam a ações preventivas de desastres como a execução de projetos e obras para redução de riscos de enchentes, enxurradas, alagamentos, deslizamentos, processos erosivos e escassez hídrica. Também há possibilidade de solicitação de recursos para a confecção de estudos e planos que objetivem a redução de risco. Para pleitear esse tipo de recurso o ente deve enviar proposta para análise no SICONV, sendo indispensável à apresentação de informações que configurem o objeto proposto como ação preventiva a desastres. (BRASIL, Portal Brasileiro de Dados Abertos, 2015). Portanto, é preciso haver um plano inserido na conjuntura do planejamento urbano para que haja a captação desse tipo de recurso.

Por outro lado, para cidades que contenham áreas destruídas por desastres é possível o financiamento federal para a realização de ações de reconstrução. Conforme determina a Lei nº 12.608/12, o recebimento desse tipo de recurso exige, além do reconhecimento federal promovido a partir do mapeamento da área e da realização de estudos sobre a incidência do desastre in loco e suas consequências, a apresentação de plano de trabalho no prazo de 90 dias da ocorrência do desastre.

Com isso se percebe que o planejamento, sobretudo para as cidades contingenciadas pela resiliência, afasta-se da concepção de simples função política (meramente discricionária do Estado). Sob a ótica orçamentária e urbana, assume uma dimensão que ultrapassa o mero estabelecimento de metas e diretrizes oriundas do poder de império do Estado.

Não pode ser discricionário o que se torna essencial, sobretudo quando se remete à manutenção de projetos e criação de ações de combate a riscos e diluição de efeitos de desastres que dependem da planificação para o repasse de subsídio público intergovernamental. Principalmente ao se considerar que a escassez orçamentária inviabiliza a execução de medidas patrocinadas por atos originados da falaciosa autonomia financeira de Municípios endividados ou dependentes do FPM para o custeio de suas despesas correntes.

Nesse diapasão, e levando em conta a finalidade da Lei nº12.608/12, que impõe a obrigatoriedade de plano diretor para esse perfil de cidades, o planejamento pode ser interpretado como função administrativa, pois assume papel de atividade estatal determinada por lei e essencial ao cumprimento do interesse público, diretamente vinculada a outras tarefas públicas dessa mesma natureza, como: a) *prestação de serviços públicos* - no caso em tela, serviços de segurança da população vitimada pelos desastres, integrando a atuação do

órgão da Defesa Civil com outras Secretarias, como da Saúde, no combate a riscos epidêmicos resultantes da exposição a vetores durante o período do sinistro; a Secretaria de Obras, acionando o maquinário necessário para a retirada de escombros e acúmulo de sólidos decorrentes de deslizamentos de encostas. Também se registra a importância de serviços de utilidade pública para a execução de campanhas preventivas; b) *poder de polícia* – controle das áreas de risco e do zoneamento urbano; aumento da rigidez na fiscalização e emissão de licenças para construir e concessão de Alvarás para a realização de obras e funcionamento de empreendimento em locais vulneráveis; medidas repressivas ou compensatórias para as famílias empossadas em áreas ilegais constituídas como APP's urbanas; c) *fomento* – incentivo por meio de política urbana de regularização fundiária e projetos de implantação de ZEIS para a retirada da população de baixa renda de áreas de alta vulnerabilidade a partir de espaços urbanos definidos no plano diretor destinados à expansão urbana e cumprimento da função social moradia.

Após a visualização das típicas funções administrativas, não há como afastá-las do planejamento, tampouco desvinculá-lo dessa mesma natureza. Há uma verdadeira relação de imanência entre todas essas funções. Concomitantemente, entre a execução do planejamento urbano-sustentável em cidades resilientes (incluindo todo o procedimento que autoriza a realização de despesas públicas para implantação de medidas), a prestação de serviços públicos, as atividades de fomento e o cumprimento do poder de polícia, há sempre um emaranhado de atos administrativos presentes, o que reforça a tese de se tratarem de atividades administrativas, sem exceção.

7.5 O planejamento e o ônus da sustentabilidade nas compras públicas: rompendo com o anacronismo entre a economicidade e as licitações sustentáveis ²⁸⁷

Para o cumprimento de sua função administrativa, traduzida sob a forma de prestação de serviços, execução de políticas públicas e realização de obras-públicas, a Administração Pública deve ser elevada à condição de grande compradora e grande consumidora de recursos naturais que, devido à sua mensuração na natureza, são fatalmente escassos. Sendo co-responsável pela defesa e preservação do meio ambiente, ao lado da coletividade, por força do art. 225, *caput*, da Constituição de 1988, e levando-se em conta o grande fluxo de compras que realiza, tem o dever fundamental de dar bom exemplo em matéria de estímulo a uma produção mais sustentável e em maior escala, colaborando com a solidificação da *moralidade ambiental*.

Partindo dessas premissas, o Ministério do Meio Ambiente instituiu, desde 2001, a Agenda Ambiental na Administração Pública (A3P) no intuito de se incorporar princípios de gestão ambiental no âmbito administrativo. Tal programa determinou como meta a criação do *consumo sustentável* como parâmetro a ser seguido nas contratações administrativas firmadas pelo gestor público, incluindo compras, locação, tomada de serviços e realização de obras (neste caso, as construções sustentáveis são diretrizes determinantes à consecução do direito a cidades sustentáveis).

Afora a concomitância de outros princípios comumente ordenadores do certame arrolados desde a edição da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/93), a licitação não se consoma na preocupação com a observância da economicidade – derivada do

²⁸⁷ De acordo com o ‘Portal da Transparência’ do Governo Federal, ferramenta virtual disponibilizada pela Controladoria-Geral da União (BRASIL, 2016) para o cumprimento das determinações da Lei Complementar nº 131/09, a execução financeira e orçamentária das despesas públicas cometidas pelas unidades federativas, definidas a partir do planejamento, é composta por três sucessivos estágios, conforme aduz a Lei nº 4.320/64: empenho, liquidação e pagamento. No primeiro caso, o empenho é registrado no instante da contratação do serviço, aquisição do material ou bem, obra e amortização da dívida. Consiste em ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado a obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição (art. 58, Lei nº 4.320/64). Refere-se, assim, à reserva de dotação orçamentária para um fim específico. Já a liquidação da despesa é um estágio normalmente processado pelas Unidades Executoras ao receberem o objeto do empenho (o material, serviço, bem ou obra). Envolve atos de verificação e conferência, desde a entrada do material ou a prestação do serviço até o reconhecimento da despesa. Por isso, a liquidação demanda certos cuidados no exercício do controle, como a verificação do cumprimento das normas licitatórias dispostas na Lei nº 8.666/93 (inclusive a observância de padrões sustentáveis para as contratações públicas). O art. 64 da Lei nº 4.320/64 finaliza definindo que a ordem de pagamento diz respeito ao despacho exarado por autoridade competente, determinando que a despesa liquidada seja paga. Portanto, o estudo das ‘licitações verdes’ inserido neste capítulo torna-se ponto central nas discussões sobre o planejamento sustentável, pois indubitavelmente é matéria que interfere no modo de execução do ciclo orçamentário. O que se pretende analisar é que questões de sustentabilidade precisam ser definidas na fase de planejamento, ao longo da execução orçamentária (em especial durante a liquidação). Além disso, também devem ser verificadas, prioritariamente, durante a execução contratual para que não se perca de vistas que, muito além dos possíveis impactos orçamentários que possa gerar, está a valoração ambiental e busca da qualidade de vida, ainda que mediados a médio e longo prazo.

princípio da eficiência – de onde decorre a necessidade de análise de tipos licitatórios como menor preço ou menor preço e técnica em busca de menores custos e de melhores resultados. A partir da publicação da Lei nº 12.349/10²⁸⁸, que modificou o art. 3º da Lei nº 8.666/93, agora também se vincula expressamente ao cumprimento do princípio do *desenvolvimento nacional sustentável*, o que pode, a princípio, onerar, em curto prazo, a aquisição de bens (compras), a realização de obras-públicas e de serviços enquadrados dentro dos padrões sustentáveis.²⁸⁹

As chamadas *licitações sustentáveis* levam em consideração a sustentabilidade ambiental dos produtos e processos referentes a elas. Devem ser direcionadas desde a fase interna dos certames, com previsão expressa nos editais licitatórios sobre as especificações técnicas exigidas (inserção dos critérios socioambientais). Apesar do art. 3º da Lei nº 8.666/93, em sua nova redação, ter conteúdo principiológico (por ter inserido o princípio do desenvolvimento nacional sustentável como uma das finalidades da licitação), vem em reforço das Leis nº 12.187/09 e nº 12.305/10. Esse procedimento licitatório sustentável²⁹⁰ trata-se de ferramenta vinculante integradora do planejamento sustentável.

Nesse aspecto, a licitação sustentável não se confunde com o uso da discricionariedade administrativa, sendo descabido mero ato de escolha da Administração Pública, motivada por razões de oportunidade e conveniência. Trata-se de ato administrativo vinculante, por força de

²⁸⁸ Antes mesmo dessa lei, a Lei nº 12.187/09, ao instituir a Política Nacional sobre Mudança Climática, já havia lançado diretrizes sobre a implantação de licitações sustentáveis quando, em seu art. 6º, inc. XII dispôs sobre o estabelecimento de critérios de preferência nas licitações e concorrências públicas, incluindo-se as Parcerias Público-Privadas, para propostas que propiciem maior economia de energia, água e outros recursos naturais e redução de gases de efeito estufa e de resíduos. Nessa mesma diretriz veio o dispositivo do diploma legal nº 12.305/10 (Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos) que, à luz de seu art. 7º, inc. XI determinou prioridade nas aquisições e contratações governamentais para produtos reciclados ou recicláveis e bens, serviços e obras que considerem critérios compatíveis com padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis.

²⁸⁹ “Muitas pessoas criticam as compras sustentáveis sob o argumento de que estes produtos/bens teriam preços mais altos. O Governo do Estado de São Paulo, que já fez licitações desse tipo, alerta que “produtos diferentes possuem preços diferentes. As especificações técnicas são diferenciadas, pois têm atributos específicos. Caso os atributos desta especificação tiverem características ambientalmente ou socialmente importantes, pode ocorrer que isto provoque um acréscimo de preço na compra, mas haverá uma vantagem econômica a longo prazo para a Administração Pública, no decorrer de sua vida útil. A título de exemplo, as lâmpadas fluorescentes geralmente são mais caras que as lâmpadas incandescentes (comum), gastando, contudo, menos energia elétrica.” BENEGUZZI. In: SANTOS; BARKI, 2013, p. 27)

²⁹⁰ Não houve a inserção de nenhum procedimento geral para a disciplina das licitações verdes agregado ao texto da Lei nº 8.666/93, nem mesmo a Lei nº 12.349/10 ao introduzir o princípio do desenvolvimento nacional sustentável. Contudo, os fundamentos legais de onde se abstrai o modo como isso deve se operar estão diluídos entre normas diversas: Lei nº 12.187/09, que trata da Política Nacional de Mudanças Climáticas; Lei nº 12.305/10, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; Instrução Normativa nº 01/10 do Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão; Decreto Federal nº 7.746/12; Lei nº 12.462/11, que estabelece o Regime Diferenciado de Contratação e, no caso específico de Minas Gerais, o Decreto Estadual nº 46.105/12. Algumas esferas governamentais criaram seus próprios guias práticos de compras públicas sustentáveis para facilitar a atuação das Comissões Licitatórias. A União, por exemplo, dispõe do Catálogo de Materiais (CATMAT) do Sistema de Compras do Governo Federal (BRASIL, COMPRASNET, 2014). No caso de São Paulo, foi instituído o Catálogo Socioambiental.

lei, o que enseja a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário e da aplicação de sanções por órgãos como o TCU²⁹¹, dentro do contexto de controle externo, caso haja o seu injustificado descumprimento:

Nada obstante, existem certas questões fugidias à liberdade nos limites da lei, portanto no contexto da discricionariedade, porque inexistem in concreto. E a relação como fomento ao desenvolvimento nacional sustentável (como finalidade da licitação) não muda esse cenário. Para situações como essa, o Poder Judiciário pode e deve intervir, sem que isso configure qualquer atentado ao princípio da separação dos poderes. É o caso de referir editais de licitação, na atualidade, que não considerem a questão ambiental como dirigente da especificação do objeto licitado, seja por indiferença, ignorância ou má-avaliação das oportunidades. Com esta ressalva não se pretende ver o juiz substituindo o gestor público, porém determinado que ele cumpra seu dever de ofício, tão só. (FERREIRA, 2012, p. 103)

Os indícios de aparente colisão entre princípios faz com que o administrador público se depare com o confronto em torno de questões centrais como os resultados almejados pela eficiência, a economicidade, em regra, comum aos certames licitatórios, e a onerosidade que pode ser ocasionada pelo quesito da sustentabilidade nas contratações públicas. Caso busque socorro nas linhas argumentativas traçadas pela teoria de Alexy²⁹² a solução de conflitos se reporta à antiga tese da ponderação, o que não nos parece ser a opção mais acertada em termos de teorias da justiça.

Alexy insiste que na colisão não se fala que um princípio não é válido, eliminando-o do mundo jurídico.²⁹³ Considerando as circunstâncias do caso, estabelece-se entre princípios uma relação de precedência condicionada. Levando-se em conta o caso concreto deve-se justificar e indicar as condições pelas quais um princípio precede o outro. Essa precedência não é fixa, pois depende das circunstâncias do caso concreto.²⁹⁴ Conforme informa Bustamante (2008), a teoria dos direitos fundamentais alexyana sustenta que os princípios sejam normas

²⁹¹ O Acórdão 1152/2011 do TCU prevê a questão ambiental como uma vantagem para as licitações para além da isonomia. Isso significa que órgãos públicos estão sujeitos a autorias e punições (recaídos sobre as pessoas jurídicas de seus entes federativos criadores ou diretamente sobre as entidades da Administração Pública Indireta) em caso de desleixo com a sustentabilidade assumida como um compromisso legal no âmbito das contratações públicas. (BRASIL, TCU, 2011).

²⁹² Maria de Fátima Freire de Sá sintetiza o pensamento do autor da seguinte maneira: “Como os princípios são, na sua conceituação, mandados de otimização, não há que se falar em invalidade no caso de colisão ou tensão. O que ocorre é que um dos princípios cede lugar ao outro diante das circunstâncias do caso concreto. É a ponderação, prevalecendo o princípio de maior peso na realidade fática e jurídica existente.” (SÁ, 2005, p. 119).

²⁹³ “Os princípios em conflito, ao contrário, não deixam de ser ambos válidos por serem conflituosos, o que significa que a validade dos princípios, ao contrário da validade das regras, não depende da (in)validade de outras normas do mesmo grau.” (GALUPPO, 2002, p.174)

²⁹⁴ “La solución de la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una relación de precedencia condicionada. La determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones bajo las cuales un principio precede al otro.” (ALEXY, 1997, p. 92)

incompletas. Falta-lhes a delimitação das consequências específicas que derivam das regras. Essas podem ser derrotadas enquanto os princípios podem ser conciliáveis. Verifica-se, nessa análise, que também pode ocorrer que um princípio não necessariamente exclua a existência do outro. Na relação de precedência relativa há a possibilidade de que os princípios em tensão sejam conciliados a fim de se solucionar o conflito, ainda que isso resulte no cumprimento parcial de cada um para que subsista a coexistência entre os mesmos, evitando-se a declaração de invalidade.²⁹⁵

Recai, contra Alexy, o estigma de que ele tenha estabelecido uma teoria dos valores, marcada pela ausência de racionalidade da lei de ponderação, cujo sopesamento acaba gerando decisionismo.²⁹⁶ A resposta por parte do autor quanto à acusação de irracionalidade em seu método ponderador tornou-se problemática, pois, ao manter a ideia da escala de peso entre princípios recorreu ao argumento de que também haveria uma escala de interferência num princípio jurídico (leve, moderada ou séria) e não interferência em outro. A partir de então, haveria, segundo o autor, medidas ou pesos definidos em abstrato, segundo a relação de um princípio em face de outro independentemente das circunstâncias do caso concreto. Dentro dessa perspectiva de regras abstratas de prevalência dos princípios, para Alexy, o direito à vida preponderaria, por exemplo, sobre o direito à liberdade, haja vista possuir maior peso em abstrato. (RIBEIRO, 2015, p. 121). A postura assumida pela teoria de Alexy a distancia da própria realidade, pois não escapa das mãos do julgador identificar suas próprias regras abstratas de prevalência. E, desse modo, o intérprete pode avançar em um campo de arriscada discricionariedade decisória. Salienta Souza Cruz:

Alexy parece não perceber que, ao admitir possibilidades de que a lei da ponderação possa estabelecer-se de forma desconectada da realidade, sua teoria acaba definitivamente retornando ao paradigma positivista. Primeiro porque pretende cindir a interpretação em duas, eis que seu pós-positivismo se limita à aplicação dos princípios enquanto o emprego de regras ainda ficaria sob a égide do positivismo e de seus métodos de interpretação. Segundo, porque, ao dizer que as “regras de prevalência de ponderação” podem ser fixadas abstratamente em caráter definitivo, abandona qualquer perspectiva linguístico-pragmática legada pela hermenêutica

²⁹⁵ Em síntese, das palavras do próprio Alexy eis uma das chaves de sua teoria: “A lei da ponderação expressa que o otimizar relativamente a um princípio colidente de outra coisa não consiste que do ponderar. A lei da ponderação mostra que a ponderação deixa decompor-se em três passos. Em um primeiro passo deve ser comprovado o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio. A isso deve seguir, em um segundo passo, a comprovação da importância do cumprimento do princípio em sentido contrário. Em um terceiro passo deve, finalmente, ser comprovado, se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não-cumprimento do outro.” (ALEXY, 2008, p. 111).

²⁹⁶ “Com tudo isso, a ponderação de bens, da forma como foi concebida, nada mais é que uma garrafa vazia, um cheque em branco, onde o intérprete, do mais nobre ao mais mal intencionado, pode colocar o que bem entender. Tudo isso se mostra radicalmente incompatível com um sistema jurídico que se julga capaz de fornecer ao destinatário da norma um mínimo de segurança, previsibilidade e objetividade na atividade interpretativa do Direito.” (SILVA, 2002, p. 19).

como analítica existencial, desde Heidegger e Gadamer. Logo, perdem-se até mesmo as condições de possibilidade para o conhecimento, que dirá então das condições de validade do mesmo. (CRUZ, 2007, p. 295).

Prosseguindo a análise, o sério problema identificado na tese alexyana é que a lei da colisão e ponderação aproxima-se de uma concepção axiologizante do Direito, deixando à mercê do intérprete o papel de estabelecer aquilo que deve ser preferido em detrimento de outro. Marcelo Galuppo destaca que, ao assumir esta posição, Alexy estaria convertendo normas jurídicas em simples valores. A forma com que tenta resolver o problema do conflito entre princípios trata-se, portanto, da adoção de um procedimento tipicamente axiológico. (GALLUPO, 2002, p. 180).

Passando ao breve exame de alguns pontos específicos do modelo da ponderação, coadunamos, neste momento, com as críticas proferidas por Cruz e Guimarães (In CRUZ, 2015). Ao nos debruçarmos na análise da máxima da adequação, vimos que seu intuito é analisar se o objetivo da norma está de acordo com o Direito (se é realmente legítimo), sem comparar quais seriam as possíveis medidas estatais a serem tomadas. Esse mesmo critério também avalia se o meio esperado para realizar o objetivo legal é realmente eficaz (adequado para esse fim). Neste ponto, Alexy falha ao defender que a adequação demanda tão somente a análise de questões fáticas. Tal aspecto é diretamente rebatido pelo raciocínio de que não cabe avaliar a validade de um objeto sem aferir sua licitude, sendo descabido pretender separar o fato do direito diante do exame da legitimidade do fim colimado. Já a necessidade é um subprincípio estritamente comparativo, baseado na aplicação do ótimo de Pareto. Este ocorre quando a máxima da vantagem de uma ação implicar em menor desvantagem de outra. Alexy recomenda que a análise da licitude de uma medida seja realizada por esse tipo de processo de otimização. O problema é que o critério para definição da licitude contido nesse método falha por não ser jurídico, rompendo com o padrão deontológico do direito. Outro ponto sobressalente está contido na máxima de colisão de princípios. Alexy sugere uma determinação de pesos abstratos *a priori*, assumindo uma hierarquia axiológica entre os princípios. O problema é que tarifar o peso de um princípio em face do outro demandaria um nível de consensualidade impossível de ser atingido em sociedades complexas e plurais como a que pertencemos. Não há nenhum critério racional que permita mensurar o total de subprincípios e regras que possam ser abarcados por um mesmo princípio para que assim possa servir de base à determinação prévia e abstrata de uma escala de valor. Se o problema vigora na dificuldade de categorização de pesos abstratos significa que os valores pessoais do julgador é que

determinarão os supostos pesos abstratos. Com isso fica inviabilizado o consenso ao redor de determinada pretensão. (CRUZ; GUIMARÃES In CRUZ, 2015, p. 145-171).

Abraçando os argumentos dos autores acima, é possível observar mais um ponto conflituoso existente no pensamento de Alexy. Trata-se de reconhecer a crença equivocada do jurista alemão de que a fundamentação de qualquer decisão (independente se judicial ou administrativa) é sempre ato que advém da razão pura. No entanto, o julgador, envolto às suas afeições humanas, dificilmente seria capaz de isolar seus valores para a tomada de uma decisão. Assim: “Justificamos nossas decisões com e a partir de emoções e valores. [...] nosso consciente jamais poderá reconstruir “perfeitamente” a decisão, pois parte dela foi tomada por nosso inconsciente, elemento incógnito que domina grandemente qualquer de nossas ações.” (CRUZ; GUIMARÃES In CRUZ, 2015, p. 132).

Face às críticas apresentadas, render-se a uma interpretação pautada na lei da ponderação não garante ao julgador a racionalidade desejada para a busca da resposta correta imune aos riscos oferecidos por uma precedência condicionada. A utilização da teoria de Alexy em larga escala ignora aspectos como a limitada capacidade institucional enfrentada pelos Tribunais, presos em sua ‘visão de túnel’, dando vazão, em contrapartida, a uma ampla discricionariedade judicial cada vez que se justifica o emprego da proporcionalidade. É certo que a irracionalidade decisória não se exaure no âmbito do Judiciário, pois também pode estar presente toda vez que o administrador público fizer uso da proporcionalidade para a tomada de decisões, já que a ponderação de princípios é um artifício que assume a direção que o intérprete pretende dar.

Dentro dessa perspectiva hermenêutica, o jurista alemão certamente chegaria à seguinte resposta no embate quanto à instrumentalidade das licitações sustentáveis: elas podem gerar de imediato o aumento dos custos, espremendo o orçamento público e, em decorrência, provocar arranhões ao princípio da economicidade e à regra do menor preço como tipo licitatório.²⁹⁷ Para Alexy, o conflito entre estas normas, a princípio, deve ser resolvido pela primazia de um princípio sobre o outro. No entanto, pensando em longo prazo, a realização dessas licitações conduz à diluição da onerosidade, pois atinge resultados futuros quando colabora com a promoção da qualidade de vida, poupando a escassez material de recursos, o que evita maiores desgastes ambientais. Isso deve ser interpretado, seguindo essa linha de raciocínio, como um

²⁹⁷ De acordo com o Acórdão 1375/2015, julgado pelo Plenário do TCU, é legítimo que as contratações da Administração Pública se adequem a novos parâmetros de sustentabilidade ambiental, ainda que com possíveis reflexos na economicidade da contratação. É necessário que conste expressamente dos processos de licitação motivação fundamentada que justifique a definição das exigências de caráter ambiental, as quais devem incidir sobre o objeto a ser contratado e não como critério de habilitação das empresas licitantes. (BRASIL, TCU, 2015).

novo indicativo de eficiência (nos padrões da ‘otimalidade de Pareto’)²⁹⁸ e de economicidade²⁹⁹ advindo do procedimento licitatório ponderado com os princípios do desenvolvimento nacional sustentável e da sadia qualidade de vida. Neste momento vigora o argumento da precedência relativa, havendo a consequente conciliação de princípios em prazo futuro.

No entanto, não visualizamos que o enfrentamento dos impasses à implantação das licitações sustentáveis deva partir do argumento da ponderação de princípios colidentes entre si. Desde as lições de Washington Albino (SOUZA, 2005) já aprendemos que o resultado esperado pelas condutas administrativas não é só de fundo econômico. Por isso, é dispensável tratar das licitações sustentáveis a partir da configuração de conflito entre normas. O motivo é que ao ser reconhecida natureza diversa à eficiência administrativa e à economicidade, a maximização econômica e a lógica pública de resultados podem ser conduzidas a outra dimensão de custos e do que deva ser a proposta mais vantajosa à Administração em nome do interesse público.

Antes de tudo, estando incontroversa a aplicação do princípio da economicidade nos procedimentos licitatórios, devemos ter cuidado para não conceituá-lo de forma míope. A economia de um produto, serviço ou obra não deve ser confundida com seu valor de aquisição, mas analisada de forma global, incluindo os custos de manutenção e descarte, o consumo de energia, a durabilidade do bem e os benefícios por ele produzidos. Ao abordar o tema José Cretella Junior definiu que:

[...] mais vantajosa não é proposta de menor preço, mas a que se apresente mais adequada, mais favorável, mais consentânea com o interesse da Administração, observadas, sem dúvida, outras condições como o prazo, o pagamento do preço, a qualidade, o rendimento (CRETELLA JÚNIOR, 2006, p. 54)

Neste diapasão, podemos concluir que o princípio da economicidade não busca o menor preço, mas sim, o menor custo, em que pese este último estar voltado ao *custo/benefício* do bem adquirido. Além disso, a apuração de tempo (outro identificador do mencionado princípio) deve considerar dois aspectos centrais: a) o retorno econômico avaliado, integrado à análise da proposta mais vantajosa, não deve ser averiguado apenas de maneira imediata, mas em curto, médio e longo prazo; b) tempo também envolve a aferição de oportunidade para a realização de

²⁹⁸ Na dimensão da máxima da necessidade, a perspectiva da eficiência de Pareto estaria se valendo, de um lado, do padrão vantagem (lucro/benefício) para compreender a licitude de uma ação, e, de outro lado, do padrão desvantagem (prejuízo/gravosidade) para compreender a licitude. (CRUZ; GUIMARÃES In CRUZ, 2015, p. 148).

²⁹⁹ “[...] isto poderá ser atingido com contratos com preços iguais ou inferiores à média dos preços de mercado ou com preço justo pela qualidade do seu objeto, *não havendo*, necessariamente, uma *incompatibilidade com a licitação sustentável*.” (BENEGUZZI. In: SANTOS; BARKI, 2013, p. 28).

uma futura contratação pública, seja do ponto de vista financeiro ou por reconhecer a necessidade em dado momento. Por fim, o benefício propiciado pela aquisição de bens ou serviços sustentáveis não precisa ser justificado com base na lei de ponderação de princípios. O julgador, à frente de uma licitação sustentável, não tem que recorrer, face ao caso, a uma precedência relativa de um princípio sobre o outro, na busca de satisfazer o maior número de beneficiados. A precedência em tela estaria partindo do pressuposto de que os princípios envolvidos entrariam em choque apenas se admitirmos a perspectiva de resultados estritamente econômicos, o que só faz sentido se adotada a visão de eficiência privada.

Ao revés, o cerne da eficiência administrativa e da economicidade, percebidos pela dimensão de outras valorações, além da econômica, seguindo a linha de Washington Peluso (SOUZA, 2005, p. 29-30), faz concluir que o que parecia se tratar de uma colisão principiológica para o emprego das ‘contratações e compras verdes’ requer apenas uma detida análise da circunstancialidade. Assim:

Ao efetivarmos a valoração, se aceitarmos uma sublimação de seu conceito, iremos ao sentido de uma vantagem assegurada pela realização do ato, vantagem esta que poderá apresentar característica toda peculiar: moral, estética, política, religiosa, etc. Ora, esta vantagem assim libertada do sentido primitivo de rentabilidade econômica, de lucro materialmente traduzido, é o substrato do que vamos chamar por *economicidade*. (SOUZA, 2002, p. 299).

Dito isto, em posse da tese de que a economicidade extravasa o simples modo de ser econômico (SOUZA, 2002, p. 298), operando como linha de maior vantagem que melhor conduz aos objetivos da ideologia constitucional como um todo, a proteção ambiental, garantida por ações de sustentabilidade, deve ser vista como um dever que integra a valoração jurídica inserida naquele princípio.

Logo, a Administração Pública, na busca pela eficiência administrativa deve suportar, caso necessário, a onerosidade para privilegiar as contratações sustentáveis sem que isso configure lesão à economicidade, às regras sobre tipos licitatórios (art. 45, § 1º, Lei nº 8.666/93), sendo este tipo de escolha a proposta mais vantajosa ao próprio interesse difuso orquestrado pelos gestores. A eficiência, nos termos de Di Pietro (2014), está voltada à preocupação com os resultados, não colocando à frente a preocupação econômica, pois mantém seu foco nas capacidades institucionais das esferas públicas administrativas. Ela implica na espera de melhor desempenho das atribuições desenvolvidas pelo agente público e, do ponto de vista da estrutura organizacional e disciplinar da Administração Pública, a atenção à qualidade na prestação do serviço público. (DI PIETRO, 2014, p. 84). Partindo dessa ideia de eficiência a

conjugação de todas essas normas – inicialmente apontadas como incompatíveis – torna-se de possível harmonia, dispensando o emprego da lei da colisão.

Ainda cabe destacar que a licitação sustentável provoca uma onerosidade relativa, pois na progressão do tempo ela dilui os custos, haja vista que isso impede a incidência de escassez (uma das pré-condições dos preços) ³⁰⁰, racionalizando o uso de recursos. O aumento da procura pela inclusão dessas diretrizes nos editais licitatórios deve servir de fator instigador ao correspondente aumento da oferta de produtos, bens e serviços qualificados nos padrões esperados de sustentabilidade. Essa oferta, amparada no princípio da livre concorrência, pode ser convertida em maior nível de competitividade e expansão desse tipo restrito de mercado quanto maior o nível de eficácia que as licitações forem produzindo a partir de sua nova finalidade legal.

Em face do exposto, o grande desafio a ser atingido é a consolidação de uma gestão racional levada a efeito pela própria Administração Pública, equilibrando a necessidade de atuação econômica com a preservação dos recursos naturais. “Gere-se racionalmente não só prevenindo danos a bens não regeneráveis, como veiculando o aproveitamento de recursos essenciais à vida humana e ao progresso tecnológico, com respeito pela sua fragilidade e tendencial finitude.” (GOMES. *In*: OTELO; GONÇALVES, 2009, p. 191). Para atingir esse propósito pertinente às novas contratações administrativas, a Administração Pública precisa se atentar à durabilidade de um bem ou recurso, viabilizando a proteção de ecossistemas naturais e demandas que incidam sobre os processos de produção ou consumo.

Sendo assim, é necessário que instrumentos tecnológicos e recursos naturais sejam coerentemente eficazes na construção da sustentabilidade indispensável à atual conjuntura. Trata-se, melhor dizendo, da implantação de uma forma de ação afirmativa em prol da guarda preventiva da sustentabilidade operacionalizada no âmbito da gestão pública. O que exige a observância de critérios ambientais como fator de pontuação das propostas nas licitações, afetando o julgamento pela melhor técnica ou técnica e preço ³⁰¹. Para as construções

³⁰⁰ “A escassez, conceito econômico, pode ser definida como a situação que se caracteriza quando a máxima produção potencial de um bem não se encontra em um grau suficiente para satisfazer todas as necessidades na medida em que os recursos disponíveis são limitados. **A escassez é mesmo qualificadora dos bens econômicos, e pré-condição dos preços.**” (grifos nossos) (SGARBOSSA, 2010, p. 217)

³⁰¹ Jair Eduardo Santana e Fernanda Andrade (2010) são adeptos à tese de que subsiste a necessidade de imprescindível motivação da inserção da preferência justificadora do afastamento da busca em prol do menor preço. Fundamentam, com respaldo no art. 3º, da Lei nº 8.666/93 que não se aplica, no entanto, tal margem de preferência diante da inexistência de uma suficiente produção de bens manufaturados ou na incapacidade de prestação de serviços no país. (p. 60). Raquel Melo Urbano de Carvalho assevera, entretanto, que “[...] não é razoável sacrificar a economicidade, com contratação pública firmada por preço superior ao menor preço ofertado pelo mercado inclusivo de fornecedores estrangeiros, se não há motivos suficientes que justifiquem a preferência pelo serviço ou bem nacional em detrimento do serviço ou produto de outro país. Portanto, a

sustentáveis, a título de exemplo, os projetos básicos e executivos assumem quesitos como o baixo consumo, a racionalização do uso da água ou de energia elétrica.

De modo mais abrangente, as licitações sustentáveis, em sua totalidade, devem privilegiar a redução de desperdício de materiais e combustíveis, os processos produtivos pautados na responsabilidade sócio-ambiental e que saibam preservar direitos trabalhistas e previdenciários, o uso de metodologia determinante da relação entre custo e durabilidade, o emprego de técnicas racionais à destinação final dos resíduos sólidos e a difusão de boas práticas que contem com a conscientização dos servidores públicos.

Para isso, as questões de sustentabilidade devem ser definidas na fase de planejamento e verificadas, prioritariamente, durante a execução contratual. Planejar as compras sustentáveis engloba a análise preliminar da necessidade do objeto da licitação para o Poder Público, prosseguindo com a avaliação dos custos do ciclo de vida dos bens (e de suas embalagens) e serviços, bem como a verificação da existência de soluções e capacidades do mercado que pretende atender às Administrações Públicas.

Nesse esforço, o planejamento público sustentável não se resume em uma simples ideologia de consumo, tampouco se condiciona a uma mera moralidade ambiental presente nos atos de gestão.(ARAÚJO; AZEVEDO, 2014, p. 127). Essa espécie de planejamento inclui, para a efetivação de normas licitatórias dessa natureza, o cumprimento de balizas racionais como as criadas por órgãos de controle externo como o TCU³⁰². Somente por meio de ampla fiscalidade, somado ao controle popular, é que inserção do princípio do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações públicas não irá se confundir com mais um simulacro de nosso Direito Administrativo, fruto de legislação simbólica.

constitucionalidade da ação afirmativa consagrada pela Lei nº 12.349/10 depende de, em cada situação, evidenciar-se fundamento suficiente para incentivo do mercado interno, com promoção do desenvolvimento nacional que embase preferência excludente da livre e isonômica competição. Daí se conclui que beneficiar produtos e serviços nacionais, em detrimento de bens e serviços estrangeiros, depende de sólida fundamentação amparada na lei e nas condições específicas de cada realidade.” (CARVALHO. *In*: BATISTA JÚNIOR; CASTRO, 2012, p. 183).

³⁰² Assim recomenda o TCU: i) a criação de um comitê permanente pela Administração Pública para discussão e deliberação sobre o assunto; ii) a definição de plano de ação nos moldes da IN SLTI 10/2012 (a qual estabelece regras para planos de gestão de logística sustentável); iii) a definição de responsabilidades, metas, cronograma, metodologia de implementação e avaliação do plano com designação formal de responsáveis por colocar em prática ações de sustentabilidade; iv) a promoção de ações sistemáticas de conscientização e capacitação de todo corpo funcional da instituição realizadora das licitações, bem como de seus colaboradores; v) que seja realizada a divulgação dos resultados alcançados, demonstrando os benefícios econômicos, sociais e ambientais advindos das medidas implementadas; vi) que cada Administração responsável pela licitação destaque a definição adequada do objeto ao invés de exigência de certificação; vii) a realização de avaliação da pertinência dos critérios de sustentabilidade em face do caso concreto; viii) a importância da motivação das decisões; ix) a preservação do equilíbrio entre os diversos princípios previstos no art. 3º da Lei nº 8.666/93. (BRASIL. TCU, 2015).

8 AS (IN)CAPACIDADES INSTITUCIONAIS E A FISCALIDADE JURISDICIONAL ORÇAMENTÁRIA

8.1 O palco conflituoso da (des)funcionalidade das instituições: agonismo e protagonismo do controle judicial do orçamento à luz da teoria das capacidades institucionais

Sob a ótica analítico-reflexiva da hermenêutica constitucional, uma análise mais apurada acerca do discurso de aplicação do direito justificado nas decisões judiciais faz concluir que o convencimento dos magistrados não foge aos mesmos fundamentos. As teorias da justiça, na busca incessante pela resposta correta e pela justificação da verdade, centralizam seu discurso em torno da interpretação da lei, da compreensão de princípios e de uma pretensa eticidade revelada por um garantismo em torno dos direitos fundamentais. A soma de todos esses elementos converge em um autêntico confinamento entre teorias argumentativas que circundam o universo normativo.³⁰³

Não obstante, o que se olvida, e que aparenta não tomar eco nos atos decisórios, é o reconhecimento de até onde vai a extensão das capacidades e limitações enfrentadas pela ‘pessoa’ do magistrado, sombreado pelo papel institucional por ele exercido. Também parecem esquecidas as ‘(in)capacidades’ das próprias instituições, nada se diferenciando, nesse particular, o Judiciário, quando lhe é proposto o desafio de lidar com determinadas matérias, *a priori*, estranhas às suas competências.

É o caso de se afirmar uma crise das capacidades institucionais dos Poderes? É chegou o momento de ressignificá-las, haja vista a obsolescência do modelo hermético e cartesiano idealizado por Montesquieu quanto à atuação interpretativa conferida às instituições públicas?³⁰⁴ Ou é necessário o redimensionamento do sistema de freios e contrapesos à luz de um novo viés de discricionariedade administrativa?

³⁰³ A esse respeito, vide a crítica de SOUZA CRUZ (2011).

³⁰⁴ Entre o que deveria ser e o que efetivamente é, Habermas denuncia a existência de dois universos distantes quando se refere ao modelo de separação dos poderes: a proposta liberal de tripartição funcional e a realidade posta de conflito vivenciado entre as suas funcionalidades. Conforme explicita: “A clássica divisão de poderes é explicada através de uma diferenciação das funções do Estado: enquanto o legislativo fundamenta e vota programas gerais e a justiça soluciona conflitos de ação, apoiando-se nessa base legal, a administração é responsável pela implementação de leis que necessitam de execução. Ao decidir autoritariamente no caso particular o que é direito e o que não é, a justiça elabora o direito vigente sob o ponto de vista normativo da estabilização de expectativas de comportamento. A realização administrativa elabora o conteúdo teleológico do direito vigente, na medida em que este confere forma de lei a políticas e dirige a realização administrativa de fins coletivos. Sob pontos de vista da lógica da argumentação, os discursos jurídicos servem para a aplicação de normas, ao passo que a racionalidade da atividade administrativa é assegurada através de discursos pragmáticos.” (HABERMAS, 1997, p. 232, vol. I)

Se vivemos uma lógica ultrapassada de divisão dos poderes, a alternativa trazida por Habermas é somar à separação funcional a primazia da legislação democrática em que o povo seja de fato co-autor e destinatário do direito. Para ele, deve-se manter, paralelamente, a retroligação do poder administrativo ao comunicativo, garantida pelo direito de participação (1997, p. 233-234, vol. I).³⁰⁵ Mas essa mesma alternativa apontada não é tão fácil de ser concretizada por persistir contrafactualidades que a impedem. Isso representa dizer que não basta apenas assegurar que os poderes circulem entre si, numa relação de complementaridade, ou ainda, segundo indica, numa subsunção diante do grau de interdependência e comunicabilidade necessária por comporem entre si o mesmo Estado. Os cidadãos politicamente autônomos devem ser considerados autores do direito a partir do momento em que as normas legitimamente criadas tenham capacidade de determinar a direção da circulação do poder político. (HABERMAS, 1997, p. 236, vol. I) O problema é que os poderes não circulam sozinhos, mantendo um fluxo normal de suas funcionalidades, pois há, em contrapartida, uma contracirculação de poderes considerados não institucionais que colaboram com o esvaziamento das condições ideais de suas capacidades institucionais. Em outras palavras, para Habermas o esquema clássico da divisão dos poderes perde sua atualidade. (1997, p. 236, vol. I).

Com foco nessas tensões, autores como Sunstein e Vermeule (2002) tornaram-se referência para a inserção, na seara constitucional, da teoria das capacidades institucionais.³⁰⁶ O cerne de suas

³⁰⁵ Nesse diapasão, parece se aproximar o raciocínio de Sunstein e Vermeile (2002), ao reconhecer que dentre os poderes não impera o mesmo nível de democratibilidade. Por certo, esses autores apostam num nível mais elevado de legitimidade democrática e, conseqüentemente, de interpretações mais legítimas, presente nos Poderes Executivo e Legislativo, haja vista sua aspersão ao poder por meio do exercício do poder político advindo da soberania popular. Diferente do Judiciário, cuja forma de composição ao poder de seus membros se dá pelo critério da tecnocracia, não havendo diretamente a intervenção popular para a escolha de seus membros. No entanto, ressaltam um olhar de certa supremacia de expertises presente em Agências Reguladoras, enquanto extensão do Poder Executivo, colocando-as à frente do Poder Judiciário quanto à sua capacidade de interpretação, sob argumentos que ultrapassam a questão da legitimidade, ao afirmarem que “[...] agencies have a superior degree of technical competence” (SUNSTEIN; VERMEULE, 2002, p. 33). “[...] agências têm um grau superior de competência técnica” (tradução livre). Isso só se justifica, dentro da lógica norte-americana por eles defendida, pelo fato de que suas decisões estão sujeitas a certos graus de supervisão democrática (2002, p. 33), o que, de outro modo, não impera no Judiciário (salvo em situações restritas cujo decisão passa pelo crivo popular, como é o caso do Tribunal do Júri). Por esta razão, insistem que “The court is not authorized to reject the agency’s interpretation merely because of disagreement.” (SUNSTEIN; VERMEULE, 2002, p. 31). “A corte não está autorizada a rejeitar as interpretações das agências simplesmente por não concordarem (SUNSTEIN; VERMEULE, 2002, p. 31). (tradução livre). Para isso, requer maior motivação. No entanto, ainda resta frisar que entre a visão norte-americana e a brasileira sobre as agências reguladoras há um abismo muito grande quando se pretende importar para o Brasil qualquer tipo de leitura estrangeira. Nos EUA as agências foram criadas com o fim de intervenção na economia, enquanto aqui o propósito tem sido de desregulamentação.

³⁰⁶ Nesse sentido, vale lembrar a contribuição trazida por Arguelhes e Leal: “A expressão “capacidades institucionais” tem sido cada vez mais usada como recurso argumentativo no debate constitucional brasileiro para orientar e criticar escolhas do Poder Judiciário entre diferentes cursos de decisão, bem como entre teorias sobre interpretação jurídica e de posturas alternativas diante das outras instituições políticas. De um lado, a

reflexões tem se concentrado em argumentos que melhor justifiquem o exercício da discricionariedade judicial ao prescrever considerações sobre os recursos e as limitações que há tanto no Judiciário, como em cada instituição pública, somado à análise do perfil de atuação funcional de seus respectivos agentes para a resolução de problemas. Assim, a análise das capacidades institucionais da estrutura do Judiciário e de seu corpo de magistrados se destaca como um elemento fundamental à discussão das várias possibilidades decisórias que os juízes necessitam reconhecer sobre o seu próprio modo de tomar decisões. Isso, por vezes, pode representar confronto com as competências de outras instituições e/ou poderes.

As bases dessa teoria são definidas como um modelo argumentativo cuja preocupação recai sobre a análise dos *méritos* e *deméritos* enfrentados dentro dos arranjos das diferentes instituições públicas, respaldadas em seus arcabouços constitucionais, a partir do reconhecimento de um mínimo grau de especificidade e consistência interna. Grosso modo, reconhece as limitações endógenas presentes dentro dos próprios poderes, por ação do condicionamento do universo a que cada instituição tem para decidir sobre assuntos que a ela são apresentados diante do quadro funcional de seus próprios agentes.

Ao mesmo tempo, isso indica o moderado grau de especialidade técnico-funcional que cada poder está contido. Por exemplo, a função jurisdicional exercida pelo Judiciário conta com expertise muito mais eficaz quando se averigua processo administrativo disciplinar de servidor público da justiça do que quando comparada à composição desse mesmo tipo de processo na esfera de uma simples Administração Pública local. Tal como sugerem Sunstein e Vermeule, no texto “Interpretation and Institutions”, situação similar pode ser verificada no caso apontado das Agências Administrativas (em nosso caso, Agências Reguladoras). A capacidade que elas têm de fiscalização e controle externo, mesmo que incida sobre atividades que sejam prestadas pela iniciativa privada, é muito mais qualificada do que exercida por intervenção do Poder Judiciário. São dotadas de maior liberdade de interpretação que os próprios tribunais sobre esse tipo de matéria (SUNSTEIN; VERMEULE; 2002, p. 2).

Também não cabe, com isso, sustentar um *superego* do Executivo como suprassumo das expertises como parece inclinar o olhar desses autores, esvaziando do Judiciário as condições para a apreciação de matérias cujo pedido chegam à sua alçada. Antes de tudo, o princípio da inafastabilidade³⁰⁷ diz respeito a uma garantia constitucional que lhe reserva uma atuação nos níveis

referência às “capacidades” de juízes e tribunais pretende realçar as habilidades, recursos, condições e limitações concretas dessas instituições no exercício da função jurisdicional. Essas capacidades servem de base para se recomendar ou criticar a adoção de posturas mais ou menos diferentes às decisões de outras instituições e desta ou daquela teoria interpretativa ou concepção sobre como aplicar o direito vigente.” (ARGUELLES; LEAL, 2011, p. 6)

³⁰⁷ Sarmento defende que, embora pese esse argumento de Sunstein e Vermeule de que entre os Poderes Legislativo e, precipuamente, o Executivo, haja maior suporte técnico, econômico e político diversificado, e se

preventivo e repressivo, servindo-se de instrumento assecuratório ao exercício de direitos fundamentais legitimados em nosso projeto de Estado Democrático de Direito.

Basicamente, tal teoria se assenta em três grandes premissas: i) a pressuposição de certo nível de especialidade funcional determinada constitucionalmente como base essencial da separação dos poderes; ii) o reconhecimento da falibilidade como possibilidade presente nas tentativas tomadas por quaisquer instituições, oscilando em graus variando o percentual de erros e incertezas; iii) a análise de diversificadas formas de decisão deve considerar as prováveis consequências que podem ser desencadeadas à promoção de um mesmo valor ou objeto.

Nesse diapasão, o argumento das capacidades institucionais já chegou ao foro do STF, em decisão de 2011, em face da Reclamação nº 11.243 da República Italiana, referente ao pedido de relaxamento de prisão em processo de extradição (Caso Cesare Battisti). Com Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, sendo Redator o Ministro Luiz Fux, eis os fundamentos do Acórdão:

22. O Chefe de Estado é a figura constitucionalmente capacitada para interpretar a cláusula do Tratado de Extradição, por lhe caber, de acordo com o art. 84, VII, da Carta Magna, “manter relações com Estados estrangeiros”.²³ O Judiciário não foi projetado pela Carta Constitucional para adotar decisões políticas na esfera internacional, competindo esse mister ao Presidente da República, eleito democraticamente e com legitimidade para defender os interesses do Estado no exterior; aplicável, in casu, a noção de **capacidades institucionais**, cunhada por Cass Sunstein e Adrian Vermeule[...] 14. A anulação, pelo Supremo Tribunal Federal, da decisão do Ministro da Justiça que concedeu refúgio político ao extraditando, não o autoriza, a posteriori, a substituir-se ao Chefe de Estado e determinar a remessa do extraditando às autoridades italianas. O descumprimento do Tratado de Extradição, ad argumentandum tantum, gera efeitos apenas no plano internacional, e não no plano interno, motivo pelo qual não pode o Judiciário compelir o Chefe de Estado a entregar o súdito estrangeiro.

15. O princípio da separação dos Poderes (art. 2º CRFB), indica não competir ao Supremo Tribunal Federal rever o mérito de decisão do Presidente da República, enquanto no exercício da soberania do país, tendo em vista que o texto constitucional conferiu ao chefe supremo da Nação a função de representação externa do país. (grifos nossos) (BRASIL, STF, 2011)

Como traço da pós-modernidade, a incidência de *deméritos* das capacidades institucionais não é um problema enfrentado apenas pelo Judiciário a nível interinstitucional.

possa dispor de um quadro amplo de pessoas com necessária formação especializada, quando comparado com o Judiciário, sobretudo para a avaliação de políticas públicas, isso não retira a capacidade de sua respectiva judicialização, bem como a dos direitos sociais, embora ofereça sérios riscos, por força do princípio da inafastabilidade: “No sistema jurídico brasileiro vigora o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, e os direitos sociais, como direitos fundamentais, devem merecer a adequação proteção do Judiciário diante do arbítrio ou do descaso do Legislativo ou dos tecnocratas de plantão. Sem embargo, um ativismo do Poder Judiciário em matéria de adjudicação de direitos sociais ou de controle de outras políticas públicas que ignore o déficit de expertise dos juízes, e não envolva uma certa deferência diante das valorações feitas pelos especialistas dos órgãos estatais competentes quase certamente levará a resultados desastrosos.” (SARMENTO. In: SOUZA NETO; SARMENTO; BINENBOJM, 2009, p. 319)

Apesar de ser nele que se concentram os holofotes das discussões quando o assunto circunda a legitimidade para decidir sobre determinadas matérias, principalmente caso se esbarre em questões eminentemente erigidas como prioridades da seara executiva. É o exemplo de temáticas como ‘políticas públicas’ e ‘discrecionabilidade administrativa’. Há, ao redor desse poder, um forte apelo ou fetiche em rotular suas decisões como ativismo judicial.³⁰⁸ Em contrapartida, permanece ao desdém o passivismo assentado nas ações omissivas dos demais poderes que não estão imunes ao enfrentamento de crises ou *deméritos* ocorridos inter ou intra-institucionalmente quanto ao exercício de suas capacidades.

Partindo dessa ótica, vejamos a situação do Poder Legislativo. Mantém, em tese, como função típica, eminentemente política, o exercício da atividade legiferante, além da função fiscalizatória. Porém, principalmente em esferas federativas de menor proporção, essa função legislativa, no decorrer do mandato, é deturpada nas vezes em que se apropria da lógica assistencialista e clientelista. Não raro, para se garantir no poder o parlamentar assume responsabilidades administrativas, ainda que informais, como a concessão de transporte gratuito, fornecimento ambulatorial, distribuição de medicamentos ou outros meios de

³⁰⁸ Afora os desdobramentos conceituais e metodológicos que podem revestir a noção de ativismo judicial, sobretudo na perspectiva da linguagem, podemos, em síntese, assentar dois grandes olhares: i) a visão de *retrocessoinstitucional*, ou de juízes legisladores, que atuam mediante quebra de neutralidade, revelando verdadeira partidização do juiz dentro do processo (CAPPELLETTI, 1999, p. 73). Essa tradicional perspectiva de ativismo judicial, marcada por decisões centradas em alto nível de discrecionabilidade judicial amparada em princípios, argumento de proteção de direitos fundamentais (sobretudo no caso de minorias sociais) e, frequentemente, sob a escusa da existência de lacunas legislativas “[...] tem o condão de afrontar, de alguma forma, a manutenção de um sistema democrático liberal que, segundo o senso comum reinante, está respaldado na ideia de separação dos poderes. (CIARLINI, 2014, p. 94); ii) a *visão de salvaguarda dos direitos sociais e das políticas públicas*, previamente determinadas pela Constituição ou por lei, cujos juízes ‘politizados’ seriam *legisladores implícitos* (KRELL, 2002, p. 98), responsáveis pelo resgate dos direitos não realizados. Nessa mesma linha, Ciarlini se manifesta: “[...] podemos entender que o ativismo judicial, no sentido de afirmar uma ação para impor a execução de políticas públicas já determinadas pela Constituição e pelas leis, aptas à realização dos direitos fundamentais, pode se realizar por meio de uma atividade estritamente judicial, efetivada, portanto, com a utilização do processo.” (2014, p. 103-104). Por outro lado, Canotilho revela certo agonismo por esta perspectiva de ativismo judiciário quando conduzida a um forte apelo à *opção pelos pobres*. Rechaça que o ativismo interpretado como sinônimo de *direito dos pobres* exigiria uma perspectiva inclusiva e dialógica de quem são os mesmos, o que se torna difícil em face das pré-compreensões em torno do significado dessa palavra, cuja ciência do direito pretendeu significar como sujeitos relevantes nas construções teórico-dogmáticas. (CANOTILHO. In: CANOTILHO; CORREIA; CORREIA, 2010, p. 33-34). No entanto, isso não justificaria trair o pressuposto da hermenêutica pós-positivista da ausência de hierarquização entre direitos e/ou princípios no plano teórico, pois não seria razoável o estabelecimento de uma suposta supremacia do direito dos pobres sobre o controle das finanças públicas (e todo o arcabouço de direitos e princípios que há por traz disso). Embora coadunamos com a ideia de judicialização das políticas públicas em face de omissão ou insuficiência de qualidade de serviços públicos, como forma de ativismo positivo na necessária salvaguarda de normas programáticas, concordamos tratar-se de excesso de discrecionabilidade judiciária o exemplo de caso reportado por Canotilho: “Compreendemos a angústia do cidadão brasileiro que consegue chegar aos Tribunais, incluindo o Supremo Tribunal Federal, reclamando o “**mandado judicial para fornecimento de ‘Viagra’** em nome da dignidade da pessoa humana”, mas, por enquanto, a prudência jurisprudencial não tem legitimidade para se transformar em instância compensadora de disfunções humanas e sociais, como se de órgãos politicamente responsáveis se tratasse. Mais uma vez, as normas jurídicas não são declarações de amor” (grifos nossos). (CANOTILHO. In: CANOTILHO; CORREIA; CORREIA, 2010, p. 35).

benefícios assistenciais. Assim satisfaz às necessidades de seu eleitorado em seu trecho de competência.

Por consequência, tais práticas são distorções da função executiva. De autêntico representante do povo, comprometido com o ideário liberal de porta-voz do direito das maiorias, o parlamentar se torna um mero despachante de determinada comunidade ao negar a sua própria condição de legislador.

Já a atividade fiscalizatória, caso analisada como função política, também revela outra crise presente no Legislativo. Ela pode ser prejudicada pelas constantes barganhas orçamentárias para a manutenção da ideologia assistencialista, proveniente de decisão de plenário. A fiscalização contábil-financeira do erário, verificada sob o viés de função jurídica através de aparatos de controle, torna-se inoperante quando o Legislativo for a maioria de apoio, havendo, em contrapartida, irrisória oposição. Entretanto, uma forma distinta dessa fiscalização procede-se por meio da formação de CPI's. O problema reside na forma com que é exigida a sua instauração, pois para a sua abertura é necessário o *quorum* mínimo de 2/3 dos parlamentares. Por outro lado, essa dificuldade formal que opera nas CPI's é compensada com a existência de maior especificação e qualidade do objeto de investigação marcados em seu procedimento, dependendo, para tanto, do nível de coerência dos parlamentares.³⁰⁹

De igual modo, o impasse da crise das capacidades institucionais não exige nem mesmo o Poder Executivo na condução da Administração Pública. Nele também reside a insuficiência de aptidão técnica para lidar com questões relativas a seus próprios órgãos, e, principalmente, especialidades como a gestão orçamentária baseada em leis complexas como é o caso da Lei nº 4.320/64.

Em nova alusão ao pensamento de Hincapíe e Restrepo (2012), a forma como a legislação orçamentária³¹⁰ tem sido aplicada estaria gerando um modo de encriptação do poder

³⁰⁹ No entanto, o jogo político na esfera fiscalizatória é denunciado por Fabiano Ferreira Furlan como um sério problema que atinge a dimensão fiscalizatória: “De início, o jogo político entre o Legislativo e o Executivo, em que se destaca a troca de apoio político por cargos e benesses, logra resvalar na dinâmica da responsabilização política para que o *impeachment*, por exemplo, não seja deflagrado. [...] Ainda sob o crivo da fiscalização, o Legislativo vale-se muitas vezes das comissões parlamentares de inquérito para concretizar esse fim. Ocorre que os resultados decorrentes são muitas vezes questionados por aspectos que norteiam o procedimento adotado e outros que se relacionam com os relatórios conclusivos apresentados. Quanto ao procedimento adotado, denota-se que os parlamentares não sabem conduzir uma investigação, formulam perguntas que não guardam nexos com o tema central da investigação, produzem horas de oitivas, dão ensejo à formação de calhamaços de papéis também sem conexão com o fato central, abandonam linhas argumentativas que poderiam conduzir a resultados contundentes. Quanto aos relatórios apresentados, verificam-se negociações nos bastidores do poder para a amenização da situação de determinados investigados pelos motivos mais diversos, como ocorreu com a Comissão Parlamentar de Inquérito do orçamento e outras. Eis mais um dos braços da corrupção.” (FURLAN, 2014, p. 127)

³¹⁰ Esse tipo de lei se esforça pelo acoplamento entre sistemas diferenciados, reunindo o jurídico ao econômico-contábil para o regramento das finanças públicas. “Para poderem “entender” e não apenas “observar” o modo

diante da existência de rubricas que ninguém sabe o significado, inviabilizando a prática do controle financeiro do Estado. Como conseguir um controle de contas efetivo, assegurando o cumprimento do art. 70 da Constituição, se a Lei nº 4.320/64, que regula o orçamento público no Brasil, foi criada sob o estigma da ditadura? Esse controle pode até se intitular democrático, mas, na realidade, envolve um grande simulacro.

Apesar de toda a propaganda de democratização orçamentária por força do ideal de planejamento participativo advindo de leis posteriores à Lei nº 4.320/64, apenas o agente público, no domínio da técnica específica da governança fiscal (com capacidade de decifrar as rubricas das leis), é quem acaba tendo condições de lidar com as finanças públicas. Se o domínio da linguagem e o acesso à técnica orçamentária não atingem todo um corpo administrativo, muito menos se pensar na amplitude dos cidadãos.

A verdade é que a Lei nº 4.320/64 prescreve normas que se esforçam pelo acoplamento entre sistemas diferenciados, reunindo o jurídico ao econômico-contábil para dispor sobre o regime das finanças públicas. Como consequência, cria um tipo de linguagem incomum que condiciona a ação de controle, tendo em vista a dificuldade de compreensão da maneira com que opera um sistema perante o outro, tal como assevera Habermas:

Para poderem “entender” e não apenas “observar” o modo de operar e a auto-referência de um outro sistema, e para conseguirem uma “imagem” de acordo com o código próprio, os sistemas participantes teriam que dispor de uma linguagem que fosse comum, ao menos em parte; porém isso é impossível. (HABERMAS, 1997, p. 78, vol. II).

Nessa miscelânea de informações fundidas num só texto legal, na tentativa de entrelaçamento de perspectivas, cada sistema ali participante acaba produzindo suas próprias regras. Isso não significa que tenham superado o perspectivismo semântico que dificulta a compreensão dos códigos estabelecidos. Trata-se, portanto, de um problema de linguagem, falho por não ser capaz de estabelecer um novo sistema de regras que produza “[...] compatibilidade entre ‘jogos de linguagem’ diferentes, uma vez que a linguagem se vincula a diferentes realidades e projetos de mundo.” (HABERMAS, 1997, p. 79, vol. II).

de operar e a auto-referência de um outro sistema, e para conseguirem uma “imagem” de acordo com o código próprio, os sistemas participantes teriam que dispor de uma linguagem que fosse comum, ao menos em parte; porém isso é impossível.” (HABERMAS, 1997, p. 78, vol. II). Nessa miscelânea de informações fundidas num só texto legal, na tentativa de entrelaçamento de perspectivas, cada sistema ali participante acaba produzindo regras próprias para si. Isso não significa que tenham superado o perspectivismo semântico que dificulta a compreensão dos códigos estabelecidos. Trata-se, portanto, de um problema de linguagem, falho por não ser capaz de estabelecer um novo sistema de regras que produza “compatibilidade entre ‘jogos de linguagem’ diferentes, uma vez que a linguagem se vincula a diferentes realidades e projetos de mundo.” (HABERMAS, 1997, p. 79, vol. II).

A legislação orçamentária se utiliza de linguagem fechada, hermética, envolvida por um excesso de técnicas que não se comunicam com outros falantes além daquela autoridade administrativa que gere o próprio orçamento.³¹¹ O domínio consignado ao ‘técnico’ pertencente a uma reduzida casta de agentes privilegiados com a capacidade de entender as entranhas desses jogos de linguagem pode ser visto como forma de ferir a impessoalidade. E o atentado a este princípio aparece quando os signos da linguagem orçamentária não sinalizam variáveis de sentidos a todos os agentes públicos, o que confere desigual tratamento às partes que compõem os quadros da Administração Pública.

Dentro das Administrações ainda faltam servidores públicos com aptidão o suficiente para a interpretação dessas leis, principalmente em Municípios de menor aporte administrativo. Ora, a endogenia da incapacidade técnica em operar com questões orçamentárias não polpa sequer seu poder competente, qual seja, o Executivo. Ademais, não pode ser argumento de peso a depor apenas contra o Judiciário.

Para se ter uma ideia, no intuito de se avaliar as condições da gestão de pessoas na Administração Pública Federal, o TCU, no período de setembro de 2012 ao mês corresponde de 2013, realizou levantamento sobre o nível de desempenho pessoal dos servidores públicos alocados naquela esfera administrativa. Chegou à conclusão de que mesmo o Governo Federal, que em tese dispõe do mais qualificado escalão de servidores, não atinge satisfatório desempenho de seus agentes na prática da gestão pública. De acordo com o levantado, dentre as 305 organizações analisadas neste período, apenas 7,6% estavam em estágio aprimorado de capacidade em governança de pessoas. Na maior parte do governo federal, parece haver deficiência na profissionalização da gestão, conforme se verifica:

54% das unidades analisadas não estabelecem metas de desempenho individuais. Gestão de pessoas na administração pública ainda é “rudimentar” ou de equipes, 65% não avaliam o desempenho dos membros da alta administração ou dos demais gestores e 46% nem mesmo avaliam o desempenho dos servidores. Como práticas positivas, foi detectado que 75% das organizações adotam código de ética, 54% monitoram o cumprimento de diretrizes e 58% realizam auditoria em folha de pagamento. Em relação à gestão de talentos, 75% da amostra se encontra em estágio inicial. De acordo com o relatório, “a informação indica que é muito baixa a capacidade da APF de atrair, selecionar e reter profissionais com competências adequadas”. O mesmo

³¹¹ É um emblema que também passa ao largo da situação ideal de fala de Habermas (1973), pois não há univocidade de falantes, de sentidos das palavras, possibilidade de discurso que viabilize comunicação entre os cidadãos e a linguagem orçamentária, valendo-se da Lei da Transparência (cujo jogo de linguagem é pautado em aspirações democráticas) e o regramento da Lei nº 4320/64 (instituído sobre o paradigma de outro jogo de linguagem, pautado em aspirações ditatoriais) que, por si só, constituiriam um contradição performativa diante de ideologias políticas distintas. É mais que um problema de linguagem, pois se assim o fosse seria resolvido com métodos de interpretação. É um problema de caráter político e ideológico, posto que garante a encriptação do poder de uns em detrimento da colonização dos extensos destinatários do direito aos quais as normas orçamentárias deveriam garantir algum nível de comunicabilidade.

percentual foi encontrado em relação a não valorização de competências na escolha dos gestores. (BRASIL, **Revista do TCU**, 2014, p. 20)

Como os dados demonstraram, há um rudimentar exemplo na instância federal da gestão estratégica de pessoas (e insuficientes critérios de aptidão). Consequentemente, isso compromete a capacidade institucional presente dentro da estrutura do Poder Executivo. Por certo, a existência de cargos comissionados pressupõe a confiança que auspicia na dinâmica da gestão, flexibilizando a forma de composição do Governo, o que é favorável ao administrador público. Mas também facilita a colocação de agentes sem aptidão técnica para a ocupação de funções públicas, o que pode representar arriscadas barganhas de poder que afetam a governabilidade.³¹² A partir da pesquisa levantada pelo TCU, nem mesmo o critério de provas cada vez mais seletivas nos concursos públicos, em nome da moralidade, igualdade e da impessoalidade entre os candidatos, é capaz de preencher cargos públicos efetivos com profissionais com a expertise esperada para resolver os mais variados problemas na Administração Pública.

A função administrativa deveria ser, assim, confiada a órgãos especializados, tipicamente executivos, diferentes e independentes daqueles que exercessem a função legislativa ou jurisdicional, nos ideais do Estado de Direito projetado a partir da perspectiva dos dogmas da separação dos poderes. No entanto, “[...] as realidades contrariam a teoria e essa completa separação e especialização revelou-se impossível ou, pelo menos, de muito difícil e por vezes inconveniente prática.” (CAETANO, 1965, p. 6-7).

Nesse contexto de crise das capacidades institucionais é fácil verificar nas ações de *demérito* uma realidade insistida em quaisquer dos Poderes, em que até o Judiciário, cujos cargos, em regra, são determinados pelo critério da meritocracia, não é capaz de se manter ileso às agruras provocadas por jogos de poder.³¹³

³¹² Furlan destaca que: “Na seara do Executivo, a governabilidade é estabelecida muitas vezes sob o foco da distribuição de cargos como forma de obtenção de apoio partidário, em franco comprometimento do princípio da moralidade. [...] o governante que não adere ao sistema de corrupção acaba não conseguindo implementar os projetos e mudanças que apresenta, o que pode significar um enfraquecimento do Executivo. É eleito, mas não governa.” (FURLAN, 2014, p. 140). No Brasil, o critério ‘discrecional’ de delineamento e escolha de ocupação dos Ministérios e Secretarias do Governo Federal mais se aproxima da concessão de títulos de nobreza, justificados em atos de acomodação política, em que o Presidente da República concede aos partidos políticos em retribuição ao apoio de campanha ou pela árida conquista por maioria de apoio no Congresso.

³¹³ Seja por meio de concurso público, ou por progressão de carreira ou, ainda, no caso do quinto constitucional, em que os indicados, no caso de pleito de vaga para o STF, são sujeitos a sabatina por comissão do Senado Federal para a comprovação de notório saber jurídico, configurando, em tese, a ratificação de aptidão técnica para o cargo, os perigos de jogos políticos não se afastam dos critérios de escolha de cargos do Judiciário. Logo: “O distanciamento da escolha estabelecida por um critério meritocrático como o concurso público ou a progressão natural na carreira com algum tipo de mecanismo efetivo de controle que facilite a destituição em caso de desvio pode conduzir à instauração de um jogo político que, embora não revele expressamente a presença da corrupção calcada na troca de dinheiro, inspira o seu aparecimento sob o crivo da prevaricação,

O Poder Judiciário, em particular, em reiteradas decisões, acaba excedendo as previsões legais, agindo como verdadeiro legislador orçamentário. Ao mesmo tempo, também não é raro notar sua intervenção na instituição de políticas públicas em nome da proteção de direitos sociais. Esse tipo de decisão, tamanho o seu impacto, faz da sentença ou acórdão verdadeira lei, em sentido material, por servir de nascedouro a uma nova norma jurídica. E quando o Judiciário cria norma, a impressão é que lhe falta a capacidade técnica para avaliar os impactos sociais que ela poderia produzir.

Mas qual o propósito de se comparar capacidades de diferentes instituições, sobretudo dentro de um cenário de crise?

A reflexão sobre as capacidades institucionais não ignora que o excesso de demandas típicas do Poder Judiciário, por si só, é um problema que já afeta a atuação desta instituição pública, provocando efeitos como a morosidade processual. Mas seu maior foco é questionar a razão que leva o Judiciário, em meio às suas habilidades e limitações, a assumir outras demandas que não lhe são típicas, avocando certas competências originariamente pertencentes aos demais poderes. Por que não outra instituição?

A menção a capacidades de determinada instituição representa indicar os seus méritos comparativos para decidir tanto questões que estejam sob a esfera de competência de mais de uma instituição, como problemas cujas soluções por uma dada instituição terão efeitos sobre objetivos compartilhados por outras instituições. O argumento das capacidades institucionais é abstraído da concepção da separação de poderes e da preservação do sistema de freios e contrapesos. (ARGUELLES; LEAL, 2011, p. 15)

O conflito entre as instituições (tensões interinstitucionais) é o que impulsiona a comparação das capacidades institucionais, na pressuposição de haver uma concorrência harmônica entre as mesmas. Desse modo, todas devem ter o objetivo de melhor resolver as questões e atender da melhor forma possível os objetivos constitucionais. Logo, comparar as capacidades das instituições favorece no apontamento de qual seja aquela que contenha maior capacitação à resolução de um determinado problema, no intuito de se reduzir conflitos no desenho institucional.

como forma de escolha pautada em motivos de interesse ou sentimento pessoal de grupos de poder. Há Ministros de Supremas Cortes que mantiveram notória relação pessoal ou mesmo profissional com um Presidente da República ou seu partido político, o que pode ter funcionado como fator de facilitação da escolha do nome para integrar o quadro da Corte.” (FURLAN, 2014, p. 134).

8.2 A *second best* moda brasileira: o ativismo judicial subsidiário em matéria orçamentária

A resposta correta de qual a melhor instituição para a resolução de determinado problema exige a observância das aptidões de que cada poder detém como critério de escolha. Não é razoável encapsular competências, baseadas num método retrógrado de tripartição de poderes, com previsão constitucional, se a omissão ou o uso indevido de atribuições geram danos aos próprios cidadãos destinatários. Por isso, se a instituição melhor capacitada a resolver determinada demanda se mantiver inerte, perde vez àquela cuja expertise se revela pelo nível de engajamento e interesse pela busca de resultados democráticos. Ao tomar vez, a instituição que se ocupa da resolução da pendência deve conter um nível coerente de especialidade funcional, ainda que pautado em piso constitucional mínimo, mas que garanta capacidade para lidar com o assunto³¹⁴. Também precisa admitir a possibilidade de falibilidade na tentativa e a análise das diversas consequências possíveis antes da escolha de qual decisão deva ser efetivamente tomada.

O intento de se comparar uma instituição a outra se justifica sempre que pairarem dúvidas referentes à existência das possíveis capacidades entre as mesmas, ainda que ambas estejam limitadas e sujeitas a erros e acertos ao se avaliar suas condições de resolver determinado dilema. É uma forma de conflito positivo, porém no âmbito interinstitucional. É preciso levar em consideração, além da função e da capacidade, a estrutura e as condições de cada instituição em desenvolver suas funções. Desse modo, com base na comparação de capacidades, a ideia é constituir posturas e métodos aplicáveis a um conjunto de casos ou situações, considerando as consequências que as decisões podem provocar. Além disso, tais comparações pressupõem obediência ao direito positivo e só cabem quando este não for suficiente para determinar a alternativa correta.

Também é preciso reconhecer a falibilidade dos juízes, cujo potencial de erros e acertos aos quais se expõem, dentro de uma gama de circunstâncias e variáveis distintas, estão longe das condições ideais de um juiz Hércules.³¹⁵ Este, na concepção idealizada por Dworkin

³¹⁴ No caso do Judiciário, a perícia técnica pode se valer como meio auxiliar ao déficit de aptidão técnica sobre determinados conteúdos para a devida instrução dos juízes.

³¹⁵ Um juiz minimalista rejeita a decisão de um juiz Hércules, conforme projetado por Dworkin. De acordo com a crítica de Tamás Györfi, à visão de Dworkin reduz os Tribunais à condição de simples fóruns de discussão de princípios, imperando julgamentos sobre a interpretação de normas morais abstratas, não enfrentando o conteúdo de normas meramente legisladas. (2013, p. 1085) Nesse ponto, a perspectiva originalista dworkiniana, ao insistir numa análise interpretativa baseada na relação entre o sujeito do juiz e um complexo arcabouço de normas abstratas, acaba se fechando dentro de um universo mentalista, ainda que se intente estender o discurso à abrangência de uma eticidade moral coletiva que vá além das próprias pré-compreensões

(2003), esforça-se pela reinterpretação do ordenamento jurídico, como um todo, na incessante busca de uma única resposta correta para cada *hard case* apresentado, cuja leitura se prende a uma análise moral ou abstrata, tanto do legislador, quanto do próprio juiz.³¹⁶

Nem sempre o melhor resultado possivelmente alcançado é aquele atingido em condições ideais, pois o julgador, independentemente de qual seja a sua origem, deve enfrentar limitações das mais diversas. Na tentativa de escolha pela melhor resposta em face de situações conflituosas não se pode submeter a quaisquer conclusões sensatas sobre regras de interpretação sem uma análise institucional de quem se compromete ou concorre à resolução do caso. Por isso, deve-se avaliar qual a menor consequência possível (SUNSTEIN; VERMEULE, 2002, p. 23), já que a eficiência de uma decisão, representada pelo sucesso da parte vencedora na lide, conforme aduz a *lógica de Pareto*, envolve algum nível de prejuízo a terceiros.

Dentre as particularidades introduzidas pelo pensamento dos aludidos autores ressalta-se a tese da *second best* (resposta satisfatória ou possível), pautada no reconhecimento de que o direito convive em meio a uma série de incapacidades que dificultam, num primeiro plano, sua perfeita adequação à realidade. Não existe a primeira resposta ou um primeiro retorno numa demanda como a melhor solução sem a produção de sérios impactos ou uma série de efeitos sistêmicos. Ao contrário, se assim existisse, estaríamos diante do que denominam como *first best decision*.

Essa *first best* não percebe o efeito de uma decisão, ou seja, os custos marginais que ela pode gerar. Logo, ignora as consequências produzidas por resultados sistêmicos interinstitucionais que podem desencadear a partir de uma interpretação *prematura* ou *passional* feita pelas mãos do Judiciário, advinda de decisões que sejam fruto de uma razão pura quando no confronto com a capacidade interpretativa de outras instituições.

Pela perspectiva da *second best*, a resposta possível ou satisfatória não seria simplesmente buscar a razão primeira do direito, mas uma resposta de equilíbrio que estivesse atenta ao fato, capaz de produzir menor âmbito de consequência nessa relação interinstitucional. É a contextualização do pequeno mundo (norma e fato jurídico) para

do juiz, não se preocupando com as imperfeições existentes nas próprias instituições e as consequências das decisões no âmbito interinstitucional. Desse modo, “One could say that Hercules personifies this institutional blindness by inviting us to isolate the question of interpretation from the analysis of institutional capacities.” (GYÓRFI, 2013, p. 1102). “Pode-se dizer que Hercules personifica esta cegueira institucional, convidando-nos a isolar a questão da interpretação da análise das capacidades institucionais.” (tradução livre) (GYÓRFI, 2013, p. 1102).

³¹⁶ “O juiz Hércules de DWORKIN está inserido em um contexto ideal, um devir das qualidades e capacidades que ultrapassam as possibilidades médias de um ser humano. É também, por isso mesmo, uma direção e uma expectativa de abertura de horizontes.” (CIARLINI, 2014, p. 121)

correspondê-lo com uma dimensão maior da realidade, levando em conta outros fatores como as questões econômicas.

Desse modo, a crítica de Vermeule e Sunstein nos faz concluir que o olhar tecnocrata no qual se ampara o juiz na seara processual, polarizado no confronto entre duas pretensas *verdades* proclamadas pelas partes processuais, mesmo com amparo no contraditório e na ampla defesa, faz do processo uma visão de túnel.³¹⁷ Só se enxerga o argumento entre as partes e nada a mais. O Judiciário não parece ver o que tem em volta desse contexto ao apreciar o mérito e conceder os pedidos contidos nas petições, como é o caso de requerimentos de saúde por meio de Mandado de Segurança.

Isso pode produzir sérios desarranjos nas finanças públicas, abrindo vistas a dispensas licitatórias sob a alegação de urgência. A partir daí demandar contratações diretas, cuja ausência de competição eleva, ainda mais, os valores dos medicamentos. Fatores alheios à escuridão do túnel, como a questão orçamentária, não são vistas. O significado dessa metáfora é que não se tem permitido que o que está fora do procedimento seja argumento a ser considerado para uma decisão.

O grande risco é que decisões automáticas, presas a uma pequena visão de mundo, conforme já dito (ao ‘micro-universo da norma e fato’), ao se esquecer da existência de uma relação macro da realidade, são idealizantes (*first best*). E esses tipos de decisões, ao provocarem um efeito sistêmico, são capazes de produzir drásticos desequilíbrios interinstitucionais quando a resposta correta seja tida como absurda, tendendo ao ativismo de um poder (Judiciário) sobre os demais.³¹⁸

³¹⁷ Em alusão às críticas levantadas por Sunstein e Vermeule (2002) sobre o processo como uma *visão de túnel*, Sarmiento caminha em mesmo sentido, esclarecendo seu significado: “[...] a tomada de boas decisões pressupõe a capacidade do agente de formar uma adequada visão de conjunto, o que é muito difícil de se conseguir no âmbito da jurisdição. Esta, com os prazos, formalidades e limitações a que está sujeita, está longe de ser o ambiente mais propício para isso, por não proporcionar pleno acesso a gama de informações, dados e pontos de vista existentes sobre aspectos controvertidos, nem possibilitar a participação de todos os agentes que têm algo a ganhar ou a perder. Na verdade, o processo judicial tende a gerar uma “visão de túnel”, em que diversos elementos importantes para uma decisão bem informada tendem a ser eliminados do cenário, enquanto o foco se centra sobre outros – não necessariamente os mais relevantes.” (SARMENTO. In: SOUZA NETO; SARMENTO; BINEMBOIM, 2009, p.320)

³¹⁸ Lado outro, a *second best decision* evita o ativismo, tendo como exemplo de sua aplicação, chegado à alçada do STF em sede de Repercussão Geral, o julgamento da cláusula de barreira, em que a decisão do Judiciário foi no sentido de se preservar a discricionariedade do Executivo no foro de sua capacidade institucional em deliberar sobre critérios editalícios para seleção de candidatos em concurso público por meio de seu desempenho meritório. – “Ementa: Recurso Extraordinário. Repercussão Geral. 2. Concurso Público. Edital. Cláusulas de Barreira. Alegação de violação aos arts. 5º, caput, e 37, inciso I, da Constituição Federal. 3. Regras restritivas em editais de concurso público, quando fundadas em critérios objetivos relacionados ao desempenho meritório do candidato, não ferem o princípio da isonomia. 4. As cláusulas de barreira em concurso público, para seleção dos candidatos mais bem classificados, têm amparo constitucional. 5. Recurso extraordinário provido.” (BRASIL, STF, **RE 635739 / AL – ALAGOAS**, julgado em: 19/02/14). Outro exemplo é a decisão do caso da “fidelidade partidária”, na qual se alegou a ausência de competência do STF

No entanto, ainda há outra saída. As decisões absurdas feitas pelo Judiciário, de acordo com Sunstein (1999), podem ser corrigidas, mais à frente, pelo Legislativo, bastando a lei normatizar sobre os efeitos contrários à decisão eventualmente tomada. Nesse ínterim, o autor sustenta que a estrutura do Judiciário norte-americano é baseada na proposta de *common law*, sendo marcado pelo respeito aos precedentes e numa conjuntura de maior equilíbrio na relação com os demais poderes do que nos parece ser aquela vivenciada pelo caso brasileiro.

Por adotar a visão de minimalismo judicial, Sunstein rebate que quando a questão é moralmente complicada não cabe ao Judiciário intervir, o que infere a precípua participação do Legislativo atuar sobre a matéria.³¹⁹ No Brasil, essa postura se mostra às avessas, pois quando não se julga o assunto de divergente valor moral, como ocorreu com a união homo-afetiva, o passivismo legislativo mantém a matéria no esquecimento. O minimalismo brasileiro tem se dado não no mérito, mas por meio de questões processuais. Com efeito:

O minimalismo judicial seria uma teoria dialógica a partir do momento em que a Suprema Corte, nos momentos de promover a revisão judicial, considera suas capacidades institucionais e os resultados advindos sobre suas decisões a partir de suas deliberações. Segundo tal teoria dialógica, a atuação da Suprema Corte em decidir somente sobre os assuntos estritamente necessários, desenvolve sua atividade

para o julgamento de ação penal por existência de réus não detentores de prerrogativa de foro em mesmo processo, requerendo-se, também, a anulação de voto de Ministros por acarretar nulidade em Acórdão diante da metodologia empregada para julgamento. Dentre os diversos pontos controvertidos apreciados na decisão, no que tange às questões de ordem processual, entendeu-se pela improcedência das alegações contidas nos Embargos de Declaração, por ausência de obscuridade no Acórdão. Ademais, o Supremo manifestou que lhe reveste aptidão funcional, baseada em seu próprio Regimento Interno, para lidar com a revisão e cancelamento de notas taquigráficas questionadas no processo. Desse modo, o Judiciário reafirmou sua capacidade institucional no exercício do cumprimento de suas prerrogativas judicantes, dentre elas a competência para julgar ação penal, ainda que haja uma série de imperfeições no entorno do caso (visão de túnel), que, dentre as várias consequências de sua decisão, visou a questão da celeridade no julgamento e, porque não, a celeridade processual. Segue a ementa: “AÇÃO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. METODOLOGIA DE VOTAÇÃO. SUPRESSÃO DE TRECHOS DE DEBATES. ALEGADA OBSCURIDADE. AUSÊNCIA. INCOMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPROCEDÊNCIA. MATÉRIA REITERADAMENTE DECIDIDA. ALEGAÇÕES DE OMISSÃO E CONTRADIÇÃO NA ANÁLISE DA PROVA PRODUZIDA PELA DEFESA. INOCORRÊNCIA. REEXAME DAS PROVAS DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. DÚVIDA SOBRE A DATA DA CONSUMAÇÃO DO CRIME DE CORRUPÇÃO ATIVA. INEXISTÊNCIA. APLICABILIDADE DA LEI 10.763/2003 E INCIDÊNCIA DA SÚMULA 711. REANÁLISE DA DOSIMETRIA. DESCABIMENTO. DESPROPORCIONALIDADE DAS PENAS. AUSÊNCIA. CONFISSÃO. IRRELEVÂNCIA DAS INFORMAÇÕES. CONTINUIDADE DELITIVA. CRITÉRIO PARA ELEVAÇÃO DA PENA FIXADO PELO PLENÁRIO. VALIDADE. DESPROPORCIONALIDADE DA PENA DE MULTA. INEXISTÊNCIA. EMBARGOS DECLARATÓRIOS REJEITADOS.” (BRASIL. STF. **AP 470 ED**. Julgado em: 05.09.2013)

³¹⁹ Neste sentido, vale observar: “In its procedural form, judicial minimalism consists of an effort to limit the width and depth of judicial decisions.” (SUNSTEIN, 2001, p. 259). “Na sua forma processual, minimalismo judicial consiste em um esforço para limitar a largura e profundidade das decisões judiciais.” (SUNSTEIN, 2001, p. 259) (Tradução livre). Sunstein acrescenta que o minimalismo, apesar de suas variações, embora não se intrometa em âmbitos decisórios de conteúdo axiológico (por entender tratar-se de capacidade institucional entregue ao Legislativo), pode estar bem disposto a invalidar resultados legislativos, e também a manter a flexibilidade judicial para o futuro, como também uma série de decisões ad hoc que o Congresso já foi longe demais, no caso particular. (2001, p. 261). Nessa dimensão, entende que os erros do Judiciário podem ser corrigidos pelo Legislativo por ato de criação de uma nova lei.

a partir de dois critérios: profundidade e amplitude. Para Sunstein, uma atuação da Corte que decide somente o que é essencial na questão, tendo um padrão de atuação *shallow e narrow*, alcança resultados positivos. Quando alguma questão deixa de ser decidida pela Corte, desde que não implique prejuízos aos cidadãos, a responsabilidade repousa nos agentes democraticamente legítimos sobre a decisão. Chama-se a isto *democracy promote minimalism*, um comportamento de caráter dialógico que alerta as instituições democraticamente responsáveis sobre deliberações que devem realizar. (BOLONHA; EISENBERG; RANGEL, 2011, p. 305)

Mas Sunstein e Vermeule (2002) pensam na forma como o direito é visto lá, dentro de sua própria sistemática política. E o culturalismo político brasileiro faz da relação entre nossos poderes uma realidade bem diferente quando pretendemos adaptar, em solo ‘*verde-amarelo*’, determinadas teorias estrangeiras, como é o caso particular desse tipo de leitura norte-americana. Nossos Legislativos são bem controlados por pautas impostas pelo Executivo, como se insistíssemos na tradição de um coronelismo que não se apaga. O que torna uma grande dificuldade de aplicação da proposta de correção posterior dos erros do Judiciário, via Legislativo, por causa da cultura de supremacia do Executivo no Brasil.

A proposta de Sunstein também pode não nos valer pelo fato de que o argumento do ativismo judicial nos EUA é diferente no Brasil. Em suas bases norte-americanas, trazendo à memória a *era Lochner*, no século passado, o ativismo do magistrado consistia numa manifestação contrária da Suprema Corte em desfavor da implementação de políticas públicas sociais e econômicas que viessem prejudicar o ideário de manutenção da proposta do liberalismo econômico norte-americano. Não se reconhecia a fundamentalidade dos direitos sociais, sobretudo na condição de compromissos públicos com os mais pobres.

Em contrapartida, no Brasil, além dos direitos sociais receberem status constitucional e serem erigidos como cláusulas pétreas ostentam a condição de normas programáticas que dependem necessariamente do crivo das políticas públicas para a sua efetivação. Mais que isso, na dimensão de macro-justiça, o argumento favorável a um pretenso ativismo judicial brasileiro, além de se amparar amplamente na proteção dos direitos fundamentais, justifica-se pela ideia de promoção de justiça distributiva – ou justiça social. É o que imprime o Texto Constitucional em seus arts. 170, *caput* e 193, revelando a ideologia de um “*ethos* de centro-esquerda” (SARMENTO. In: SOUZA NETO; SARMENTO; BINEMBOJM, 2009, p. 322), cujos destinatários vão muito além daqueles contemplados por decisões que envolvem litígios privados.

Não pretendemos com isso sustentar qualquer ativismo que supere a normatividade advinda das competências e capacidades intrínsecas dos poderes Executivo e Legislativo. Porém, estes últimos precisam se manter no exercício regular de suas funções, segundo suas

prerrogativas constitucionais sem se omitirem diante de seus compromissos. Não apoiamos, de igual modo, a atuação de um Judiciário que esteja agindo sob o instinto de uma cegueira institucional, conforme criticam Sunstein e Vermeule (2002). Tampouco que promova uma inversão de valores, sopesando mais a perspectiva imediatista e inconsequente de uma visão de micro-justiça do caso concreto (no âmbito do litígio individual) sem considerar qualquer premissa de macro-justiça.³²⁰

À luz dessas reflexões, a pressuposição da ausência de conhecimento técnico do juiz face aos códigos da Lei nº 4.320/64 e sua inaptidão para interpretar os signos orçamentários (resultando, muitas vezes, em atropelo do planejamento) parecem esvaziar a legitimidade do Judiciário em intervir no próprio orçamento público.

Sendo assim, quando se fala no Poder Judiciário dispor sobre a análise orçamentária, o local em que o juiz ocupa na estrutura dessa mesma instituição pode variar entre os mais diversos Tribunais, como a Justiça Comum, sobretudo falando em termos de 1ª Instância, as varas especializadas da Fazenda Pública, ou até mesmo a Corte Constitucional. Diante do grau de especialidade e nível de frequência com que a matéria, objeto de apreciação, pode chegar a seu foro de competência, irá oscilar consideravelmente o grau de expertise que supostamente a pessoa do magistrado tem.

Não se pode negar, entretanto, que a efetividade dos direitos fundamentais passa pelo cumprimento de funções administrativas. Caso essas funções se realizem por condenações

³²⁰ Como exemplo de ativismo judicial negativo, na adoção da visão de retrocesso institucional, suplantando todas as situações acima expostas está o caso da menina Sophia, julgado pelo TRF, da 3ª Região, no Agravo de Instrumento nº 0008474-47.2014.4.03.0000/SP 2014.03.00.008474-5/SP, julgado em 15/04/14. O processo resultou em condenação aos cofres públicos federais para custeio de transplante multivisceral de órgãos num tratamento milionário e experimental feito nos EUA por um dos únicos médicos especialistas do mundo. Houve desrespeito injustificado pelo Judiciário às expertises do Ministério da Saúde e da ANVISA, já que estes órgãos administrativos não reconheceram como eficiente o tratamento médico objeto da demanda. Mesmo assim, e diante de tão alta onerosidade, cujas consequências inevitavelmente repercutiriam sobre a macro-visão de justiça distributiva (na retenção de recursos que poderiam se destinar a políticas de saúde voltadas não só a uma parte do processo vencedora da lide, mas a toda coletividade), o STF confirmou a decisão do TRF, mantendo a condenação da União ao pagamento desse tipo de cirurgia à parte no exterior. Sophia passou pelo transplante de cinco órgãos, e conforme temido pelos órgãos administrativos brasileiros, veio a falecer antes mesmo da finalização do tratamento. Não se pode falar em passivismo do Executivo em promover o direito à saúde do requerente nesse processo, pois a falta de regulamentação nos respectivos órgãos competentes, no gozo de suas capacidades institucionais, não se deu sob o mero argumento de escassez de recursos para inclusão desse tipo de tratamento. Mas pela observância da falta de comprovação de resultados e riscos ao próprio paciente. Para evitar estas situações, o CNJ expediu a Recomendação nº 31/10, definindo critérios a ser seguidos diante da concessão de provimentos judiciais. Dentre eles, estão as seguintes recomendações: i) celebração de convênios para a disponibilidade de apoio técnico composto por médicos e farmacêuticos para auxílio na formação de juízo de valor dos magistrados; ii) os magistrados devem instruir as ações com relatórios médicos, descrevendo a enfermidade, inclusive com a descrição do CID, prescrevendo os medicamentos, com denominação genérica ou princípio ativo, produtos, órteses, próteses, e insumos em geral, com posologia exata; iii) devem evitar a autorização de fornecimento de medicamentos ainda não registrados na ANVISA ou que estejam em fase experimental; iv) devem se abrir ao diálogo com os gestores antes de se proceder com a apreciação de medidas de urgência.

judiciais a dinâmica da judicialização das políticas públicas representa aumento considerável nos custos assumidos pelo Executivo sem que sejam adequadamente planejados os fundos para o seu patrocínio.³²¹ Andreas Krell destaca que faltaria ao Judiciário a capacitação à elaboração de políticas públicas coesas e que respeitem os planos orçamentários:

Em princípio, a estrutura do Poder Judiciário é relativamente inadequada para dispor sobre recursos ou planejar políticas públicas. O Terceiro Poder carece de meios compulsórios para a execução de sentenças que condenam o Estado a cumprir uma tarefa ou efetuar uma prestação omitida [...] (KRELL, 2002, p. 85)

Não faltam críticas de que haja ausência de capacidade do Judiciário para julgar decisões que envolvam questões orçamentárias, principalmente por gerar uma tensão interinstitucional com o Executivo, autêntico gestor das finanças públicas.

Nesse ponto, o argumento das capacidades institucionais enfatiza que a função judicial baseada em teorias normativas fundadas em compromissos conceituais muito amplos (como os interligados à noção de democracia e Estado de Direito) criam arriscadas tensões interinstitucionais manuseadas por juízes reais, revestidos apenas por seus contextos institucionais específicos. Nesse contexto, as decisões se referem a escolhas judiciais baseadas exclusivamente nos méritos e deméritos do Poder Judiciário, tornando insuficientemente rasa a presença de método capaz de fundamentar a adequação e a legitimidade da possível decisão.

As escolhas do Judiciário não devem ser verificadas como se limitações, habilidades e o exercício das competências exercidas por juízes e tribunais ocorressem em um verdadeiro vazio institucional. Na eminência de criarem tensões interinstitucionais precisam ser apreciadas de modo compatibilizado aos méritos e deméritos das demais instituições também capazes de oferecer respostas para esses mesmos problemas. A atuação judicial não pode agir no isolamento, pois afinal, o complexo de instituições forma o sistema de um único Estado (ARGUELHES; LEAL, 2011, p. 14). Deve estar aberta ao diálogo interinstitucional em um paradigma democrático.

Para Guilherme Ferreira da Silva (2014) isso implica em retirar do Judiciário a possibilidade de dizer a última palavra, bastando-lhe apenas interpretar o direito (embora se trate de uma forma de criá-lo). Contudo, no arranjo de nossas instituições faz mais sentido pensar que a última palavra seja provisória, ou que deixe de existir até que os poderes inertes

³²¹ Nesse ponto, observam Holmes e Sunstein que “(...) todos os direitos são custosos porque pressupõem fundos angariados pelos contribuintes a fim de constituir um efetivo maquinário para supervisionar, monitorar e aplicar a lei.” (tradução livre) (1999, p. 44) “(...) All rights are costly because all rights presuppose taxpayers funding of effective supervisory machinery for monitoring and enforcement.” (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 44).

rompam com seu silêncio, assumindo o compromisso perante suas habituais capacidades. (SILVA, 2014, p. 112- 113). É evidente que a falta de uma última palavra contribui para que cada Poder possa revisar os atos praticados por outro:

Em nosso ponto de vista, é importante que uma instituição que possui habilidades mais desenvolvidas do que outra exerça seu papel e nos apresente sua posição. A ausência de uma última palavra possibilita a constante revisão dos atos do outro. Dessa forma, se o Judiciário tem a capacidade institucional de proteger direitos das minorias, por exemplos, é bom que ele dê responsavelmente sua resposta. Por outro lado, se no Legislativo temos uma representatividade democrática mais diversa, é bom que ela seja usada para construir argumentos mais plurais. Se as agências reguladoras possuem análises técnicas mais apuradas e com uma visão periférica mais ampliada, é bom que elas auxiliem com seus argumentos. Daí por diante, cada instituição terá a possibilidade contínua de construir sua narrativa no mosaico totalmente plural que nossa sociedade é. (SILVA, 2014, p. 113).

Reconhecida a falibilidade presente nas instituições públicas democráticas (por fatores variados, como corrupção, escolhas políticas e econômicas conduzidas de acordo com o que o capital determina³²², jogos de poder, barganhas interinstitucionais, limitações técnico-funcionais e financeiras), ainda assim a complexidade da legitimidade de atuação dos Poderes não se mantém estática. Ela alcança esferas distintas que começam a tomar eco no direito brasileiro em pelo menos duas grandes tendências que repercutem sobre o Judiciário: i) a judicialização de políticas públicas; ii) o controle judicial das leis orçamentárias.³²³

³²² A corrupção, no cenário político, pode aparecer de forma pontual, sendo guiada de acordo com o interesse determinado por conchavos políticos, cujas artimanhas são sutilmente articuladas para a promoção de benefícios individualizados ou de determinado grupo. Pior do que elas podem ser as próprias opções assumidas pelo Governo quando impregnado pela ideologia neoliberal reguladora que estabelece verdadeira rédea na atuação das organizações públicas, prejudicando o andamento de uma livre governança e o fluxo da democracia. Como escolhas (econômicas ou políticas), elas ocorrem de acordo com o aval da lei, mas são ditadas pelo poder econômico. São exemplos claros os dispêndios financeiros comprometendo o orçamento federal com o pagamento da dívida pública, o compromisso firmado pelo Governo Federal para a compra bilionária de aviões-caça da Suécia, ao invés de se investir em áreas com demandas prioritárias como educação e saúde, os gastos com publicidade institucional, dentre outros. O nível de consequência dessas escolhas governamentais certamente possui uma extensão muito mais abrangente de prejuízos aos cidadãos e de impacto nas instituições democráticas do que a própria corrupção.

³²³ Muito embora a posição dominante na jurisprudência brasileira sobre a matéria orçamentária tenha sido convencionada, até então, no sentido de tratar-se de assunto de inteira prioridade do Poder Executivo, a quem se reveste a capacidade institucional para tanto. A título ilustrativo, trazemos o exemplo de alguns julgados: “Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado.” (BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental no RE n. 410.715-SP, rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma do STF, DJU de 03.02.06.). No mesmo sentido já se pronunciou o STJ: “Dessa forma, com fulcro no princípio da discricionariedade, a Municipalidade tem liberdade para, com a finalidade de assegurar o interesse público, escolher onde devem ser aplicadas as verbas orçamentárias e em quais obras deve investir. **Não cabe, assim, ao Poder Judiciário interferir nas prioridades orçamentárias do Município e determinar a construção de obra especificada.** (grifos nossos) (BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp. n. 208893-PR. 2ª Turma. Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 22.03.04). Por derradeiro, o TJSP há tempos já se pronunciava como parte dessa mesma corrente: “Não se há de permitir que um poder se imiscua em outro, invadindo esfera de sua atuação específica sob o pretexto da inafastabilidade do controle jurisdicional e o argumento do prevailecimento do bem maior da vida. **O**

No primeiro caso, o deferimento de políticas públicas por magistrados significa violar o dogma da discricionariedade pelo exercício do controle judicial do mérito administrativo. Assim já se pronunciou o STJ pela relatoria da Min. Eliana Calmon:

Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador. [...] Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas. (grifos nossos) (BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp. n. 493811-SP. 2ª Turma. Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 15.03.04)

No mesmo caminho, a possibilidade de judicialização das políticas públicas foi reafirmada pelos fundamentos da ADPF nº 45, responsável por estabelecer critérios à evocação da cláusula da reserva do possível (razoabilidade da pretensão e disponibilidade de recursos), que, neste caso, eximiria a responsabilidade do gestor até o limite do materialmente possível pela Administração Pública.³²⁴

No segundo caso, assumir o controle judicial das leis orçamentárias importa na ampliação da fiscalidade sobre a juridicidade presente no planejamento. Sua repercussão atinge a alçada do controle de constitucionalidade e ainda alcança o cabimento de ações de improbidade administrativa no envolvimento da má gestão, tese por nós sustentada.

O redimensionamento do controle judicial bate às portas do Judiciário travestido pelo aprofundamento da sindicabilidade.³²⁵ Nesse aspecto, reitera a tendência pelo então intocável controle da conveniência e da oportunidade. É o controle da discricionariedade para a tutela de princípios – como moralidade e razoabilidade. (STJ, Resp. 429.570 – GO, Rel. Min. Eliana Calmon). Argumenta Juarez Freitas, na defesa desse tipo de controle, que não havendo pura vinculação, tampouco pura discricionariedade, sempre há campo para o exercício das motivações obrigatórias, ora pautado em lei, ora em princípios, sendo isso necessário à

respectivo exercício não mostra amplitude bastante para sujeitar ao Judiciário exame das programações, planejamentos e atividades próprias do Executivo, substituindo-o na política de escolha de prioridades na área de saúde, atribuindo-lhe encargos sem o conhecimento da existência de recursos para tanto suficientes. Em suma: **juridicamente impossível impor-se sob pena de lesão ao princípio constitucional da independência e harmonia dos poderes obrigação de fazer, subordinada a critérios, tipicamente administrativos, de oportunidade e conveniência, tal como já se decidiu.**” (Grifos nossos) (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Ag. Inst. nº 42.530.5/4, 2ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Alves Bevilacqua, julgado em 11.11.97)

³²⁴ É o que destaca Eduardo Aguiar: “O Supremo Tribunal Federal, no emblemático julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, interpretou a teoria da reserva do possível através da presença de um binômio, sendo composta da **razoabilidade da pretensão individual/social** deduzida em face do Poder Público e da **existência de disponibilidade** financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas reclamadas.” (grifos nossos) (AGUIAR, 2011, p. 81)

³²⁵ Vale conferir FREITAS, 2009, pp. 30-48.

afirmação de direitos fundamentais, dentre os quais se destaca o direito à boa administração (2009, p.37).

Os requisitos constitucionais de imprevisibilidade e urgência que autorizam a abertura de crédito extraordinário por meio de Medida Provisória (art. 62, c/c o art. 167, § 3º, da CR/88) passaram a ser reconhecidos pelo Supremo como objeto de controle jurisdicional. Essa nova posição do STF, revendo, inclusive, a jurisprudência que não admitia o controle para os denominados atos de efeito concreto³²⁶ demonstra tendência pelo controle judicial do orçamento em face de controle concentrado de constitucionalidade:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 402, DE 23 DE NOVEMBRO DE 2007, CONVERTIDA NA LEI Nº 11.656, DE 16 DE ABRIL DE 2008. ABERTURA DE CRÉDITO EXTRAORDINÁRIO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS CONSTITUCIONAIS DA IMPREVISIBILIDADE E DA URGÊNCIA (§ 3º DO ART. 167 DA CF), CONCOMITANTEMENTE. 1. A lei não precisa de densidade normativa para se expor ao controle abstrato de constitucionalidade, devido a que se trata de ato de aplicação primária da Constituição. Para esse tipo de controle, exige-se densidade normativa apenas para o ato de natureza infralegal. Precedente: ADI 4.048-MC. 2. Medida provisória que abre crédito extraordinário não se exaure no ato de sua primeira aplicação. Ela somente se exaure ao final do exercício financeiro para o qual foi aberto o crédito extraordinário nela referido. Hipótese em que a abertura do crédito se deu nos últimos quatro meses do exercício, projetando-se, nos limites de seus saldos, para o orçamento do exercício financeiro subsequente (§ 2º do art. 167 da CF). 3. A conversão em lei da medida provisória que abre crédito extraordinário não prejudica a análise deste Supremo Tribunal Federal quanto aos vícios apontados na ação direta de inconstitucionalidade. 4. A abertura de crédito extraordinário para pagamento de despesas de simples custeio e investimentos triviais, que evidentemente não se caracterizam pela imprevisibilidade e urgência, viola o § 3º do art. 167 da Constituição Federal. Violação que alcança o inciso V do mesmo artigo, na medida em que o ato normativo adversado vem a categorizar como de natureza extraordinária crédito que, em verdade, não passa de especial, ou suplementar. 5. Medida cautelar deferida. (BRASIL. ADI nº 4049 MC, Relator(a): Min. Carlos Britto, julgado em 05/11/2008, public. 08-05-2009).

Por fim, o controle judicial de leis orçamentárias não deve passar apenas por uma análise procedimentalista de validade, colocando a forma à frente de seu conteúdo. Há intede

³²⁶ O argumento que prevaleceu por muito anos no STF em desfavor do controle abstrato de constitucionalidade das leis do orçamento é que esse tipo de lei possuiria apenas sentido formal, por gerar efeito concreto, o que a afastaria da apreciação da jurisdição constitucional. Não seria normas compostas por generalidade e abstração, requisitos obrigatórios à admissibilidade do controle pela via de ação direta. Na ADIn nº 1.640 negou-se a possibilidade desse tipo de controle reconhecendo o orçamento apenas como lei em sentido formal, mas com efeitos político-administrativos concretos. A partir da Adin nº 2.925, de 2003, o STF começou a mudar sua posição, quando passou a admitir o ajuizamento de ação contra dispositivos da Lei Orçamentária Anual da União ao exercício financeiro desse mesmo ano (Lei nº 10.640/03). Entretanto, a posição do Supremo só se modificou, de fato, a partir do julgamento da ADIn nº 4.048, de 2008. (Disponível em: <http://consultor-juridico.jusbrasil.com.br/noticias/100357719/stf-muda-posicionamento-sobre-normas-orcamentarias>. Acesso em: 02/02/15).

atingir a apreciação do mérito contido em seus preceitos ao se conceber o tratamento de lei em sentido material.³²⁷

Por sua vez, os comandos orçamentários emergem da técnica legislativa e se sujeitam à observância preliminar da competência e do procedimento constitucionais à sua aprovação. A configuração de lei em sentido formal não exime o orçamento de perseguir as pretensões de eficácia comuns a qualquer legislação. Sendo assim, sua flexibilização por normas supervenientes, caso extrapolem a razoabilidade, podem ser viciosas por gerarem constantes alterações nas pretensões originariamente programadas.

Do ponto de vista material, incumbe ao administrador público, valendo-se das ferramentas do planejamento orçamentário, cumprir com o compromisso público de realização de direitos, observadas, no entanto, as restrições financeiras que o limitem. Assim, a legislação orçamentária também é lei em sentido material, pois serve de aparato à realização de um conjunto de ações indispensáveis à concretização de uma gama de direitos fundamentais. Seu conteúdo, portanto, está dirimindo sobre a regulamentação de direitos, não por criar qualquer tipo de normatização em cima dos mesmos, mas por patrocinar formas de sua efetivação em conformidade com os preceitos constitucionais.

Se a LOA³²⁸ de determinado ente se esquecer de reservar recursos para a tutela de determinado grupo de direitos essa omissão legislativa estará burlando compromissos

³²⁷ De acordo com a tese de Sandoval Alves da Silva, com base no art. 174, da Constituição, o planejamento, em que se inserem as leis orçamentárias, é obrigatório para o setor público, cuja aplicação se opera tanto no âmbito interno, ao limitar e direcionar as ações das autoridades administrativas, como externamente, ao voltar-se ao particular que pode sentir-se prejudicado com a não realização de algum programa de governo ou, doutro modo, beneficiado com a concretização de algum direito pela via da prestação de serviços públicos. Por isso, as leis orçamentárias não assumem efeito apenas *interna corporis*, revelando, por meio de sua extensão de destinatários (incluindo diretamente os agentes públicos, os órgãos e os poderes estatais e, indiretamente, os cidadãos, como destinatários finais), a natureza jurídica de normas de conduta prospectiva (disciplinam comportamentos dos indivíduos, atividades de grupos e entidades sociais em geral) e de organização (definidoras de estrutura ou competência). Portanto, as leis orçamentárias integram a natureza formal e material simultaneamente por preencherem requisitos comuns às demais leis, contemplando princípios como da legalidade, economicidade e legitimidade, todos sujeitos à apreciação judicial desde o processo à execução orçamentária. (SILVA, 2010, pp. 162-171)

³²⁸ O problema presente nesse tipo de lei é que se trata de um texto legal completamente fragmentado por uma gama de fins e objetivos setoriais, sujeitos a modificações (replanejamento pela via de alocações orçamentárias – abertura de créditos especiais), aliados a uma difícil linguagem, marcada por codificações específicas que dificulta a sua compreensão. Na vida do servidor público as metas e planos nela contidos só fazem sentido para fins de avaliação pessoal (fins éticos e não normativos, tal como deveriam ser reconhecidos). Não se sabe se as metas ajudam a bater um indicador jurídico, ou seja, até que ponto o descomprometimento ou ineficácia quanto à consecução de metas e objetivos previstos desde a lei do Plano Plurianual pode ser considerado lesão ao princípio da eficiência e, mais que isso, o peso concreto da eficiência para além de simples argumentos retóricos administrativistas. Se esse tipo de mentalidade não mudar e o planejamento não toma fôlego como função administrativa essencial para se atingir a eficiência da boa administração, o *Estado Administrativista* permanecerá por mais longos séculos, pautado em sua ampla margem discricionária, sem que haja solução para a má gestão orçamentária e o descompromisso perante os direitos fundamentais.

assegurados constitucionalmente. Trata-se de uma incongruência constitucional a ser sanada, não justificada por simples preferências políticas.

Mas se o problema for insuficiência ou omissão administrativa no executar de funções inerentes à Administração Pública (predeterminadas por lei ou pela Constituição), como o cumprimento de políticas públicas sociais, estamos diante de “inconstitucionalidade permanente”. (KRELL, 2002, p. 87) Neste caso, segundo a lição do autor, é necessário que a intervenção judicial aconteça e assuma valor político, declarando nas decisões que o Estado está em mora com suas obrigações constitucionais, e, por conta disso, o exercício do controle jurisdicional se torna imprescindível.

Por fim, embora Sunstein e Vermeule defendam o Executivo como o melhor lugar para o exercício de competências que envolvam a orçamentação e a execução de políticas públicas podemos reconhecer a intervenção judicial em questões orçamentárias como uma possibilidade de aplicação do *second best* subsidiário.

Num cenário de escassez de recursos, somado a expertises enfraquecidas por tantas contrafactualidades, é preciso observar o nível de consequências que uma decisão pode gerar. Além disso, cabe reconhecer que esta mesma decisão não consegue jamais ser perfeita pelos impactos que inevitavelmente será capaz de gerar. Isso dá lugar ao ativismo judiciário subsidiário em nome da tutela de direitos e garantias fundamentais.

A análise comparativa entre as instituições, sendo verificadas suas crises e limitações, conforme apontamos, faz-nos concluir a favor da resignificação do ativismo, traduzido, nestas condições, como mecanismo de cooperação interinstitucional, dadas as omissões e falhas cometidas por poderes competentes, cujas funções originárias não são devidamente exercidas.³²⁹ Em nome da justiça distributiva, também seguimos em defesa de alternativas à realização de políticas públicas, incluindo a judicialização, pois esta medida é indispensável quando houver o passivismo imotivado do Executivo ou, ainda, a falta ou a inconstância em torno do planejamento.

Enfim, como em sua derradeira fase o Estado de Direito ainda preserva a lei como parâmetro de normatividade e segurança jurídica, entregar à legislação orçamentária tratamento

³²⁹ Por certo, dessa competência originária, caso funcionasse devidamente, sem omissões ou fracassos na promoção de direitos fundamentais, em que, conforme sustentamos, justificaria a atuação suplementar do Judiciário, na tutela individual, coletiva ou difusa, bastaria a atuação do Legislativo e do Executivo através da elaboração da lei do orçamento e da realização de políticas públicas. Mas ainda que o Judiciário não esteja “[...] suficientemente aparelhado para influenciar nestas escolhas” (OLSEN, 2011, p. 287), como reforça grande parte da doutrina constitucionalista, não é possível negar sua inafastável necessidade de intervenção diante da insuficiência dos demais Poderes, para que o interesse do Estado não haja a desdém da efetivação das necessidades públicas, as quais não podem ser interpretadas como meras utopias ou retóricas quando vinculadas à concretização de direitos fundamentais.

formal e material é permitir ao planejamento estatal a pluralidade de controle (incluindo o jurisdicional), pois não se trata mais de uma simples leitura da discricionariedade.

9 RESPONSABILIDADE POR INEFICIÊNCIA NA GESTÃO ORÇAMENTÁRIA: OS RISCOS DA IMPROBIDADE

9.1 Gestão pública e a gênese da responsabilidade

Na condução da função pública³³⁰ pode ocorrer a expedição de atos desconexos aos planos (comodamente reduzidos à noção de leis programáticas)³³¹ ou a inobservância de diretrizes expressas no planejamento, cujos efeitos podem ser extremamente danosos à efetividade dos direitos fundamentais. Dentro dessa estrutura a possível imputação de sanções por resultados desastrosos ao erário, consequência de má gestão orçamentária e de desgovernança das políticas públicas, são reação da responsabilidade concedida ao homem público, tal como teoriza Hans Jonas:

O “homem público”, no pleno sentido da palavra, ao longo da duração do seu mandato ou poder, assume responsabilidade pela totalidade da vida da comunidade, por aquilo que costumamos chamar de bem público. (Se quisermos, em vez de “homem público” podemos falar de “equipe governamental”). [...] E a dimensão dessa responsabilidade se assemelha à da responsabilidade parental: ela se estende da existência física até aos mais elevados interesses, da segurança à plenitude, da boa condução até a felicidade. (JONAS, 2006, p. 180).

Nesta seara, a expressão responsabilidade³³² é definida pelo Direito como “[...] a obrigação que alguém tem de assumir com as consequências jurídicas de sua atividade” (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2013, p. 46), traduzindo a “[...] ideia de restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano” (GONÇALVES, 2010, p. 19). Sua afirmação linguística surgiu no fim do Século XVIII, na Europa, ganhando expressão na doutrina no século seguinte, a partir de onde houve a expansão de seu conteúdo semântico pela

³³⁰ “Entende-se por gestão pública, aqui também tomada como equivalente à função pública, toda atividade temporária ou permanente, remunerada ou honorária, realizada por uma pessoa em nome do Estado ou a serviço do Estado ou de suas entidades, em níveis hierárquicos que comportem espaços às decisões discricionárias e poder de mando. O marco da responsabilidade é a gestão, ou seja, a ação e o efeito de administrar os negócios e interesses públicos, no marco de competências discricionárias concretas, ainda que os conteúdos das ações estatais ou suas peculiaridades remetam a distintos Poderes de Estado.” (OSÓRIO, 2013, p. 172).

³³¹ Pela crítica de Giovani Clark, essa **peça técnica** que deveria ser objeto de transformação social, materialmente acaba sendo esquecida após cumprir seu papel de impressionar os eleitores na conquista pelo voto, mantendo-se, apenas, “pró-forma”, como simples documento ou lei programática. Por isso, o autor sustenta que o plano “Tratando-se de lei, em princípio, **possui força vinculante**, embora haja correntes de pensamento que a consideram como lei programática e, portanto, não vinculante. [...] Não pode, portanto, ser apenas objeto de convencimento nas campanhas eleitorais e depois ter sua morte decretada pelos governos, sendo luxuosamente enterrado nos modernos computadores da burocracia.” (grifos nossos) (CLARK, 2001, p. 190-191).

³³² “[...] quando o Direito trata da responsabilidade, induz de imediato a circunstância de que alguém, o responsável, deve ser responsável perante a ordem jurídica em virtude de algum fato precedente.” (CARVALHO FILHO, 2014, p. 419).

aderência em diversos segmentos jurídicos, a começar pelo Direito Civil e Penal. Nesse período a ideia de responsabilidade assumiu papel central na ordem jurídica, adotando a máxima de que o homem era obrigado a ter certo comportamento, sendo por isso responsável pelos atos que lhe eram imputáveis. Essa acepção de responsabilidade era ligada à conduta, liberdade e autonomia.

Para Othon de Azevedo Lopes, a análise da terminologia *responsabilidade* mantém, em suas origens, estreita proximidade com a seara civilista (cuja raiz advém do direito romano), pois desta se apropria de relevantes preceitos à composição de seu sentido:

Tal vocábulo, assim, tem claras raízes latinas, remetendo a *sponsor* e a *spondere*. O *sponsor* é um devedor, ou seja, aquele que, na *stipulatio*, assente ao “estipulante”, futuro credor, comprometendo-se a uma futura prestação. O *responsor*, por sua vez, está ligado especialmente à caução, ou, em uma evolução, a *respondere* (responder pela) dívida principal de outrem. [...] Correspondendo ao caráter ritualístico do direito romano – principalmente nas suas origens, a palavra *spondere* tem em seu radical a ideia de rito e solenidade com a formação de um certo equilíbrio e de uma ordem, pois é com estas características que se dá a relação entre o *sponsor* e o estipulante. *Respondere* é, pois, restabelecer o equilíbrio quebrado pelo inadimplemento da promessa do *sponsor*. (LOPES, 2006, p. 36-37).

Seguindo essa linha, a ideia de reponsabilidade jurídica se vê conectada diretamente com o campo obrigacional. Sendo assim, a obrigação “[...] é o vínculo entre duas partes juridicamente qualificadas no sentido de uma delas (o sujeito ou sujeitos ativos) titularizar o direito de receber da outra (o sujeito ou sujeitos passivos) uma prestação” (COELHO, 2010, p. 19). De acordo com o entendimento jurisprudencial, ela apresenta dois elementos distintos, a saber, “[...] um de caráter pessoal, que é a dívida (*schuld*) e outro de caráter patrimonial, concernente à responsabilidade (*haftung*)” (BRASIL, TRF 5ª Região, AC nº 401235 AL 0003652-32.2005.4.05.8000, julgado em 15.03.2007). Logo, quando descumprida, a obrigação enseja a possibilidade de eventual cumprimento forçado, amparado pelas tutelas judiciais.³³³

Sinteticamente, a reponsabilidade é, na verdade, uma decorrência da obrigação. A primeira acontece quando a segunda é contrariada. A obrigação “[...] deve ser cumprida livre e espontaneamente. Quando tal não ocorre e sobrevém o inadimplemento, surge a responsabilidade” (GONÇALVES, 2010, p. 20). Contudo, ambas podem ter existência autônoma e independente, embora não seja a regra. Esta restrição aponta que a obrigação pode excepcionalmente subsistir sem haver a responsabilidade, como nos casos em há dívidas

³³³ Senão vejamos: “Quando a obrigação não é executada por pura iniciativa do devedor, o credor pode obter, em juízo, o seu cumprimento forçado. Em princípio, a lei procura assegurar ao credor prestação jurisdicional que lhe proporcione o mesmo resultado que advirá da execução voluntária (execução específica). Caso não seja isto possível, procura assegurar-lhe o resultado mais próximo ou a indenização em dinheiro.” (COELHO, 2010, p. 23).

prescritas e decorrentes de jogo³³⁴. Coexiste, diferentemente, a responsabilidade sem obrigação, como, por exemplo, nas situações de fiança em que o fiador torna-se o responsável pela satisfação da dívida do afiançado que, por sua vez, é o obrigado originalmente pelo adimplemento do débito.

Ao servir de ponte entre a obrigação e a responsabilidade, o dever jurídico, imposto pela lei, é fracionado em originário e sucessivo.³³⁵ Com efeito, “[...] a responsabilidade advém de uma obrigação preexistente, sendo aquela um dever jurídico sucessivo desta que, por sua vez, é dever jurídico originário” (BRASIL, STJ, REsp nº 1043052/MG, julgado em 08.06.2010). Por fim, entre a responsabilidade e a obrigação há o dever de realizar a prestação que, uma vez descumprida, perfaz a necessidade de se recompor o que foi anteriormente violado.

A esfera de responsabilidade dos agentes públicos encontra guarida no art. 37, §6º da Constituição. Essa passagem constitucional estabelece a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público e privado prestadoras de serviços públicos pelos atos causados por seus agentes, garantido, caso preciso, o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. Embora tal dispositivo seja direcionado inicialmente para disciplinar a responsabilidade civil do ente estatal³³⁶, cumpre sublinhar que a responsabilização dos agentes públicos pretendida pelo Texto Constitucional possui natureza *sui generis*, posto que também é averiguada outras searas, como na administrativa, penal, eleitoral ou política, todas independentes³³⁷.

Assim, a *responsabilidade pública*, ao abranger os agentes públicos e os particulares submetidos ao regime jurídico de direito público, é multifacetária. É preciso ter em mente a

³³⁴ Nesses casos, o sujeito ainda continua sendo devedor. No entanto, não poderá ser responsabilizado pela dívida, isto é, não será forçado a adimplir a obrigação (GONÇALVES, 2010, p. 21).

³³⁵ Para Sérgio Cavalieri Filho, a diferenciação entre responsabilidade e obrigação, por sua vez, atravessa a noção de dever jurídico: “A obrigação é sempre um dever jurídico originário; *responsabilidade* é um dever jurídico sucessivo consequente à violação do primeiro. Se alguém se compromete a prestar serviços profissionais a outrem, assume uma obrigação, um dever jurídico originário. Se não cumprir a obrigação (deixar de prestar serviços), violará o dever jurídico originário, surgindo daí a responsabilidade, o dever de compor o prejuízo causado pelo não cumprimento da obrigação. Em síntese, em toda obrigação há um dever jurídico originário, enquanto na responsabilidade há um dever jurídico sucessivo. E, sendo a responsabilidade uma espécie de sombra da obrigação (a imagem é de Larenz), sempre que quisermos saber quem é o responsável teremos de observar que a lei imputou a obrigação ou dever jurídico originário.” (CAVALIERI FILHO *apud* GONÇALVES, 2010, p. 21).

³³⁶ No âmbito da responsabilidade civil do Estado, José Roberto Pimenta Oliveira destaca que sua finalidade é: “[...] a imposição de sanção indenizatória, ressarcitória ou reparatória, instituída para preservar os direitos dos lesados pela conduta comissiva ou omissiva do agente público. Objetiva-se, por meio dela, a *restitutio in integrum*, consistente no dever de reposição do lesado à situação jurídica prévia à verificação dos prejuízos advindos da conduta ilícita funcional, em homenagem à segurança jurídica.” (OLIVEIRA, 2009, p. 92).

³³⁷ “O nosso ordenamento jurídico adotou a sistemática de independência dos juízos cível e penal, sendo certo que o próprio artigo 12, caput, da Lei de Improbidade Administrativa nº. 8.429/1992 é taxativo ao estabelecer que “independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às sanções nela previstas”. (BRASIL, TJMG, AC nº 1.0183.08.154035-7/001, julgado em 13.06.13).

realidade de suas dimensões, haja vista que a totalidade dos instrumentos punitivos e repressores do Estado para a proteção da ordem pública administrativa é baseada em variada tipologia de responsabilidade pessoal dos agentes públicos, sintetizada, na linha classificatória de Fábio Medina Osório (2013, p. 85-93) como: i) *responsabilidade social*, manifestada ante a opinião pública que realiza críticas a certos comportamentos individuais ou institucionais. Baseia-se no imperativo ético de compromisso com a comunidade, assumindo obrigações sociais relevantes e apreciadas sob o aval do juízo de moralidade administrativa; ii) *responsabilidade moral*, operada no âmbito da consciência do indivíduo, mas também sob a forma de uma moral social (por isso, está vinculada à responsabilidade social e nem sempre se amarra à jurídica). Sua apuração se dá em instância morais, por julgamentos morais, nada impedindo que coincida com outras pautas de julgamento e controle; iii) *responsabilidade política*, donde deriva o julgamento dos agentes políticos, resultando na abertura de impeachments, perda de cargo público que se exercitava em confiança (por livre nomeação), perda de postos de liderança em órgãos políticos, etc. Embora dependa de fórmula instrumental jurídica para que se consuma a aplicação de suas sanções, o conteúdo das infrações verificadas nesse tipo de responsabilidade é discricionário, ambíguo, aberto, semanticamente vago.³³⁸ Com isso, seus parâmetros de apuração são flexíveis e perpassam aspectos que transcendem a esfera jurídica. Elementos de convicção metajurídicos, oriundos do exercício de atribuições discricionárias, entram em jogo; iv) *responsabilidade jurídica*, derivada da violação de normas jurídicas, o que pode replicar, com suas especificidades, em diversificadas dimensões: responsabilidades civil, penal, administrativa, trabalhista, processual, etc.

³³⁸ Uma fórmula que fez muito sucesso sobre essa questão da responsabilidade política foi a apresentada por Georgina Dufoix, ministra francesa de 1981-1986 e conselheira pessoal do Presidente Mitterand, por ocasião do julgamento do processo “Sangue Contaminado”. Este caso se refere ao escândalo delatado em abril de 1991, quando a revista *L’événement du jeudi* publicou uma reportagem provando que o Centro Nacional de Transfusão de Sangue (CNTS) distribuiu, em 1985, produtos sanguíneos contaminados. As autoridades públicas da época foram acusadas de “homicídio culposo”, embora não tenha prosperado nenhuma condenação. A ministra Georgina chegou a declarar em sua defesa: “Sou responsável, mas não culpada!”. Eis uma frase curta, mas uma defesa eficaz porque se aproveita da própria dificuldade semântica de definição do que seja a responsabilidade política. Antônio Carlos Flores de Moraes resgata da tese de Philippe Sègur que a responsabilidade política apresenta dupla particularidade: ela se inscreve numa problemática da organização institucional e está tradicionalmente colocada sobre o terreno do Direito Penal, o que em nada contribui para precisar os seus contornos e definições. O autor indica que para haver a aplicação jurídica desse tipo de responsabilidade “[...] é necessário o acompanhamento permanente das atividades governamentais, o que faz criar um “estado de harmonia” entre a nação e seus executivos.” (MORAES, 2007, p. 130). No caso do Brasil, o que se pode concluir é que o planejamento participativo, contando com ferramentas como a *accountability* societal e o reforço de normas como a Lei da Transparência (Lei Complementar nº 131/09) e a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/11) são estímulos para que a responsabilidade política, ainda tão perene, possa se consolidar.

Divagando em suas categorias, ao iniciarmos a abordagem da responsabilidade civil a partir da leitura do instituto da responsabilidade extracontratual da Administração Pública, verifica-se o emprego da teoria do risco administrativo, aplicando-se a responsabilidade objetiva³³⁹ quando o dano causado ao administrado for decorrente de conduta comissiva. A utilização desta espécie de responsabilidade dispensa a “[...] apreciação dos elementos subjetivos (culpa ou dolo) e é também chamada teoria do risco, porque parte da ideia de que a atuação estatal envolve um risco de dano, que lhe é inerente” (DI PIETRO, 2014, p. 646). Por outro lado, se o dano decorre de ato omissivo, compreendendo a ausência ou insuficiência da prestação do serviço ou do cumprimento da fiscalização (poder de polícia), aplica-se a modalidade subjetiva³⁴⁰. Com ela se exige a comprovação da culpa do agente, assim como a prova da existência de ação ou omissão ilícita, dano material ou moral que tenha sido efetivado, nexo de causalidade e culpabilidade (dolo ou culpa).

No campo da responsabilização criminal³⁴¹, o Código Penal, especificamente no Título XI, estabelece nos arts. 312 a 359-H os crimes contra a Administração Pública. O *ius puniendi* do Estado está sujeito aos princípios da *legalidade* (art. 5º, inc. XXXIX); da *irretroatividade da lei penal* (art. 5º, inc. XL); da *intervenção mínima* (a criminalização só é viável se constituir meio necessário para proteção de determinado bem jurídico); da *fragmentariedade* (o Estado vai proteger somente os bens jurídicos mais importantes); da *culpabilidade* (que impede a responsabilidade objetiva); da *adequação social* (o Direito Penal deve tipificar somente condutas que tenham relevância social); da *insignificância* (a tipicidade penal exige ofensa com certa gravidade aos bens jurídicos tutelados); da *ofensividade* (só se admite a tipificação se houver um perigo concreto, real e efetivo de dano a bem jurídico protegido) e da

³³⁹ [...] O dever de indenizar pressupõe a presença de três requisitos: dano, ilicitude do ato e nexo de causalidade entre a conduta antijurídica e o prejuízo causado. Inexistindo um desses requisitos, não há falar em responsabilidade civil por parte da Administração Pública. [...]. **Para a teoria do risco administrativo, consagrada no §6º do artigo 37, da Constituição da República, o dever de indenizar tem por fundamento o risco, isto é, a responsabilidade deixa de resultar da culpabilidade e decorre da natureza da atividade prestada pelo Agente Público.**” (grifos nossos). (BRASIL, TJMG, AC. nº 1.0223.11.008870-3/001, julgado em: 10.10.13).

³⁴⁰ “[...] A responsabilidade do agente público causador do dano ao erário público é subjetiva, sendo imprescindível a comprovação de que o agente público agiu com dolo ou culpa e na condição de servidor público. [...]” (BRASIL, TJMG, AC/Reexame Necessário nº 1.0023.08.008148-4/001, julgado em: 11.12.12)

³⁴¹ “O voto condutor do Acórdão, no tocante à materialidade e à autoria, concluiu de forma enfática pela culpabilidade dos acusados em relação à conduta comissiva descrita na denúncia e no tipo penal ali capitulado. - No que tange à relação de causalidade - ao vínculo estabelecido entre a conduta dos agentes e o resultado por eles gerado -, apoiou-se o julgado em mais de um fundamento: na constatação fática, extraída dos elementos de prova destacados no voto condutor do Acórdão, de que foram os acusados os responsáveis diretos pela supressão dos documentos, e na constatação jurídica de que estavam os réus na condição de garantes em relação aos documentos, como agentes públicos responsáveis pela realização e pela regularidade do certame - condição essa que se encontra devidamente explicitada na peça acusatória” (BRASIL, TJMG, Embargos de Declaração nº 1.0000.08.469732-5/005, julgado em 11.10.2012).

proporcionalidade (necessidade de um equilíbrio entre gravidade do crime e a pena aplicada) (OLIVEIRA 2009, p. 100).

Os agentes públicos estão submetidos, em termos de sanções, ao art. 32 do Código Penal (CP), que arrola a existência de penas privativas de liberdade (englobando a reclusão e detenção – art. 33 e seguintes do CP), restritivas de direitos (prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana – art. 43 e seguintes do CP) e multa (disposto no art. 49 e seguintes do CP).

Registra-se que o art. 47 do CP, ao tratar das penas de interdição temporária de direitos, dispõe no inc. I, a proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública e, também, de mandato eletivo com o mesmo prazo estipulado pelo fixado na pena privativa de liberdade, consoante o art. 54 do mesmo diploma legal. Com essa sistematização trata-se de “[...] categoria específica de interdição temporária de direitos, com aplicação atrelada a determinados crimes, no caso, infração penal praticada com violação dos deveres inerentes à função pública” (OLIVEIRA, 2009, p. 101).

Ademais, os efeitos da condenação estão, do mesmo modo, previstos no CP (art. 92, I, *a* e *b*) no momento em que taxativamente é considerado, como decorrência da condenação, a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; e quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a quatro anos nos demais casos.

O Código de Processo Penal (CPP) possui, igualmente, instrumentos de viabilização da responsabilidade dos agentes públicos, sendo possível por plena atenção aos princípios contidos na Constituição, como o devido processo legal (art. 5º, inc. LVI), o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, inc. LV), a publicidade dos atos (art. 5º, inc. LX), o juiz natural ou constitucional (art. 5º, incs. LIII e XXXVII), inadmissibilidade de provas ilícitas (art. 5º, inc. LVI), presunção de inocência e culpabilidade (art. 5º, inc. LVII).

A esfera de responsabilização administrativa, própria da Administração Pública, é aquela percebida do regime jurídico de infrações e sanções impostas legalmente pelo Estado aos agentes públicos. “Diz respeito, portanto, à previsão de *ilícitos funcionais* com processo e sanções próprios ao âmbito administrativo, dirigidas à interferir nas relações profissionais mantidas pelo agente público com o aparelho estatal” (OLIVEIRA, 2009, p. 126). Isto é, decorre de um ilícito administrativo que possui previsibilidade em atos normativos diversos.

A Lei nº 8.112/90 prevê no art. 121 que os servidores responderão civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições, de forma que a responsabilidade civil-administrativa resulta de ato omissivo ou comissivo praticado no desempenho do cargo ou função (art. 124). As penalidades administrativas especificadas nesse diploma legal incluem a advertência, suspensão, demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, destituição de cargo em comissão e destituição de função comissionada, conforme prevê o art. 127. A responsabilidade administrativa é precedida, em geral, pela atividade procedimental dos órgãos administrativos (que podem ser as corregedorias), bem como em virtude de um Procedimento Administrativo Disciplinar que irá delinear a conduta do agente público e a extensão do dano por ele eventualmente causado, ou seja, serão avaliados, pormenorizadamente, os atos desse agente.

Desse modo, essa responsabilidade visa assegurar o regular funcionamento da atividade de natureza pública, com esteio no interesse coletivo. Com efeito, a obrigação de observar os deveres impostos pelo ordenamento jurídico se revela com o início do desempenho da função pelo agente.

Quanto à responsabilidade eleitoral ou política³⁴², nota-se que ela reside no contexto em que o agente público se aproveita do aparelho administrativo para se favorecer no campo eleitoral. Nesta senda, o Poder Constituinte estabeleceu rigorosos instrumentos de controle da atividade estatal visando assegurar a lisura eleitoral. Infere-se que “[...] Dentre os mecanismos regulamentados pelo legislador, está a criação de esfera de responsabilização autônoma dos agentes públicos por atos ilícitos eleitorais praticados no exercício da função pública” (OLIVEIRA, 2009, p. 104). Essa forma de responsabilidade visa impedir os abusos de poder executados pelos agentes públicos, principalmente nas campanhas eleitorais em benefício próprio e/ou de terceiros, bem como pela prática de condutas que propiciam prejuízos a outrem. A Lei nº 9.504/97, ao estabelecer normas para as eleições, traz um rol de condutas vedadas aos agentes políticos, a exemplo da realização de propaganda eleitoral em período proibido (art. 73, VI, b).

³⁴² “Para ser demonstrada a responsabilidade do agente público pelo cometimento do ilícito eleitoral instituído pelo art. 73, inciso VI, letra b, da Lei nº 9.504/97, é indispensável a comprovação de que o suposto autor da infração tenha autorizado a veiculação de publicidade institucional nos três meses que antecedem o pleito, não se podendo presumir a responsabilidade do agente público. A conduta vedada prevista no art. 73, inciso VI, letra b, da Lei nº 9.504/97, somente se caracteriza nas hipóteses de publicidade institucional, o que implica necessariamente dispêndio de recursos públicos autorizados por agentes públicos” (BRASIL, TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 25.120, julgado em: 21.06.2005).

Acontece que, além do regime sancionatório previsto na retrocitada lei, existe a responsabilidade por excessos no exercício de função, cargo ou emprego na Administração violadora da regularidade das eleições.³⁴³

As punições na esfera de responsabilidade eleitoral devem observar, cristalinamente, os princípios da legalidade, tipicidade, devido processo legal, contraditório, ampla defesa, presunção de inocência, dentre outros constitucionalmente previstos, para a correta normalidade e validade dos procedimentos instaurados e ações judiciais intentadas contra os agentes políticos que desviarem a sua conduta na busca de privilégios e vantagens. Essa responsabilidade é autônoma e deriva da existência de sanções imputadas a partir de conduta funcional ilegal.

Como ocorrido no direito privado, a responsabilidade dos agentes públicos nem sempre será despertada pela prática exclusiva de atos ilícitos, mas, também, de condutas lícitas que causaram algum prejuízo para a sociedade. Destarte, os conceitos e a abrangência da responsabilidade são de grande relevância para tentar impedir as arbitrariedades eventualmente cometidas, ainda que juridicamente permitidas.

O que se conclui é que desde o Contrato Social o Estado Moderno assumiu obrigações jurídicas fixadas no corpo dos textos constitucionais. Logo, é compromisso de cada Constituição registrar, a um só passo, responsabilidades públicas multidimensionais (em suas vertentes morais, políticas, sociais e jurídicas) que precisam ser cumpridas por atos de intervenção dos agentes públicos. Por isso, incorre sobre estes últimos o dever jurídico de atuar de forma proba e eficaz em prol da boa governança, no cumprimento de obrigações traçadas por lei, pois, caso contrário, recairá contra os mesmos a imputação de responsabilidade jurídica, com as sanções correspondentes, por violação a essas normas.

A gênese dessa responsabilidade está fundamentada no fato de que o agir do administrador público, conforme afere Hans Jonas (2006), não arrisca apenas aquilo que é dele, ao personificar o poder administrativo e se apropriar da tradução do interesse público, assumindo a culpa genérica de suas escolhas na gestão pública. Mas põe em risco algo maior que pertence aos outros (os cidadãos), que são seus próprios direitos quando mal geridos. A inclusão de outros em sua aposta, ao abandonar o planejamento ou agir de forma aleatória como mandatário da coletividade imputa responsabilidades públicas irrenunciáveis diante de

³⁴³“A LC 64/90 regulamentou a ação de investigação judicial eleitoral de *transgressões pertinentes à origem de valores pecuniários, abuso de poder econômico ou político, em detrimento da liberdade de voto* (art. 19), com o explícito objetivo de apurar e punir a influência do *abuso do exercício de função, cargo, ou emprego* na Administração direta, indireta e fundacional da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.” (OLIVEIRA, 2009, p. 104).

ações levianas inaceitáveis. Afinal, a existência do homem não pode ser objeto de apostas inconscientes. (JONAS, 2006, p. 86). Também não é possível evitar que o agir do gestor público afete o destino de outros e pela imputação causal de seus atos realizados na intenção de terceiros recaem sobre ele responsabilidades que partem do campo ético ao jurídico.³⁴⁴

9.2 O dever de probidade na boa governança: o substrato da moralidade

O regime jurídico administrativo aposta nos princípios como vetores importantes na condução da gestão pública, conferindo-lhes força normativa similar àquela concebida aos textos legais por conta da juridicidade comuns a todas as normas coexistentes no ordenamento jurídico.³⁴⁵ O respeito aos postulados principiológicos não se trata de opções discricionárias, impondo-se afastar interpretações que tornem seu cumprimento facultativo diante do gestor. A lesão aos princípios atenta contra a ordem jurídica estabelecida, causando efeitos como inconstitucionalidades ou ilegalidades, já que estão diretamente vinculados à aplicação das leis.

A moralidade administrativa, em especial atenção, encontra-se normatizada como um princípio explícito previsto no art. 37, *caput*, do Texto Constitucional e no art. 2º da Lei nº 9.784/99, apregoando que o gestor público não exonere os preceitos éticos necessários à sua conduta. Com efeito, chancela-se que a moralidade deve ser observada tanto nas relações externas quanto internas da Administração Pública.

Levado a efeito a base de todo o seu raciocínio, suas origens no Direito Francês revelam a verossimilhança mantida pela moralidade com a ideia de boa administração, cuja apuração dar-se-ia pela possível investigação dos elementos subjetivos do agir do agente administrativo (teoria da declaração da vontade).³⁴⁶ Foi um período em que, a rigor, o juiz era impedido de exercer controle sobre as razões do ato jurídico administrativo (causas e intenções ocultas ou

³⁴⁴ Pelas lições extraídas da teoria da responsabilidade de Hans Jonas, “O poder causal é condição da responsabilidade. O agente deve responder por seus atos: ele é responsável por suas consequências e responderá por elas, se for o caso. Em primeira instância, isso deve ser compreendido do ponto de vista legal, não moral. Os danos causados devem ser reparados, ainda que a causa não tenha sido um ato mau e suas consequências não tenham sido nem previstas, nem desejadas. Basta que eu tenha sido a causa ativa. Mas isso só ocorre se houver um nexos causal estreito com a ação, de maneira que a imputação seja evidente e suas consequências não se percam no imprevisível.” (JONAS, 2006, 165).

³⁴⁵ Jamir Calili Ribeiro aposta na juridicidade dos princípios como um grande giro hermenêutico demarcador de um novo paradigma na compreensão do direito: “Se no paradigma clássico os princípios jurídicos são ignorados ou, no máximo, admitidos por sua força extrassistêmica como fonte de argumento discricionário do magistrado, no paradigma moderno os princípios ganham importante relevo na fundamentação jurídica e têm reconhecida sua juridicidade [...]” (RIBEIRO, 2015, p. 45).

³⁴⁶ “Na sua origem, a ideia de *moralidade administrativa* cumpriu função específica no ordenamento jurídico, qual seja, a de possibilitar – por elementos que *se quiseram objetivos*, os quais foram traduzidos pela ideia de *boa administração* – fossem perscrutados os elementos *subjetivos* do agir do agente administrativo.” (GIACOMUZZI, 2013, p. 74).

desviadas da função a cumprir), pois só lhe cabia analisar a vontade declarada pelo administrador. (GIACOMUZZI, 2013, p. 74). Surgia, então, em sua primeira fase (entre 1864 a 1905) a noção de moralidade objetiva identificada pela doutrina do desvio de poder.

Logo após, seguiu-se com a fase da autonomização da moralidade administrativa. A pretensão foi torná-la independente da moralidade comum, na tentativa de isentar a apreciação de preceitos morais no âmbito da Administração Pública. Emerge no ordenamento jurídico francês dos anos vinte do século passado o olhar de moralidade administrativa sob o aspecto de legalidade interna do ato. O que se dizia por controle da moralidade administrativa podia ser ligado ao controle da legalidade, ainda que de forma velada e mantida a alusão ao excesso de poder.

Por último, a moralidade administrativa tem seu signo esvaziado em sua terceira fase no Direito Francês, assumindo, de vez, o significado de legalidade. A justificativa que avaliza esse postulado é que a moralidade, no momento em que ela é distinta da legalidade, entra no poder discricionário, o qual compreende tudo o que não é determinado por rígidas arestas da lei. O julgamento moral nada mais é do que o ato de apreciação da prudência de uma medida, não sendo unânime sua resposta por juiz e administrador na hipótese de desacordo. (GIACOMUZZI, 2013, p.123). Por isso, o controle da moralidade, caso o fosse desvinculado da legalidade, seria inútil e impreciso para o resguardo da boa administração, sendo melhor sua incorporação a este último. Assim, em meados do Século XX a expressão ‘moralidade administrativa’ é esquecida, pois os motivos que declaram a anulação de um ato são a ilegalidade, e não a ausência de oportunidade com a qual o abatido princípio se confunde.

Essa mesma perspectiva se arrastou até o Brasil, que somente a partir da Constituição de 1988, guiado por uma visão subjetiva, buscou dar ao princípio a feição de invocações de ética e justiça na seara administrativa, abandonando supostamente o campo da legalidade para apostar no retorno de sua autonomia.³⁴⁷

Daí partindo, no âmago de nossa seara publicista as reflexões sobre ‘ética’ e ‘moral’ exprimem a propaganda democrática de uma roupagem conferida à moralidade administrativa, não obstante a superficialidade com que tais signos são abordados nos Manuais de Direito Administrativo. Por força simbólica de leis a todo tempo os administradores e seus

³⁴⁷ “Portanto, a moralidade, mais do que juridicizada, em verdade restou institucionalizada por força de seu novo perfil delineado na Constituição Federal de 1988. Ora, se assim o é, daí se extrai sua missão instrumental de dar eficácia e efetividade ao sentimento ético que lhe é peculiar, a partir mesmo dos dispositivos constitucionais que o compreendem [...]. É justamente esse princípio fundamental que dá o pilar de sustentação da Carta Magna Ética quando em conta todos os demais preceitos que com ele se relacionam, ainda na ótica do mesmo publicista.”(ANJOS NETO, 2004, p. 39).

subordinados são chamados a internalizar esses preceitos com o objetivo de exteriorizá-los por condutas transparentes e imbuídas de boa fé em face da execução das funções administrativas.

Constata-se, pela filosofia habermasiana, que os juízos morais em sociedades pós-convencionais não mais carregam o caráter monológico, pois são pautados na intersubjetividade de ações. O campo da eticidade, por sua vez, recai sobre a auto-realização do indivíduo que atua como ser singular possuidor de desejos sobre o curso de sua vida. A ética toma feição de valor coletivo e compartilhado, atuando como sistema de referências que fundamentam normas de uso comum que consagram determinada comunidade política. Sendo assim:

Em questões morais, a humanidade ou uma suposta república dos cidadãos forma o sistema de referência para a fundamentação de regulamentações que são do interesse simétrico de todos. As razões decisivas devem poder ser aceitas, em princípio, por todos. Em questionamentos ético-políticos a forma de vida “de nossa respectiva” comunidade política constitui o sistema de referência para a fundamentação de regulamentações que valem como expressão de um auto-atendimento coletivo consciente. Os argumentos decisivos têm de poder ser aceitos, em princípio, por todos os membros que compartilham “nossas” tradições e valorações fortes [...] (HABERMAS, vol. I, 1997, p. 143,).

A moralidade administrativa passa a se compor da exigência do caráter probo e escorreito que o gestor irá se respaldar para a emissão de atos endereçados à gestão pública, atingindo a autotutela de ações discricionais. Já no volver do relacionamento com seus cidadãos este princípio rege que a Administração não deve atraiçoar a confiança que os particulares interessados puseram num comportamento seu. Daí decorre a razão da doutrina portuguesa renomeá-lo como *boa fé administrativa*, reforçada por abarcar em seu conteúdo a junção dos princípios da confiança e da segurança jurídica. (DIAS; OLIVEIRA, 2011, p. 123).

Porém, a leitura de nossos Tribunais não parece abarcar tão facilmente a face autônoma e subjetiva pretendida à moralidade administrativa, pois seu controle ainda aparece associado a alguma mácula legal.³⁴⁸ É o caso do nepotismo julgado pelo STJ em 2013, no Recurso Especial nº 1.286.631 – MG, cuja lesão à moralidade demandou situação de ilegalidade e inconstitucionalidade para que assim o Tribunal apurasse a improbidade do ato de nomeação de servidor com grau de parentesco:

³⁴⁸ Senão vejamos: “Assim as coisas, parece-me imperioso concluir que, sob essa visão de controle da discricionariedade administrativa, ou, se preferirmos, sob a ótica da sindicabilidade do elemento subjetivo do agir do agente, não há novidade alguma na positivação da moralidade administrativa na nossa Constituição Federal de 1988. Todo o esforço no sentido de independentizar a moralidade administrativa da legalidade partindo da sua causa final como controle dos móveis subjetivos do agir administrativo é vão. Permanecemos no terreno da legalidade, desde que “entendido o senso largo da palavra”. (GIACOMUZZI, 2013, p. 123).

Ora, a eventual boa fé – se algum dia houve – na nomeação foi descaracterizada, flagrantemente, pela livre resistência dos agentes políticos em exonerar de imediato a respectiva servidora quando informados da situação ilegal e inconstitucional, atentatória contra a moralidade administrativa. A suposta inocência foi suplantada pelo dolo genérico, consistente, no caso em debate, na vontade dos agentes de praticar e de manter o ato ímprobo. (BRASIL, STJ, R.Esp. 1.286.631 – MG, julgado em 15.08.2013).

Embora o texto das decisões judiciais se esforce por evocar o patrimônio ético e moral consagrado pelo senso social para a demarcação da moralidade administrativa como valor, no mérito a jurisprudência vem revelando que este princípio só se empodera caso sejam denotados vícios nos motivos, na causa ou na finalidade dos atos, questões ainda não desassociadas da legalidade. A retórica do discurso se confirma no foro do STF:

[...] Amoralidade, como princípio da Administração Pública (art. 37) e como requisito de validade dos atos administrativos (art. 5.º, LXXIII), tem a sua fonte por excelência no sistema de direito, sobretudo no ordenamento jurídico-constitucional, sendo certo que os valores humanos que inspiram e subjazem a esse ordenamento constituem, em muitos casos, a concretização normativa de valores retirados da pauta dos direitos naturais, ou do patrimônio ético e moral consagrado pelo senso comum da sociedade. A quebra da moralidade administrativa se caracteriza pela desarmonia entre a expressão formal (= a aparência) do ato e a sua expressão real (= a sua substância), criada e derivada de impulsos subjetivos viciados quanto aos motivos, ou à causa, ou à finalidade da atuação administrativa. (BRASIL, STF, Recurso.Extraordinário nº 405386, julgado em: 26.02.2013).

Não é outro o entendimento do TJMG, no instante em que delibera ser estrito o liame entre a consagração da moralidade da Administração Pública e a vedação do enriquecimento sem causa do Poder Público. Dessa forma, a corrupção administrativa, marcada por atos de ilegalidade, está atrelada à violação do princípio da moralidade, uma vez que:

[...] os atos que não comprometem a moralidade ou que não atingem o erário, não se enquadram no raio de abrangência do art. 11 da Lei 8.429/92; caso contrário, restaria para o administrador público o risco constante de que qualquer ato que viesse a ser considerado nulo seria ímprobo e não é esta a finalidade da Lei, cujo objetivo é combater o desperdício dos recursos públicos e a corrupção. (BRASIL, TJMG, Apelação Cível nº 1.0024.04. 384585-8/002, julgado em: 01.06.2006).

Observadas essas ressalvas, a moralidade deve ser avaliada pelos que estão envolvidos e vinculados pelos compromissos públicos, pois, de qualquer forma, é batizada constitucionalmente como norma jurídica. Sendo assim, deve servir de alicerce a toda e qualquer gestão pública, pois seu descumprimento é o fundamento axiológico da improbidade administrativa.

Com efeito, a análise da improbidade administrativa enseja a apuração da responsabilidade em face de gestores públicos que descumprem seus deveres funcionais ao praticarem atos que importam em enriquecimento ilícito, causadores de prejuízo ao erário, assim como aqueles contrários aos princípios da Administração Pública, todos referidos na Lei nº 8.429/92.

A fim de conter esses atos considerados como ímprobos, existe um complexo mecanismo de segmentos públicos que irão fiscalizar e executar procedimentos, em sua competência, capazes de investigar e punir os agentes que exercerem mal e arbitrariamente as atividades de natureza pública. O controle a ser desempenhado poderá ser desfragmentado em interno e externo. O primeiro deles, previsto no art. 74 da Constituição, tem por objetivo a execução segura da atuação administrativa, “[...] pautada em princípios e regras técnicas e de direito, com vistas à realização precípua do interesse público, uma vez que recai sobre todos os atos e procedimentos administrativos do ente controlado” (LIMA, 2012, p. 34). Já o segundo, disciplinado, em especial, pelo art. 71 do Texto Constitucional, trata-se, em linhas gerais, de controle de um Poder sobre outro Poder, ou operado por instituições como O Ministério Público e os Tribunais de Contas. Desse modo, será efetivado por uma entidade que esteja fora do alcance e domínio do ente fiscalizado para que se tenha uma maior autonomia nas ações de fiscalização.³⁴⁹

Na Administração Pública, as múltiplas formas de controle existentes têm o propósito de impulsionar maior transparência na gestão da coisa pública, garantindo a adequada destinação dos recursos. Portanto, a fiscalização e vigilância das ações governamentais proporcionam maior seriedade e clareza da atividade pública, obrigando o gestor a cumprir seus trabalhos do modo que melhor atenda ao interesse público, sem os vícios políticos que possam inquiná-la. Dentre as ferramentas processuais de controle da probidade para a boa governança a Ação de Improbidade Administrativa entra em cena como a grande protagonista.

9.2.1 O controle da moralidade pela Ação de Improbidade Administrativa

A Lei nº 8.429/92 (Lei da Improbidade Administrativa – LIA) foi criada para servir de ferramenta contra a corrupção. A aplicação de suas sanções ocorre por intermédio da

³⁴⁹ “[...] O controle da administração pública é abordado pela doutrina constitucional e administrativista, essencialmente sobre dois aspectos fundamentais: de um lado, o controle é um meio de obrigar a administração pública a seguir estritamente os ditames do ordenamento jurídico, em especial o respeito ao princípio da legalidade; de outro, não basta somente isso, pois é necessário que toda atividade estatal prestada à sociedade esteja voltada para sua finalidade precípua, que é o interesse público. Já não basta o exame da mera legalidade é necessário aferir a legitimidade e eficiência do atuar administrativo. (ZAMPARETTI, 2009, p. 21).

propositura de Ação Civil Pública (disciplinada pela Lei nº 7.347/85). Isso implica dizer que a tutela da probidade administrativa, referida no art. 37, § 4º, da Constituição, possui natureza cível. Ademais, reforçam-se tais considerações a partir da análise final do dispositivo que não afasta, como forma de responsabilização, a ação penal pertinente.³⁵⁰

A LIA prevê que os atos de improbidade administrativa podem ser de três ordens distintas: a) atos que importem em enriquecimento ilícito – art. 9º; b) atos que causam prejuízo ao erário – art. 10; e c) atos que atentam contra os princípios da Administração Pública – art. 11.

Independente de qual seja a espécie de ato perpetrado, a improbidade administrativa é caracterizada fundamentalmente pela desonestidade e menosprezo do agente ímprobo em relação à gestão dos interesses públicos que lhe foram confiados.

Na improbidade, o interesse público primário deixa de ser observado pelo agente, assim como há o distanciamento do dever de zelar por princípios com da legalidade e da moralidade administrativa. Vale dizer, o agente ímprobo atua para atender ao seu interesse particular ou de outrem, relegando ou até mesmo permitindo o perecimento da sua obrigação de velar pelos interesses públicos e conduzir com lealdade e eficiência as atividades afetas à Administração Pública. Assinala Fábio Medina Osório:

[...] O dever de obediência à legalidade, na moral administrativa, ganha pautas mais densas de ponderação e de visualização da conduta administrativa, em uma perspectiva substancial. Isso explica, em boa medida, a noção de que a improbidade administrativa seria uma imoralidade administrativa qualificada. A improbidade administrativa não guardaria relação com a dimensão puramente objetiva da moral administrativa, tanto que nem toda imoralidade administrativa seria uma improbidade, mas sim com seus aspectos de censura ética e de valoração de comportamentos proibidos, quer dizer, com a dimensão subjetiva da imoralidade administrativa. (OSÓRIO, 2013, p. 152).

A Ação Civil Pública por improbidade administrativa é instrumento de prevenção e repressão jurisdicional que reprime violações praticadas por agentes públicos. Através dessa ferramenta, os direitos e deveres que serão protegidos pela LIA, por meio da pertinente ação de improbidade ultrapassarão a análise individual, abrigoando, também, os direitos considerados meta-individuais, dada a expressiva lesão da ofensa ao patrimônio público.

³⁵⁰ “[...] O artigo 37, § 4º traz nas suas linhas que as sanções por ato de improbidade administrativa tornam-se efetivas mediante *processo jurisdicional cível*, seja (i) pelos direitos fundamentais afetados pelas medidas sancionatórias previstas (direito de acessibilidade a função pública, direito de propriedade e direitos políticos) seja pela referência à ação judicial de índole civil, apreendida *a contrário* da expressa citação de *ação criminal* no final do dispositivo. A conjugação destes elementos normativos impõe como única conclusão que *há de movimentar-se o aparelho judiciário cível para a aplicação das sanções pela prática de atos ímprobos*. Disso resulta o tratamento legal do processo judicial no bojo da Lei nº 8.429/92 (arts. 16, 17, 18 e 20)”. (OLIVEIRA, 2009, p. 339-340).

A titularidade da ação de improbidade compete, em especial, ao Ministério Público (art. 17 da LIA), uma vez que incube ao *parquet* a defesa da ordem jurídica, sendo a atuação essencial ao desempenho jurisdicional do Estado, consoante o comando constitucional previsto no art. 127, *caput*. Adiciona-se à fundamentação sobre a legitimidade ativa, a disciplina do art. 129, inc. III, da CR/88, cujas funções institucionais englobam a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. A previsibilidade da titularidade da referida ação judicial também encontra suporte legal no art. 25, inc. IV, *b*, da Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público).

Dessa forma, o Ministério Público tem legitimidade ad causam para a propositura de Ação Civil Pública, objetivando o ressarcimento de danos ao erário decorrentes de atos de improbidade. Nesse contexto, pelo disposto na Súmula nº 329 do STJ, o Ministério Público tem legitimidade para propor Ação Civil Pública em defesa do patrimônio público.

O art. 17, *caput*, *in fine*, da LIA refere-se, ainda, como legitimado (concorrente) ativo para propositura de Ação Civil Pública as pessoas jurídicas interessadas, incluindo-se as de quaisquer entes federados e de suas administrações indiretas com base no art. 37, *caput* e art. 23, I, da Constituição Federal de 1988. O § 2º do supracitado dispositivo faz referência à Fazenda Pública, o que comprova a não restrição dos legitimados ativos aos entes estatais. No entanto, tal dispositivo não aborda a legitimação para efeito da pretensão punitiva, mas da legitimidade ativa para fins de ressarcimento de dano ao erário, de índole complementar à obtida por força da demanda.

Acontece que a titularidade prevista na LIA também alcança as entidades despersonalizadas, bem como a qualquer pessoa, tendo em vista que ambas podem representar ao Ministério Público solicitando a instauração de um procedimento a ser formalizado pelo *parquet*, com o objetivo de investigar a ocorrência de atos de improbidade. Isso pode ocasionar, em momento porvindouro, o eventual ajuizamento da respectiva Ação Civil Pública por ato de Improbidade Administrativa, pelo Ministério Público.

Já no pólo passivo da demanda, os critérios utilizados estão previstos nos arts. 2º e 3º da LIA. Os agentes públicos que exercem, ainda que em caráter temporário ou mesmo sem auferir alguma remuneração, por qualquer forma de investidura ou vínculo com o Poder Público, bem como o terceiro que possivelmente induza ou concorra para a prática do ato ímprobo e dele se beneficie direta ou indiretamente, poderão figurar como réus na ação de improbidade.

O Judiciário, em mais de uma oportunidade, já considerou que médicos e administradores de hospitais públicos que possuem convênios com o Sistema Único de Saúde

(SUS), para fins de caracterização de atos de improbidade, podem ser considerados como agentes públicos. Vejamos:

ADMINISTRATIVO. LEI DE IMPROBIDADE. CONCEITO E ABRANGÊNCIA DA EXPRESSÃO "AGENTES PÚBLICOS". HOSPITAL PARTICULAR CONVENIADO AO SUS (SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE). FUNÇÃO DELEGADA. 1. São sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa, não só os servidores públicos, mas todos aqueles que estejam abrangidos no conceito de agente público, insculpidono art. 2º, da Lei n.º 8.429/92: "a Lei Federal n. 8.429/92 dedicou científica atenção na atribuição da sujeição do dever de probidade administrativa ao agente público, que se reflete internamente na relação estabelecida entre ele e a Administração Pública, superando a noção de servidor público, com uma visão mais dilatada do que o conceito do funcionário público contido no Código Penal (art. 327)". 2. **Hospitais e médicos conveniados ao SUS que além de exercerem função pública delegada, administram verbas públicas, são sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa.** 3. [...] (BRASIL, STJ, REsp. nº 416329/RS, julgado em: 13.08.2002) (grifo nosso).

Formalizado o procedimento preliminar (que poderá ser através da instauração de Inquérito Civil), serão classificadas as condutas e a dimensão da responsabilidade por ato de improbidade, com a propositura da ação civil pertinente, que, ao final, poderá culminar em condenação (procedência) ou absolvição³⁵¹ (improcedência) do responsável.

O ato de improbidade está sujeito a, pelo menos, cinco classes de cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato praticado, conforme preconiza o artigo 12, *caput*, da LIA. São as sanções, a saber: a) perda dos bens ou importâncias acrescidos ilicitamente ao patrimônio; b) perda da função pública; c) suspensão dos direitos políticos, oscilando entre três a dez anos, dependendo do ilícito; d) pagamento de multa civil de até três vezes a importância do acréscimo ilícito ou duas vezes o valor do dano, ou até cem vezes o valor da remuneração auferida pelo agente, conforme se trate de um ou outro bloco normativo orientador e, e) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, até mesmo por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário pelo prazo que varia entre três a dez anos, de acordo com a natureza do ilícito (OSÓRIO, 2013, p. 188).

Por conseguinte, a Ação de Improbidade Administrativa, com todas as suas sutilezas, concebe uma relevante tutela para a sociedade em geral, posto que é avaliada como um forte

³⁵¹ “A Lei de Improbidade Administrativa visa não só punir o agente público que lesa o erário público ou incorre em enriquecimento ilícito, mas também aquele que atenta contra os princípios que regem a Administração Pública, estampados no art. 37 da Constituição da República e no art. 11 da Lei 8.429/92. **Do art. 3º da Lei de Improbidade Administrativa, verifica-se que, para responsabilização do indivíduo que não é agente público, deve-se provar sua atuação, de forma direta ou indireta, bem como o dolo ou a má-fé. Não restando demonstrado nos autos, de forma cabal, a participação de determinado réu, impõe-se sua absolvição.**” (grifos nossos). (BRASIL, TJMG, AC nº 1.0271.02.015125-1/001, julgado em: 05.07.2012).

instrumento de opressão contra a corrupção administrativa praticado por aqueles que possuem algum vínculo com o Poder Público, especialmente os gestores políticos que estão intimamente atrelados a *res pública*. Mais de vinte anos do surgimento da LIA, verifica-se, por fim, o crescente combate e repressão aos esquivos de conduta dos agentes públicos que são severamente punidos através da aplicabilidade do aludido ato normativo.

Entretanto, diante de problemas relacionados à má gestão orçamentária, envolvendo o impasse da eficiência no planejamento, ou o desleixo na observância deste último, a análise da improbidade administrativa merece maior apreço, pois não é tão simples o seu enquadramento.

9.3 Má gestão pública e ineficiência como atos de improbidade: os liames entre o (des)planejamento e a responsabilidade do administrador público

A má gestão orçamentária não pode ser admitida como apostas malfadadas ou tentativas fracassadas de êxito no exercício de funções públicas toleradas sem quaisquer consequências em nosso ordenamento jurídico. O infortúnio causado por prejuízos ao erário produzidos pela regência indevida de recursos orçamentários por abandono ao planejamento deflagra lesão ao patrimônio público. Desse modo, arrebatam as chances de materialização dos direitos fundamentais pelo Estado, podendo imputar responsabilidade administrativa pelos atos de execução do gestor e de sua equipe de governo.³⁵²

A situação de improbidade administrativa provocada pelo gestor público na execução orçamentária, tendo por base o descumprimento do planejamento, acampa numa nova dimensão de responsabilidade jurídica, cuja tendência, apesar de incipiente na jurisprudência, já precede alguns Tribunais como o TJSP, na decisão da Apelação Cível nº 994.09.303410-0. Mesmo tendo sido advertido pelo TCSP, o Município paulista de Pedro de Toledo, por desleixo e falta de planejamento por parte do administrador público, não conseguiu equilibrar as suas contas, realizando gastos desordenados. Para tanto, promoveu despesas tidas como impróprias pelo uso exacerbado de abertura de créditos suplementares. A consequência foi a reprovação das contas por aquele Tribunal administrativo e a condenação por ato de improbidade administrativa atentatório aos princípios da Administração Pública, com destaque para a eficiência.³⁵³

³⁵² Nesse sentido, merece apreço a consideração de Fábio Medina Osório: “[...] a LGIA não tipifica apenas condutas de administradores ou gestores, mas também de funcionários, servidores e agentes menos aquinhoados nos degraus hierárquicos do setor público. Quem pode o mais, pode o menos, essa foi a lógica deste diploma legal, que ensejou uma universalização do princípio da responsabilidade.” (OSÓRIO, 2013, p. 169).

³⁵³ Vejamos parte do texto do Acórdão: “Um administrador público deve ser uma pessoa precavida, responsável,

Essa aparente configuração de nova hipótese de improbidade administrativa nada mais é do que a abertura semântica da tipicidade inscrita na LIA. Segundo Othon de Azevedo Lopes, esse acontecer hermenêutico demonstra que a linguagem dá abertura a interpretações e apropriações de textos ou fragmentos de textos do passado que tornam compreensíveis as experiências humanas da própria vida. “A linguagem é, assim, uma possibilidade de elevar-se acima das coerções do mundo circundante, transformando-se em liberdade na articulação de novos sentidos.” (LOPES, 2006, p. 231). Habermas visualiza a linguagem como meio para afirmação da própria liberdade, pois, segundo afirma, “[...] Com a estrutura da linguagem, é posta para nós a emancipação.” (2001, p. 145).

Os atos ímprobos envoltos ao desleixo e à falta de planejamento público perpassam os limites da interpretação de princípios e são deduzidos a partir dos *jogos de linguagem* da gestão orçamentária.³⁵⁴ Sendo assim, é possível ampliar o sentido de expressões abstraídas do texto normativo como ‘*atentado à eficiência*’ e ‘*dano ao erário*’, das quais se extraem significados dramáticos: a inefetividade de direitos e a ineficiência administrativa, resultantes de condutas típicas embutidas na essência dos arts. 10 e 11 da LIA (atos de improbidade causadores de lesão ao erário que enseje perda patrimonial e atos de improbidade que atentam contra o princípio da eficiência, respectivamente).

O registro desse tipo de improbidade só incide porque ocorrem irregularidades no cumprimento do orçamento que refletem de maneira negativa para a sociedade que pressente a não concretização das políticas e serviços públicos previstos desde o planejamento. Nesse caso, é uma questão de equidade face aos destinatários de direitos fundamentais frustrados por planos inoperantes ou abandonados responsabilizar o administrador por ato de improbidade administrativa.

Se alegada a tese de que LIA não contemple especificamente tal tipificação, impõe-se, como antítese, a ressignificação de seus preceitos (arts. 10 e 11, da LIA) para que assim se preencha o significado dos conteúdos vagos nela prescritos como a ideia de ‘*violação a*

preparada para as adversidades e problemas que poderão surgir no decorrer de seu mandato. **Os gastos com o erário público deverão ser sempre bem planejados, para que não incorra numa má administração,** com danos exagerados e descabidos. **O administrador não pode alegar situação emergencial ou calamidade pública, para justificar seu desleixo ou falta de planejamento. Entender o contrário é permitir o uso irregular de recursos públicos, estimulando o ímprobo a agir.** Restou claro, portanto, *in casu*, a prática de atos de improbidade administrativa pelo ora apelante, consubstanciados no *caput* e incisos I e II, do artigo 11, da Lei 8.429/92.” (grifos nossos) (BRASIL, TJSP, AC nº 994.09.303410-0, julgado em: 11.08.2010).

³⁵⁴ “Nas palavras de Wittgenstein, as expressões lingüísticas adquiririam sentido em vista dos hábitos intersubjetivamente válidos em torno dos quais elas seriam manejadas. Esses hábitos sancionariam uma determinada significação e constituiriam um *jogo de linguagem* que, basicamente, representaria uma forma de atividade humana: “(...) o termo ‘jogo de linguagem’ deve aqui salientar que o falar da linguagem é uma parte de uma atividade ou de uma forma de vida” (WITTGENSTEIN, 1975:22).” (DUARTE, 2012, p. 20)

princípios, *perda patrimonial* e *dilapitação dos bens*. Afinal de contas, os administradores públicos não podem ficar alheios à responsabilização em face de resultados desastrosos na gestão orçamentária, sendo justificados por sua elastecida discricionariedade, assumida como um grande álabe jurídico-normativo.

O desperdício de recursos e o mau emprego de verbas, nesse jogo de linguagem, pode se assemelhar a uma peculiar perda do patrimônio público e a um modo de se dilapidar os bens do Estado, já que a reposição do erário, composta pelo orçamento, integra a noção de bem público líquido do ente estatal.

Muito embora o orçamento exista como ferramenta para se equilibrar receitas e despesas da Administração Pública de forma coerente e proba, não raramente gestores públicos se utilizam de uma disfarçada incapacidade financeira para se escaparem da responsabilização assumida quando da elaboração do planejamento público. Argumenta-se o emprego da cláusula da reserva do possível, mito muitas vezes levantado como pretexto do Poder Executivo na omissão de suas prestações públicas. Tal teoria se apresenta cômoda ao discurso da governança, pois aponta limites à realização de direitos fundamentais.

Independentemente da real ou disfarçada ausência de recursos públicos, o gestor deve desempenhar com eficiência o planejamento e a execução do orçamento, sobretudo no tocante à realização de políticas e serviços públicos. Os planos existem não apenas para cumprir com o protocolo exigido ao se elaborar as leis orçamentárias (PPA, LDO, LOA), mas, acima de tudo, para permitir orientarem a criação e execução de políticas públicas e averiguar o tipo de prestação de serviço mais conveniente.

Um dos anseios decisivos para a má gestão não é verdadeiramente a insuficiência de recursos públicos para satisfazer as demandas sociais, mas, sim, a falta de um planejamento sólido e distante de artifícios políticos que possam vir a prejudicar toda a projeção dos planos por meio das injustificadas reformas orçamentárias por ato do próprio administrador. Com efeito, “[...] não planejar significa gastar mal o dinheiro público; em prioridades imediatistas, que à frente vão surgindo” (BRASIL, TCE/SP, 2012).

Conforme reportado na primeira parte desta tese, as reformas orçamentárias poderão ser realizadas mesmo que excepcionalmente. O art. 167, inc. VI, da Constituição de 1988 prevê que é vedada a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa. A exceção do dispositivo legal, na realidade, torna-se a regra. A reincidência de modificações no orçamento durante o cumprimento da lei orçamentária ocasiona, via de consequência, território propício para a má gestão. Ademais, o gestor retira recursos de uma área e destina para outra de maneira inapropriada, tendo em vista

que tal circunstância seria evitável caso ele agisse com mais responsabilidade desde a constituição do planejamento.

Por vezes se constata o descompromisso com o planejamento, haja vista que, posteriormente, o gestor terá em seu poder mecanismos de alterações orçamentárias (quantitativas e qualitativas). O uso das técnicas de alocação orçamentária é focado num singelo juízo de valor baseado nos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, muitas vezes incapazes de frear a discricionariedade criadora do fenômeno da *legalidade viciosa*.

Caso haja supressão do planejamento (por descompromisso ou ausência) a eficiência administrativa fica comprometida, pois perde o referencial de resultados a almejar (metas e objetivos)³⁵⁵, constatando-se imediato prejuízo à efetivação do direito à boa administração³⁵⁶, afetado, dentre outros motivos, pelo desequilíbrio dos gastos públicos.³⁵⁷

A falta de transparência, causada por descumprimento do direito à informação e do princípio da publicidade – bases para o exercício da democracia fiscal – é um dos fatores que agrava a má gestão pública. A Administração Pública transparente demanda “[...] o direito a informações inteligíveis sobre a execução orçamentária e a tomada das decisões administrativas que afetarem direitos” (FREITAS, 2009, p. 22).

Depreende-se da conclusão das teses realizadas pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, no I Congresso do Patrimônio Público e Social do Estado de São Paulo, que:

2. A ação ou a omissão do administrador que viole direitos fundamentais do cidadão e a omissão quando da realização de políticas públicas já reconhecidas como necessárias e assim previstas no orçamento público, pode configurar ato de improbidade administrativa, diante da violação de princípios previstos no art. 37 da Constituição Federal e art. 11 da LIA (BRASIL, Portal do Ministério Público do Estado de São Paulo, 2010).

³⁵⁵ “Assim é que, não obstante *legítimo* o planejamento e *legítima* a execução de uma política pública, deve ser também *legítimo* o resultado, o que vale dizer: o bem ou o serviço entregue à sociedade deve necessariamente garantir uma utilização *eficiente* por parte de seus destinatários, tal como *razoavelmente estaria nas expectativas* de todos os que para tanto contribuíram com seus recursos, uma vez que deverá ser levado em harmonia a ausência de desperdício de recursos (economicidade), agilidade, produtividade e legitimidade das decisões. Com efeito, o alicerce desse terceiro modelo de Administração Pública é o princípio da eficiência.” (SARTURI, 2013, p. 1).

³⁵⁶ Juarez Freitas defende que esse direito fundamental deve ser “[...] eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem.” (FREITAS, 2009, p. 22).

³⁵⁷ “Atrelando essa ideia de boa administração ao controle dos gastos públicos, e ao dever de eficiência da administração, mostra-se viável fundamentarmos a ideia de que com a existência de um padrão objetivo de conduta, que possa analisar o emprego das verbas públicas quanto a sua materialidade no caso concreto, teremos elementos suficientes para controlar a eficácia da implementação dos recursos, objetivando a sua melhor eficiência quando do seu emprego.” (MUNARO, 2009, p. 3).

A LIA não contempla expressamente a má execução orçamentária como ato ímprobo que geraria tal responsabilização. Somando-se ao fato do orçamento ser compreendido como peça autorizativa, o administrador público dificilmente tem sido responsabilizado pela ineficiente execução orçamentária, cuja desvinculação com o plano permite maior esquivo no implemento das obrigações ostentadas desde o planejamento.

Nesse sentido, demonstra-se demasiadamente importante avocar a improbidade administrativa como reação jurídica necessária pela má gestão do orçamento público que cause efetivos prejuízos aos cidadãos. Tudo com a finalidade de obrigar o gestor público a cumprir, com responsabilidade, os compromissos previstos naquele documento ou motivarem as situações em que houvesse a necessidade de substituição de um plano por outro, sem perder de vistas a permanência do planejamento no âmbito de suas ações.

A adesão a tal posicionamento geraria nos gestores o temor reverencial pelos riscos sancionatórios, o que devolveria a juridicidade desacreditada na legislação orçamentária, permitindo um avanço imprescindível para a concretização mais sensível de direitos fundamentais. A tipificação da má gestão como abertura textual depreendida da LIA é comungada por autores como Fábio Medina Osório:

A gestão pública é abrangida pela LGIA, porque o Estado é o órgão que prioritariamente realiza as tarefas de gestão. Ademais, o universo do concurso de pessoas e o conceito amplo de função pública adotado pela LGIA contribuem para que se chegue a uma abertura eloquente no sentido de tipificar os atos de má gestão pública como atos ímprobos. (OSÓRIO, 2013, p. 1168).

A ingerência da LIA como instrumento a redefinir os contornos da responsabilidade do administrador público, levando a sério a eficiência na gestão, implica traduzir maior reverência ao planejamento e o consequente exercício orçamentário, permitindo a aproximação entre um e outro. Admitir essa possível espécie de improbidade impede que o administrador, valendo-se da discricionariedade que é própria dos atos políticos, maneje a gestão do orçamento arbitrariamente, servindo, portanto, de política de erradicação da má gestão.

No depare específico dos atos de improbidade abrangidos pelo art. 11 da LIA, ao trazer à reflexão a tarefa de imputação por atentado aos princípios, cabe enfrentar algumas resistências apontadas pela própria doutrina. Essas supostas espécies de atos referidos pelo *caput* como ímprobos podem ser acusadas de serem muito amplas em virtude da possível indeterminação gerada pela expressão '*princípios da Administração Pública*' e da extensão de significado que princípios como a *eficiência* podem imprimir em termos de gestão pública. Justen Filho chama a atenção para essa possível amplitude, afirmando que “[...] no art. 11, há

uma definição ampla, que exige interpretação restritiva, sob pena de transformação de qualquer infração em ato de improbidade”. (2014, p. 1099).

O que se está a frisar é que, ao abrir a repressão à gestão pública, a lei precisa abarcar o máximo de situações. Porém, é papel do intérprete preencher as hipóteses dentro da abertura permitida pelo próprio texto legal, seja pela tradução de regras mais específicas ou de princípios mais genéricos.

O art. 11 da LIA traz a previsão dos atos de improbidade atentatórios aos princípios da Administração Pública, citando as ações e omissões violadoras dos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições. Entretanto, a relação de princípios que aparece enumerada no *caput* do art. 11 da lei não espelha todo o montante principiológico que compõe o regime jurídico administrativo, não se tratando, por isso, de rol taxativo. Carvalho Filho afirma que “[...] na verdade, o legislador disse menos do que queria”. (2014, p. 1073). Além disso, os incisos que se seguem relacionam diversas condutas que podem ser consideradas atos de improbidade por lesão a princípios. Nota-se, no entanto, que pela elasticidade que acompanha o conteúdo dos princípios jurídicos e abrangência de situações fatídicas que podem envolvê-los é possível concluir que esse rol de condutas tipificadas na LIA é meramente exemplificativo.³⁵⁸

A salvaguarda de princípios administrativos é necessária à consolidação das instituições democráticas estabelecidas em nosso Estado Democrático de Direito. Por isso, ao se voltar à linguagem da lei, não se pode perder de vista tal referência. O significado esperado ao que a LIA pretendeu conferir à integridade de trechos como *‘ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública’*, decorrente de *‘ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições’* (BRASIL, 1992), considerando que não há unicidade de sentido nas palavras, torna imprescindível a tolerância de outras hipóteses de condutas não previstas como regras expressas lançadas no texto legal. No entanto, a contextualidade que acompanha os princípios faz com que a partir dos mesmos se possa realizar a adequação de condutas inéditas àquelas explicitadas cartesianamente no texto da lei.

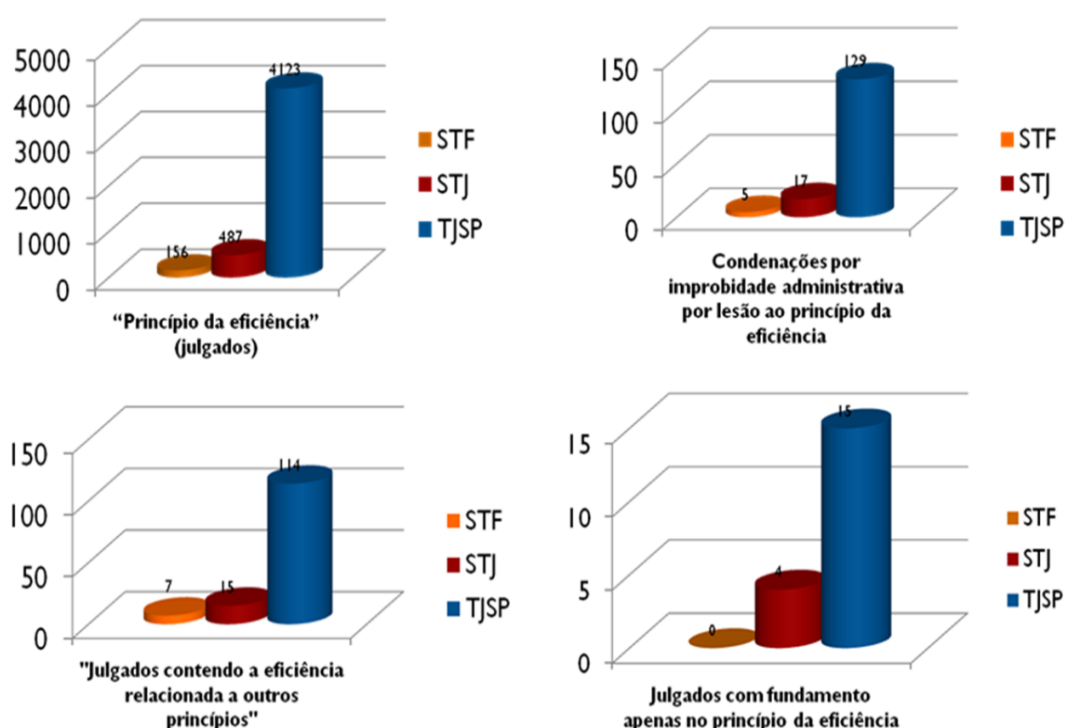
Assim se afere, pelo uso da linguagem, que a LIA tipifica condutas de improbidade administrativa sob dois ângulos distintos: i) condutas codificadas por regras explícitas, como os incisos do art. 11 (na composição de um rol exemplificativo de hipóteses de atos ímprobos expressos nas linhas de seu texto); ii) condutas de improbidade extraídas das entrelinhas de

³⁵⁸ “Em síntese, não pode o legislador dizer que tudo é improbidade. Será necessário esforço doutrinário para trazer aos seus limites o conceito de improbidade administrativa.” (MATTOS, 2009, p. 393)

princípios, cuja ação ou omissão obtida pela análise do caso concreto demarca sua flagrante lesão.

Com efeito, a má gestão, por desacato injustificado ao planejamento, pode ser vista como ação ou omissão do administrador público que contraria o princípio da eficiência. Porém, a tomar por base a posição silente dos Tribunais ainda é bastante simbólico se falar na improbidade por atos de tal espécie. Esse indicativo pode ser observado a partir da análise dos gráficos abaixo:

Gráficos 4 a 7 - Princípio da eficiência e improbidade administrativa – julgados



Fonte: NUJUP, 2015.

A breve amostra de dados coletados até 2015 nesses três Tribunais (STF, STJ e TJSP), apurando, via levantamento jurisprudencial, a ocorrência de condenações por improbidade administrativa por atentado ao princípio da eficiência possibilitou-nos estabelecer algumas conclusões: i) a análise do conteúdo dos Acórdãos demonstra que o argumento da eficiência, quando levado aos Tribunais a efeito de condenação, é meramente declarativo, não se enfrentando o mérito desse princípio, tampouco sendo o mesmo associado com o planejamento; ii) a incidência de decisões fundamentadas no princípio da eficiência no STF e STJ é contrastante quando comparada com um Tribunal inferior (TJSP), cuja aparição da expressão “eficiência” em seus julgados aparece com muito mais frequência. Em tese, o controle da

eficiência se opera com mais efetividade em instâncias inferiores, pois pelo menos nelas é mais apreciado; *iii*) nos raros casos em que a eficiência entra como mote justificador da improbidade, ela aparece aliada a outros princípios. Isso evidencia que, pela encriptada interpretação conferida pelas Cortes Superiores e pelo TJSP, esse princípio é visto com pouca densidade normativa ou grande imprecisão ao ponto de não conseguir justificar sozinho o argumento da condenação.³⁵⁹

Em meado de 2015, na 38ª edição do ‘Jurisprudência em teses’, ferramenta que apresenta diversos entendimentos do STJ sobre temas específicos, foram divulgadas as 14 teses da improbidade administrativa em seu site. (BRASIL, STF, 2015). Em sua primeira tese, o STJ assentou sua posição sobre a espécie de responsabilidade apurada na Ação de Improbidade Administrativa:

É inadmissível a responsabilidade objetiva na aplicação da Lei 8.429/1992, exigindo-se a presença de dolo nos casos dos artigos 9º e 11 (que coíbem o enriquecimento ilícito e o atentado aos princípios administrativos, respectivamente) e ao menos de culpa nos termos do artigo 10, que censura os atos de improbidade por dano ao Erário. (BRASIL, STJ, ‘Jurisprudência em teses’, 2015).

Logo, a condenação por improbidade administrativa pela gestão ineficiente marcada por gastos mau planejados exige criteriosa investigação de que a conduta do gestor deu causa à efetiva lesão ao patrimônio público (como por meio de gastos exorbitantes nas licitações ou por inadequadas contratações diretas, investimentos em obras paralisadas ou mau sucedidas, dentre outros). Sem embargos, a comprovação deve se dar nos moldes da responsabilidade subjetiva, bastando comprovar apenas com a culpa – afastando-se a necessidade de comprovação pela averiguação de dolo, tal como sustenta a tese do STJ.³⁶⁰

A razão é que o desleixo perante a execução do planejamento e a omissão de observância dos planos não passa de negligência, imprudência ou até imperícia diante do manejo das técnicas orçamentárias. Não há a pretensão do resultado danoso, mas o administrador público, na responsabilidade que lhe compete de prosseguir com a boa governança, assume os riscos necessários já que se coloca à frente da tomada de decisões.

³⁵⁹ Para saber mais, confira a tabela de dados contida no Apêndice.

³⁶⁰ E de doutrinadores como Marçal Justen Filho: “Não se admite infração de improbidade, subsumível ao art. 11, sem um elemento de dolo. A atuação culposa é insuficiente – o que, insista-se, não equivale a afirmar a regularidade dela. É perfeitamente possível, senão obrigatório, punir condutas irregulares ilícitas praticadas por agentes estatais. Mas isso não autoriza a impor sanção de improbidade para toda e qualquer conduta administrativa irregular. A tanto se opõe o princípio da proporcionalidade.” (JUSTEN FILHO, 2014, p. 1100).

Não faz sentido sustentar a tese do dolo genérico para o enquadramento da conduta do agente público responsável pela má gestão.³⁶¹ A razão é óbvia. Não há quem governe que, além de assumir os riscos, pratique atos intencionais objetivando a consecução de resultados desastrosos no âmbito das finanças públicas. Não seria possível extrair do administrador público, em sã consciência, a confissão do propósito de atuar direcionado à má gestão para comprometer a efetividade dos direitos de seus consortes cidadãos. O alcance de prejuízos efetivos ao patrimônio público e lesão a princípios, como a eficiência, por inadequada gestão orçamentária não integra o elemento volitivo nem mesmo daqueles que abandonam o planejamento, salvo por atos culposos em sentido estrito.

Por isso, pensar na imputação dessa responsabilidade pela via culposa é enxergar a interpretação da LIA de forma menos encriptada. Caso contrário, de nada adianta o esforço hermenêutico e análise da linguagem para a ressignificação dos preceitos contidos no texto da LIA se os critérios de apuração da improbidade pecam por torná-la um simulacro de controle na mais perversa dimensão do simbolismo legislativo.

³⁶¹ Nos esparsos casos de condenação por improbidade administrativa decorrente de ato atentatório aos princípios (art. 11, da LIA), a jurisprudência, até então, tem aplicado a responsabilidade subjetiva, por conduta dolosa genérica, tal como se observa no julgado do TJMG a seguir: “Ação civil pública - improbidade administrativa - ex-prefeito - dispensa de licitação - contrato de transporte escolar - fracionamento - ilegalidade - afronta aos princípios da administração pública - artigo 11, caput e incisos I e II, da Lei 8.429, de 1992 - dolo genérico - violação aos princípios da legalidade, eficiência e impessoalidade - [...]” (BRASIL, TJMG, AC nº1.0439.05.041685-8/003, julgado em 24.09.2013)

10 CONCLUSÃO

O debate central desta tese partiu da afirmação de que a desarticulação que permeia as funções políticas e administrativas do Estado são a causa para que resida no direito brasileiro a desvinculação entre o planejamento e a orçamentação. O abandono da conexão esperada por estes últimos fica evidente ao se identificar a natureza autorizativa do orçamento público, que, particularmente, não vincula o modo como efetivamente serão operados os gastos públicos. Além de tudo, mediante lei são possíveis constantes alterações orçamentárias ditadas pela discricionariedade do gestor, o que distancia a projeção inicial do plano com os recursos orçados. Esses fatores retratam a instabilidade presente na autoridade das leis orçamentárias, tornando imprecisa a segurança jurídica.

A falta desse tipo de vinculação ainda é evidente ao se observar a banalidade no tratamento do planejamento, identificado pela doutrina administrativista como simples função política apartada dos atos administrativos, argumento malicioso utilizado para justificar o afastamento de sua apreciação do controle judicial. Sendo originado por lei, donde advém a fixação de metas e objetivos, bem como comandos à execução de políticas, serviços e obras públicas, o planejamento integra, portanto, a função administrativa. O insulto à sua importância resulta em ríspidas consequências para o erário, intensificadas pela desgovernança orçamentária, o endividamento pelo descontrole dos gastos públicos e o déficit no balanço das finanças públicas.

Outrossim, na conjuntura das relações entre direito e economia, a introjeção paradoxal que permeia a escassez de recursos e a percepção dos custos dos direitos desembocados na gestão orçamentária sinalizam conclusões bastante significativas depreendidas na primeira parte deste trabalho, ainda em seus capítulos iniciais. A primeira delas é a impossibilidade do Estado se manter, de forma absoluta, como garantidor universal de direitos, pretensão frustrada mesmo em face das conquistas efetivadas pelo Estado Social. As limitações financeiras são barreiras que emperram a engrenagem das funções administrativas, cuja consequência, de imediato, é a restrição dos investimentos públicos setoriais destinados ao patrocínio das políticas públicas. Em médio e longo prazo o desastre é ainda maior, pois resulta em danos à efetividade dos direitos fundamentais pelo estímulo à política da omissão, da insuficiência ou da má qualidade das ações prestacionais.

Entretanto, concluir pela incapacidade pública, em tempos de crise econômica comuns à Pós-Modernidade globalizada, não significa exonerar o papel da Administração Pública em

exercer suas funcionalidades. A sedutora escusa da indisponibilidade de receitas poupando obrigações irrenunciáveis dos administradores públicos para com o suprimento de direitos essenciais dos cidadãos, ao desdém do mínimo existencial, não passa de um mito colonizador do direito pelas amarras econômicas. É a grande aposta da reserva do possível, simulacro que não supera a importância do planejamento para a gestão dos recursos, independente de seu grau de escassez.

Em mesma direção, a insuficiência financeira também não pode subverter a primariedade do interesse público como razão ininterrupta dos atos administrativos, sobrestando a defesa do interesse econômico do Estado em detrimento das necessidades concretas dos cidadãos, visão que prospera de forma velada no Estado Administrativo ainda em vigor.

Em meio ao problema dos gastos públicos, a questão da efetivação dos direitos fundamentais nos permite aferir outra relevante consideração. A onerosidade oscila, porém integra qualquer dimensão de direito, segundo depõe a teoria dos custos. O que Holmes e Sunstein não chegam a desenvolver, mas que podemos avançar, é que tal apreciação converte o Governo num permanente investidor de direitos, embora os esforços públicos pró-efetividade dos mesmos não os torna seu patrimônio ou parte do acervo de bens públicos, como sugerem os autores. Entender assim só migraria a titularidade dos direitos para as mãos exclusivas do Estado, extirpando-a de seus legítimos signatários: os cidadãos.

Ademais, a intervenção pública, modulada pelo planejamento estatal, deve se elevar à condição *sine qua non* na luta pelo reconhecimento dos direitos fundamentais, já que nenhum deles sobrevive sem algum nível de cobertura. Assim, todo direito só se afirma quando reconhecido pelo Estado. Uma saga iniciada pelo discurso de fundamentação, em sua fase de criação, dando continuidade com a investidura dos direitos no momento em que são custeadas as políticas públicas que os materializa, a partir de onde toma fôlego sua concretização.

Mas se a pretensão de eficácia dos direitos não os isenta de custos, tornando-se crucial o financiamento público, o custeio de direitos mais onerosos, como os sociais, impõe a adoção de ações articuladas. A Constituição de 1988 já prevê essa sistemática ao pressupor em seu art. 195 que a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, mediante recursos provenientes dos entes federativos e de contribuições sociais suportados por contribuintes como o empregador, as empresas e os trabalhadores. É um demonstrativo de que o atual Estado de Direito, pela perspectiva constitucional republicana e democrática que ora reside, não se dispõe como único garantidor de direitos. Seus próprios destinatários (o povo),

ao figurarem paralelamente como sujeitos passivos dos direitos fundamentais, também estão envolvidos com tamanha façanha.

Em um plano mais abrangente, o patrocínio de direitos passa pelo crivo do Federalismo. Se a letra da Constituição proclama a autonomia e o acervo de competências necessário ao arbítrio das capacidades exigidas para cada um de seus entes políticos, no ambiente da gestão pública a estrutura de nosso Estado Federado por si só denuncia a ‘encriptação’ de poder da União, parafraseando os latinos Gabriel Méndez Hincapié e Ricardo Sanín Restrepo. Consequentemente, uma avalanche de simulacros tenta ocultar o superpresidencialismo e o centralismo político herdado desde o Estado Novo, com a Constituição de 1937. Dentre as mais perversas falácias está a negativa de existência de hierarquia entre as unidades federadas, mantidas sobre mesmo nível de empoderamento.

Já enfrentamos, nas relações internacionais, o impasse de uma soberania porosa diante da fragilidade do Brasil em se auto-afirmar diante de outros Estados. As causas desse fenômeno são agravadas pelo aumento da dívida pública e pelos entrelaces propiciados pela globalização, o que favorece a incidência de severas imposições de investidores externos, sem os quais nossa economia não se mantém. Entretanto, a porosidade não está limitada à leitura crítica da política externa, pois ela também pode ser lida em relação à instabilidade mantida entre os entes federados. Na configuração de nossa forma de Estado há, portanto, autonomias porosas, ficando latente seu prejuízo quando isoladamente cada ente pretende executar suas próprias políticas públicas, com base em recursos escassos, e não obtém eficiência por restrições orçamentárias.

O simulacro da autonomia torna-se uma representação da ‘verdade’ possivelmente declinável ao se analisar os desarranjos na distribuição tributária, culminando em guerras fiscais e na plena dependência econômica de centenas de Municípios pelo repasse de recursos do Governo Federal (como o FPM e as transferências voluntárias, via convênios). A criação de novos fundos especiais, como o FNDC e o FNDU, é tendência que domestica a autonomia financeira de Municípios menores, afetando suas capacidades de autogoverno e autoadministração em detrimento de normas federais que ordenam a observância de planos nacionais, cujos critérios de repasse de recursos impõem veladamente a sujeição de entes empobrecidos ao poder central. Esse retrato do Federalismo assimétrico nos põe diante de um Estado de Exceção Permanente, nos termos de Giorgio Agamben, implicando, de igual forma, na permanência das vidas nuas daqueles desassistidos por prestações estatais.

Mas há lições importantes extraídas do Federalismo ao se focar em sua face cooperativa. Superados os primeiros 25 anos de nosso constitucionalismo democrático

inaugurado pela Constituição de 1988 é possível identificar que a forma como tem sido lido o pacto federativo brasileiro é no sentido de tratá-lo como uma espécie de *apartheid* político-administrativo. Seja por justificar uma delimitação de competências das unidades federativas reflexo de apropriação injustificada do Poder Executivo (inclinando-se a uma necessidade extraordinária de reforma política), seja por sua insuficiência em lidar com conflitos de interesses estabelecidos entre os entes políticos. E quando as discussões chegam ao âmbito das distribuições de prerrogativas, pressuposto do federalismo de cooperação, têm se resumido a visões deturpadas sobre a atuação individualizada de atribuições, ficando a competência comum resumida à ideia de demarcação de território.

Por outro lado, ainda insistindo nessa leitura constitucional, uma rápida análise sobre o federalismo de cooperação o revela como o modo com que pode ser operado o manuseio de competências materiais comuns pelos entes políticos, indicando possibilidades de arranjos institucionais que envolvem a participação de todas as esferas administrativas. O ambiente deve ser de colaboração mútua, visando à consecução de seus objetivos comuns.

Entretanto, o que não tem sido visualizado pela doutrina constitucionalista é que a apropriação dessa ideia reflete diretamente na densificação do princípio da eficiência. O cumprimento da boa administração, com o aumento satisfatório da efetividade e a promoção de resultados compatíveis com o interesse público depende do reconhecimento de que a cooperação é um pressuposto constitucional típico de nosso Estado de Direito, consequência de nosso modelo de federação, e materializada por meio do exercício de competências comuns e subsidiárias de poder. Assim prospera a tese de que o federalismo de cooperação possui íntima conexão com o princípio da eficiência, não sendo possível dissociá-los.

Porém, a ideia de eficiência incorporada pelos manuais de Direito Administrativo é deturpada pelo olhar eminentemente econômico, que toma como base a tríade tempo, custo e benefícios, perspectiva que se ajusta aos preceitos da Análise Econômica do Direito, defendida por adeptos como Richard Posner. A fragilidade dessa teoria começa pelo equívoco em se induzir a colonização do direito à economia, com a rejeição do acoplamento estrutural que conecta um sistema ao outro. Prossegue na distorção da ordem jurídica vista como um grande mercado, em que a sanção só é validada para estimular comportamentos com impacto econômico. E se finaliza reduzindo a eficiência à razão numérica de valores, quantificada por resultados comuns aos esperados pelo mercado ao seguir a lógica do modelo gerencial de gestão, desmerecendo o ser humano como mote central de qualquer atuação pública.

Desse modo, a eficiência jamais é pensada a partir de articulações interinstitucionais que venham promover formas de interação intergovernamentais que favoreçam, de fato, o

cumprimento de metas e prioridades que cada Administração Pública estabeleceu em seu respectivo planejamento, a fim de satisfazer ao interesse público primário. Muito menos essa noção de eficiência coloca a discussão da legitimidade como critério justificador das escolhas públicas.

O que se observou ao longo das discussões aqui travadas é que a preocupação com tal princípio administrativo não pode se consumir numa visão pautada no gerenciamento econômico, devendo estabelecer, como novos *standards*, o reconhecimento da legitimidade decisória e a observância do planejamento público como outros indicadores determinantes à consecução de uma eficiência democrática. Além disso, a ideia de eficiência carrega consigo a necessidade de ser (re)pensada a partir de uma análise constitucional interliga a profundas reflexões sobre nossos arranjos institucionais derivados do pacto federativo.

É necessário, nesse intuito, que a Administração Pública redimensione o seu olhar sobre as competências materiais comuns, não as limitando a uma simples demarcação territorial de atribuições constitucionais aos entes federados. Ao revés, deve se comprometer com a utilização de instrumentos de cooperação institucional entre os entes federativos ou mesmo entre órgãos de diferentes Administrações Públicas, a exemplo do que sugere a Lei Complementar nº 140/2011, para que, mediante a junção de ações cooperadas (como a instituição de consórcios), seja possível driblar o déficit orçamentário, favorecendo o ideal de boa governança.

No avançar deste trabalho, assumida a premissa do planejamento como função administrativa indispensável para a consecução da eficiência (agora sob o perfil democrático em substituição ao econômico), a tese prossegue com a proposição de novos *standards* que deverão acompanhar a ação de planejar: a adoção do modelo de planejamento integrado, participativo e sustentável, sem poupar as críticas e fundamentos dessa visão tridimensional de gestão.

A fim de superar os percalços resultantes do Estado Administrativo (encriptado pelos dogmas da discricionariedade e da supremacia do interesse público), o bom administrador público tem a seu dispor a faculdade de integrar o planejamento das políticas públicas com a execução orçamentária, implantando estratégias otimizadoras dos recursos então disponíveis.

Pensar nas despesas públicas necessárias à execução dos direitos previstos no planejamento é reconhecer a existência de um paradoxo. Por um lado, a limitada arrecadação de recursos orçamentários não é o bastante para justificar a ausência de cobertura dos direitos fundamentais, pois isso esvaziaria o compromisso do Estado no cumprimento de seu papel na realização dos mesmos, conforme já exposto. Ora, a concretização dos direitos não depende

apenas da contabilização de recursos financeiros, visto que carece da elaboração de planejamentos estratégicos que redimensionem as políticas públicas. Quando não planeja o choque entre a demanda por investimentos em funções administrativas e as restrições financeiras do Estado é uma desproporção dificilmente suportada e quem paga a ‘conta’ são os cidadãos ao serem desassistidos em seus direitos cada vez mais opacos. Por outro lado, voltando-se ao pressuposto de que todo direito gera custos públicos, não é razoável manter apatia quanto à realidade orçamentária (disponibilidade de recursos) enquanto elemento fático à definição de prioridades do orçamento.

De todo modo, o planejamento mais uma vez se desponta como necessário ao resguardo de direitos por permitir a eleição de critérios objetivos e legais para as escolhas trágicas diante desse paradoxo “demandas *versus* recursos”. Por isso, as leis planejadoras são vinculantes, embora devam ser mantidas com flexibilidade. Como alternativa aos novos sistemas administrativos, o planejamento integrado é uma proposta de gestão que ameniza o problema da limitação de recursos. Sua estratégia é promover articulações horizontais realizadas entre Secretarias Municipais ou Estaduais ou, ainda, Ministérios afins a partir dos quais a aplicação de recursos de uma pasta deverá colaborar concomitantemente com o cumprimento de metas de outra. Não se trata de questão de transferência orçamentária, mas de criação de políticas públicas integradas. Isso resulta numa mudança de perspectiva do paradigma administrativista, que em face do pacto federativo, tem primado apenas por políticas de verticalização da Administração Pública por meio da descentralização política, envolvendo ações entre os entes federativos distintos.

Em síntese, a tese conclui que o planejamento público integrado é uma dinâmica de gestão pautada na superação do modelo de políticas públicas setoriais, isoladas, que atendam a um único nível de interesse público. A perspicácia administrativa exige perspectivas mais arrojadas. Por isso, entram em cena as políticas públicas intersetoriais, fórmula que nos conduz aos caminhos da indivisibilidade dos direitos fundamentais, teoria que os interpreta como um núcleo uno e indivisível, tal como deve ser suas respectivas políticas públicas concretizadoras.

Políticas de intersetorialidade devem abranger, na execução de um mesmo recurso, a satisfação de metas de mais de um segmento de interesse público contido dentro de uma mesma esfera administrativa, o que configura o planejamento integrado endógeno. Caso a intersetorialidade se expanda a esferas administrativas distintas, envolvendo ações intergovernamentais pela junção de recursos comuns em prol do compartilhamento de metas que persigam a satisfação de mais de mais de uma espécie de direito, fica configurado o planejamento integrado exógeno. Neste caso, os consórcios públicos são tidos como sua grande

ferramenta operacional. Em ambas as situações o que se prioriza é a otimização de recursos públicos, tendo por pressupostos o cumprimento do princípio da eficiência e do direito fundamental à boa administração.

O planejamento público, sob nova análise, deve ser participativo para que subsista legitimidade nas decisões públicas ocorridas na gestão orçamentária, diante de um cenário de escassez de recursos que ressoe na necessidade de eleição de prioridades. Desse modo, a inserção da participação popular representa a existência de ações coordenadas entre a Administração Pública e os seus cidadãos destinatários das políticas públicas. Estas políticas estão sujeitas aos mecanismos de controle, que além de avaliarem a legalidade, sua eficiência e a incidência de interesse público nas ações governamentais, também impõem o dever de transparência e de prestação de contas na gestão fiscal, ou seja, a instrumentalização da *accountability*.

Nesse propósito, tendo por marco legal a Lei Complementar nº 131/09, a tese reconheceu o planejamento participativo como ferramenta de reforço à transparência na gestão pública orçamentária, viabilizando a democratização da *accountability*, a fim de se garantir maior eficiência das políticas públicas e o cumprimento do direito fundamental à boa administração.

No entanto, a crescente onda legislativa que insere novos instrumentos de participação na Administração Pública não acompanha o ritmo lento com que a democracia tem amadurecido. Ela é um processo que a duras penas e em meio a uma pluralidade de procedimentos aponta que temos fases a superar. Uma delas é a própria emancipação do povo, ocultado em meio à contracirculação de poder que transita na esfera pública. Um povo perdido em face de tantos códigos binários indecifráveis e domesticado por leis herméticas como a Lei nº 4.320/64 que, de repente, sua compreensão torna-se imprescindível para que a pretensa democracia fiscal se realize. É o poder encriptado fazendo da democracia um grande artifício.

Enfim, esse mesmo povo, preso a tantas colonialidades, ainda se faz emudecido diante de propostas ‘dialogicas’ sofisticadas, como a teoria discursiva habermasiana, pois embora reforce a importância da intersubjetividade entre os falantes na busca por soluções, não outorga voz aos excluídos pela falta de situações-ideais-de-fala, desfalecendo o sentido de ser do próprio procedimento democrático.

Planejar é um ato que supera a simples organização de receitas e despesas, pois deve contemplar a adequação dos recursos existentes para o financiamento das múltiplas necessidades públicas priorizadas a partir de decisões políticas que considerem as características ideológicas de cada grupo social envolvido. Assim, o plano deve articular as

ações institucionais sustentáveis sob o ponto de vista econômico, ambiental, social, territorial e cultural. Sendo um instrumento de governança que materializa opções políticas e direciona decisões administrativas presentes e futuras, sua função é corrigir desequilíbrios conjunturais, otimizar recursos, ajustar o desenvolvimento socioeconômico e satisfazer as variadas dimensões do interesse público.

No âmbito das cidades, a introdução de diretrizes da sustentabilidade no planejamento público representa faces paralelas, entre utopias e urgências alimentadas pelo legislador. Pode revelar um salto caracterizador de verdadeira ruptura de paradigma administrativo, que da política do ostracismo face à exploração predatória começa a se ocupar de ‘agendas verdes’ no resgate do equilíbrio ambiental e da qualidade de vida perdida dos cidadãos, sobretudo no ambiente urbano.

Ora, o pensamento antropocêntrico mantém sua coexistência com visões ambientais insurgentes, como o ecocentrismo, embora os resultados dramáticos da devastação tenham instigado o giro do olhar utilitarista para a perspectiva protecionista que, ainda assim, não perde o homem como o grande protagonista de tais preocupações. A fúria do modelo liberal fez do *homo oeconomicus* de Foucault um ser insensível às questões ambientais que agora não mais se sustenta.

Essas transformações sinalizam a superação da natureza como simples fonte de exploração econômica disposta a pronto-atender às necessidades humanas, passando a ser vista como um bem coletivo essencial a ser preservado como garantia de sobrevivência e bem-estar do homem. Não obstante, a apropriação do valor ao bem ambiental é um passo ainda curto nos avanços que precisam ser tomados para uma gestão pública sustentável eficiente. Apesar de ser o marco de novos tempos em que medidas administrativas precisam ser urgentemente realizadas, momento em que o planejamento se desponha cada vez mais imprescindível.

Só assim a repercussão dessas mudanças pode atingir racionalmente segmentos diversos interligados ao exercício de funções administrativas. Trazer a sustentabilidade à arena do planejamento público significa incorporá-la nas licitações e compras públicas, nas obras e nos serviços vinculados aos planos diretores, bem como na funcionalidade dos projetos urbanísticos. Também envolve planos de ampliação do poder de polícia e o emprego de modernas tecnologias. O patrocínio de todas essas medidas evoca novas formas de investimentos para os Municípios, o que impõe novamente o compartilhamento dessas demandas com outros entes federados, como a União, visando a conjunção de recursos.

Em recortada análise do impacto financeiro dessas ações sobre os contratos administrativos, concluímos que entre eficiência, economicidade e sustentabilidade ambiental

os custos podem ser mitigados por resultados obtidos a partir do argumento de que os direitos não são um mero sistema de preços, sendo a proposta mais vantajosa nem sempre a mais econômica. Percebemos que não se trata de um necessário conflito a ser resolvido por métodos questionáveis como a ponderação de princípios. Foi preciso nos emancipar de uma visão de eficiência aprisionada em simples valores econômicos para se chegar, de acordo com as lições de Washington Albino, a outros níveis de valorações importantes. Assim tornou-se possível visualizar, de fato, a eficiência pública, entendendo que dela podem ser extraídos outras formas de resultados outrora ignorados pela Análise Econômica do Direito, conquanto satisfaçam às necessidades públicas (a qualidade ambiental, por exemplo). A análise da necessidade pela aquisição do bem ou do serviço, o consumo consciente e a realização de campanhas de capacitação para sensibilizar os servidores e colaboradores é um passo importante para a implantação de planos sustentáveis dessa natureza.

Falar em ética ambiental parece ser um argumento abstrato o bastante para se admitir numa ciência tão dogmática como o Direito Administrativo. Mas é uma realidade que precisa ser incorporada pela Administração Pública e dela para os cidadãos. Caso contrário, a sustentabilidade será tão simbólica quanto a legislação ineficaz que dela decorre, ou, ainda, será desacreditada por se tornar simples compromissos dilatórios que jamais se realizam, conforme denuncia Marcelo Neves. Essa seria, portanto, a face sinistra da tentativa de inserção de dimensões sustentáveis ao planejamento.

Em momento anterior a tese sustentou que o emprego da discricionariedade administrativa tem tomado proporções que muitas vezes distanciam a possibilidade de se cumprir a segurança jurídica orçamentária. Em termos de execução do planejamento público essa realidade reflete na mutabilidade do conteúdo prescrito nas leis orçamentárias, sobretudo quando o foco é a razoabilidade do emprego das técnicas de alocação e realocação de recursos afetos à tríade PPA, LDO e LOA. É preciso haver um intenso controle sobre o Poder Público, a fim de se evitar desvios de finalidade ou desperdícios dos recursos públicos.

Muitas vezes, embora haja formalmente o planejamento, o administrador público não consegue cumpri-lo à risca, visto que podem surgir despesas urgentes, ou estas não serem suficientemente dotadas, ou ainda em detrimento de entropias manifestadas supervenientemente. O conjunto desses incidentes ou, quando não, o gozo desenfreado da discricionariedade para justificar opções políticas, faz com que o orçamento acabe sofrendo alterações.

A fim de cobrir com despesas imprevisíveis, o gestor público pode até se valer dos créditos adicionais. Porém, estes somente poderão ser utilizados quando houver recursos

disponíveis, necessitando ainda de autorização legislativa. Nessa esteira, durante a execução orçamentária pode ser que o administrador visualize a necessidade de remanejar receita de uma área de interesse público para outra. Lado outro, o que ocorre, neste caso, são repriorizações de ações e de gastos.

Rearranjos orçamentários dessa natureza, seja pelo emprego da técnica de abertura de crédito suplementar, seja para realizar o remanejamento orçamentário, devem ocorrer somente em casos excepcionais. A razão é que a autorização em excesso poderá fazer com que o orçamento e o planejamento percam seu sentido, atropelando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Essa atitude denuncia os riscos de uma legalidade viciosa que dá espaço a perigosas elisões orçamentárias.

A partir desse contexto, na derradeira parte deste trabalho foi possível confirmar uma de suas mais divergentes hipóteses. Configurada a má gestão, cabe a imputação de responsabilidade jurídica ao agente público por fracassar com os direitos fundamentais ao gerir de forma descontrolada as finanças públicas, resultado da desconexão da execução orçamentária com o planejamento.

Com efeito, é premente a necessidade de intensificação de ações que realizem a fiscalidade da gestão orçamentária para que assim a democracia fiscal se concretize, impulsionando a moralidade administrativa e a boa administração. Seguindo essa linha, a abertura ao Judiciário para a apreciação de gastos desplanejados com o erário que resultem em má administração, gerando danos exagerados e descabidos, é uma forma de tutela do próprio patrimônio público. Partindo desse pressuposto, fica à mostra o objeto da Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa, conquanto seja feita uma releitura do art. 11 da LIA para se abranger como conduta a má gestão (agravada por abandono dos preceitos do planejamento), entendida, portanto, como atentado à eficiência.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 6. ed. rev. e ampl., 2. tiragem. Tradução da 1. ed. brasileira coord. e rev. por Alfredo Bosi. Rev. da tradução e tradução dos novos textos por Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson; REIS, Fábio Wanderley; VELLOSO, João Paulo dos Reis. [et al] **Planejamento e políticas públicas**. Vol. I, n. 1, ago. Brasília: Instituto de Planejamento Econômico e Social, 1989.
- ACCIOLI, Wilson. **Instituições de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano: Fundamentos do Direito Constitucional**. Apresentação Gisele Cittadino. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. 2. ed.. São Paulo: Bomtempo, 2004.
- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 22. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.
- ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- ALMEIDA, Alessandra Bagno Fonseca R. de; PIRES, Cristiano Tolentino. A propriedade privada sob o aspecto transdisciplinar da sustentabilidade e da função social. **Revista de Direito Brasileira**. Ano 3, Vol.5, Maio-Ago, 2013. Disponível em: <http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/download/99/94>. Acesso em: 11 fev. 2015.
- AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ANJOS NETO, Francisco Chaves dos. **Princípio da probidade administrativa** – Regime Igualitário no Julgamento dos Agentes Políticos. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. O Princípio da Eficiência. **Revista de Doutrina da 4ª Região**. Porto Alegre, n. 32, outubro. 2009. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/ed_icao032/alexandre_aragao.html> Acesso em: 26 nov. 2015.
- ARAGÃO, J. Guilherme. **Notas de um observador administrativo**. Brasília: D.A.S.P. Serviço de Documentação, 1961.
- ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. **Filosofando: Introdução à Filosofia**. 2. ed. São Paulo: Moderna, 1993.

ARAÚJO, Marinella Machado; MABRANCHES, Mônica. Condições Institucionais de Cooperação entre os Municípios. In: Luciana Teixeira de Andrade. (Org.). **Como anda Belo Horizonte**. Rio de Janeiro: Observatório das Metrópoles, Letra Capital Editora, 2009.

ARAÚJO, Marinella Machado. A força simbólica dos direitos de minorias: uma breve análise da proteção dos direitos das mulheres no Brasil. In: Alejandro Rosillo Martinez; Urenda Queletzu Navarro Sánchez; Guillermo Luévano Bustamante. (Org.). **Feminismos y derecho**. Diversas perspectivas del derecho, del género y la igualdad. 1ed. San Luis Potosi: UASLP, 2014.

ARAÚJO, Marinella Machado. A força normativa da Agenda 21 no processo de ordenação do espaço urbano dentro do Estado democrático de Direito. In: **II Congresso Brasileiro de Direito Urbanístico: Avaliando o Estatuto da Cidade, 2002**, Porto Alegre. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito Urbanístico: avaliando o Estatuto da Cidade. Porto Alegre: Editora Evangraf, 2002. p. 1-32.

ARAÚJO, Marinella Machado; ALMEIDA, Alessandra Bagno F.R. de . O Direito ao Desenvolvimento Sustentável e a Dimensão Simbólica de sua Aplicação. In: Elcio Nacur Rezende; Valdênia Geralda de Carvalho. (Org.). **Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**. 1ed. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara ESDHC, 2013, v. 1, p. 11-59.

ARAÚJO, Marinella Machado; ALMEIDA, A.B.F.R. de ; SANTOS, A. O. ; NEVES, J. A. G.; MIRANDA, P. M.; SILVA, S. M.; COELHO, K. L. C. **Relatório de Pesquisa A aplicação Simbólica do Princípio do Desenvolvimento Sustentável - GT Justiça Intergeracional**. 1. ed. Belo Horizonte: Ana Paula Costa Melo, 2014. v. 1.

ARAÚJO, Marinella Machado. A proteção das mulheres: direitos com força normativa ou simbólica? In: JUBILUT, Liliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. (Org.). **Direito à diferença**. Volume II- Aspectos de proteção específica às minorias e aos grupos vulneráveis. 1ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 2, p. 311-324.

ARAÚJO, Marinella Machado; AZEVEDO, Eder Marques de. Administração Pública gerencial e planejamento integrado: O orçamento público e as novas estratégias à superação dos custos dos direitos. **Revista Brasileira de Estudos da Função Pública - RBEFP**, v. 6, p. 157-176, 2013.

ARAÚJO, Marinella Machado; AZEVEDO, Eder Marques de. Administração Pública gerencial e planejamento integrado: O orçamento público e as novas estratégias à superação dos custos dos direitos. **Revista Brasileira de Estudos da Função Pública - RBEFP**, v. 6, p. 157-176, 2013.

ARAÚJO, Marinella Machado; AZEVEDO, Eder Marques de. Licitações públicas sustentáveis: os impactos da lei n. 12.349/10 e a colisão entre os princípios do desenvolvimento sustentável e da economicidade. In: SOUZA, Adriano Stanley Rocha; ARAÚJO, Marinella Machado. (Orgs.). **Estudos Avançados de Sustentabilidade Urbano-ambiental**. Belo Horizonte: Arraes, 2014. p. 117-138.

ARAÚJO, Marinella Machado; BARCELOS, Renato de Abreu. Além da legalidade, a legitimidade: Novas possibilidades para a discricionariedade administrativa no paradigma do Estado Democrático de Direito. In: Maria Lírida Calou de Araújo; Mendonça, Irene Patrícia Nohara.. (Org.). **XXII Encontro Nacional do CONPEDI / UNINOVE**. Tema: Sociedade global e seus impactos sobre o estudo e a efetividade do Direito na contemporaneidade. 1ed. Florianópolis: FUNJAB, 2013, v.1, p. 48-77.

ARAÚJO, Marinella Machado; FERES, Anaximandro Lourenço Azevedo; SILVA, Betina Günther. Gestão orçamentária participativa: o papel do Estatuto da Cidade na construção do paradigma de justiça urbanoambiental intergeracional. Anais do XV Encontro Preparatório do Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, v. 1, p. 1-21.

ARAÚJO, Marinella Machado. Fundamentação Jurídico-legal e Financiamento da Cooperação Interinstitucional: construindo administrações públicas dialógicas. In: Erika de Castro e Maciej John Wojciechowski. (Org.). **Inclusão, colaboração e governança urbana**. Perspectivas brasileiras. Belo Horizonte: PUC Minas, 2010, v. 1, p. 141-154.

ARAÚJO, Marinella Machado. Fundamentação Jurídico-legal e Financiamento da Cooperação Interinstitucional: construindo administrações públicas dialógicas. In: Erika de Castro e Maciej John Wojciechowski. (Org.). **Inclusão, colaboração e governança urbana**. Perspectivas brasileiras. Belo Horizonte: PUC Minas, 2010, v. 1, p. 141-154.

ARAÚJO, Marinella Machado. Instrumentos de Gestão Colaborativa. In: Marinella Machado Araújo. (Org.). **Direito Urbanístico Aplicado**. Belo Horizonte: PUC-MG, 2011, v. 1, p. 193-219.

ARAÚJO, Marinella Machado. O Estatuto da Cidade: Em busca do planejamento urbano eficiente. **Ação Ambiental** (UFV), v. 27, p. 28-31, 2004.

ARAÚJO, Marinella Machado. **Participação popular, função legislativa e função executiva**: a contribuição da Lei Orgânica do Município de Belo Horizonte. 20 anos da Lei Orgânica do Município de Belo Horizonte. 2010.

ARAÚJO, Marinella Machado; SOARES, Gabriela Mansur; CAMPOS, Mariano Henrique Maurício de. Gestão democrática das cidades: A Constituição de 1988 é efetiva? Instituto Brasileiro de Direito Urbanístico. In: LIMA, Adriana Nogueira V.; LIBÓRIO, Daniela; FERNANDES, Edésio. (orgs.). **Anais do V Congresso Brasileiro de Direito Urbanístico Manaus 2008**: O Direito Urbanístico nos 20 anos da Constituição Brasileira de 1988 - Balanço e Perspectivas. Porto Alegre: Magister Editora, 2009. Disponível em: http://ibdu.org.br/IBDU_ANAIS_V.pdf. Acesso em: 09 jan. 2016.

ARAÚJO, Marinella Machado; SOARES, Gabriela Mansur. Planejamento urbano participativo: a participação popular como instrumento de formulação e controle dos direitos sociais nas cidades. In: SAULE JR, Nelson et al.. (Org.). **VI Congresso Brasileiro de Direito Urbanístico** - Brasília: por um Direito Urbanístico sem Fronteiras. Porto Alegre: Magister, 2010, v.1, p. 87-108.

ARAÚJO, Marinella Machado; SOUZA, B. L.. Supremacia ou abrangência do interesse público: Breves apontamentos sobre a necessidade de reformulação da visão do interesse público. In: Santiago, Marcus Firmino; CARVALHO NETTO, Menelick de. (Org.). **A**

Constituição de 1988 e as Transformações do Estado Brasileiro. 1ed. Brasília: IDP, 2013, v. 1, p. 104-124.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais”: entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **PUC - Revista de Direito: Direito, Estado e Sociedade.** n.38 p. 6 a 50 jan/jun 2011.

ASSIS, Lucas Aurélio Jost. Participação política e desenvolvimento sustentável. **Sequência - Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC, Florianópolis,** n.40, p.27-39, jul. 2000.

ÁVILA, Humberto. Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na Atividade Administrativa. **Revista Eletrônica de Direito do Estado,** Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 4, outubro/novembro/dezembro, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 22 de fev. de 2016.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. **Revista Diálogo Jurídico,** Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 7, outubro, 2001.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4.ed. rev. 2.tir. São Paulo: Malheiros, 2005.

AZEVEDO, Eder Marques de; ARAÚJO, Marinella Machado. A democracia fiscal no planejamento público participativo: Os impactos da Lei Complementar nº 131/09 no controle das políticas públicas. In: XIMENES, Julia Maurmann, BARROS, Janete Ricken Lopes de. **25 anos da Constituição:** Influências jurídicas, atores políticos e contexto sociológico. XIMENES, JuliaMaurmann; BARROS, Ricken Lopes de. (Org). Brasília: IDP, 2013, v.1, p.63-86.

AZEVEDO, Eder Marques de; ARAÚJO, Marinella Machado. A horizontalização do planejamento no Estado Democrático de Direito: Uma proposta à luz do pacto federativo e da teoria dos custos dos direitos. **Anais do XV Congresso Brasiliense de Direito Constitucional do IDP.** In: SANTIAGO, Marcus Firmino; FISCHER, Octávio Campos. (Org.). 1ed. Brasília: IDP, 2012, v. 1, p. 7-33.

AZEVEDO, Eder Marques de; ARAÚJO, Marinella Machado. Consórcios públicos e parcerias público-privadas: novos instrumentos para a sustentabilidade financeira do planejamento de cidades sustentáveis. In: MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo e; BESTER, Gisela Maria; CADEMARTORI, Luiz Henrique. (Org.). **Direito e Administração Pública II.**1.ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. 1, p. 186-217.

AZEVEDO, Eder Marques de; ARAÚJO, Marinella Machado. Pacto federativo e os desafios à concretização do princípio da eficiência: Articulações interinstitucionais no federalismo de cooperação em prol do direito à boa administração. In: CIARLINI, Álvaro Luis de A. S.; VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira; CORREIA NETO, Celso de Barros. (Org.). **Pacto Federativo.** 1ed. Brasília: IDP, 2014, p. 52-78.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo.** 29. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discrecionalidade e controle judicial**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BARCELOS, Renato de Abreu. **Linguagem, discurso e deliberação**: a democratização da discrecionalidade administrativa no paradigma do estado democrático de direito. Orientadora: Marinella Machado Araújo. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2014, 285f.

BARCELLOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: **Legitimação dos Direitos Humanos**. Ricardo Lobo Torres [org.], Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1994.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed., rev., e atual. por Samantha Meyer-Pflug. Prefácio de Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros: 2010.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. Prefácio de Luciano Ferraz. 2. ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

BELO HORIZONTE. PORTAL PMBH. **Contas Públicas**. Disponível em: http://portalpbb.pbh.gov.br/pbh/ecp/comunidade.do?evento=portlet&pIdPlc=ecpTaxonomiaMenuPortal&app=contaspublicas&tax=11734&lang=pt_BR&pg=6420&taxp=0&. Acesso em: 29 set. 2015.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**: Uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

BERCOVICI, Gilberto. **Direito Econômico do Petróleo e dos Recursos Minerais**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

BERNARDES, Wilba Maia. **Federação e federalismo**: Uma análise com base na superação do Estado Nacional e no contexto do Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

BINENBOJM, Gustavo. 2008. A constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 13, mar/abr/maio 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 12 fev. 2016.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**: Direitos fundamentais, Democracia e Constitucionalização. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2006.

BITAR, Orlando. **Obras completas de Orlando Bitar**: Estudos de Direito Constitucional e Direito do Trabalho. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, Vol. II.

BOLONHA, Carlos; EISENBERG, José; RANGEL, Henrique. Problemas institucionais no constitucionalismo contemporâneo. **Direitos fundamentais & Justiça** – Caderno Doutrina Nacional. ANO 5, nº 17, p. 288-309, OUT./DEZ. 2011.

BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta** – Temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no Federalismo das Regiões. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28. ed., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2013.

BORJA, Rodrigo. **Derecho político y Constitucional**. Sección de Obras de Política y Derecho. México: Fondo de Cultura Económica, 1992.

BRASIL. Conclusões das teses aprovadas em plenária no I Congresso do Patrimônio Público e Social do Ministério Público do Estado de São Paulo realizado nos dias 18 a 21 de agosto de 2010. **Portal do Ministério Público do Estado de São Paulo**. Disponível em: http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/cao_cidadania/Congresso/Congresso_Pat_Publico/Conclusoes_teses.doc. Acesso em: 11 jan. 2013.

BRASIL. **Consórcio Intermunicipal de Desenvolvimento Econômico e Social do Leste de Minas**. (CIDES-Leste). Disponível em: <http://cidesleste.com.br/?i=consorcio>. Acesso em 12 fev. 2015.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 05 nov. 2015.

BRASIL. **Controladoria-Geral da União**. Portal da Transparência. Disponível em: <http://transparencia.gov.br/despesasdiarias/saiba-mais>. Acesso em: 15 jun 2016.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 200**, de 25 de fevereiro de 1967. “Dispõe sobre a organização da Administração Pública Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências.” Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del0200.htm. Acesso em: 23 dez. 2013.

BRASIL. **Índice Firjan de Gestão Fiscal**. (FIRJAN). Disponível em: http://www.firjan.org.br/IFGF/download/IFGF_2010.pdf. Acesso em 05 ago. 2014.

BRASIL. **Índice de Transparência**. Disponível em: <http://indicedetransparencia.com/edicao-2014/>. Acesso em: 04 fev. 2015.

BRASIL, **Lei Complementar nº 101**, de 04 de maio de 2000. “Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm. Acesso em: 08 jun. 2014.

BRASIL, **Lei Complementar nº 131**, de 27 de maio de 2009. “Acrescenta dispositivos à Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências, a fim de determinar a disponibilização, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Acesso em: 08 jun. 2014.

BRASIL. **Lei Complementar nº 140**, de 8 de dezembro de 2011. “Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei no 6.938, de 31 de agosto de 1981.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp140.htm. Acesso em: 25 set. 2014.

BRASIL. **Lei nº 12.527**, de 18 de novembro de 2011. “Lei de Acesso à Informação”. Recomendações aos Tribunais de Contas do Brasil. Grupo de Comunicação Institucional (GCI/PROMOEX). Disponível em: http://www.controlepublico.org.br/files/Carta%20de%20Recomenda%C3%A7%C3%B5es%20aos%20TCs%20sobre%20a%20Lei%2012_527.pdf. Acesso em: 08 ago. 2014.

BRASIL. **Lei nº 1.079**, de 10 de abril de 1950. “Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1079.htm. Acesso em: 25 abr. 2013.

BRASIL. **Lei nº 4.320**, de 17 de março de 1964. “Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm. Acesso em 20 jul. 2012.

BRASIL. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. “Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências”. Brasília: Congresso Nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em 24 ago. 2013.

BRASIL. **Lei nº 8.429**, de 2 de junho de 1992. “Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm. Acesso em: 04 nov. 2015.

BRASIL. **Lei nº 10.257**, de 10 de julho de 2001. “Regulamenta os arts. 182 e 183 da 292 Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm. Acesso em: 08 jun. 2013.

BRASIL. **Lei nº 10.582**, de 27 de dezembro de 2012. Estima a receita e fixa a despesa do Município para o exercício financeiro de 2013. Disponível em:

http://portalpbh.pbh.gov.br/pbh/ecp/comunidade.do?evento=portlet&pIdPlc=ecpTaxonomiaMenuPortal&app=contaspublicas&tax=11728&lang=pt_BR&pg=6420&taxp=0&. Acesso em: 12 fev. 2015.

BRASIL. **Lei nº 10.836**, de 09 de janeiro de 2004. Cria o Programa Bolsa Família e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.836.htm. Acesso em: 14 out. 2015.

BRASIL. **Lei nº 11.107**, de 6 de abril de 2005. Estabelece normas gerais de contratação de consórcios públicos. Brasília: Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/Lei/L11107.htm. Acesso em 06 set. 2013.

BRASIL. **Lei nº 11.445**, de 5 de janeiro de 2007. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico. Brasília: Congresso Nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111445.htm. Acesso em: 10 set. 2013.

BRASIL. **Lei nº 12.305**, de 02 de agosto de 2010. Política Nacional de Resíduos Sólidos. Brasília: Congresso Nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112305.htm. Acesso em: 06 ago. 2013.

BRASIL. **Lei nº 12.349**, de 15 de dezembro de 2010. “Altera as Leis nos 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.958, de 20 de dezembro de 1994, e 10.973, de 2 de dezembro de 2004; e revoga o § 1º do art. 2º da Lei nº 11.273, de 6 de fevereiro de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12349.htm. Acesso em: 29 set. 2015.

BRASIL. **Lei nº 12.587**, de 3 de janeiro de 2012. “Institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana; revoga dispositivos dos Decretos-Leis nos 3.326, de 3 de junho de 1941, e 5.405, de 13 de abril de 1943, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e das Leis nos 5.917, de 10 de setembro de 1973, e 6.261, de 14 de novembro de 1975; e dá outras providências.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112587.htm. Acesso em: 16 set. 2013.

BRASIL. **Lei nº 12.608**, de 10 de abril de 2012. “Institui a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil - PNPDEC; dispõe sobre o Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil - SINPDEC e o Conselho Nacional de Proteção e Defesa Civil - CONPDEC; autoriza a criação de sistema de informações e monitoramento de desastres; altera as Leis nºs 12.340, de 1º de dezembro de 2010, 10.257, de 10 de julho de 2001, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.239, de 4 de outubro de 1991, e 9.394, de 20 de dezembro de 1996; e dá outras providências.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12608.htm. Acesso em: 16 set. 2014.

BRASIL. **Lei nº 13.115**, de 20 de abril de 2015. Estima a receita e fixa a despesa da União para o exercício financeiro de 2015. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/comissao/index/mista/orca/orcamento/or2015/lei/Lei13115-2015.pdf>. Acesso em: 29 set. 2015.

BRASIL. **MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO**. PRONAF Sustentável: Plano de Desenvolvimento Sustentável da Unidade Familiar. Disponível em:

http://www.agricultura.gov.br/arq_editor/file/camaras_setoriais/Mel_e_produtos_apicolas/19_reuniao/Plano_de_desen.pdf. Acesso em: 16 set. 2013.

BRASIL. **MINISTÉRIO DA FAZENDA**. Secretaria do Tesouro Nacional (STN). Disponível em: http://www.stn.fazenda.gov.br/estados_municipios/download/CartilhaFPE.pdf. Acesso em 05 abr. 2013.

BRASIL. **MINISTÉRIO DA FAZENDA**. **Secretaria do Tesouro Nacional (STN)**. Fundo de Participação dos Municípios – FPM. Disponível em:

http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/estados_municipios/download/CartilhaFPM.pdf. Acesso em: 13 mar 2014.

BRASIL. **MINISTÉRIO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL**.

<http://www.integracao.gov.br/cidadesresilientes/>. Acesso em: 18 out. 2015.

BRASIL. **MINISTÉRIO DAS CIDADES**. Disponível em <http://www.cidades.gov.br>. Acesso em: 21 set. 2013.

BRASIL. **MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTERIOR**. Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/sitio/>. Acesso em: 21 fev. 2015.

BRASIL. **MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE**. Cidades Sustentáveis. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/cidades-sustentaveis>. Acesso em: 17 set. 2013.

BRASIL. **MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO**. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/noticia.asp?p=not&cod=7571&cat=155&sec=10>. Acesso em: 07 abr. 2013.

BRASIL. **Pesquisa de Informações Básicas Municipais**: Perfil dos Municípios Brasileiros 2011. Rio de Janeiro: IBGE – Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, 2012.

BRASIL. **Pesquisa Nacional de Saneamento Básico**: 2008. Rio de Janeiro: IBGE – Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, 2010.

BRASIL. **PORTAL AUDITORIA CIDADÃ DA DÍVIDA**. Disponível em:

<http://www.auditoriacidada.org.br/a-logica-perversa-da-divida-e-o-orcamento-de-2015/>. Acesso em: 18 fev. 2016.

BRASIL. **PORTAL BRASIL**. Disponível em:

<http://www.brasil.gov.br/infraestrutura/2014/09/ibge-metadados-brasileiros-teve-acesso-a-internet-em-2013>. Acesso em: 04 fev. 2015.

BRASIL. **PORTAL BRASILEIRO DE DADOS ABERTOS**. Sistema de Gestão de Convênios (SICONV). Disponível em: <http://dados.gov.br/dataset/siconv>. Acesso em: 18 out. 2015.

BRASIL. **PORTAL DA SECRETARIA DE ORÇAMENTO FEDERAL**. Carta de Serviços – SIOP. Disponível em: <http://www.orcamentofederal.gov.br/biblioteca/cartas-de-servico/carta-de-servico-SIOP.pdf>. p.1. Acesso em: 31 set. 2015.

BRASIL. **PORTAL DO GOVERNO DO ESTADO DO MATO GROSSO**. Disponível em: <http://www.mt.gov.br/>. Acesso em: 11 set 2015.

BRASIL. **PORTAL DO MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL E COMBATE À FOME**. Programa Bolsa Família. Disponível em: <http://www.mds.gov.br/bolsafamilia>. Acesso em: 12 out. 2015.

BRASIL. **PORTAL DO ORÇAMENTO PÚBLICO**. Disponível em: <http://www.orcamento.org>. Acesso em: 23 set. 2015.

BRASIL. **PORTAL DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2293035.PDF>. Acesso em: 01 ago. 2014.

BRASIL. **PORTAL MEU MUNICÍPIO**. Disponível em: <http://www.meumunicipio.org.br/meumunicipio/municipio/310620#comparacao>. Acesso em: 07 fev. 2015.

BRASIL. **SECRETARIA DE ESTADO DE DEFESA CIVIL**. Governo de Santa Catarina. Disponível em: <http://www.defesacivil.sc.gov.br/index.php/municipios/cidadesresilientes.html>. Acesso em: 18 out. 2015.

BRASIL. **SECRETARIA DE ESTADO E FAZENDA DE MINAS GERAIS**. Disponível em: <http://www.fazenda.mg.gov.br/>. Acesso em: 19 abr. 2013.

BRASIL, **SECRETARIA DE ESTADO DE DESENVOLVIMENTO REGIONAL E POLÍTICA URBANA (SEDRU)**. Disponível em: <https://www.mg.gov.br/governomg/portal/s/governomg/8717-secretarias-de-estado/1471-1471/5794/5040>. Acesso em: 19 dez. 2011.

BRASIL. **SECRETARIA DE GESTÃO E PLANEJAMENTO DO ESTADO DE GOIÁS**. (SGC Goiás). IV Congresso ConSad de Gestão Pública. Relatório Impactos socioeconômicos da Copa do Mundo de 2014. http://www.sgc.goias.gov.br/upload/arquivos/2011-06/painel_15-052_053_054_055.pdf. Acesso em: 15 out. 2015.

BRASIL. SENADO FEDERAL. **LegisSenado**. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=13/11/2013&paginaDireta=81254>). Acesso em: 13 nov. 2013.

BRASIL. SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei de Qualidade Fiscal**. Disponível em: http://www.senado.gov.br/comissoes/CAE/AP/AP20100413_Ministerio_da_Fazenda.pdf. Acesso em: 19. jun. 2014.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Jurisprudência em teses**: Improbidade administrativa. 38ª Edição. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/Print/pt_BR/noticias/noticias/Improbidade-administrativa-

%C3%A9-tema-da-nova-edi%C3%A7%C3%A3o-de-Jurisprud%C3%Aancia-em-Teses.
Acesso em: 04 nov. 2015.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp. n. 208893-PR**. 2ª Turma. Rel. Min. Franciulli Netto, Julgado em: 19.12.03. Publicado em: 22.03.04.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 416329/RS**, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/08/2002, DJ 23/09/2002.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp. n. 493811-SP**. 2ª Turma. Rel. Min. Eliana Calmon. Julgado em: 11.11.03. Publicado em: 15.03.04.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, **REsp. n. 1043052 / MG**, Quarta Turma, Relator Ministro HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO, julgado em 08.06.2010.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 1.286.631 – MG**. Relator Ministro Castro Meira. Julgamento em: 15.08.13.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI nº 4048 MC**, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 14.05.2008, DJe-157 DIVULG 21-08-2008 PUBLIC 22-08-2008 EMENT VOL-02329-01 PP-00055 RTJ VOL-00206-01 PP-00232.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI nº 4049 MC**, Relator(a): Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05.11.2008, DJe-084 DIVULG 07-05-2009 PUBLIC 08-05-2009 EMENT VOL-02359-02 PP-00187 RTJ VOL-00211- PP-00247.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Extradição nº 1085/ Reclamação nº 11.243**. Rel. Min. Gilmar Mendes. Redator do Acórdão: Min. Luiz Fux. Julgado em: 08.06.11. Publicado em: 05.10.11. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1495257>. Acesso em: 13 jan. 2015.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Informativo do STF - ADPF 45**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>. Acesso em: 14 abr. 2013.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida Cautelar na AC 2.383 MC-QO / DF**. Relator: Min. Ayres Britto. Julgado em: 27.03.12.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 607.940 DF**. Relator: Min. Ayres Britto. Julgado em: 09.02.10. Publicado em: 08.06.11.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI nº 4048 MC**, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 14.05.2008, DJe-157 DIVULG 21-08-2008 PUBLIC 22-08-2008.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI nº 4049 MC**, Relator(a): Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05.11.2008, DJe-084 DIVULG 07-05-2009 PUBLIC 08-05-2009.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo Regimental no RE n. 393175- RS**, rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma do STF, Publicado em: 02.02.2007. Julgado em: 12.12.2006.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo Regimental no RE n. 410.715-SP**, rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma do STF, Julgado em: 03.02.06.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **AGRRE nº 259.508**, 2ª T., Relator: Min. Maurício Corrêa. Julgado em 16.02.01.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **AGRRE nº 271.286-8/RS**. 2ª T. Relator: Min. Celso de Mello, Julgamento em 12.09.00, DJ de 24.11.00.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF n. 45**. Rel Min. Celso de Mello. Julgado em: 29.04.2004. Publicado em: 04.05.2004.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC nº 89.429**. Relatora: Min. Cármen Lúcia, julgamento em 22.8.2006, Primeira Turma, DJ de 2.2.2007.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **MS 25.284**, Rel. Min. Marco Aurélio. Julgamento em 17.6.2010, Plenário, DJE de 13.08.2010.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário nº 405386**, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 26.02.2013.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário n. 642536 – AP**, rel. Min. Luiz Fux. Julgado em: 13.09.2011. Publicado em: 26.09.11.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RMS n. 24.699-9 DF**. Relator Min. Eros Grau. Julgado em: 30.11. 2004.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo de Instrumento nº 540.853-5**. Agte.(s) MG. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgado em 24 maio 2005.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **AP 470 ED**. Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 05.09.2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO e Informativo nº 715, período de 12 a 16 ago. 2013.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agr. 745.745/MG**. Relator Ministro Celso de Mello. 2. Turma. Julgado em: 02.12.2014.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 635739 / AL**. Relator Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em: 19.02.2014.

BRASIL. PORTAL DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Disponível em: <http://www.tce.mg.gov.br/>. Acesso em: 20 ago 2014.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Prestação de Contas do Executivo Municipal. Processo nº: 843099**. Procedência: Prefeitura Municipal de Ibiá - Parte(s): Ivo Mendes Filho. Relator: Conselheiro Cláudio Terrão. Sessões dos dias: 10/04/12 – 17/04/12 – 04/09/12. Disponível em: <http://tcnotas.tce.mg.gov.br/TCJuris/Nota/BuscarArquivo/189431>. Acesso em: 28 nov. 2012.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Ag. Inst. nº 42.530.5/4**, 2ª Câmara de Direito público, Rel. Des. Alves Bevilacqua. Julgado em 11.11.97. Publicado em: 10.12.97.

BRASIL, TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. **O Tribunal da Gestão Financeira dos Prefeitos**. TSURDA, Pedro Issamu, CONSOLA, Alexandre Teixeira [Coord]. Fev.2012.

BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **Embargos de Declaração 1.0000.08.469732-5/005**, Relator(a): Des.(a) Herculano Rodrigues , 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 11.10.2012, publicação da súmula em 22.10.2012.

BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **Apelação Cível 1.0024.04.384585-8/002**, Relator(a): Des.(a) Célio César Paduani , 4ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 01.06.2006, publicação da súmula em 10.10.2006.

BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **Apelação Cível 1.0183.08.154035-7/001**, Relator(a): Des.(a) Elias Camilo , 3ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 13.06.2013, publicação da súmula em 21.06.2013.

BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **Apelação Cível 1.0223.11.008870-3/001**, Relator(a): Des.(a) Elias Camilo , 3ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 10.10.2013, publicação da súmula em 23.10.2013.

BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **Apelação Cível nº 1.0271.02.015125-1/001**, Relator(a): Des.(a) Elpídio Donizetti , 8ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 05.07.2012, publicação da súmula em 17.07.2012.

BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **Apelação Cível/Reexame Necessário 1.0023.08.008148-4/001**, Relator(a): Des.(a) Washington Ferreira , 7ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 11.12.2012, publicação da súmula em 14.12.2012.

BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **Reexame Necessário Cv 1.0647.02.020973-8/001**, Relator(a): Des.(a) Brandão Teixeira , 2ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 30.08.2005, publicação da súmula em 23.09.2005.

BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **Apelação Cível 1.0439.05.041685-8/003**, Relator(a): Des.(a) Marcelo Rodrigues , 2ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 24/09/2013, publicação da súmula em 04/10/2013.

BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **Apelação Cível nº 1.0024.08.983692-8/001** - Comarca de Belo Horizonte - Apelante(S): Município Belo Horizonte e Outro(A)(S) - Apelado(A)(S): Wanderley Gomes de Oliveira - Relatora: Exmª. Srª. Desª. Albergaria Costa – Data do julgamento: 04/12/2008; Data da Publicação: 27/01/2009.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. **Agravo de Instrumento n. 97.000511-3**. rel. Des. Sérgio Paladino, Julgado em 18.09.97.

BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **Apelação n° 994.09.303410-0**. Relator Des. Borellt Thomaz e Luciana Bresciani. 13ª Câmara de Direito Público. Julgamento em: 11.08.2010.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **Apelação Cível n° 994.09.303410-0**. Peiretti de Godoy. Julgado em: 11.10.10.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. 3ª REGIÃO. **Agravo de Instrumento n° 0008474-47.2014.4.03.0000/SP 2014.03.00.008474-5/SP**. Relator: Des. Federal Márcio Moraes. Julgado em 15.04.14, publicado em 23.04.15.

BRASIL, TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO, **Apelação Cível: AC 401235 AL 0003652-32.2005.4.05.8000**, Primeira Turma, Relator Desembargador Federal Francisco Wildo, julgado em 15.03.2007.

BRASIL, TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Recurso Especial Eleitoral n° 25.120**, Classe 22ª Goiás (123ª Zona – Alvorada do Norte), Relator Ministro Caputo Bastos. Julgamento em: 21.06.05.

BRASIL.IBGE. **PNAD**. Disponível em: <http://cod.ibge.gov.br/2426G>. Acesso em: 05 fev. 2015.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Direito e Decisão Racional**: Temas de Teoria da Argumentação Jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CABRAL, Prudêncio Geraldo Tavares da Veiga. **Direito Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro: Laemmert, 1859. (Setor de Obras Raras. Biblioteca Central, UNB).

CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**. 7. ed., atualizada, revista e com índice remissivo. Lisboa: Coimbra Editora, 1965.

CALIENDO, Paulo. **Direito Tributário e Análise Econômica do Direito**: uma visão crítica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

CALIL, Mário Lúcio Garcez. **Efetividade dos direitos sociais**: Prestação jurisdicional com base na ponderação de princípios. São Paulo: Nuria Fabris, 2012.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Custos dos direitos e reforma do Estado**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2008.

CAMPBELL, Joseph. **O poder do mito**. Com Bill Moyers. Org. por Betty Sue Flowers; tradução de Carlos Felipe Moisés. São Paulo: Palas Atena, 1990.

CAMPOS, Anna Maria. **Accountability**: quando poderemos traduzi-la para o português? *Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro, n. 24, pp. 30-50, fev./abr. 1990.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes Canotilho. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.

CANOTILHO, José Joaquim. Gomes Canotilho; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato [orgs]. **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

CAPUTO, Vitor. Mais da metade dos brasileiros são usuários da internet. In **RevistaExame**, Tecnologia, 26 jun. 2014. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/tecnologia/noticias/mais-da-metade-dos-brasileiros-sao-usuarios-da-internet>. Acesso: 23 abr. 2015.

CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. [coordenadores.]. **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas, 2011.

CARTA DE ATENAS. Disponível em: [HTTP://www.icomos.org.br/cartas/Carta_de_Atenas_1933.pdf](http://www.icomos.org.br/cartas/Carta_de_Atenas_1933.pdf). Acesso em: 18 ago. 2015.

CARVALHAIS, Fernanda Vieira Souza. O Direito Administrativo como engrenagem da democracia: Uma análise a partir da Teoria Crítica Constitucional de Ricardo Sanín Restrepo. Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara; MEYER, Emilio Peluso Neder; RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; REPOLES, Maria Fernanda Salcedo (Coord.)– Florianópolis: CONPEDI, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2014.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. Ações afirmativas na lei de licitações. In: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; CASTRO, Sérgio Pessoa de Paula [Coord.]. **Tendências e perspectivas do Direito Administrativo**: uma visão da escola mineira. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 113-197.

CASSESE, Sabino. **A crise do Estado**. Tradução Ilse Paschoal Moreira e Fernanda Landucci Ortale. Campinas, São Paulo: Saberes, 2010.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet**: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Tradução: Gloria Rodrigues. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2003.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Tradução: Gloria Rodrigues 6ª Edição. São Paulo: Editora Paz e Terra, 1999.

CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade**. Tradução: Gloria Rodrigues. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. **Tratado de Sciencia da Administração e Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1906.

CASTRO, José Nilo de. **Direito Municipal Positivo**. 6. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**. Vol. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1964.

CHAGAS, Afonso Maria das. A fragilização dos princípios ambientais pela retórica da sustentabilidade: meio ambiente e conferências do clima. **Revista USCS – Direito – ano XI - n. 23 – jul./dez. 2012**, p. 1-26.

CHAUI, Marilena. **Convite a Filosofia**. 12. ed. São Paulo: Editora Ática, 2001. CHOAY, Françoise. **O Urbanismo: Utopias e realidades – uma antologia**. 5. ed. São Paulo: Editora Perspectiva S. A., 2002.

CIARLINI, Álvaro de A. S. **Direito à saúde: Paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição**. 1.ed. 2013. 2. Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014.

CIPRIANI, Juliana, MAAKAROUN, Bertha, et all. **Municípios criados sem estrutura sobrevivem apenas com verba do Fundo de Participação**. EM, Belo Horizonte, mar. 2012. Disponível em: http://www.em.com.br/app/noticia/politica/2012/03/18/interna_politica,284033/municipios-criados-sem-strutura-sobrevivem-apenas-com-verba-do-fundo-de-participacao.shtml. Acesso em: 18.mar.14.

CITTADINO, Gisele. **Direito e justiça distributiva**. Elementos da filosofia constitucional contemporânea. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

CLARK, Giovani; CORRÊA, Leonardo Alves; NASCIMENTO, Samuel Pontes do. Ideologia constitucional e pluralismo produtivo. **Revista Faculdade de Direito UFMG**, Número Esp. em Memória do Prof. Washington Peluso Albino de Souza, p. 265-300, 2013.

CLARK, Giovani. **O Município em face do Direito Econômico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CLARK, Giovani. Política Econômica e Estado. In: **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 53, p. 103-118, jul./dez. 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil – Obrigações e Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONTI, José Maurício. **Federalismo fiscal e Fundos de Participação**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

CORRÊA, Luciana Perpétua. **Adoção da Teoria Neoprocessualista pelo STF e a legitimidade do MP para ajuizar Ação Civil Pública em defesa do direito à saúde em favor de pessoa carente**. Disponível em: [http:// aplicação.mp.mg.gov.br](http://aplicação.mp.mg.gov.br). Acesso em: 27 jul. 2011.

COSTA, Gustavo Vidigal; CLARK, Giovani. O Desplanejamento Estatal: o exemplo da Copa do Mundo de 2014 no Brasil. **Revista Eletrônica Publicadireito**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=d1c38a09acc34845>. Acesso em: 15 out. 2015.

COSTA, Gustavo Vidigal. **O planejamento do Estado e o papel fiscalizatório dos Tribunais de Contas**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015.

COSTA, Jorge Gustavo. **Planejamento governamental: A Experiência Brasileira**. Rio de Janeiro: Fundação Gétúlio Vargas, Instituto de Documentação Serviços de Publicações, 1971.
COSTA, Lúcio. **Biblioteca Educação é cultura: Arquitetura**. Rio de Janeiro: Bloch: FENAME, 1980.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CRETELLA JUNIOR, José. **Das licitações públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CROISAT, Maurice. **El federalismo en las democracias contemporâneas**. Tradução de María Torres. Barcelona: Hacer, 1995.

CRUZ, Alcides. **Direito Administrativo Brasileiro** – Exposição sumaria e abreviada. 2. ed., corrigida e ampl. Rio de Janeiro: Francisco Alves & Cia, 1914.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **A resposta correta: incursões jurídicas e filosóficas sobre as teorias da justiça**. Apresentação Rodolfo Viana Pereira. Belo Horizonte: Arraes, 2011.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica jurídica e(m) debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; GUIMARÃES, Ana Carolina Pinto Caram. Regras e princípios: uma visão franciscana. **Artigo Científico. PPGD**. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. [Coord.] (O) Outro (e) (o) Direito. Vol. I. Belo Horizonte: Arraes, 2015.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. Florianópolis: Podium, 2011.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **A efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível**. Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. 3. ed., Salvador: Editora Juspodium, 2008.

DALLARI, Adilson Abreu. Orçamento Impositivo. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coords.). **Orçamentos públicos e Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DAMOUS, Wadih. Cidades e Sustentabilidade. (Prefácio). In: AHMED, Flávio; COUTINHO, Ronaldo. **Cidades sustentáveis no Brasil e sua tutela jurídica**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. vii.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitoshumanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf. Acesso em: 02 jul. 2013.

DEEBEIS, Toufic Daher. **Elementos de Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 1999.

DERBLI, Felipe. **O princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DEUTSCH, Karl. **Política e Governo**. Tradução de Maria José Matoso Miranda Mendes. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1983.

DIAS, José Eduardo Figueiredo; OLIVEIRA, Fernanda Paula. **Noções fundamentais de Direito Administrativo**. 2. ed., reimpressão. (Manuais universitários). Coimbra, Portugal: Almedina, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DOWBOR, Ladislau. **Introdução ao planejamento municipal**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987.

DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. **Direito à saúde e teoria da argumentação**: Em busca da legitimidade dos discursos jurisdicionais. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fonte, 2003.

EISENBERG, José; CEPIK, Marco. [orgs.] **Internet e Política**: Teoria e Prática da Democracia Eletrônica. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de Direito Administrativo Positivo**. 7. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

FATTORELLI, Maria Lucia. **Auditoria cidadã da dívida dos Estados**. 1. ed., Brasília/DF: Inove, 2013.

FEIJÓ, Alexsandro Rahbani Aragão. **As leis do orçamento como instrumento técnico financeiro de controle para efetivação de políticas públicas de acessibilidade**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

FERNANDES, Edésio. **Direito Urbanístico**. 1.ed. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 1998.

FERRAZ, Leonardo de Araújo. **Crítica à concepção clássica dos conceitos jurídicos (in)determinados à luz do giro linguístico-pragmático da filosofia**: por uma desconstrução do Direito (Administrativo). Orientador: Álvaro Ricardo de Souza Cruz. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte: 2012, 236p.

FERRAZ, Leonardo de Araújo. **Princípio da proporcionalidade**: uma visão com base nas doutrinas de Robert Alexy e Jürgen Habermas. Prefácio Álvaro Ricardo de Souza Cruz. Belo Horizonte: Dictum, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FERREIRA, Daniel. **A licitação pública no Brasil e sua nova finalidade legal**: A promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Prefácio de Fabrício Mota. Apresentação de Luis Manuel Fonseca Pires. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FERREIRA, Heline Sivini; LEITE, José Rubens Morato; BORATTI, Larissa Verri. [orgs.] **Estado de Direito Ambiental**: Tendências. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. Eficácia jurídica dos planos de desenvolvimento econômico. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, nº 140, pp. 16-35, abr./jun. 1980.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. **Direito Constitucional Comparado**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

FOOD RESEARCH & ACTION CENTER. **SNAP/Food Stamps**. Disponível em: <http://frac.org/federal-foodnutrition-programs/snapfood-stamps/>. Acesso em: 15 out. 2015.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Trad. Organização e tradução de Roberto Machado. 17.ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2002.

FOUCAULT, Michel. **O nascimento da biopolítica**. Edição estabelecida por Michel Senellart sob a direção de François Ewald e Alessandro Fontana. Tradução de Eduardo Brandão. Revisão da tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FRANCO SOBRINHO, Manuel de Oliveira. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1979.

FREITAS, Juarez. **Discrecionalidade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: Direito ao futuro**. 1. ed., reimp. Belo Horizonte: Fórum: 2011.

FREZATTI, Fábio. **Orçamento empresarial: planejamento e controle gerencial**. 5. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2009.

FRIEDE, Reis. **Curso de Direito Administrativo: em forma de perguntas, respostas e diagramas explicativos**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

FURLAN, Fabiano Ferreira. **A corrupção política e o Estado Democrático de Direito**. 2. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Arraes, 2014.

FURTADO, José de Ribamar Caldas. Créditos Adicionais versus transposição, remanejamento ou transferência de recursos. In: PEREIRA, Vânia de Fátima [coord.]. **Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal**. 2006. Disponível em: <http://www.tc.df.gov.br/app/biblioteca/pdf/PE500398.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2013.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed., rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2005.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil**. 11. ed.; rev.; atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GIACOMONI, James; PAGNUSSAT, José Luiz [organizadores]. **Planejamento e orçamento governamental – Coletânea**. Brasília: ENAP, 2006, Vol.2.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública: O conteúdo dogmático da moralidade administrativa**. 2.ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2013.

GINSBURG, Carlo. **Olhos de Madeira – nove reflexões sobre a distância**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

GYÓRFI, Tamás. In Search of a First-Person Plural, Second-Best Theory of Constitutional Interpretation. Special Issue: Constitutional Reasoning. **German Law Journal**. Lecturer in Law, University of Aberdeen, U.K. Email: t.gyorfi@abdn.ac.uk. Vol. 14, nº 08, 2013, p. 1077-1108. Disponível em: [Http: //www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol14-No8/14.8.6.pdf](http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol14-No8/14.8.6.pdf). Acesso em: 21 Jan. 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia**. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUERRA, Evandro Martins. **Direito Financeiro e controle da atividade financeira estatal**. Prefácio de Carlos Pinto Coelho Motta. 3. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GYÓRFI, Tamás. In Search of a First-Person Plural, Second-Best Theory of Constitutional Interpretation. Special Issue: Constitutional Reasoning. **German Law Journal**. Lecturer in Law, University of Aberdeen, U.K. Email: t.gyorfi@abdn.ac.uk Vol. 14, nº 08, 2013, p. 1077-1108. Disponível em: <http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol14-No8/14.8.6.pdf> . Acesso em: 21 jan. 2015.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I e II.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Técnica e ciência como ideologia**. Lisboa, Portugal: Edições 70, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **Teorias da verdade**. Wirklichkeit und Reflexion H. Fahrenbach, Pfullingen, __, p. 211-266, __. Tradução de Antônio Cota Marçal. 1973 (Texto traduzido para a circulação interna do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Minas).

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Parte I. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2005.

HENRIQUES FILHO, Tarcísio; LELIS, Davi Augusto Santana de; LUZ SEGUNDO, Elpídio Paiva; OLIVEIRA, Fabiano Gomes de. [Orgs.]. **Direito econômico**: Estudos em homenagem ao professor Giovani Clark. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. 20. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HINCAPIÉ, Gabriel Méndez; RESTREPO, Ricardo Sanín. La constitución encriptada: Nuevas formas de emancipación del poder global. **Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales**. Ano IV, nº 8, Julio-Diciembre, 2012, p. 1-25.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights**: why liberty depends on taxes. New York: Norton & Co., 1999.

HORBACH, Carlos Bastide; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos; AMARAL FILHO, Marcos Jordão Teixeira do; TOBA, Marcos Maurício; MEDAUAR, Odete [coord.]. **Estatuto da Cidade** - Lei 10.257, de 10.07.2001 Comentários. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revisa dos Tribunais, 2004.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 5. ed., rev. e atual. por Juliana Campos Horta. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HUISMAN, Denis. **Dicionário dos Filósofos**. Diretor da publicação Denis Huisman. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

JELLINEK, Georg. **Teoria General del Estado**. Tradução da segunda edição alemã por LOS RIOS, Fernando de. Buenos Aires: Albatros, 1970.

JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**: Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução do original alemão Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.

JUND, Sergio. **Administração, Orçamento e Contabilidade Pública**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Revista dos Tribunais, 2014.

KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KRELL, Andreas J. **Discrecionalidade administrativa e conceitos legais indeterminados**: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos. 2. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

KRELL, Andreas J. **Leis de normas gerais, regulamentação do Poder Executivo e cooperação intergovernamental em tempos de Reforma Federativa**. Belo Horizonte: Forum, 2008.

LACOMBE, Francisco; HEILBORN, Gilberto. **Administração: Princípios e Tendências**. São Paulo: Saraiva, 2003.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. 6.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001.

LEITE, Harrison Ferreira. **Autoridade da lei orçamentária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMA, Liliane Chaves Murta de. **Controle interno na administração pública: O controle interno na administração pública como um instrumento de *Accountability*. Portal do Tribunal de Contas da União**. 2012. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2541195.PDF>. Acesso em 08 out. 2013.

LOIS, Cecília Caballero [org.]. **Justiça e democracia**. Entre o universalismo e o comunitarismo: a contribuição de Rawls, Dworkin, Ackerman, Raz, Walzer e Habermas para a moderna teoria da justiça. Colaboração de Roberto Basillone Leite. São Paulo: 2005.

LOPES, Carlos Thomas G. **Planejamento, Estado e Crescimento**. São Paulo: Pioneira, 1990.

LOPES, Othon de Azevedo. **Responsabilidade jurídica: Horizontes, teoria e linguagem**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006.

LUFT, Rosângela Marina. **Políticas públicas urbanas: Premissas e condições para a efetivação do direito à cidade**. Prefácio Nelson Saule Júnior. Belo Horizonte: Forum, 2011.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Vol. I e II. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 1994.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 28. ed., rev., atual. e ampl. Malheiros, 2007.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 18. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MACIEL, Omar Serva. **Princípio de subsidiariedade e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas – 1787-1788**: Edição Integral. Apresentação Isaac Kramnick; trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MAFFINI, Rafael. **Direito Administrativo**. Prefácio Luiz Flávio Gomes. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direitos Humanos** Os direitos individuais – do Estado Liberal à crise do Estado Social. Disponível em: <http://joseluizquadrosdemagalhaes.blogspot.com/2011/04/direitos-humanos-5-os-ireitos.html>. Acesso em: 15 out. 2015.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Pacto Federativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Poder municipal**: paradigmas para o Estado constitucional brasileiro. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito Constitucional** - Tomo II. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 8. ed., rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2014.

MARTINS, Ives Gandra; REZEK, Francisco. [coord.] **Constituição Federal**: Avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais: CEU – Centro de Extensão Universitária, 2008.

MARTINS, Miguel. Em xeque, o "choque de gestão" do PSDB. **Revista Carta Capital**. Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/revista/845/em-estado-de-choque-4010.html>. Acesso em: 09 out. 2015.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O limite da improbidade administrativa**: O direito dos administrados dentro da Lei nº 8.429/92. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 16. ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012.

MEDAUAR, Odete; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. (Coord.) **Estatuto da cidade – Lei 10.257, de 10.07.2001**: Comentários. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Dêlcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40. ed., atual. até a Emenda Constitucional 76, de 28.11.2013. São Paulo: Malheiros, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva: 2009.

MERLIN, Meigla Maria Araújo. **O Município e o Federalismo**: A participação na construção da democracia. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**: doutrina – jurisprudência – glossário. 4. ed., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MOLINARO, Carlos Alberto; MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de; SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago [org.] **A dignidade da vida e os direitos fundamentais para além dos humanos**: uma discussão necessária. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MOLINARO, Carlos Alberto. **Direito Ambiental**: proibição de retrocesso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Atlas. 2011.

MORAES, Alexandre. **Reforma administrativa** - Emenda Constitucional nº 19/98. 4. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2001.

MORAES, Antônio Carlos Flores de. **Administração Pública transparente e responsabilidade do político**. Prefácio Adriano Pilatti. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MORAES, Guilherme Peñha de. **Direito Constitucional** – Teoria da Constituição. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**: Parte Introdutória. Parte Geral. Parte Especial. 16. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno**: legitimidade – finalidade - eficiência – resultados. São Paulo: Fórum, 2008.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Curso de Direito Administrativo**: Legislação, doutrina, jurisprudência. 2. ed., rev. e atual de “Práticas de Direito Administrativo.” Belo Horizonte: Editora Lê, 1991.

MOURÃO, Licurgo. Acesso à informação pública, ética e pós-modernidade: revistando a Teoria Habermasiana. Transparência e Controle Social. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte. Ano 1, n.1, p. 96-119. 2012.

MUJALLI, Walter Brasil. **Manual de Direito Administrativo**: provas e concursos públicos. São Paulo: 1997.

MUKAI, Toshio. **Direito Administrativo Sistematizado**. São Paulo: Saraiva, 1999.

MULLAINATHAN, Sedhil; SHAFIR, Eldar. **SARCITY**: why having too little means so much. New York: Henry Holt Company, 2013.

MULLER, Friedrich. **Direito, Linguagem, Violência**: Elementos de uma teoria constitucional, I. Tradução de Peter Naumann. Revisão de Paulo Bonavides e Willis Guerra Santiago Filho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Tradução Peter Naumann. Revisão Paulo Bonavides. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Aranha. **Direito Fundamental à boa administração pública**. Tradução de Daniel Wunder Hachem. Coleção Fórum Eurolatinoamericana de Direito Público. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. **O mito da propriedade**: Os impostos e a justiça. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

NAÇÕES UNIDAS. **Estratégia Internacional para a Redução de Desastres (EIRD)**. Disponível em: <http://www.defesacivil.pr.gov.br/arquivos/File/Marco/MarcodeHyogoPortugues20052015.pdf> Acesso em: 17 out. 2015.

NARDES, João Augusto Ribeiro; ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; VIEIRA, Luis Afonso Gomes. **Governança pública**: O desafio do Brasil. Prefácio de Jorge Gerdau Johannpeter. 2. ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Curso de Direito Financeiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de Direito Tributário**. 15. ed., atual., São Paulo: Saraiva, 1999.

NUJUP. O controle social material nos planos diretores urbanísticos - GT Planejamento Urbano Participativo **[Relatório de Pesquisa]**. Marinella Machado Araújo (org.). Programa de Pós Graduação em Direito – PPGD/PUC-Minas, 2013.

OLIVEIRA, Odília Ferreira da Luz. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Gastos Públicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Ricardo Victalino de. **Federalismo assimétrico brasileiro**. Prefácio de Fernanda Dias Menezes de Almeida. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais**: efetividade frente à reserva do possível. 1. ed. (ano 2008), 3. reimp. Curitiba: Juruá, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. **ECO 92**. 2012. Disponível em:
<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. Acesso em: 17 set. 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. **Relatório do Desenvolvimento Humano 2014**. Disponível em:
<http://hdr.undp.org/>. Acesso em: 07 fev. 2015.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa**: Má gestão, corrupção, ineficiência. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OST, François. **O tempo do direito**. Tradução Élcio Fernandes. Revisão técnica de Carlos Aurélio Mota de Souza. Bauro, São Paulo: Edusc, 2005.

OTELLO, Paulo; GONÇALVES, Pedro [coord.]. **Tratado de Direito Administrativo Especial**. Coimbra: Almeida, v. 1, 2009.

PANIAGO, Einstein Almeida Ferreira. **Accountability e publicidade no Estado Democrático de Direito**. Biblioteca Esaf Cad. Fin. Públ., Brasília, n.11, p. 59-89, dezembro de 2011. Disponível em:
www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/Biblioteca/arquivos/cadernos_11/accountability.pdf. Acesso em: 30 jun. 2013.

PEREIRA José Matias. **Curso de Administração Pública**: foco nas instituições e ações governamentais. São Paulo: Atlas, 2008.

PEREIRA, Luis Carlos Bresser. Da Administração Pública Burocrática à Gerencial. **Revista do Serviço Público**, Vol. 47(1), janeiro-abril. Brasília, maio de 1996.

PEREIRA, Luis Carlos Bresser; SPINK, Peter [orgs.] **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. 7.ed. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 2007.

PEREZ, Marcos Augusto. **A Administração Pública Democrática**: Institutos de Participação Popular na Administração Pública. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

PESSOA, Robertônio Santos. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PESTANA, Márcio. **Direito Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2008.

PETTIT, Philip. **Teoria da Liberdade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PIMENTA, Marcelo Vicente de Alkmim. **Teoria da Constituição**. 2. ed., rev., atual. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 10. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

PIRES, Maria Coeli Simões; BARBOSA, Maria Elisa Braz. [Coord.]. **Consórcios Públicos: Instrumento do Federalismo Cooperativo**. Prefácio de Juarez Freitas. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

POSNER, Éric. **Análise Econômica do Direito Contratual: Sucesso ou Fracasso?**. São Paulo: Saraiva, 2010.

POSNER, Richard A. **A Economia da Justiça**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

PROUDHON. **O que é a propriedade?** Tradução de Marília Caeiro. 2. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1975.

PUCCINELLI, André Júnior; ARAKAKI, Alan Thiago Barbosa. **Federalismo Cooperativo e a Reserva do Possível**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

RAMOS, Dircêo Torrecillas. **O federalismo assimétrico**. São Paulo: Plêiade, 1998.

RESTREPO, Ricardo Sanín. **Teoría Crítica Constitucional: La democracia a la enésima potencia**. Colección dirigida por Jorge Cerdio y Javier de Lucas. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **O Federalismo numa visão tridimensional do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

REZENDE, Denis Alcides. **Planejamento estratégico público ou privado: Guia para projetos em organizações de governo ou de negócios**. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

RIANI, Flávio. **Economia do setor público: Uma abordagem introdutória**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1990.

RIBAS, Antonio Joaquim. **Direito Administrativo Brasileiro**. (Obra premiada e aprovada pela Resolução Imperial de 9 de Fevereiro de 1861 para uso das aulas das Faculdades de Direito de Recife e S. Paulo). Rio de Janeiro: F.L. Pinto & C., Livreiros-Editores, 1866. (Setor de Obras Raras. Biblioteca Central, UNB).

RIBEIRO, Jamir Calili. **Princípios jurídicos tributários**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius. **O que é Análise Econômica do Direito: Uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O papel do Supremo Tribunal Federal na concretização de direitos fundamentais. **VIII Congresso Mineiro de Direito Administrativo – O Direito Administrativo na perspectiva dos direitos fundamentais**. Realização: IMDA (Instituto Mineiro de Direito Administrativo). Belo Horizonte: 06 a 08 de maio de 2013.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **República e Federação no Brasil**: Traços constitucionais da organização política brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ROSA JUNIOR, Emygdio Franco da. **Manual de Direito Financeiro & Direito Tributário**, 16. ed.atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

RÚBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de. [orgs.] **Direitos humanos e globalização**: Fundamentos e possibilidades desde a Teoria Crítica. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de morrer**: eutanásia, suicídio assistido. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SABADELL, Ana Lúcia; DIMOULIS, Dimitri; MINHOTO, Laurindo Dias. **Direito social, regulação econômica e crise do Estado**. Rio de Janeiro: Revan, 2006. SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o Desenvolvimento Sustentável**. Org. Paula Yone Stroh. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

SAMPAIO, José Adércio Leite [coord.]. **Crise e desafios da Constituição** – Perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. Belo Horizonte: 2004.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada** – Uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANTANA, Jair Eduardo; ANDRADE, Fernanda. Impacto da Medida Provisória, de 19 de junho de 2010, nas licitações e nas contratações públicas. Fórum de Contratação e Gestão Pública. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SANTOS JÚNIOR, Orlando Alves dos... [et al.] (Org.) **Políticas Públicas e Gestão Local**: programa interdisciplinar de capacitação de conselheiros municipais. Rio de Janeiro: FASE, 2003, 144p.

SANTOS, Boaventura de Souza; AVRITZER, Leonardo. Reinventar a emancipação social: para novos manifestos. In: SANTOS, Boaventura de Souza (Org.) **Democratizar a democracia**: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 39-82.

SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro. [coord.] **Licitações e contratações públicas sustentáveis**. Prefácio de José Renato Nalini. Apresentação de Fábio Victor da Fonte Monnerat. 2. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

SANTOS, Rita de Cássia Leal Fonseca dos. **Plano Plurianual e o Orçamento Público.** Especialização em Gestão Pública. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração/UFSC; Brasília: CAPES/UAB, 2010. Disponível em: <http://docplayer.com.br/6204446-Plano-plurianual-e-orcamento-publico.html>. Acesso em: 19 abr. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais** – Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti [orgs.] **Direitos fundamentais:** orçamento e “reserva do possível”. 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético Jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coord). **Direitos Sociais:** Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais:** Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2010.

SARTURI, Cláudia Adrielle. **Os modelos de Administração Pública:** patrimonialista, burocrática e gerencial. Portal de e-governo, inclusão digital e sociedade do conhecimento. Maio 2013. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/os-modelos-de-administra%C3%A7%C3%A3o-p%C3%ABlica-patrimonialista-buocr%C3%A1tica-e-gerencial>. Acesso em: 10 nov. 2013.

SILVA, Antônio Henrique Corrêa. **Colisão de princípios e ponderação de interesses:** solução ruim para problema existente. Manuscrito. Rio de Janeiro: 2002.

SILVA, Guilherme Ferreira. **Uma análise da Teoria das Capacidades Institucionais:** O Direito para além do formalismo com Emmanuel Lévinas. 2014 (Dissertação de Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

SAULE JUNIOR, Nelson. **Novas Perspectivas do Direito Urbanístico Brasileiro.** Ordenamento Constitucional da Política Urbana – Aplicação e Eficácia do plano diretor. Porto Alegre: Editora Eletrônica, 1997.

SCATOLINO, Gustavo; TRINDADE, João. **Manual de Direito Administrativo.** Vol. Único. 2. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014.

SCHEINOWITZ, A. S. **A descentralização do Estado:** Bélgica, França, Itália, Espanha, Portugal, Dinamarca, Brasil, Estados Unidos. Brasília, DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 2003.

SCHWARTZ, Bernard. **O Federalismo Norte-Americano Atual:** Uma visão contemporânea. Tradução de Elcio Cerqueira. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1984.

SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à teoria dos custos dos direitos:** Vol. I. Reserva do possível. Prefácio do Prof. Dr. Abili Lázaro Castro de Lima. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2010.

SILVA, Gecilda Esteves, ALFRADIQUE, Cláudio Nascimento. **A Importância da Participação Popular como Forma de Controle Social de Obras Públicas e Exercício da Democracia**. 2006. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/268360745_A_Importancia_da_Participacao_Popular_como_Forma_de_Controle_Social_de_Obras_Publicas_e_Exercicio_da_Democracia. Acesso em: 08 out. 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Mallheiros Editores, 2005.

SILVA, Romeu Faria Thomé da. **Manual de Direito Ambiental**. Salvador, Bahia: JusPODIVM, 2011.

SILVA, Sandoval Alves da. **Direitos sociais: Leis orçamentárias como instrumento de implementação**. 1. ed. (ano 2007), 1. Reimpr. Curitiba: Juruá, 2010.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SOARES, Fabiana de Menezes. **Direito Administrativo de Participação (Cidadania, Direito, Estado e Município)**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo da Economia: Planejamento Econômico, Fomento, Empresas Estatais e Privatização, Defesa da Concorrência, do Consumidor e do Usuário de Serviços Públicos, Responsabilidade Fiscal**. 3. ed., rev., ampl. e atual da obra Aspectos Jurídicos do Planejamento Econômico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. [coord]. **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SOUZA, Washington Peluso Albino de; CLARK, Giovani. **Questões polêmicas de Direito Econômico**. São Paulo: LTr, 2008.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Direito Econômico**. São Paulo: Saraiva, 1980.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de Direito Econômico**. 6. ed. São Paulo: LTR, 2005.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Teoria da Constituição Econômica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014.

SUNSTEIN, Cass R. **A Constituição Parcial**. Coord. e supervisor Luiz Moreira. Tradutores: Manasses Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SUNSTEIN, Cass R. **One case at a time: Judicial minimalism on the Supreme Court**. Second printing. Cambridge, Massachusetts, London, England: Harvard University Press, 2001.

SUNSTEIN, Cass R. Por que grupos vão a extremos. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. [coord.] **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 71-96.

SUNSTEIN, Cass R; VERMEULE, Adrian. **Interpretation and Institutions**. The Law School; The University of Chicago. John M. Olin Law & Economics Working Paper no. 156 (2d series). Public Law and Legal Theory Working paper nº. 28, p.1-56, 2002. This paper can be downloaded without charge at the John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper Series: <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html> and at the Public Law and Legal Theory Working Paper Series: <http://www.law.uchicago.edu/academics/publiclaw/index.html> and The Social Science Research Network Electronic Paper Collection: <http://ssrn.com/abstract_id=320245>. Acesso em: 02 fev 2014.

TELLES, Antônio A. Queiroz. **Introdução ao Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Tributário e Segurança Jurídica: metódica da segurança jurídica do Sistema Constitucional Tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 18. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

TSE-TUNG, Mao. **Sobre a prática e a contradição**. Apresentação por Slavoj Zizek. Tradução de José Maurício Gradel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. **Human Development Reports**. Disponível em: <http://hdr.undp.org/en>. Acesso em: 07 fev. 2015.

UNITED STATES DEPARTMENT OF AGRICULTURE. Food and Nutrition Service. **Supplemental Nutrition Assistance Program (SNAP)** Disponível em: 313 <http://www.fns.usda.gov/snap/supplemental-nutrition-assistance-program-snap>. Acesso em: 15 out. 2015.

VALLE, Vanice Regina lírio do. **Direito Fundamental à boa administração e governança**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

VARELLA, Marcelo Dias; BORGES, Roxana Cardoso B. **O novo em Direito Ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

VASCONCELLOS, José Mattos de. **Direito Administrativo**. Vol. I. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1936.

VIANNA NETO, Arnaldo Rosa. Multiculturalismo e pluripartidarismo. In: FIGUEIREDO, Eurídice [org.]. **Conceitos de Literatura e cultura**. 2. ed. Juiz de Fora: EdUFJF, 2012, p. 289-311.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. 4. Ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBBER, Rolf. **Direito Administrativo** (Verwaltungsrecht – 1999) – Vol. 1. Tradução de António F. de Sousa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006.

ZAMPARETTI, Aloísio de Freitas. O Controle Externo da Administração Pública exercido pelo Tribunal de Contas Da União. **Portal do Tribunal de Contas da União**. 2009. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2053576.PDF>. Acesso em: 08 out. 2013.

ZIMMERMAN, Augusto. **Teoria Geral do Federalismo Democrático**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

APÊNDICE A - Dados jurisprudenciais

TRIBUNAL	Indexadores	Total de Jurisprudência	Teor dos Acórdãos (número de condenações envolvendo o princípio da eficiência)	Jurisprudência contendo associação do princípio da eficiência com outros princípios
STF	“improbidade administrativa princípio da eficiência”	- 5 acórdãos; - 0 repercussão geral	- 2 por improbidade administrativa; - 1 Recurso Extraordinário improvido, mantendo decisão de improbidade administrativa por lesão ao princípio da eficiência decidida em instância inferior.	4 (em geral, os próprios princípios da Administração Pública, sobretudo legalidade, moralidade e impessoalidade).
STF	“Ação Civil Pública princípio da eficiência”	- 22 acórdãos; - 0 repercussão geral	- 1 agravo regimental no agravo de instrumento mantém condenação por improbidade administrativa.	- 1 (os próprios princípios da Administração Pública, sobretudo desvio de finalidade e violação ao princípio da moralidade administrativa.

STF	“princípio da eficiência”	- 94 acórdãos; - 0 repercussão geral	- 1 agravo regimental no agravo de instrumento mantém condenação por improbidade administrativa.	- 1 (os próprios princípios da Administração Pública e fundamento no desvio de finalidade, com destaque para a violação ao princípio da moralidade administrativa).
STF	“eficiência administrativa”	- 35 acórdãos; - 0 repercussão geral	- 2 agravos regimentais no segundo agravo regimental no recurso extraordinário, mantém anulação do ato de nomeação.	- 1 (de forma indireta traduz a efetividade aos princípios constitucionais da moralidade, da impessoalidade e da eficiência administrativa).
STJ	“improbidade administrativa princípio da eficiência”	- 15 acórdãos;	-1 agravo regimental no recurso especial não provido, mantendo decisão do Tribunal de origem no sentido de condenação por improbidade administrativa; -1 recurso especial provido com devolução dos autos a instância de origem para aplicação das penalidade	-2 (os princípios legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da impessoalidade e da eficiência, inscritos em nossa Constituição).

STJ	“Ação Civil Pública princípio da eficiência”	- 22 acórdãos;	- 1 agravo regimental no recurso especial caracterizado ato de improbidade, agravo regimental não provido; - 1 recurso especial, improbidade administrativa devolução dos autos para a instância de origem para a apreciação das penalidades cabíveis.	- 2 (os princípios legalidade, da impessoalidade, da moralidade, e eficiência, inscritos em nossa Constituição).
STJ	“princípio da eficiência”	- 333 acórdãos;	- 5 Agravo regimental no agravo em recurso especial, agravo regimental não provido; - 1 embargos de declaração no agravo regimental no agravo em recurso especial, embargos de declaração rejeitados; - 1 embargos de declaração no agravo em recurso especial, embargos de declaração recebidos como agravo regimental ao qual se nega provimento. - 1 recurso ordinário em mandado de segurança, recurso não provido; - 2 recurso especial, não provido; - 1 agravo regimental no	- 4 princípio da eficiência; - 1 (princípios da publicidade e eficiência); - 1 (princípios da isonomia, moralidade e eficiência); - 1 (princípios da moralidade, eficiência e interesse público); - 1 (princípios da legalidade e eficiência); - 1 (princípios da moralidade, razoabilidade, imparcialidade, eficiência e economicidade); - 1 (princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e segurança jurídica); - 1 (princípios da moralidade, impessoalidade e eficiência).

			recurso em mandado de segurança, agravo regimental não provido.	
STJ	“eficiência administrativa”	- 117 acórdãos encontrados;	- 1 Recurso ordinário em mandado de segurança, recurso ordinário não provido; - 1 Agravo regimental no recurso especial, agravo regimental não provido.	- 1 (princípios da moralidade, eficiência e do interesse público); - 1 (princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência).

TJSP	“improbidade administrativa princípio da eficiência”	- 2.252 acórdãos;	- 8 (Apelação, improbidade administrativa, provido o apelo ministerial); - 10 (Apelação, improbidade administrativa, recurso desprovido, sentença mantida); - 10 (Apelação, improbidade administrativa, recurso parcialmente provido); - 3 (Apelação, improbidade administrativa, ação popular, recurso do autor provido).	- 8 (princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência); - 5 (princípios da legalidade, impessoalidade, isonomia, moralidade e eficiência); - 5 (princípios da legalidade, moralidade e eficiência); - 2 (princípios moralidade impessoalidade e eficiência); - 2 (princípios da moralidade e eficiência); - 2 princípio da eficiência; - 2 (princípios da moralidade, igualdade, impessoalidade e eficiência); - 2 (princípios da moralidade e eficiência); - 1 (princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência); - 1 (princípios da legalidade, impessoalidade, supremacia do interesse público, moralidade e eficiência); - 1 (princípios publicidade, moralidade, impessoalidade e eficiência).
	“Ação Civil Pública princípio da eficiência”	- 242 acórdãos;	- 6 (Apelação, improbidade administrativa, provido o apelo ministerial); - 13 (Apelação,	- 6 (princípios da legalidade, moralidade e eficiência); - 5 (princípios da legalidade,

TJSP			improbidade administrativa, recurso desprovido, sentença mantida); - 6 (Apelação, improbidade administrativa, recurso parcialmente provido).	moralidade, isonomia, impessoalidade e eficiência); - 3 princípio da eficiência; - 2 (princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência); - 2 (princípios da moralidade e eficiência); - 2 (princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência); - 1 (princípios da indisponibilidade do interesse público, motivação, transparência e eficiência); - 1 (princípios da legalidade, moralidade, economicidade e eficiência); - 1 (princípios da moralidade impessoalidade e eficiência); - 1 (princípios da moralidade, legalidade, interesse público e eficiência); - 1 (princípios da isonomia e eficiência).
TJSP	“princípio da eficiência”	- 1.067acórdãos;	- 5 (Apelação, improbidade administrativa, provido o apelo ministerial); - 16 (Apelação, improbidade administrativa, recurso desprovido, sentença mantida); - 16 (Apelação, improbidade administrativa, recurso parcialmente provido);	- 10 (princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência); - 7 (princípios da legalidade, moralidade e eficiência); - 5 (princípios da legalidade impessoalidade, isonomia, moralidade e eficiência); - 5 (princípios da

				moralidade e eficiência); - 5 princípio da eficiência; - 1 (princípios da moralidade, legalidade, probidade administrativa e economicidade); - 1 (moralidade, igualdade, impessoalidade e eficiência). - 1 (princípios da publicidade, moralidade, impessoalidade e eficiência); - 1 (princípios da moralidade impessoalidade e eficiência); - 1 (princípios da legalidade, moralidade eficiência e do interesse público).
TJSP	“eficiência administrativa”	- 562 acórdãos;	- 6 (Apelação, improbidade administrativa, provido o apelo ministerial); - 17 (Apelação, improbidade administrativa, recurso desprovido, sentença mantida); - 13 (Apelação, improbidade administrativa, recurso parcialmente provido).	- 8 (princípios da legalidade, moralidade e eficiência); - 7 (princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, isonomia e eficiência); - 7 (princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência); - 5 princípio da eficiência; - 3 (princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência); - 3 (moralidade e eficiência); - 1 (princípios da imparcialidade, legalidade e eficiência); - 1 (princípios da moralidade,

				impessoalidade e eficiência); - 1 (princípios da pessoalidade, legalidade, moralidade e eficiência).
--	--	--	--	---

Fonte: elaborado pelo autor com dados extraídos de (BRASIL, 2015a; BRASIL, 2015b; SÃO PAULO, 2015)