

O ESTADO ADMINISTRATIVO EM CRISE

aspectos jurídicos do planejamento no
direito administrativo econômico



EDER
MARQUES DE
AZEVEDO

O ESTADO ADMINISTRATIVO EM CRISE

aspectos jurídicos do planejamento no
direito administrativo econômico

O ESTADO ADMINISTRATIVO EM CRISE

aspectos jurídicos do planejamento no
direito administrativo econômico

EDER
MARQUES DE
AZEVEDO



Copyright © 2018, D'Plácido Editora.
Copyright © 2018, Eder Marques de Azevedo

Editor Chefe
Plácido Arraes

Produtor Editorial
Tales Leon de Marco

Capa, projeto gráfico
Leticia Robini
(Sob imagem de Quentin Matsys
[The Moneylenders 1520 - Detalhe]
licenciado pelo Wikicommons.)

Diagramação
Christiane Morais de Oliveira

Editora D'Plácido
Av. Brasil, 1843, Savassi
Belo Horizonte – MG
Tel.: 31 3261 2801
CEP 30140-007



WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR

Todos os direitos reservados.
Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida,
por quaisquer meios, sem a autorização prévia
do Grupo D'Plácido.

Catálogo na Publicação (CIP)
Ficha catalográfica

AZEVEDO, Eder Marques de

O Estado administrativo em crise: aspectos jurídicos do planejamento no
Direito Administrativo Econômico. -- Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

Bibliografia.

ISBN: 978-85-8425-855-0

1. Direito 2. Direito Administrativo. I. Título. II. Autor

CDU342

CDD 341.3

GRUPO
D'PLÁCIDO



*
Rodapé



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

AGRADECIMENTOS

À professora Marinella Machado Araújo, minha mentora intelectual, e ao Núcleo Jurídico de Políticas Públicas – NUJUP/PPGD/PUC-Minas –, pelo sentimento de pertencimento a esta incrível irmandade acadêmica que me enveredou pelos caminhos da pesquisa e da extensão.

Aos docentes da linha de Direito Público da Academia Mineira de Direito, os méritos pelas lições que me fizeram refletir e romper com a resistência aos dogmas jurídicos que me atormentavam. Em especial, agradeço aos professores Álvaro Ricardo de Souza Cruz, pelo diálogo e crescimento, e Giovani Clark, minha eterna gratidão pelas sessões de exorcismo acadêmico, permitindo-me uma grande virada do ponto de vista do pensamento econômico.

À CAPES, pelo financiamento necessário à realização da pesquisa apresentada nesta obra.

À UFJF, agradeço pelo suporte e amadurecimento profissional e, em especial, aos amigos conquistados no Departamento de Direito, aqui representados pela ‘dupla dinâmica’ Alisson e Nathane. Também agradeço ao professor e amigo Siddharta, da FND/UFRJ, pelas interlocuções e parceria acadêmica de sempre.

À minha família, pelo berço que me logrou base e coragem.

A meus padrinhos, Jorge e Rose, minha família afetiva, pelas mãos estendidas sempre que a eles recorri.

À Camilla, por ter ressignificado minha vida, sendo parceira e cúmplice para todas as horas.

A Deus, porque tudo!

LISTA DE GRÁFICOS

GRÁFICO 1 - Função administrativa na doutrina administrativista.....	79
GRÁFICOS 2 a 5 - Princípio da eficiência e improbidade administrativa - julgados.....	373

LISTA DE TABELAS

TABELA 1 -
Índice de inflação por país (IPC).....56

TABELA 2 -
Acessibilidade à internet por faixa etária no Brasil.....240

LISTA DE QUADROS

QUADRO 1 - Panorama de modelos de gestão brasileiras nos paradigmas de Estado.....	81
QUADRO 2 - Créditos adicionais orçamentários.....	154
QUADRO 3 - Alterações orçamentárias (alocações e realocações).....	157
QUADRO 4 - Gestão fiscal e as modificações do art. 48 da LRF.....	235

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
FNDC	Fundo Nacional de Defesa Civil
FNDU	Fundo Nacional de Desenvolvimento Urbano
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
S2iD	Sistema Integrado de Informações sobre Desastres
SEDEC	Secretaria Nacional de Proteção e Defesa Civil
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

PREFÁCIO	23
<i>Giovani Clark</i>	

INTRODUÇÃO	25
-------------------------	-----------

PRIMEIRA PARTE

O PLANEJAMENTO PÚBLICO COMO FUNÇÃO ADMINISTRATIVA NO FEDERALISMO BRASILEIRO: A GESTÃO PÚBLICA ORÇAMENTÁRIA E OS DESAFIOS À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1. UM NOVO OLHAR SOBRE O PLANEJAMENTO NO ESTADO ADMINISTRATIVO EM CRISE: REVISITANDO AS FUNÇÕES ESTATAIS NO ARCABOUÇO ORÇAMENTÁRIO	37
1.1. O <i>Leviatã</i> anêmico e o panorama dos custos dos direitos: introdução ao planejamento como estratégia à escassez de recursos.....	37
1.2. A insurreição do planejamento público à luz da dogmática do Estado Administrativo: superando o estigma da supremacia e da discricionariedade.....	58
1.3. Dos enlaces aos desenlaces entre as funções políticas e administrativas.....	78

**2. PLANEJAMENTO, INTERGOVERNABILIDADE
E EFICIÊNCIA: ENTRAVES E LIÇÕES DO PACTO
FEDERATIVO RUMO À BOA ADMINISTRAÇÃO..... 89**

- 2.1. A diagnose federativa e os impasses na desvinculação entre funções políticas e administrativas no planejamento público.....89
- 2.2. Gestão pública gerencial e dosimetria da eficiência: os riscos de uma *Análise Econômica do Direito Administrativo*.....108
 - 2.2.1. A eficiência administrativa e a (re)formulação dos parâmetros de boa governança.....125
- 2.3. Articulações intergovernamentais como amálgamas entre o federalismo cooperativo e o princípio da eficiência.....129

**3. PLANEJAMENTO E ELISÃO ORÇAMENTÁRIA:
ONDE MORA O PERIGO?.....135**

- 3.1. A *autoridade* das leis orçamentárias: qual o espaço para a segurança jurídica?.....135
- 3.2. A sistemática das finanças públicas: os ajustes orçamentários como estratégias de elisão do planejamento.....151

SEGUNDA PARTE

OS NOVOS *STANDARDS* DA GESTÃO PÚBLICA:
A PROPOSTA DE PLANEJAMENTO INTEGRADO,
PARTICIPATIVO E SUSTENTÁVEL

**1. PLANEJAMENTO PÚBLICO INTEGRADO
E INTERSETORIALIDADE DAS POLÍTICAS
PÚBLICAS: ALTERNATIVAS À LUZ DOS CUSTOS
DOS DIREITOS.....165**

- 1.1. O patrocínio dos direitos fundamentais: uma análise ao lume da teoria dos custos dos direitos.....165
 - 1.1.1. Críticas à teoria dos custos dos direitos: colonização do direito pelo sistema econômico?.....170

1.1.2. Os desafios do Estado na gestão de direitos e os limites do patrocínio público: entre mitos e verdades.....	174
1.1.3. Desmistificando a reserva do possível.....	181
1.2. A constitucionalização das finanças públicas: as premissas à implantação da proposta estratégica de planejamento integrado.....	188
1.3. O planejamento integrado e a gestão horizontal dos recursos públicos: estratégias de intragovernabilidade orçamentária.....	195
1.3.1. Planejamento integrado e intersetorialidade das políticas públicas como reflexo da indivisibilidade dos direitos fundamentais.....	203
1.3.2. A proposta de planejamento integrado intergovernamental: esforços articulatórios pela intersetorialidade na gestão comum do interesse público.....	210
2. O PLANEJAMENTO PARTICIPATIVO E O ADVENTO DA DEMOCRACIA FISCAL: A ARENA PÚBLICA VIRTUAL E AS TENTATIVAS DE CONSOLIDAÇÃO DA ACCOUNTABILITY DEMOCRÁTICA.....	215
2.1. Governança democrática e os fundamentos do planejamento participativo: por um modelo dialógico de Administração Pública.....	215
2.2. A ressignificação da <i>accountability</i> para a afirmação do controle popular das políticas públicas.....	227
2.3. A Lei Complementar nº 131/09 e as novas arenas da democracia: fiscalidade e virtualidade?.....	234
3. O PLANEJAMENTO SUSTENTÁVEL NA GESTÃO DAS CIDADES: UTOPIA OU URGÊNCIA?.....	249
3.1. O <i>homo oeconomicuse</i> o discurso da sustentabilidade simbólica: uma releitura foucaultiana para a compreensão da escassez e da segregação no ambiente urbano.....	249

3.2. A sustentabilidade como dimensão do planejamento: a assunção de novas diretrizes no Estado de Direito Ambiental.....	259
3.3. O financiamento do direito a cidades sustentáveis.....	271
3.4. O plano diretor como instrumento de planejamento urbano-ambiental sustentável e participativo.....	283
3.4.1. Cidades resilientes: O planejamento sustentável em ambiente urbano de risco.....	290
3.5. O planejamento e o ônus da sustentabilidade nas compras públicas: rompendo com o anacronismo entre a economicidade e as licitações sustentáveis.....	298

TERCEIRA PARTE

O PLANEJAMENTO ESTATAL E OS CONTORNOS DA RESPONSABILIDADE NA GESTÃO ORÇAMENTÁRIA: REFLEXÕES SOBRE A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

1. AS (IN)CAPACIDADES INSTITUCIONAIS E A FISCALIDADE JURISDICIONAL ORÇAMENTÁRIA.....	315
1.1. O palco conflituoso da (des)funcionalidade das instituições: agonismo e protagonismo do controle judicial do orçamento à luz da teoria das capacidades institucionais.....	315
1.2. A <i>second best</i> à moda brasileira: o ativismo judicial subsidiário em matéria orçamentária.....	328
2. RESPONSABILIDADE POR INEFICIÊNCIA NA GESTÃO ORÇAMENTÁRIA: OS RISCOS DA IMPROBIDADE.....	345
2.1. Gestão pública e a gênese da responsabilidade.....	345
2.2. O dever de probidade na boa governança: o substrato da moralidade.....	355
2.2.1. O controle da moralidade pela Ação de Improbidade Administrativa.....	361

2.3. Má gestão pública e ineficiência como atos de improbidade: os liames entre o (des)planejamento e a responsabilidade do administrador público.....	365
CONCLUSÃO	377
REFERÊNCIAS	389
APÊNDICE - DADOS JURISPRUDENCIAIS.....	425

PREFÁCIO

Com alegria e prazer apresento esse livro, fruto da tese de doutoramento do autor, no Programa de Pós-graduação, da Faculdade Mineira de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Apesar de não ter sido orientador do trabalho, missão desempenhada pela Professora Marinella Machado Araújo, participei da sua pré-banca e banca de defesa, onde tive a oportunidade de auferir a qualidade científica da tese e a profunda pesquisa realizada, realçadas com a sua fecunda experiência na administração pública municipal, seja na normatização das políticas públicas, seja em face dos escassos recursos, sobretudo orçamentários, do poder local.

Através de uma escrita clara, o Prof. Eder Marques de Azevedo expõe os percalços do planejamento estatal, apesar de imposto em diversos comandos da Constituição brasileira de 1988, diante do federalismo nacional perverso e concentrador de competências e de recursos públicos na esfera da União. Contudo, por intermédio de uma interpretação jurídica sistemática e moderna do Direito Positivo, sobretudo de nossa Lei Maior, o autor versa e abre caminhos para o instituto do Planejamento Público, bem além das limitações orçamentárias, diversamente dos defensores do neoliberalismo de regulação e, hoje, de austeridade.

Aliás, tal guinada, digo, da defesa constitucional do planejamento estatal, enquanto instrumento fixador de políticas públicas, inclusive as socioeconômicas, fora das “fantasias milagrosas” da suposta austeridade fiscal/orçamentária e de um pseudo “Estado ineficiente”, bem ao gosto dos teóricos da Análise Econômica do Direito, ardorosos defensores do neoliberalismo, só foi possível após inúmeros diálogos entre o autor e o prefaciador. Segundo as próprias palavras do Prof.

Eder Marques de Azevedo, foram várias “sessões de exorcismos, pelos corredores”, onde os ditames constitucionais plurais foram incorporados, com o expurgo da mitologia do “deus mercado e do Estado diabo.” Mérito a ser creditado ao autor, sempre disposto ao diálogo e à mudança.

Assim sendo, em face de uma sociedade antagônica e de um Texto Constitucional plural, a obra discorre sobre as dificuldades do planejamento diante das funções do Estado, da integração do planejamento, das políticas públicas alternativas e os custos dos direitos, da democracia participativa no planejamento estatal em tempos de meios virtuais de comunicações, etc.

O livro é uma excelente oportunidade para o leitor aprender e debater o instituto do planejamento, dentro dos contornos jurídico e, de forma profunda, no âmbito da administração pública, encarando o mesmo como um dos instrumentos essenciais e estratégicos para a concretização da Constituição brasileira. E assim sendo, quando os ditames constitucionais forem materializados entre nós (planejadamente), estaremos bem distantes da realidade atual, ou seja, de uma sociedade autoritária, injusta e desencantada com a sua legislação planejadora.

Sabará, 21 de abril de 2017.

Giovani Clark

Prof. do Programa de Pós-graduação em Direito da PUC Minas e da Graduação da Faculdade de Direito da UFMG

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, 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 crucial deste livro, cujo foco central parte da investigação se a desvinculação 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.

É com larga frequência, nas gestões públicas municipais, a ocorrência de solicitações do Chefe do Executivo ordenando a elaboração de projetos de lei para a abertura de créditos suplementares. Tal como já vivenciamos em nossa prática advocatícia junto ao setor público, a motivação é sempre a mesma. Busca-se amparo no argumento da necessidade de reforço de dotação orçamentária que se tornara insuficiente durante a execução do orçamento. E o que, de fato, é executado não parece se espelhar naquilo que fora planejado, mesmo

sendo referendado pela cadência de leis orçamentárias apreciadas e votadas pela Câmara Municipal. Esta desconexão entre o planejamento e a realização de gastos públicos decorrente de desarrazoadas reedições orçamentárias, driblando o compromisso legal com os planos, favorece o fenômeno do que identificamos como ‘legalidade viciosa’.

Por razões diversas, não é raro observar prejuízos ou interrupções na continuidade da execução de obras ou de programas sociais recém-implantados caso a adição de verbas públicas não seja agregada à dotação disponível às pastas responsáveis pelo desenvolvimento das funções administrativas adstritas a estas ações. Com base no mantra sacrossanto da discricionariedade e da supremacia do interesse público – interpretados monocraticamente pela autoridade administrativa – erros orçamentários são habitualmente ‘sanados’ por um ciclo quase vicioso de emendas à LOA, à LDO e ao PPA, não merecendo apreço o planejamento outrora iniciado.

A linha entre o desplanejamento e o replanejamento parece se confundir. Esta situação causa desconforto em termos de eficiência e boa governança, pois instiga o questionamento de qual o espaço da autoridade das leis orçamentárias dentro desse universo. Ademais, a natureza autorizativa do orçamento, conjugada à desconexão entre ações políticas e reações administrativas no entorno da gestão, demonstram o vasto campo discricional da autoridade administrativa no tratamento das peças orçamentárias que, de algum modo, aparentam ser dribladas, mesmo em face de restrições constitucionais e da Lei nº 4.320/64. A nosso ver, essas desarticulações estremecem a força normativa do planejamento, mantida de forma aleatória à execução do orçamento público, como se entre ambos também não exista conexão o bastante.

Durante a tramitação das leis orçamentárias, embora nos pareça impecável a fidelidade ao rito do processo legislativo, despertam-se indícios de que essa mesma rigidez procedimental se perca como fim em si mesmo. Mas nos deixa alertados de que tenha seu conteúdo desdenhado pela falta de eficácia diante da apuração dos compromissos jurídicos assumidos entre objetivos e metas do PPA à LOA. De fato, o conteúdo de leis orçamentárias nos aparenta forjado quando o cunho teleológico de atingir a efetividade dos direitos fundamentais jamais se satisfaz.

Assim ficamos estarecidos com a impressão deixada de que a segurança jurídica orçamentária, ressalvados os embaraços por impre-

visões ou atropelos supervenientes, possa parecer uma utopia criada pelo Estado de Direito. E isto ocorre toda vez que os objetivos (vistos como ações programadas previstas nos planos) são descompromissados com a eficiência e as metas legais esvaziadas de normatividade pela maneira relapsa com que são seguidas.

Ao mesmo tempo, algumas questões parecem não se encaixar, dificultando a tarefa do Chefe do Executivo em cumprir com a boa governança. A cada ano vem se repetindo 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 há previsão do tempo certo em que esses recursos, na via judicial, possam ser recolhidos aos cofres públicos para somarem ao mesmo exercício fiscal. A certeza subsiste apenas no ciclo de ocorrência dos gastos públicos, cujas rubricas orçamentárias, declarando a fonte de despesas, são apontadas desde o instrumento editalício para a realização de certames licitatórios. Fato é que as despesas são fixadas, precisam ser liquidadas, não sendo tão certas, dada a sua inexatidão, visto que podem ser aumentadas pela agregação de novas demandas apresentadas (acréscimos qualitativos e quantitativos em obras, compras e serviços). Há, 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 exige o dribble 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 é possível atingir 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.

A reflexão sobre dispositivos legais, como os arts. 13 a 15 da LRF, também nos traz conclusões bastante extasiantes. A Lei Complementar 101/00, criada para acirrar a fiscalidade nas contas públicas, pode indicar uma inversão de capacidades institucionais. Não advém

“O livro é uma excelente oportunidade para o leitor aprender e debater o instituto do planejamento, dentro dos contornos jurídicos e de forma profunda, no âmbito da administração pública, encarando o mesmo como um dos instrumentos essenciais e estratégicos para a concretização da Constituição brasileira. E assim sendo, quando os ditames constitucionais forem materializados entre nós (planejadamente), estaremos bem distantes da realidade atual, ou seja, de uma sociedade autoritária, injusta e desencantada com a sua legislação planejadora. A obra discorre sobre as dificuldades do planejamento diante das funções do Estado, da integração das políticas públicas e os custos dos direitos, da democracia participativa no planejamento estatal em tempos de meios virtuais de comunicações, etc.”

GIOVANI CLARK

Prof. do Programa de Pós-graduação em Direito da PUC Minas e da Graduação da Faculdade de Direito da UFMG



ISBN 978-85-8425-855-0



9 788584 258550