

Conselho Editorial:

Marcos Juruena Villela Souto
José Eduardo Martins Cardozo
Lucas Abreu Barroso
Márcia Walquíria Batista dos Santos
Jairo Saddi
José Luiz Quadros Magalhães
Paulo Roberto de Almeida
José Marcelo Martins Proença
Darcy Zibetti
Carlos Ayres Britto

Direção:

João Eduardo Lopes Queiroz

Secretário:

Raphael de Melo Galvão

Normalização Bibliográfica:

Missandre Cristina Pinheiro

Sumário:

1. O Planejamento.....	3
Floriano de Azevedo Marques Neto João Eduardo Lopes Queiroz	
2. Poder Público em Juízo: Uma Proposta de Teoria Geral.....	90
Cassio Scarpinella Bueno	
3. Ética Pública e Estado Democrático de Direito.....	135
Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho	

O

PLANEJAMENTO

Floriano de Azevedo Marques Neto

João Eduardo Lopes Queiroz

1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

1.1. Economia e Direito

Paul A. Samuelson define a economia como o "*estudo de como os homens e a sociedade decidem, com ou sem a utilização de dinheiro, empregar recursos produtivos escassos, que poderiam ter aplicações alternativas, para produzir diversas mercadorias ao longo do tempo e distribuí-la para consumo, agora e no futuro, entre diversas pessoas e grupos da sociedade.*"¹ Tomando-se por base essa definição, pode-se conceber o direito como um dos fatores condicionantes das diversas opções dos agentes econômicos, condicionando-as, limitando-as, ou até mesmo estimulando-as. É pelo direito que as decisões econômicas serão legitimadas.

Como bem ressalta Fábio Nusdeo, "*Direito e Economia devem ser vistos, pois, não tanto como duas disciplinas apenas relacionadas, mas como um todo indiviso, uma espécie de verso e reverso da mesma moeda, sendo difícil*

¹ SAMUELSON, Paul A.. *Introdução à Análise Econômica I*. 7ª edição (Tradução de Luiz Carlos do Nascimento Silva). Rio de Janeiro: Agir. 1971; página 15.

dizer-se até que ponto o Direito determina a Economia, ou, pelo contrário, esta influi sobre aquele."² Pode-se dizer que o Direito e a Economia são interdependentes na mesma intensidade.

Normas como o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), a Lei Antitruste e de Repressão ao Abuso de Poder Econômico (Lei nº 8.884/94), a Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9.613/98) e outras leis que envolvem questões de fundo estritamente econômico, tais como a Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93) e a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/00), são apenas alguns exemplos dessa interpretação do Direito e a Economia.

Ademais, em todos os centros de decisão de um país, colaboram ativamente juristas e economistas, manejando os argumentos jurídicos e os econômicos no momento de se adotar políticas públicas.

O que se tem notado é que há, na verdade, um "preconceito recíproco" entre esses dois ramos do conhecimento³. Apesar de situarem-se em campos opostos⁴, a cooperação entre essas ciências é indispensável⁵.

Ricardo Rivero Ortega ressalta que *"a perspectiva econômica, desde o ponto de vista da destinação eficiente dos recursos, pode enriquecer as decisões jurídicas, tanto de conteúdo regulatório, como de aplicação das normas; por isso os juristas devem ter muito em conta a economia."*⁶

² Fábio Nusdeo ainda ressalta que *"existe, isto sim, uma intrincada dinâmica de interação recíproca entre ambos, donde tornar-se indispensável para o jurista o conhecimento, pelo menos, de noções básicas de Economia e vice-versa para os economistas."* (NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico*. São Paulo: RT. 1997; página 33.)

³ Sobre a relação entre direito e economia, ver, por todos, José Eduardo Faria, *"Direito Econômico"* (ver referência).

⁴ Pois o *"Direito seria política, arte e técnica do comportamento social, e economia seria análise econômica, verificação de constantes e tendências"*. COELHO, Luiz Fernando. *Considerações sobre Economia e Planejamento no Direito Administrativo* in: *Direito Administrativo Aplicado e Comparado*. São Paulo: Resenha Universitária. 1977; página 144.

⁵ Profissionais de Direito que não tiverem noções de Economia estarão fadados ao desaparecimento, ou no mínimo insucesso profissional. Num momento onde surgem cada vez mais, profundos debates sobre os problemas sócio-econômicos dos países, o conhecimento básico de Economia torna-se indispensável. As Reformas Tributárias, Previdenciárias, Monetárias e Regulatórias são demonstrações de que o processo está apenas iniciando. Nos países europeus e a na América do Norte, essa preocupação já tem sido solucionada com a capacitação dos juristas em matérias econômicas. No Brasil só agora voltaram-se atenções para esse problema. Sobre essa interpretação Vital Moreira e Maria Manuel Leitão Marques.

⁶ Rivero Ortega ainda ressalta que *"assim como os profissionais de Direito devem estudar economia, por sua importância para entender o comportamento dos operadores e a forma de distribuição de recursos, os economistas também devem estudar Direito, por suas repercussões"*

O termo planejamento surge nesse quadro, decorrente dessa aliança entre Economia e Direito, como forte instrumento de reestruturação do Estado. Tanto os economistas quanto os juristas, se apercebem que ao planejamento deve ser dada essa abertura de atuação dessas duas ciências, porque só assim ele realmente poderá se tornar um instrumento útil ao novo perfil de atuação estatal.⁷

1.2. Delineamento Conceitual

Antes de propormos o nosso conceito, é necessário identificar os problemas em torno das diferenças existentes entre os termos planejamento, planificação e plano.

Muito se tem usado o termo planejamento para se referir ora a plano, ora a planificação.

Luiz Fernando Coelho alerta que *"é preciso não confundir o planejamento com o plano; aquele é a própria administração comunal engajada na orientação da economia; este, a expressão comunicativa dessa orientação, o esquema que descreve os processos produtivos a serem empreendidos."*⁸

Outros, como Sérgio de Andréa Ferreira, propugnam que o *"planejamento é o processo, planificação é o resultado e o plano o documento que o formaliza."*⁹

André Ramos Tavares¹⁰, explica as demais distinções que são feitas. Segundo ele, parte da doutrina estabelece uma distinção entre "[...] planejamento

sobre o sistema econômico." (ORTEGA, Ricardo Rivero. *Introducción al Derecho Administrativo Económico*. 2ª edição Salamanca: Ratio Legis. 2001; páginas 20-21.).

⁷ Miguel Reale advertia para o fato de que *"a formação do jurista deve ser objeto de imediata revisão, a fim de que as faculdades de Direito preparem também especialistas destinados à função planificadora."* (REALE, Miguel. *Direito e Planificação* in: Revista de Direito Público n.º 24. 1973; página 95.).

⁸ COELHO, Luiz Fernando. *Considerações sobre Economia e Planejamento no Direito Administrativo* in: Direito Administrativo Aplicado e Comparado. São Paulo: Resenha Universitária. 1977; páginas 149-150.

⁹ FERREIRA, Sérgio de Andréa. *Eficácia Jurídica dos Planos de Desenvolvimento Econômico* in: RDA 140/16

¹⁰ TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: Método, 2003; páginas 307-308.

e planificação, reservando este último termo para os casos de planejamentos compulsórios, impositivos." Nessa linha, Tavares explica que a planificação seria aquela ocorrida na extinta União das Repúblicas Socialistas Soviéticas.¹¹

Hely Lopes Meirelles¹² define o planejamento num sentido amplo, onde engloba plano e planificação. Segundo ele, o planejamento é "o estudo e estabelecimento das diretrizes e metas que deverão orientar a ação governamental, através de um plano geral de governo, de programas globais, setoriais e regionais de duração plurianual, do orçamento-programa anual e da programação financeira de desembolso, que são seus instrumentos básicos."

Esse também é o pensamento de Henrique de Carvalho Simas, que definia planejamento de âmbito nacional como "o princípio pelo qual são estudadas, pesquisadas, preparadas e elaboradas, com os elementos colhidos na observação e análise dos diversos problemas em diversas áreas de atuação, as diretrizes administrativas do governo federal".¹³

Washington Peluso Albino de Souza explica o significado de planejamento sob três prismas: o da Ciência Econômica, o da Administração e o Jurídico. No primeiro ele se apresenta como a técnica de elaborar planos. No segundo ele seria a prática do uso dos planos. E no enfoque jurídico, ele se apresenta como a regulamentação legal dos planos.¹⁴

A doutrina alienígena geralmente utiliza plano, planejamento e

¹¹ Tavares cita ainda alguns entendimentos jurídicos dado ao planejamento e a planificação: "para Miguel Reale a planificação "é, de certa forma, o correlato ou o complemento da intervenção sistemática do Estado nos domínios econômicos e culturais, em geral". José Afonso da Silva criticando a possibilidade de distinção, que considera sibilina, utiliza as expressões como sinônimas. Já Eros Roberto Grau fala em planejamento indicativo e em planejamento compulsório. Mas, como bem leciona Oscar Dias Corrêa: "O planejamento é indicativo, e, em geral, fica à ação privada larga margem de atuação. Já na planificação - e a língua portuguesa permite a diferenciação nítida dos dois processos - há um plano geral, integral, total, que o Estado traça e impõe a toda a coletividade, compulsoriamente". (TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: Método, 2003; páginas 307-308.).

¹² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22ª edição. São Paulo: Malheiros. 1997; página 641.

¹³ SIMAS, Henrique de Carvalho. *Manual Elementar de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1974; página 108.

¹⁴ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito Econômico*. São Paulo: Saraiva. 1980; página 449.

planificação indistintamente. Os portugueses Luiz S. Cabral Moncada¹⁵ e Simões Patrício¹⁶ não diferenciam o termo plano de planeamento. Os espanhóis Gaspar Ariño Ortiz e Alfredo Gallego Anabitarte^{17 18}; Manzanedo, Hernando e Gomez Reino¹⁹; Ramón Martín Mateo e Francisco Sosa Wagner²⁰; e Martin Bassols Coma²¹; também não estabelecem diferenças entre planeamento, planificação e plano. A Constituição Espanhola tampouco diferencia os termos²².

¹⁵ Ao definir plano econômico ele entende que este "*pode ser definido como o ato jurídico que define e hierarquiza objetivos de política econômica a prosseguir em certo prazo e estabelece as medidas adequadas à sua execução.*" (MONCADA, Luis S. Cabral. *Direito Econômico*. 2ª edição Coimbra: Editora Coimbra. 1988; página 402.).

¹⁶ Segundo Simões Patrício, "*plano (ou planeamento), numa acepção genérica, é o conjunto de disposições estabelecidas para execução dum certo objetivo. Envolve, pois, a idéia de uma organização da atividade humana, caracterizada por existir um fim determinado e meios fixados para o mesmo fim.*" (PATRÍCIO, J. Simões. *Curso de Direito Econômico*. 2ª edição Lisboa: A.A.F.D.L. 1981; página 725.).

¹⁷ Estes autores sustentam que o "*plano é um 'programa de ações e medidas direcionadas ao futuro, que, antecipando-se a trocas e variações, pretende alcançar da forma mais rápida, eficaz e racional alguns determinados fins.*" (ORTIZ, Gaspar Ariño e ANABITARTE, Alfredo Gallego in: *Planificación - I*. (obra coordenada por Joseph H. Kaiser). Madri: Instituto de Estudios Administrativos. 1974; página XXVII).

¹⁸ Gaspar Ariño Ortiz em outra obra explica que através da planificação, "*o Estado pretende conformar e racionalizar de modo conjunto e sistemático tanto a ação do Estado como da iniciativa privada com a finalidade de atender em cada setor às necessidades previsíveis a prazo médio. O plano é um instrumento sistemático de conformação social que integra de algum modo às modalidades anteriores (modalidades de ação administrativa).*" (ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de Derecho Público Económico*. 2ª edição Granada: Comares. 2001; páginas 254-255).

¹⁹ Estes autores explicam que a "*planificação supõe a sistematização e ordenação da ação pública na economia. E que "a planificação, como todas as instituições, tanto político-econômicas como administrativas, pressupõe uma ideologia.*" (MANZANEDO, J. A.; HERNANDO, J.; e REINO, E. Gomez. *Curso de Derecho Administrativo Económico*. Madri: Instituto de Estudios de Administracion Local. 1970; páginas 52 e 57).

²⁰ Esses autores ao conceituarem o plano, relatavam que o plano através da "*assimilação dos métodos socialistas o simplesmente intervencionistas 'utilizados para racionalizar o disperso cúmulo de atividades econômicas realizadas pelo Estado e os sujeitos privados. [...] a generalização do sistema planificatório só se tem produzido, como é óbvio, no contexto da economia socialista onde o plano contém o quadro reitor de obrigada observância da vida econômica, havendo-se contraído seu manejo no seio da maior parte das economias capitalistas mais maduras a uma utilização ao sumo setorial ou regional, para implantar ordem e racionalidade em ramos concretos da atividade econômica ou em determinados âmbitos territoriais, se bem devem ressaltar as exceções de França e Espanha que contam com uma relativamente ampla tradição de utilização de um sistema planificatório que objetiva fixar pautas de conduta e diretrizes com caracteres totalizadores para o sistema econômico em seu conjunto.*" (MATEO, Ramón Martín e Francisco Sosa Wagner. *Derecho Administrativo Económico*. 2ª edição Madri: Editora Pirámide. 1977; página 49.).

²¹ Para este autor, "*a planificação econômica é uma técnica de atuação e de intervenção que vem precedida e remete a uma série de condicionamentos ideológicos e econômicos que a convertem 'a priori' em uma categoria de difícil definição e tipificação na linguagem jurídica e, em especial, no marco do Direito Constitucional.*" (COMA, Martin Bassols. *Constitución y Sistema Económico*. 2ª edição Madri: Tecnos. 1988; página 217.).

²² Artigo 131.1. O Estado, mediante Lei, poderá planificar a atividade econômica geral para atender

Estabelecendo diferenças entre planificação e plano está Ernst Forsthoff²³, que diferencia plano de planejamento. Na mesma linha de Forsthoff, entendemos haver diferença entre plano e planificação, e aqui acrescentamos também o planejamento com um significado diverso desses dois institutos.

Fixando o nosso conceito em relação a esses termos temos que: a planificação seria *o processo pelo qual são definidos os pressupostos do planejamento*. O planejamento é *todo o arcabouço axiológico, conceitual e teórico voltado para a seleção de objetivos, fixação de metas, e previsão e disposição de meios para efetivá-las*. Já *o instrumento jurídico-normativo que formaliza o planejamento, para que esse possa ser executado, é o plano*.

1.3. Contornos Jurídicos do Planejamento

O planejamento surge como uma quebra de paradigmas com a imposição do bem estar social como objetivo do Estado.²⁴

A antiga concepção de Ordem Jurídica formal, abstrata e estática não se coaduna com o planejamento, pois este tem por fim eleger objetivos que otimizem a ação estatal. O Planejamento se insere na perspectiva ativa de um Estado que pretende interferir na esfera econômica e social, coordenando as ações individuais com vistas ao bem estar coletivo.

às necessidades coletivas, equilibrar e harmonizar o desenvolvimento regional e setorial, e estimular o crescimento da renda e da riqueza e sua mais justa distribuição.

²³ "A planificação não se adapta a esta lógica. o plano não é uma norma que fixa pressupostos de fato abstratos e como tal 'tenha validade', sem que sua lógica específica resulta mais bem da circunstância de estar exclusivamente dirigido à execução. Por outra parte, o plano tampouco pode ser compreendido desde a perspectiva da intervenção. É certo que existem planos que intervêm na propriedade, como no caso de um plano de urbanismo que limita ou suprime uma possibilidade de construir existente, o que faz necessária uma indenização. Porém todavia nem sequer o plano de urbanismo pode ser compreendido em sua natureza específica, desde a perspectiva da intervenção, que por demais está considerada na lei como algo excepcional." (FORSTHOFF, Ernst in: *Planificación - I*. (obra coordenada por Joseph H. Kaiser). Madri: Instituto de Estudios Administrativos. 1974; página 85).

²⁴ Luiz Fernando Coelho já fazia previsões em torno do Planejamento no final da década de 1970. Tendo ele sustentado naquela oportunidade que: "A esta nova dimensão do ordenamento jurídico que se projeta para o futuro, a ciência do direito contemporânea denomina 'planejamento', termo emprestado à economia, talvez por não se haver ainda criado um neologismo adequado. Ordem jurídica e planejamento são portanto categorias da juridicidade, e se opõem na medida em que uma é estática e 'retrospectiva', e o outro dinâmico e 'prospectivo'." (COELHO, Luiz Fernando. *Considerações sobre Economia e Planejamento no Direito Administrativo* in: *Direito Administrativo Aplicado e Comparado*. São Paulo: Resenha Universitária. 1977; página 144.)

Ressalta Luiz Fernando Coelho que "*à teoria jurídica do planejamento cabe justamente a tarefa de equacionar os problemas dimanados dessa tensão, enfatizando o aspecto dinâmico e evolutivo do direito, sem prejudicar os valores que uma ordem jurídica estável deva preservar.*"²⁵

Nessa mesma linha de pensamento, Miguel Reale manifestou seu entendimento sobre essa quebra de paradigmas da ordem jurídica, ressaltando que, no seu entender, há "*dois problemas prévios a serem considerados de maneira complementar, a saber:*

a) *em que medida a planificação determina alterações de fundo na ordem jurídica, no que se refere por exemplo, à estrutura de suas normas e à forma de compreendê-las e executá-las ?*

b) *que papel deve representar o Direito como fator constitutivo da política de planejamento?*"²⁶

Analisando o planejamento pelo ângulo da ciência do direito, temos de um lado o fato de que a atividade planificadora assume contornos jurídicos tendentes a dimensionar o planejamento. E, de outro, o fato de que a planificação apresenta-se como um complemento da intervenção do Estado na economia.

Se para a economia planejamento é "*a subordinação dos fatores econômicos a um plano preestabelecido pelo poder público*"²⁷, para o direito o planejamento é a "*própria institucionalização das transformações sociais, principalmente econômicas*"²⁸, é a normatização para sua efetivação.

Portanto, o planejamento em seu aspecto jurídico é institucional, na medida em que o Estado se organiza para a obtenção de objetivos econômicos; e normativo, na medida em que há a inserção sistemática de regras jurídicas para implementar o plano estabelecido.

Desta forma, como ciência do direito o planejamento apresenta-se

²⁵ COELHO, Luiz Fernando. *Considerações sobre Economia e Planejamento no Direito Administrativo* in: *Direito Administrativo Aplicado e Comparado*. São Paulo: Resenha Universitária. 1977; página 149.

²⁶ REALE, Miguel. *Direito e Planificação* in: *Revista de Direito Público* nº 24. 1973; página 95.

²⁷ GOMES, Luiz Souza. *Dicionário Econômico e Financeiro*. 7ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 1962; página 178.

²⁸ COELHO, Luiz Fernando. *Considerações sobre Economia e Planejamento no Direito Administrativo* in: *Direito Administrativo Aplicado e Comparado*. São Paulo: Resenha Universitária. 1977; página 150.

como a constante busca de eficiência na Administração Pública.

Geraldo de Camargo Vidigal, alertava para o fato de que *"entre o Direito Constitucional e o Direito Administrativo brota o Direito do Planejamento,"* entendendo este autor que essa nova ramificação do direito público tende a uma autonomia, entretanto não encontrou problemas em enquadrá-lo dentro do Direito Administrativo Econômico. Segundo Vidigal, *"referências a um Direito Econômico e imprecisas análises do Direito Econômico têm confundido, em escritos dos mestres, os territórios do Direito do Planejamento - ciência do Direito Público que tende à autonomia - do capítulo do Direito Administrativo, que é o Direito Administrativo Econômico, [...]"*²⁹

Em relação aos aspectos econômicos da planificação, válidas são as lições do jurista português Simões Patrício, segundo quem nas economias de mercado, o *"[...] planejamento - que mais se dirá programação - é apenas indicativo e o Plano constituído por previsões, diretivas, conselhos oficiais.* Entretanto, ele ressalta que quando se tratar das economias de direção central ou planificadas, há *"[...] propriamente uma planificação, de carácter imperativo: o Plano como lei, lei econômica objetiva, imanente a todo o regime [...]"*³⁰

Portanto, uma vez que o planejamento apresenta tanto traços relacionados ao Direito Administrativo, como também traços diretamente ligados ao campo do Direito Econômico³¹, não há dificuldades, acreditamos, no enquadramento do planejamento dentro do Direito Administrativo Econômico.

Com relação a esses contornos jurídicos traçados, pode-se dizer que se o planejamento tem reflexos eminentemente jurídicos, e portanto, ao se pensar em elaborar um plano, deve-se relevar sempre os aspectos jurídicos. Também

²⁹ VIDIGAL, Geraldo de Camargo. *Teoria Geral do Direito Econômico*. São Paulo: RT. 1977; páginas 211-212.

³⁰ PATRÍCIO, J. Simões. *Curso de Direito Econômico*. 2ª edição Lisboa: AAFDL. 1981. página 727.

³¹ André de Laubadère explica que *"mais que a existência de regras originais, é a preocupação de descobrir novas noções que parece caracterizar principalmente o Direito Administrativo Econômico atual. Este direito anda em busca de conceitos suscetíveis de acolher os tipos de atos ou de instituições que não parecem acomodar-se às categorias jurídicas tradicionais. [...] Certos actos, tais como o Plano, com o seu carácter prospectivo, incitativo, não obrigatório, parecem irredutíveis às categorias já conhecidas de atos jurídicos. [...] Certos processos de ação parecem reportar-se simultaneamente ao contrato e ao ato unilateral, pedindo emprestada a roupagem do primeiro para fazer ofício do segundo."* (LAUBADÈRE, André de. *Direito Público Econômico*. (Tradução de Maria Teresa Costa). Coimbra: Almedina. 1985; página 121.).

podemos afirmar que as estruturas normativas devem ser mais flexíveis, para que o planejamento possa cumprir seu principal objetivo, que é otimizar a atuação da Administração Pública e orientar a iniciativa privada.

1.4. Planejamento e Federalismo

A Constituição de 1967 permitia ao Congresso Nacional que, por legislação infraconstitucional, dispusesse sobre os planos e programas nacionais, regionais e sobre os orçamentos plurianuais.³² Estabelecia-se também uma nova concepção de Federalismo, permitindo-se a criação de Regiões Metropolitanas.³³

Por sua vez, a Constituição de 1988 concedeu à União em seu artigo 43³⁴, competência para criação de Regiões com o intuito de facilitar o planejamento (regional) e visando ao desenvolvimento e à redução das desigualdades sociais. Ao Congresso Nacional foi dada a competência, no artigo 48, IV³⁵, para dispor sobre os planos e programas nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento, o que justifica a criação de "regiões para efeitos administrativos".³⁶

A Constituição vigente atribuiu ainda a competência de se criar as Regiões Metropolitanas³⁷ aos Estados, retirando-a das mãos da União. Agora,

³² Artigo 46. Ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, cabe dispor, mediante lei, sobre todas as matérias de competência da União, especialmente:

[...] III - planos e programas nacionais, regionais e orçamentos plurianuais;

³³ Artigo 157. [...]

[...] § 10. A União, mediante lei complementar, poderá estabelecer regiões metropolitanas, constituídas por Municípios que, independentemente de sua vinculação administrativa, integrem a mesma comunidade sócio-econômica, visando à realização de serviços de interesse comum.

³⁴ Artigo 43. Para efeitos administrativos, a União poderá articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando a seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais.

³⁵ Artigo 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

IV - planos e programas nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento;

³⁶ Nesse sentido, Luiz Fernando Coelho conclui que "o direito brasileiro do planejamento implica nova forma de federalismo, baseado em regiões não mais em Estados Autônomos." . (COELHO, Luiz Fernando. *Considerações sobre Economia e Planejamento no Direito Administrativo* in: *Direito Administrativo Aplicado e Comparado*. São Paulo: Resenha Universitária. 1977; página 165.).

³⁷ Eros Roberto Grau conceitua Região Metropolitana como "o conjunto territorial intensamente urbanizado com marcante densidade demográfica, que constitui um pólo de atividade econômica, apresentando uma estrutura própria definida por funções privadas e fluxos peculiares, formando,

mediante lei complementar, os Estados poderão criar tanto Regiões Metropolitanas, quanto as chamadas aglomerações urbanas e as microrregiões, para que assim possa elaborar um melhor planejamento por regiões.³⁸ Ressalta-se que as Regiões Metropolitanas criadas sob a égide da Constituição anterior continuam a existir³⁹, a não ser que os Estados-Membros, manejando as competências que a Constituição lhe atribuiu, resolvam extinguí-las, ou alterá-las.⁴⁰

em razão disso, uma mesma comunidade sócio-econômica em que as necessidades específicas somente podem ser, de modo satisfatório, atendidas através de funções governamentais coordenada e planejadamente exercitadas". (GRAU, Eros Roberto. *Regiões Metropolitanas: Regime Jurídico*. São Paulo: Bushatsky. 1974; páginas 25-26.).

³⁸ Artigo 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

[...] § 3º - Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.

³⁹ A Lei Complementar nº 14 de 1973 institui algumas Regiões Metropolitanas, veja:

Artigo 1º - Ficam estabelecidas, na forma do artigo 164 da Constituição, as regiões metropolitanas de São Paulo, Belo Horizonte, Porto Alegre, Recife, Salvador, Curitiba, Belém e Fortaleza.

§ 1º - A região metropolitana de São Paulo constitui-se dos Municípios de: São Paulo, Arujá, Barueri, Biritiba-Mirim, Caieiras, Cajamar, Carapicuíba, Cotia, Diadema, Embu, Embu-Guaçu, Ferraz de Vasconcelos, Francisco Morato, Franco da Rocha, Guararema, Guarulhos, Itapeverica da Serra, Itapevi, Itaquaquecetuba, Jandira, Juquitiba, Mairiporã, Mauá, Mogi das Cruzes, Osasco, Pirapora do Bom Jesus, Poá, Ribeirão Pires, Rio Grande da Serra, Salesópolis, Santa Isabel, Santana de Parnaíba, Santo André, São Bernardo do Campo, São Caetano do Sul, Suzano e Taboão da Serra.

§ 2º - A região metropolitana de Belo Horizonte constitui-se dos Municípios de: Belo Horizonte, Betim, Caeté, Contagem, Ibirité, Lagoa Santa, Nova Lima, Pedro Leopoldo, Raposos, Ribeirão das Neves, Rio Acima, Sabará, Santa Luzia e Vespasiano.

§ 3º - A região metropolitana de Porto Alegre constitui-se dos Municípios de: Porto Alegre, Alvorada, Cachoeirinha, Campo Bom, Canoas, Estância Velha, Esteio, Gravataí, Guaíba, Novo Hamburgo, São Leopoldo, Sapiranga, Sapucaia do Sul e Viamão.

§ 4º - A região metropolitana de Recife constitui-se dos Municípios de: Recife, Cabo, Igarassu, Itamaracá, Jaboatão, Moreno, Olinda, Paulista e São Lourenço da Mata.

§ 5º - A região metropolitana de Salvador constitui-se dos Municípios de Salvador, Camaçari, Candeias, Itaparica, Lauro de Freitas, São Francisco do Conde, Simões Filho e Vera Cruz.

§ 6º A região metropolitana de Curitiba constitui-se dos Municípios de: Curitiba, Almirante Tamandaré, Araucária, Bocaiúva do Sul, Campo Largo, Colombo, Contenda, Piraquara, São José dos Pinhais, Rio Branco do Sul, Campina Grande do Sul, Quatro Barras, Mandirituba e Balsa Nova.

§ 7º A região metropolitana de Belém constitui-se dos Municípios de: Belém e Ananindeua.

§ 8º A região metropolitana de Fortaleza constitui-se dos Municípios de: Fortaleza, Caucaia, Maranguape, Pacatuba e Aquiraz.

⁴⁰ Nesse sentido: "EMENTA: Constitucional. Administrativo. Instituição de Regiões Metropolitanas. Transferência da competência da União para os Estados. Lei Complementar 14/73.

No sistema jurídico-constitucional brasileiro, a promulgação de uma Constituição não acarreta, *ipso facto*, a ineficácia da legislação preexistente, derogando só aquela que, com ela, se mostre incompatível.

O conferimento, pela atual Carta da República, aos Estados da competência para instituir as

A importância da formação das Regiões Metropolitanas para a planificação, está no fato de que o planejamento regional em face destas áreas torna-se indispensável. Os problemas estruturais dessas aglomerações devem ser identificados de maneira global para que possa ser feito um planejamento adequado, sem comprometer a autonomia dos municípios. O planejamento em regiões metropolitanas deve sempre levar em conta a totalidade dos municípios nelas compreendidos, sob pena de se abdicar do caráter racionalizante do planejamento.⁴¹

O federalismo constituído pela CF de 88, teve por objetivo facilitar a elaboração de planos. A Lei de Responsabilidade Fiscal tende a tornar viável esses objetivos, pois aumentando o controle fiscal aos governadores e prefeitos ela está mediata e gradativamente obrigando-os a governar com os recursos disponíveis. A educação e a saúde continuarão a receber os repasses, entretanto voltados diretamente para esses setores, o que objetiva impedir que os governantes utilizem dos recursos, destinados a esses serviços públicos sociais, para aplicação em outros setores.

O grande problema dessa nova disciplina fiscal está no fato de que

regiões metropolitanas (artigo 25, § 3º) não afasta, só por si, a vigência da Lei Complementar 14/73. As regiões metropolitanas criadas sob o império da legislação anterior continuam a existir, salvante a hipótese de os Estados, por via de lei complementar, formalmente elaborada, resolverem extingui-las ou alterar-lhes a Constituição (princípio da continuidade da ordem jurídica precedente, no que atende à nova ordem constitucional).

É princípio do Direito pátrio de que a lei somente será revogada por outra subsequente. Enquanto não editada a lei complementar estadual disciplinando a criação, organização e funcionamento das regiões metropolitanas, continua a vigorar a Lei Complementar 14/73, que regula a matéria.

Recurso ordinário improvido. Decisão indiscrepante." (STJ. ROMS 314/MG. Rel.: Min. Demócrito Reinaldo. 1ª Turma. Decisão: 21.9.1994. DJ 1 de 17.10.1994, p. 27.859.).

⁴¹ Eros Grau ressalta a importância do planejamento metropolitano: "O planejamento a nível regional metropolitano é, assim, indispensável e condicionante, pode-se afirmar, da formulação da política de ação estatal a nível nacional. A finalidade primordial daquele, pois, deverá ser a de articular a ação pública da União, dos Estados e dos Municípios, de modo planejado, no sentido de maximizarem-se os benefícios de tais ações no âmbito regional, de sorte que dois objetivos econômicos básicos sejam aproximados: o pleno emprego da população no espaço regional e o crescimento da produtividade. [...] as funções sociais e econômicas da metrópole induzem determinadas necessidades, qualificadas como metropolitanas, cujo atendimento apenas pode ser empreendido através de funções governamentais metropolitanas; como tais entendem-se aquelas que exigem ação unificada e planejada, que ultrapasse os limites institucionais das várias unidades administrativas com ação na região metropolitana; em face da realidade brasileira, poderemos afirmar, serão elas aquelas que se apresentam como inerentes ao interesse comum metropolitano, não estando condicionadas, pois, tão somente pelos interesses locais de cada um dos municípios integrantes da sua área. (GRAU, Eros Roberto. *Regiões Metropolitanas: Regime Jurídico*. São Paulo: Bushatsky. 1974; páginas 36-37.).

há três tipos de Estados-membros no Brasil: os que podem desenvolver-se com a sua própria arrecadação; aqueles que não podem se sustentar exclusivamente com sua própria arrecadação; e os que, se dependessem da sua própria arrecadação sequer sobreviveriam. Não se atentou para o fato de que alguns Territórios Federais, antes sustentados pela União, com a sua transformação em Estados (Artigo 14 do ADCT) continuariam a depender dos trespases federais para sobreviverem. Dessa forma, isso acaba por prejudicar o planejamento nacional que, ao destinar verbas aos Estados, deverá proporcionalmente dotar muito mais a estes Estados. A uniformidade e igualdade do planejamento restaram dessa forma prejudicadas.

Nesse sentido, Fábio Konder Comparato⁴² analisou a organização constitucional do planejamento e questionou a manutenção dessas unidades federativas, já que elas não atendem com recursos próprios às suas despesas correntes. Advertiu, ainda, que o desenvolvimento nacional estará prejudicado por esse *"esquema político inepto e inconseqüente"*, entendendo pela necessidade de se refazer a nossa organização federal. Apontou o autor a solução: *"O novo federalismo, no entanto, não prescinde da criação de Regiões como sujeitos políticos autônomos, dotados de competência própria de planejamento e realização de políticas públicas. O que implica, claramente, a reorganização do atual modelo financeiro federal. Os Estados e Municípios deveriam prover às suas despesas correntes unicamente com recursos próprios. As transferências de recursos financeiros federais deveriam ser feitas, unicamente, para regiões e consórcios de Municípios, com a finalidade exclusiva de investimento em infraestrutura ou programas educacionais, no quadro de planos regionais ou locais de desenvolvimento."*⁴³

1.5. Planejamento e Princípio da Democracia Econômica Social

⁴² COMPARATO, Fábio Konder. *A Organização Constitucional da Função Planejadora* in: Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional (Organizado por Ricardo Antônio Lucas Camargo). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1995; página 84.

⁴³ COMPARATO, Fábio Konder. *A Organização Constitucional da Função Planejadora* in: Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional (Organizado por Ricardo Antônio Lucas Camargo). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1995; página 85.

É inquestionável que o Brasil seja um Estado Democrático de Direito, até pelo seu expresse acolhimento constitucional no artigo 1º do Estatuto Constitucional, que entendeu por bem se fundamentar nos princípios da soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana e nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Pregando a Constituição esses vetores, emerge o que a doutrina tem convencionalmente chamar de Princípio da Democracia Econômica e Social.

A Constituição ao se referir à livre iniciativa, ao trabalho em seu prisma social, à cidadania e à dignidade humana, está reflexamente preocupando-se com fatores ligados diretamente ao Princípio da Democracia Econômica e Social.⁴⁴

Na acepção ampla deste princípio, o planejamento aparece como uma de suas partes, sendo que só há de se falar na existência de um Estado Democrático Econômico e Social se o Estado exercer um papel fortemente planejador.

José Joaquim Gomes Canotilho afirma que o Princípio da Democracia Econômica e Social " [...] *impõe tarefas ao Estado e justifica que elas sejam tarefas de conformação, transformação e modernização das estruturas econômicas e sociais, de forma a promover a igualdade real entre os portugueses. [...] O princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição de retrocesso social. [...] A "proibição de retrocesso social" nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas, mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego,*

⁴⁴ Nesse sentido, o professor Eduardo Kroeff Machado Carrion explica que: "Ao Estado liberal anterior correspondiam princípios econômicos como o da liberdade da indústria e do comércio e o da igualdade de tratamento em matéria econômica, impedindo assim medidas discriminatórias ou seletivas por parte da administração com relação à atividade da iniciativa privada. Com a mudança da natureza do Estado, novos princípios econômicos surgem, refletidos em expressões como "planejamento econômico"; "estatizações"; "democracia econômica e social", em complemento à democracia política etc. Novos princípios econômicos estes que, sobretudo após a Segunda guerra mundial, encontraram acolhida cada vez maior nas Constituições, recebendo então estatuto e garantia constitucionais. Estes novos princípios econômicos apresentam inspiração distinta daqueles clássicos. Ao invés de significar uma limitação à ação do Estado, implicam uma maior intervenção do Estado." (CARRION, Eduardo Kroeff Machado. *Reforma Constitucional e Direito Adquiridos e outros estudos*. Porto Alegre: Editora Síntese. 2000; página 44.).

prestações de saúde), em clara violação do princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural, e do núcleo essencial existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana."⁴⁵

Explica Canotilho, que é o Princípio da Democracia Econômica e Social que oferece a base para as intervenções do Estado no domínio econômico, cultural e social, pois ele funciona como uma "*[...] imposição constitucional conducente à adoção de medidas existenciais para os indivíduos e grupos que, em virtude de condicionalismos particulares ou de condições sociais, encontram dificuldades no desenvolvimento da personalidade em termos econômicos, sociais e culturais (ex.: rendimento mínimo garantido, subsídio de desemprego). A atividade social do Estado é, assim, atividade necessariamente pública e objetivamente pública. [...] Essas intervenções não se limitam a uma função de direção ou de coordenação de uma economia de mercado. São instrumentos de transformações e modernização das estruturas econômicas e sociais. Mas a problemática é já a questão de saber se a Constituição impõe um productive State - que se tem mostrado ineficiente e burocratizado - ou se a democratização econômica, social e cultural pode ser conseguida por instrumentos distributivos e redistributivos mais flexíveis e dinâmicos*"⁴⁶. Esse dilema se coloca central no moderno debate sobre as formas de intervenção estatal no domínio econômico.

Portanto, as profundas mudanças que devem promover os Estados, principalmente em sociedades, devem se orientar não apenas para o desenvolvimento econômico, mas para a ruptura com o legado patrimonialista de séculos. Para isso, são necessárias políticas sustentadas na organização e persecução de fins sociais, pois como enfatiza novamente Canotilho, "*[...] a Administração Pública é uma administração socialmente vinculada à estruturação de serviços fornecedores de prestações sociais (ensino, saúde, segurança social). [...] A transmutação de formas de organização públicas em esquemas organizatórios privados (ex.: telecomunicações, energia, crédito) pressupõe a*

⁴⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2ª edição Coimbra: Almedina. 1998; página 320.

⁴⁶ Id, ibdem.

continuação do princípio da universalidade de acesso das pessoas aos bens indispensáveis a um mínimo de existência."⁴⁷

A aplicação desse Princípio em seu sentido amplo, e a sua cogência, se liga diretamente a um Estado Planificado. O combate ao retrocesso social e econômico é um dos principais objetivos do planejamento. A planificação deve procurar analisar todos os quadros sócio-econômicos existentes em um determinado local, para que, com base nos problemas identificados, possa ser feito um planejamento apto a enfrentar os problemas identificados, e que chegue a um resultado satisfatório.

1.6. Fundamento Constitucional do Planejamento

Ao fazer uma análise do tratamento constitucional dado ao planejamento pela Constituição Brasileira, podemos indicar vários artigos onde a Constituição faz referência ao planejamento, os quais constituem fundamentos do planejamento no sistema constitucional.

1 - O artigo 21, IX, estabelece a competência da União para elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social.

2 - O artigo 25, § 3º, dispõe que os Estados Federados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.

3 - O artigo 29, XII, obriga que, ao se elaborar o planejamento municipal, se dê espaço às associações representativas, como forma de participação popular, neste processo de planificação.

4 - O artigo 30, VIII, estabelece a competência dos Municípios para promover o adequado ordenamento territorial mediante o seu planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano.

⁴⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2ª edição Coimbra: Almedina. 1998; página 325.

5 - O artigo 43 prevê a possibilidade de que, para efeitos administrativos, a União crie Regiões para fins de planejamento.

6 - O artigo 48 estabelece como uma das atribuições do Congresso Nacional dispor sobre as matérias de competência da União, e entre elas arrola em seu inciso II a lei do plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e a lei orçamentária anual, e em seu inciso IV os planos e programas nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento.

7 - O artigo 49, IX, fixa como competência exclusiva do Congresso Nacional julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos seus planos de governo.

8 - O artigo 58, ao dispor que o Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, prevê em seu § 2º a competência dessas comissões para apreciar programas de obras, planos nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento e sobre eles emitir parecer.

9 - O artigo 68, § 1º prevê a impossibilidade de se delegar matérias reservadas às leis complementares, bem como, a elaboração de legislação que trate dos planos plurianuais, das diretrizes orçamentárias e dos orçamentos.

10 - O artigo 74 impõe aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário o dever de manter de forma integrada o sistema de controle interno, que tem entre seus objetivos, conforme o inciso I, avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União.

11 - Os incisos XI e XXIII do artigo 84 dispõem serem duas das competências privativas do Presidente da República, respectivamente, remeter mensagem e plano de governo ao Congresso Nacional por ocasião da abertura da sessão legislativa, expondo a situação do País e solicitando as providências que julgar necessárias, e enviar ao Congresso Nacional o plano plurianual, o projeto de lei de diretrizes orçamentárias e as propostas de orçamento previstos na Constituição.

12 - O artigo 159, I, "c", prevê o repasse pela União de recursos para aplicação em programas de financiamento ao setor produtivo das Regiões Norte,

Nordeste e Centro-Oeste, de uma pequena parcela de recursos provenientes da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza, e impostos sobre produtos industrializados, sendo que este repasse se dará através de suas instituições financeiras de caráter regional e de acordo com os planos regionais de desenvolvimento.

13 - O artigo 165 que trata do Orçamento Público estabelece que o Poder Executivo legislará sobre o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais.

14 - O artigo 174 estabelece que o Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, deverá exercer, além das funções de polícia administrativa econômica e estímulos positivos, a função de planejamento, que para o setor público é imperativo e para o setor privado é indicativo. Determina-se, portanto, o planejamento para o setor público, donde se deduz que, a partir da vigência da Constituição de 1988, o Estado obrigatoriamente deve ter uma política planejadora para todos os seus setores, para a Administração Direta e para a Administração Indireta.⁴⁸ O mesmo artigo em seu § 1º prevê que uma lei deverá estabelecer as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado em adequação e conformidade com os planos nacionais e regionais de desenvolvimento, que nela deverão ser incorporados.

15 - O artigo 182 que trata da política de desenvolvimento urbano, estabelece em seu § 1º a obrigatoriedade de se fazer um plano diretor para cidades com mais de vinte mil habitantes, sendo que este deverá ser aprovado pela Câmara Municipal, até por se tratar de um instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana, o que necessita de aprovação dos representantes da população urbana.

16 - O artigo 187 prevê a necessidade de planejamento da política

⁴⁸ Conforme os ensinamentos de José Afonso da Silva, "[...] planejamento, assim, não é mais um processo dependente da mera vontade dos governantes. É uma previsão constitucional e uma provisão legal. Tornou-se imposição jurídica, mediante a obrigação de elaborar planos, que são os instrumentos consubstanciadores do respectivo processo. [...], sua natureza está perfeitamente estabelecida pela Constituição Federal, quando, no artigo 48, IV, diz que cabe ao Congresso Nacional dispor, com a sanção do Presidente da República, sobre planos e programas nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento." (SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 2ª edição São Paulo: Malheiros. 1997; página 78.).

agrícola (incluem-se no planejamento agrícola as atividades agroindustriais, agropecuárias, pesqueiras e florestais), e estabelece que os produtores, os trabalhadores rurais, os comerciantes agrícolas, e os setores de armazenamento e de transportes, deverão participar ativamente deste planejamento. Ressalva ainda em seu § 2º a necessidade de se compatibilizar as ações de política agrícola e de reforma agrária.

17 - O artigo 214 prevê que a lei do plano plurianual de educação terá por objetivos: a articulação e o desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, e a integração das ações do Poder Público visando à erradicação do analfabetismo, a universalização do atendimento escolar, a melhoria da qualidade do ensino, a formação do aluno para o trabalho, e a promoção humanística, científica e tecnológica do País.

18 - Por fim a Constituição em seu artigo 226, § 7º, prevê até o planejamento familiar como direito da família, que apesar de ser de livre decisão do casal, ao Estado competirá propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito. Ressalva entretanto que esse planejamento deve ser fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.

Em relação ao planejamento, é necessário observar ainda que, pelo fato dele fazer parte da Ordem Econômica e Financeira, ele deve respeitar, além de seus princípios peculiares, os princípios gerais da atividade econômica. Ou seja, todos os princípios previstos no artigo 170 servem também para o planejamento. Logo, a valorização do trabalho humano, a livre iniciativa, os ditames da justiça social, a soberania nacional, a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a busca do pleno emprego, o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País, e a redução das desigualdades regionais e sociais, devem ser também tidos como vetores para o planejamento.

Outro artigo que merece uma análise especial é o artigo 174 que, como já fora exposto, prevê expressamente a função planejadora estatal em face

da ordem econômica. A doutrina, manifestando-se sobre esse artigo, entende que a planificação brasileira deve ser analisada com cuidado, pois a experiência brasileira em planejamentos não é satisfatória.⁴⁹

Celso Ribeiro Bastos expunha suas críticas aos planejamentos brasileiros. Segundo ele, *"embora seja freqüente encontrar-se alguma sorte de planejamento, mesmo no sistema econômico de livre mercado, é necessário, contudo, observarem-se duas coisas. A tendência mais recente é a de abandonar os rigores do planejamento mesmo em economias marxistas. De outra parte o Brasil não tem nenhuma tradição planejadora que possa fazer com que a elaboração de planos econômicos pelo Estado tenha alguma possibilidade de ser encarada com otimismo"*.

Apesar de todas as críticas doutrinárias⁵⁰ em relação ao planejamento, principalmente quando se trata de planos monetários, não há como negar que houve uma pequena evolução nessa área. O plano real, implantado no Brasil em 1994, possibilitou ao menos que o país acabasse com os níveis temerosos de inflação, o que desta forma possibilita também a elaboração de orçamentos mais realistas e controláveis.

Entretanto, como já escreveu Eros Roberto Grau, ainda há muito que evoluir constitucionalmente em relação ao planejamento.⁵¹

⁴⁹ O professor Geraldo de Camargo Vidigal é contundente ao criticar a atividade planejadora brasileira, de acordo com a sua análise, *"foi a incontinência de planejar do Estado que nos levou às conseqüências do Plano Cruzado, às conseqüências do Plano Bresser. Cada vez que um plano ambicioso foi posto em ação pelo Estado, o Brasil mergulhou mais profundamente em um processo de empobrecimento, de esvaziamento, de autodestruição. Chego a ter a impressão de que são inimigos nossos que dão conselhos intencionalmente errados, assessoram erradamente setores governamentais. E levam o Governo a adotar medidas que nos destroem, sob argumentos especiosos e falhos, capazes de confundir os governantes, capazes de levá-los a mergulhar neste mar de erros que ao longo de três lustros nos destruiu"*. (VIDIGAL, Geraldo de Camargo. *A Constituição Brasileira*. São Paulo: Forense Universitária. 1988; páginas 381-382.).

⁵⁰ ⁵⁰ BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 7º volume. São Paulo: Saraiva. 1990; página 108

⁵¹ Segundo Eros Roberto Grau, *"[...] O tratamento a ele conferido pelo texto constitucional é paupérrimo. [...] o planejamento de que se cogita é o planejamento técnica de atuação racional, cuja compatibilidade com o mercado é absoluta. Cuida, a Constituição, do planejamento do desenvolvimento econômico, quando, em verdade deveria ter tratado, e de modo muito mais amplo, do planejamento da ação estatal"*. Conceituando posteriormente este instituto, o precitado professor entende que ele *"[...] é forma de ação racional caracterizada pela previsão de comportamentos econômicos e sociais futuros, pela formulação explícita de objetivos e pela definição de meios de ação coordenadamente dispostos"*. E ressalta ele que como a atuação do Estado está *"[...] sob a égide de uma Constituição dirigente há de, por força, ser empreendida*

1.7. Planejamento, Dirigismo Econômico, Mercado e Racionalidade

Até recentemente afirmava-se que o planejamento só se aplicava em economias dirigidas. Sérgio Ferraz chegou a afirmar que "*a idéia de planejamento é uma idéia superada. A idéia de planejamento tem que vir com o dirigismo estatal.*"⁵²No mesmo sentido, Georges Ripert sustentou que "*restringir a liberdade do comércio e da indústria não é coisa nova. Sempre se entendeu que tal liberdade deve ser limitada pelo interesse público. Não se deveria dizer só por isso que a Economia foi sempre dirigida, seria confundir o intervencionismo e o dirigismo. [...] Uma economia não é bem dirigida se não for 'planejada'. O planismo aparece assim com a última fórmula e talvez a fórmula necessária do dirigismo.*"⁵³José Nabantino Ramos⁵⁴ entende que o Estado realiza o dirigismo por oito meios:

- 1- *planejando;*
- 2 - *criando padrões de referência (a moeda, medidas de peso e extensão e a empresa);*
- 3 - *fomentando (a preparação profissional, a assistência monetária, intervenções comerciais e investimentos);*
- 4 - *disciplinando (a agricultura, a indústria, o comércio, as comunicações, os transportes e a despesa);*
- 5 - *protegendo (o homem, o trabalhador e a propriedade);*6 - *apropriando-se (de bens e de direitos);*
- 7 - *tributando;*
- 8 - *reprimindo (por multa, intervenção, extinção e liquidação de*

prospectivamente." Dizendo por fim que o planejamento é "*[...] que confere consistência racional à atuação do Estado (previsão de comportamentos, formulação de objetivos, disposição de meios), instrumentando o desenvolvimento de políticas públicas, no horizonte do longo prazo, voltadas à condução da sociedade a um determinado destino.*" (GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 7ª edição São Paulo: Malheiros. 2002; páginas 362-364.).

⁵² Revista de Direito Público nº 98. 1991; página 206.

⁵³ GEORGES, Ripert. *Aspectos Jurídicos do Capitalismo Moderno*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1947; páginas 230-231.

⁵⁴ RAMOS, José Nabantino. *Sistema Brasileiro de Direito Econômico*. São Paulo: Resenha Tributária. 1980; páginas 73-74.

empresas).

Deve se frisar novamente que se o Estado realiza o dirigismo por estes oito meios colocados por José Nabantino Ramos, um desses meios é indispensável para uma economia dirigida, que é o planejamento.

O mesmo autor conclui que *"essa extensa atuação do Estado não o enriquece, nem a coletividade. É somente meio, de que ele se serve, para promover o progresso material da coletividade e que se consubstancia na disciplina destes objetivos fundamentais: 1) produção de utilidades (de bens - agropecuários e industriais - e de serviços - comércio interno, comércio externo, comunicação e transportes); 2) distribuição dos benefícios decorrentes do processo de produção (salários, lucros, rendas e participações); 3) consumo da produção (abastecimento, racionamento, tabelamento, proibição - de consumo)."*⁵⁵

Conforme fora identificado anteriormente, ao tratarmos da relação da economia com o direito, resultou entendido que o problema fundamental da economia se liga diretamente à escassez dos fatores de produção, ou seja, como, o que, para quem e quanto produzir ? O agente definidor da resposta a essas questões oscila entre o mercado e o Estado. E nesta oscilação é que se coloca o planejamento.

César Roberto Leite da Silva e Sinclayr Luiz explicam a importância do mercado no sistema econômico. Para eles, *"o mercado, através do sistema de preços, aloca os escassos recursos para produzir uma certa quantidade de bens e serviços, que correspondem a um nível de satisfação das necessidades das pessoas - o nível ou padrão de vida."*⁵⁶

O mercado é, pois, uma forma de confrontar oferta e procura a fim de realizar uma troca de serviços, de produtos ou de capitais. Formou-se uma concepção de que, quando se fala que determinado país possui uma economia de mercado, está se dizendo que este país possui um sistema econômico no qual as

⁵⁵ RAMOS, José Nabantino. *Sistema Brasileiro de Direito Econômico*. São Paulo: Resenha Tributária. 1980; páginas 73-74.

⁵⁶ SILVA, César Roberto Leite da e LUIZ, Sinclair. *Economia e Mercados*. São Paulo: Saraiva. 2001; página 175.

opções econômicas dependem essencialmente da confrontação entre as ofertas e as procuras e não de uma decisão estatal. Chegando-se a afirmar, com certo exagero, que os países capitalistas são países que dispensam o planejamento, pelo fato de se regerem pelo mercado com suas leis de oferta e procura. E que só aos países socialistas é que caberia o planejamento como orientador essencial das decisões de produção.

O planejamento, visto sob este prisma, se contrapõe à racionalidade do mercado pois: a) direciona, coordena e regula o ordenamento econômico para fins coletivos e; b) reduz a margem de liberdade do mercado na economia, buscando discipliná-la. Ou seja, o planejamento seria aqui visto como um redutor da liberdade de mercado.⁵⁷

Entretanto, atualmente essas idéias devem ser vistas com reserva. A Constituição brasileira ao estabelecer que o planejamento é indicativo para o setor privado, de qualquer forma estabeleceu que este planejamento deve ser feito. O problema é que a experiência brasileira em planejamentos, sempre se caracterizou pela baixa confiabilidade, pela turbeza, o que leva o setor privado a não seguir tais orientações, já que elas são meramente indicativas.

O problema que surge, é que por esta falta de planejamento adequado da economia brasileira, tem padecido de instabilidade econômica.

Não há oposição entre planificação e mercado. Haveria sim se o planejamento para as empresas privadas fosse vinculante, o que a Constituição não permite. Até as estatais estão excluídas do planejamento vinculante, uma vez que a própria Constituição no artigo 173, § 1º, II, estabelece que elas seguirão o regime jurídico das empresas privadas, que não se vinculam ao planejamento.

Entretanto, impende notar que o artigo 174 alude o caráter vinculante para o setor público (e não apenas estatal). Daí por que temos que, o caráter vinculante abrange empresas estatais e privadas que explorem serviços públicos,

⁵⁷ Marcos Juruena Villela Souto, ressalta que: "*nunca existiu uma economia integralmente de mercado, exercendo o Estado atual um relevante papel na fixação das regras do jogo. [...], o que se deve destacar é que a atividade econômica faz parte de um fenômeno social e cultural que antecede a criação do Estado, que nasce para ditar normas de harmonia para a vida em sociedade. Em outras palavras, o Estado é criado para preservar a sociedade, podendo, indiretamente, afetar a atividade econômica.*" (SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo da Economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003; página 5).

próprios ou impróprios (como no caso dos setores de saúde e educação).

Entretanto, não há incompatibilidade entre o planejamento e o sistema econômico definido pela Constituição, que é o capitalismo⁵⁸. A celeuma em torno do planejamento nos antigos países socialistas (com economia planificada, em que a principal característica deste tipo de economia é a coordenação através do planejamento) e nos países capitalistas (com economia de mercado caracterizado pela liberdade de contratação e pelo direito de propriedade dos meios de produção) pode se considerar superada.

Há de se ressaltar, todavia, que, mercado planificado não se confunde com planejamento. Planificar mercado é puro dirigismo estatal⁵⁹. Planejar é orientar a produção, até conformando mercado, mas não planificando.

O planejamento busca dotar o mercado de alguma racionalidade global, fazendo convir com a decisão individual do produtor e do consumidor algum sentido, alguma articulação e orientação pautados pela racionalidade sistêmica (do sistema econômico como um todo).

Racionalidade está profundamente ligada à eficiência. Sendo que esta só é alcançada se houver planejamento. O planejamento será racional desde que respeite o mercado, e interaja com ele. Deve estar o planejamento público articulado com o planejamento empresarial, que sempre se caracterizou pelo seu direcionamento às leis mercadológicas. João Bosco Leopoldino da Fonseca, adverte que *"essa busca de compatibilização é essencial, para que os esforços desenvolvidos não se contraponham, mas persigam a possibilidade de colocação de metas que interessem a ambos os lados."*⁶⁰

O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, classificou o Estado em quatro setores (produção de bens e serviços, núcleo estratégico, atividades exclusivas e atividades competitivas). Isso girando em torno de um só objetivo: *tonar eficiente a Administração Pública*. Nessa perspectiva, até

⁵⁸ Nesse sentido: GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 7ª edição São Paulo: Saraiva. 2002; página 368.

⁵⁹ Neste sentido é que nos parece possível sustentar que os planos econômicos das décadas de 80 e 90 foram mais instrumentos de intervenção planificadora do que de planejamento.

⁶⁰ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 3ª edição Rio de Janeiro: Forense. 2000; página 300.

consideraram por bem, inserir a eficiência como um dos princípios da Administração Pública, constantes do artigo 37, configurando esse princípio também como um daqueles que Canotilho convencionou chamar de impositivo.

O que se pode afirmar, é que como um princípio impositivo, ele tem que ser efetivado, e uma das melhores formas é por meio do planejamento. Nesse diapasão, afirma José Eduardo Martins Cardozo que "*[...] o planejamento, também se liga a idéia de eficiência, sendo que esta jamais poderá ser atendida, na busca do bem comum imposto por nossa Lei Maior, se o Poder Público não vier, em padrões de razoabilidade, a aproveitar da melhor forma possível todos os recursos humanos, materiais, técnicos e financeiros existentes e colocados a seu alcance, no exercício regular de suas competências. A ausência de planejamento, a negligência operacional, a inabilitação técnica geram desperdícios de recursos. Propiciam a necessidade de custos superiores àqueles que seriam necessários para a realização de uma atividade ou serviço. Implicam retardamento ou morosidade de execução, impedindo que novas atividades sejam realizadas e novas necessidades públicas sejam atendidas. São, assim, fatores que em si e por si geram óbices à satisfação adequada dos interesses comuns da coletividade.*"⁶¹

Celso Ribeiro Bastos ressalta que "*a idéia de planejamento traz consigo a de racionalização da economia. Isto significa dizer que os países que penetraram fundo no campo do planejamento econômico foram aqueles que descreeram das leis de mercado, como suficientes para instaurar a aspirada racionalidade.*"⁶²

Portanto, o planejamento tem como uma de suas principais finalidades dotar de racionalidade as decisões a serem tomadas e nas ações a serem imprimidas. No sentido de que, o administrador público ao agir, atue procurando adequar os meios e os fins a serem buscados.

⁶¹ CARDOZO, José Eduardo Martins. *Princípios Constitucionais da Administração Pública* in: *Os 10 anos da Constituição Federal: temas diversos*. Coordenação de Alexandre de Moraes. São Paulo: Atlas. 1999; página 166.

⁶² BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 7º volume. São Paulo: Saraiva. 1990; página 109.

1.8. Planejamento, Patrimonialismo e Políticas Públicas

O patrimonialismo entende o Estado como propriedade do governante, não distinguindo entre detenção do poder político e propriedade dos meios e recursos estatais.

Norberto Bobbio explicando o Estado Patrimonialista, afirma que "*o Estado Patrimonial é aquele no qual o soberano detém o território do Estado como propriedade sua, ou pelo menos como forma do 'dominium eminens' ou propriedade originária da que promanam as propriedades dos indivíduos, o que se manifesta, por exemplo, no direito de expropriação por utilidade pública.*"⁶³

Raymundo Faoro, ressalta que "*no Estado Patrimonial havia, latente, o poder de comando, direção e apropriação sobre pessoas e bens, sem que os súditos pudessem alegar, no caso de inversão da propriedade ou exigência de serviços, indenizações ou compensações, No fundo - nas formas puras do patrimonialismo, formas realmente construídas - o domínio seria uma concessão do príncipe, como concessão era toda a atividade econômica.*"⁶⁴ Em outro momento, Faoro sustenta que: "*A comunidade política conduz, comanda, supervisiona os negócios, como negócios privados seus, na origem, como negócios públicos depois, em linhas que se demarcam gradualmente. O súdito, a sociedade, se compreendem no âmbito de um aparelhamento a explorar, a manipular, a tosquiar os casos extremos. Dessa realidade se projeta, em florescimento natural, a forma de poder, institucionalizada num tipo de domínio: o patrimonialismo, cuja legitimidade assenta no tradicionalismo - assim é, porque sempre foi.*"⁶⁵

Isso reflete imediatamente numa profusão de formas legislativas e planos, que se revelam de conteúdos fortemente distintos de classes, ou seja, um conteúdo beneficiador de determinados grupos.

⁶³ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política*. (Tradução Daniela Beccaccia Versiani). Rio de Janeiro: Campus. 2000; página 225.

⁶⁴ FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder. Vol. I*. 10ª edição São Paulo: Globo. 2000; página 34 (in: nota de rodapé nº 44).

⁶⁵ FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder. Vol. II*. 10ª edição São Paulo: Globo. 2000; página 363.

As decisões no âmbito do planejamento são complexas, uma vez que se procura alcançar uma interseção entre os interesses privados e os públicos. Ao contrário, o patrimonialismo funciona como impeditivo dessa interseção, pois como lembra Faoro, "*[...] apropria as oportunidades econômicas de desfrute dos bens, das concessões, dos cargos, numa confusão entre o setor público e o privado, [...].*"⁶⁶

O patrimonialismo, arraigado na cultura e na história luso-brasileira, reflete de maneira negativa na definição das políticas públicas que serão adotadas, pois é da elaboração das políticas públicas que a planificação surgirá, podendo essa ser beneficiadora da sociedade como um todo, ou meramente beneficiadora de interesses individuais homogêneos.

Maria Paula Dallari Bucci ressalta que "*há certa proximidade entre as noções de política pública 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.*"⁶⁷

Resulta dessas reflexões que a relação das políticas públicas⁶⁸ com o planejamento é de extrema importância, pois a definição dessas políticas é que refletirá no planejamento a ser elaborado, ou seja, diretamente nas decisões a serem tomadas em torno do melhor modelo de planejamento, e para o estabelecimento dessas decisões, os problemas e as características intrínsecas de cada País e suas unidades federativas devem ser observadas.

⁶⁶ FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder. Vol. II.* 10ª edição São Paulo: Globo. 2000; página 367.

⁶⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas.* São Paulo: Saraiva. 2002; pgs. 258-259.

⁶⁸ Maria Paula Dallari Bucci, e segundo ela, "*[...] as políticas são instrumentos de ação dos governos [...]. A função de governar - o uso do poder coativo do Estado a serviço da coesão social - é o núcleo da idéia de política pública, redirecionando o eixo de organização do governo da lei para as políticas. [...] se entende que o aspecto funcional inovador de qualquer modelo de estruturação do poder político caberá justamente às políticas públicas.* (BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas.* São Paulo: Saraiva. 2002; página 252).

Richard Eckaus salientou nesse sentido que, "*não há, portanto, um modelo único ou teoria única e de melhor planejamento. Cada país e cada conjunto de circunstâncias exigem um procedimento. Cada país e cada conjunto de circunstâncias exige um procedimento 'sob medida', embora as diferentes abordagens e técnicas se enquadrem em umas poucas categorias amplas, que se podem descrever.*"⁶⁹

Definir uma política obriga a tomar posição relativamente a um grande número de objetivos e escolher os meios para alcançá-los. Disto decorre que as conseqüências de cada ação são variadas, o que implica dizer que uma política mal pensada pode tomar um rumo indesejado e incalculável pelo seu idealizador. Para diminuir a margem de desacertos, o que se pode fazer é trabalhar com todos os dados disponíveis, identificando o problema e mensurando a decisão a ser tomada.

1.9. Planejamento, Interesse Público, Desenvolvimento e Estado Planificador

O planejamento, como meio para o desenvolvimento, encontra-se ligado ao interesse público, entendido como o "*conjunto das necessidades humanas*"⁷⁰, uma vez que a planificação visa também a alcançar, em um dado momento, a satisfação dessas necessidades.

Uma pergunta pode surgir: Como deve ser esse planejamento? Para responder a essa pergunta, poderíamos estipular métodos, fases, processos a serem observados, ou seja, o que deve haver ao planejar uma fase antecedente, que até poderia ser chamada de pré-planejamento. O problema é que essa fase é composta de pesquisas, análises, estatísticas, com o fito de identificar os principais problemas existentes em um determinado país.

Esse processo é longo, e poderia envolver dois, três ou até quatro

⁶⁹ ECKAUS, Richard S.. *Apêndice sobre o Planejamento do Desenvolvimento* in: Desenvolvimento Econômico de Charles P. Kindleberger (Tradução de Sônia Schwartz). São Paulo: McGraw-Hill do Brasil. 1976; página 403.

⁷⁰ RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina. (Traduzido por Rogério Ehrhardt Soares) 1981; página 15.

anos, ou seja, basicamente o período de um mandato, motivo pelo qual pré-planejamento é sempre como um ideal que nunca se efetiva.

Países subdesenvolvidos não são caracterizados pela cultura da ação de longo prazo. A estabilidade das políticas e os mecanismos de transição institucional são vistos, por vezes, até como demonstração da soberania popular ou “fraude à vontade do povo”. O governante que acaba de tomar posse, já vem com suas políticas, não observando o aspecto generalizado que deve pautar o planejamento, simplesmente por não conhecê-lo como deveria. Nesse mesmo sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho ensinava já em 1978 que *“essa intervenção do Estado exige planejamento. De fato, ela pressupõe a definição de objetivos a curto, médio e longo prazos, o que importa na seleção de metas e no estabelecimento de prioridades. Por outro lado, tem de escolher pólos que canalizem o esforço e o investimento. [...] O planejamento, os grandes empreendimentos, a acumulação de capital, que o Estado empenhado no desenvolvimento econômico tem de realizar, impõem a modernização de sua máquina institucional e administrativa. Tal modernização visa à eficiência que uma estrutura antiquada e uma burocracia despreparada não podem assegurar a um desenvolvimento sem desperdícios. Reflete-se no recrutamento de técnicos e na elevação do nível profissional do servidor público, o que significa gastos mais elevados em educação e gastos que tardam sempre a dar frutos.*

*Todavia, não é possível o desenvolvimento sem a modernização da própria sociedade.”*⁷¹

Disso se deduz que, para que haja esse desenvolvimento sócio-econômico, é preciso antes, que o Estado se organize para que possa recepcionar essas mudanças de modo estável, sem que com elas haja um desequilíbrio.⁷²

⁷¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A Democracia Possível*. 4ª edição São Paulo: Saraiva. 1978; página 41.

⁷² Manzanedo, Hernado e Gómez-Reino em seu clássico *Curso de Derecho Administrativo Económico*, explicava a relação do planejamento e do desenvolvimento, ponderando eles que: “[...] *La necesidad de planificar el desarrollo es todavía mucho más apremiante en los países del Tercer Mundo, porque su situación actual, fruto de la época colonial, se presenta verdaderamente alarmante:*

Como bem frisa Eros Roberto Grau, a Constituição de 1988 cuida "do planejamento do desenvolvimento econômico, quando, em verdade deveria ter tratado, e de modo muito mais amplo, do planejamento da ação estatal."⁷³

Ademais, nem sempre os países em desenvolvimento possuem recursos humanos e tecnológicos para a elaboração do pré-planejamento.

Calixto Salomão Filho sustenta que para reger esse "esforço desenvolvimentista" pode se considerar a existência de três princípios: o redistributivo; a diluição dos centros de poder econômico e político e a conseqüente difusão de informações e conhecimento por toda a sociedade; e o estímulo à cooperação.

O princípio redistributivo, é visto por Salomão Filho como "a grande função do novo Estado. [...], de um Estado que deve basear sua gestão (inclusive do campo econômico) em valores e não em objetivos econômicos." Segundo ele, "se o problema é de gestão, qualquer manual de administração (pública ou privada) indica que tanto mais eficiência haverá quanto mais proximidade do problema e especialidade houver na gestão. Ora, isso só pode ser obtido através de uma redistribuição setorial, e não apenas macroeconômica. O objetivo redistributivo é então, também, uma forma de dar eficiência ao Estado."⁷⁴

Quanto à difusão do conhecimento econômico como tributário do desenvolvimento, Salomão Filho⁷⁵ entende que os meios de comunicação,

1. De 30 a 40 millones de seres humanos mueren de hambre cada año en el mundo; 500 millones de niños están subalimentados.

2. Existencia en estos países de una dualidad de estructuras económicas: una precapitalista, de autoconsumo y pequeñas economías agrícolas; otra capitalista, integrada por el sector capitalista autóctono y los intereses económicos extranjeros.

3. Infraestructuras económicas (carreteras, ferrocarriles, etcétera) montadas todavía en función de los potencias extranjeras.

Ante esta situación, la ayuda de los países industrializados a los en vías de desarrollo é verdaderamente irrisoria. Frente a una ayuda de siete mil millones de dólares que prestan los países industrializados a los subdesarrollados, aquéllos gastan cada año de 120 a 180 mil millones de dólares en armamento." (MANZANEDO, J. A. , HERNANDO, J. y REINO, E. GOMES. *Curso de Derecho Administrativo Económico*. Madrid : Instituto de Estudios de Administración Local. 1970; página 56.).

⁷³ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 7ª edição São Paulo: Malheiros. 2002; página 362.

⁷⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e Desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros. 2002; páginas 41-42.

⁷⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e Desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros. 2002; página 50.

principalmente os de radiodifusão devem ser usados como instrumentos de *"transmissão e discussão do conhecimento (em geral) difuso na sociedade. Daí a necessidade premente de pluralismo da difusão de idéias nesses meios de comunicação."*⁷⁶

Por último, aparece o princípio do estímulo à cooperação. Diferentemente do princípio redistributivo (*"que permite a inclusão de participantes no processo de escolha econômica"*) e da diluição dos centros de poder econômico, que apenas garantem aos agentes econômicos a livre escolha, o *estímulo à cooperação enseja a possibilidade dos agentes compararem escolhas individuais com escolhas sociais*⁷⁷ permitindo-se *"comparações de utilidade social e individual, abrindo aos agentes mais uma alternativa de comportamento social."*⁷⁸ Salomão Filho ressalta que há três condições mínimas para o sucesso de soluções cooperativas: *"pequeno número de participantes, existência de informação sobre o comportamento dos demais e existência de relação continuada entre os agentes."*⁷⁹

Essas premissas expostas, levam à conclusão de que não haverá desenvolvimento sem planejamento. Em um sentido mais técnico, desenvolvimento se liga diretamente à planificação, isto porque o objeto do plano é o desenvolvimento, devendo esta ser aqui considerada como uma nova modalidade de atuação administrativa, superando as tradicionais atividades de polícia, estímulos positivos, produção de bens e serviços e serviços públicos. Nesse sentido, Gaspar Ariño Ortiz⁸⁰, colhendo as quatro primeiras atividades, acolhe também a atividade arbitral, e a que aqui nos interessa, a atividade de planejamento. Segundo ele, planejando e programando, o Estado conformaria e racionalizaria de modo conjunto e sistemático a ação do Setor Público e do Setor

⁷⁶ Neste momento ressaltamos, que as Rádios Comunitárias podem ser usadas como meio de efetivação desse princípio, já que através delas a sociedade poderá ter acesso a informações mais isentas de parcialidade.

⁷⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e Desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros. 2002; página 50.

⁷⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e Desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros. 2002; página 56.

⁷⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e Desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros. 2002; páginas 51-52.

⁸⁰ ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de Derecho Público Económico*. 2ª edição Granada: Comares. 2001; páginas 252-255.

Privado, direcionando esses setores para que atendam às necessidades previstas num prazo médio.

Entretanto, o jurista espanhol, explica que a tendência é que se reforme essas atividades, no sentido de passar o Estado de protagonista a coadjuvante, isto em virtude das transformações que ocorreram nos Estados nos últimos anos. Para ele, deste momento em diante ter-se-ia quatro espécies de Estado: O Prestador, o Produtor, o Regulador, e o Planificador e Conformador da Vida Social⁸¹.

Isto não significa que a adoção de uma forma de Estado exclua as outras, pelo contrário, ao se falar por exemplo em Estado Regulador, presume-se o Estado Planificador e Conformador⁸².

Nesse momento, como o estudo se volta para o Estado Planificador, adotamos aqui a significação proposta por Gaspar Ariño Ortiz: para ele o Estado sobre essa roupagem, não atua " *prevendo as necessidades e tomando decisões empresariais [...] pois essa forma [...] está totalmente em desuso.*" Explica ainda Ariño Ortiz que "*[...] frente a isto, as técnicas planificadoras podem resultar, ainda sim, úteis para a destinação de recursos escassos (águas, solo, ondas electromagnéticas) ou para proporcionar um marco de orientação informativo estratégica aos agentes privados, sempre que se utilizem técnicas compatíveis com o mercado.*"⁸³

Nesse diapasão, pode-se dizer que a Administração Pública Brasileira passou por quatro fases:

a) a primeira, representada pelo Estado Regulador-Liberal, onde se encarava a Administração Pública apenas como uma Ciência Jurídica, o que levava o princípio da legalidade a todo o seu rigor;

b) na segunda fase pode-se apontar três momentos: o do Estado Administrativo, que prezava pela racionalização do seu campo de atuação (1930-

⁸¹ ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de Derecho Público Económico*. 2ª edição Granada: Comares. 2001; páginas 255-256.

⁸² Ou seja, o Estado diagnostica a situação sócio-econômica e, a partir desse estudo, fixa o ponto de partida e as providências que deverão ser tomadas, delimitando os objetivos e ações a realizar durante um determinado período.

⁸³ ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de Derecho Público Económico*. 2ª edição Granada: Comares. 2001; página 256.

1945); o da Administração para o Desenvolvimento (1946-1964); e o do Estado Intervencionista, que também preocupava-se eminentemente com a racionalização e com as competências técnicas (1965-1979); a Administração Pública nesse período era vista como Ciência Administrativa;

c) na terceira fase (1980-1989) temos a chamada Mobilização Social, onde a preocupação com aspectos sociais é trazida para o Estado, principalmente pelos problemas sociais emergentes;

d) na quarta e última fase, temos o que tem se chamado de uma Redefinição do Papel do Estado, onde a Administração Pública tem suas características próprias, e a capacidade política é medida pela competência técnica, e para esta se efetivar, o instituto do planejamento é imprescindível. Nesta fase se fortalece o planejamento como forma da intervenção indireta.

Essas sucessivas mudanças de paradigmas servem para concluir que uma Nova Administração Pública se encontra em construção, a Administração Pública Planificada, que terá sempre por fim atingir o interesse público.

Esse Interesse Público é o que deve importar para o Estado no momento atual. Definir Interesse Público, é uma tarefa árdua. Em outra oportunidade já foi salientado que *"tal conceito vai servir, na prática do exercício do poder político administrativo e na teoria do Direito Administrativo, como uma verdadeira chave de abóbada, capaz de preencher os vazios do sistema, dar justificativa racional ao Direito e conferir coesão teórica ao modelo jurídico. [...] o interesse público cumpre para este ramo do Direito o papel de 'instrumento' (elo de concentração), 'limite' (elo de delimitação) e 'fundamento' (elo de legitimação) do poder."*⁸⁴

Celso Antônio Bandeira de Mello aduz que *"[...] 'o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos "pessoalmente" têm quando considerados "em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem."* Exemplifica o ilustre professor que *"[...] um indivíduo pode ter, e provavelmente terá, pessoal - e máximo - interesse em não ser desapropriado, 'mas não pode, individualmente, ter*

⁸⁴ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *Regulação Estatal e Interesses Públicos*. São Paulo: Malheiros. 2002; página 77.

interesse em que não haja o instituto da desapropriação', conquanto este, eventualmente, venha a ser utilizado em seu desfavor." ⁸⁵

O Interesse Público é indispensável para que se estude o instituto da planificação. O planejamento objetiva atingir o interesse público, mais para esse fim, ele se sobrepõe a interesses individuais, genericamente reunidos na liberdade de iniciativa constitucionalmente assegurada. A própria palavra Administração Pública deve ser entendida em um de seus desdobramentos como uma constante busca ao Interesse Público. Um dos principais objetivos do planejamento é otimizar a atuação da Administração Pública, o que, via reflexa, consagra.

José Roberto Dromi, explica a otimização da Administração Pública e a importância da planificação para sua eficiência. Segundo ele: "*Administração é a capacidade para decidir a ação necessária, e realiza-la na oportunidade e lugar e com as modalidades que melhor convenham ao objetivo proposto; planificação é a etapa preliminar e preparatória dessa decisão, porém compreendida globalmente e em todos seus alcances a relação dos meios e dos fins da organização no tempo e o espaço correspondentes à gestão da autoridade respectiva*". ⁸⁶

Entenda-se que planejar é antecipadamente direcionar o que será feito, estabelecendo uma linha a ser seguida. Nessa perspectiva, o planejamento afeta vários aspectos, entre os quais podemos aqui mencionar que o planejamento exige uma Administração forte para impor suas medidas; capaz de ter um serviço administrativo competente, com pessoal habilitado, apto a compreender as grandes questões em jogo e de agir com rapidez e inteligência.

Na verdade, há uma íntima relação entre o planejamento, crescimento e desenvolvimento. Tal interdependência decorre do fato de que o crescimento econômico, em grande medida, é decorrência da capacidade de planejamento.

O artigo 174 da Constituição define ser o planejamento indicativo para o setor privado e vinculante para o setor público. É certo o comando da

⁸⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 12ª edição. São Paulo: Malheiros. 2000; páginas 58-59.

⁸⁶ DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. 9ª edição. Buenos Aires: Ciudad Argentina. 2001; página 883.

constituente evitando que via planejamento se chegasse à planificação absoluta da economia. Porém, dois aspectos ressaltam.

O primeiro se refere ao caráter predominante que o planejamento assume em alguns contextos, particularmente de escassez de crédito, quando as entidades de fomento públicas observam o planejamento estatal vinculante e, por consequência, acabam por exercer um papel não meramente indicativo para o capital privado.

Outro aspecto é que a CF alude ao caráter vinculante do planejamento, não para o setor estatal, e sim para o setor público. Daí por que se pode entender que, no caso dos setores de serviços públicos, mesmo quando delegados à iniciativa privada, o regime de planejamento de outorgas, condições de exploração e precificação e objetivos de universalização não serão meramente indicativos, mas fundamentalmente vinculantes.

1.10. Planejamento e Conceitos Jurídicos Indeterminados

O planejamento entra na ordem jurídica por meio de uma norma jurídica, na maioria das vezes consubstanciada num ato normativo típico, ou seja, numa lei. O problema que surge, é que, como já foi ressaltado, ao tratarmos da ordem jurídica, o plano não é algo enquadrável na característica estática da nova lei, já que sua execução é dinâmica e permanente.

As leis planificadoras por conseguinte, são programadas a um fim determinado, não tendo elas aquele caráter de condicionalidade, ou seja, elas não possuem aquele esquema "se-então". Ao contrário, elas visam a alguns objetivos e fixam alguns programas.

As normas de planejamento não podem prescindir da utilização de conceitos jurídicos indefinidos.

Conceito jurídicos indeterminados são aqueles onde a margem de apreciação, a sua interpretação, pode se dar em vários sentidos. No Direito Administrativo, o exemplo clássico de conceitos jurídicos indeterminados é o do interesse público, que dá azo a uma enorme margem à discricionariedade.

Portanto, o planejamento deve ser feito com uma margem de discricionariedade restrita, para que interpretações múltiplas tornem-se desfavorecidas. Deve-se procurar descrever com firmeza o que se pretende, para que a margem de interpretações em torno de uma norma fique reduzida.

Para Eros Roberto Grau⁸⁷, não existem os conceitos indeterminados, já que a indeterminação não seria dos conceitos mas sim das suas expressões, dos seus termos. Para este autor, o conceito jurídico tem sempre uma significação determinada.

A melhor solução para essa questão, entendemos que seja dizer claramente o que se pretende da e na norma.

Expostas essas premissas, passemos agora à análise dos principais aspectos da planificação, ressaltando é claro que o que se pretende é expor matéria em uma apertada síntese.

2. INSTRUMENTOS DO PLANEJAMENTO

2.1. O Plano como Instrumento Jurídico

Não há dúvidas, portanto, de que o Princípio do Planejamento apresenta-se no cenário jurídico como um dos princípios que direcionam a organização e atividade administrativa. Também, não há de se duvidar quanto ao fato dele ter um papel jurídico, além do seu papel econômico. Como bem lembra José Afonso da Silva, a "*[...] institucionalização do processo de planejamento importou em convertê-lo num tema do Direito, e de entidade basicamente técnica passou a ser uma instituição jurídica, sem perder suas características técnicas. Mesmo seus aspectos técnicos acabaram, em grande medida, juridicizando-se, deixando de ser regras puramente técnicas para se tornarem normas técnico-jurídicas.*"⁸⁸

⁸⁷ GRAU, Eros Roberto. *Poder Discricionário* in: RDP nº 93; páginas 41-44.

⁸⁸ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 2ª edição São Paulo: Malheiros. 1997; página 78.

Ramón Martín Mateo e Francisco Sosa Wagner⁸⁹ observam que, para o jurista, o manejo do instrumento planificador e o impacto que supõe sua inserção no Ordenamento tradicional têm desencadeado uma série de problemas cujo conhecimento e sistematização não aparecem como ilusão: diante do fenômeno da planificação, o jurista tem-se obrigado a examinar a validade dos esquemas tradicionais revalidando-os ou retificando-os em seu caso, já que se tem produzido um universo de instituições jurídicas solidamente generalizadas e de princípios constitucionais tidos por imbatíveis na esfera do Direito Público e seus mais diversos ramos, tais como o Direito Constitucional, o Administrativo e o Financeiro e Tributário, campos de incidência da planificação.

Portanto, para aceitação desse instituto no sistema jurídico, paradigmas firmados devem ser postos de lado, aceitando campos e modos inovadores de Administração Pública. Planejar para desenvolver, é isso que Direito Administrativo Econômico exige. A própria Constituição também o exigiu quando recepcionou a função administrativa econômica do planejamento no artigo 174.

Em relação ao planejamento como instrumento jurídico, importante contribuição é dada por Manoel de Oliveira Franco Sobrinho ao estabelecer os requisitos do planejamento racional, quais sejam: *"a) a proporção entre os serviços e o volume dos meios de pagamento; b) que o trabalho produzido não leve a resultados econômicos especulativos; c) que haja uma estreita correlação entre o que se paga e o que se faz para que não ocorram perturbações no meio-circulante; d) que o serviço a executar ou em execução deve ser rentável ou pelo menos de interesse público essencial."*⁹⁰

O artigo 7º do Decreto-lei nº 200 de 1967, prevê que a ação governamental deve ter o planejamento como parâmetro e que este tem por objetivo promover o desenvolvimento econômico-social do País e a segurança nacional, norteados-se segundo planos e programas plurianuais gerais, setoriais e

⁸⁹ MATEO, Ramón Martín e WAGNER, Francisco Sosa. *Derecho Administrativo Económico*. 2ª edição Madri: Pirámide. 1977; página 50.

⁹⁰ FRANCO SOBRINHO, Manuel de Oliveira. *Comentários à Reforma Administrativa Federal*. São Paulo: Saraiva. 1975; página 77.

regionais, elaborados pelo órgãos de planejamento. O planejamento é, consoante o Decreto-Lei nº 200, orientado e coordenado pelo Presidente da República conforme prevê o artigo 15, § 3º da mesma lei.

Quatro são os instrumentos planificadores previstos no Decreto-Lei nº 200:

- a) O Plano Geral de Governo;
- b) Os Programas Gerais, Setoriais e Regionais, de duração plurianual;
- c) O Orçamento-Programa Anual;
- d) Programação Financeira de desembolso.

Estudaremos os pontos básicos de cada um desses instrumentos planificadores que, apesar de se destinarem à Administração Pública no âmbito Federal, servem como vetores para as Administrações Públicas Estaduais, Distritais e Municipais.

a) O Plano Geral de Governo

O plano é o meio pelo qual se formaliza o planejamento, sendo ele injuntivo para o Setor Público. O Plano Geral de Governo, é aquele que de modo geral decide antecipadamente o que deve ser feito, ou seja, é uma linha de ação preestabelecida. Manuel de Oliveira Franco Sobrinho, pontificava que "[...] há que somar-se "posições" de política, de economia e de administração, pois nesta "soma" está a síntese da ação governamental."⁹¹

A Lei Complementar nº 3 de 1967 estabelece a necessidade de elaboração de um Plano Nacional, dizendo em seu artigo 2º ser este plano "*o conjunto de decisões harmônicas destinadas a alcançar, no período fixado, determinado estágio de desenvolvimento econômico e social.*"

Desta forma, o governo deve planificar a sua atuação durante determinado período, até para que a população possa saber o que poderá cobrar de seus governantes, o que de certa forma se apresenta como uma redução da discricionariedade do governante e amplia o controle sobre a praxis governativa. Ademais, o plano representa instrumento que proporciona ao governante a

⁹¹ FRANCO SOBRINHO, Manuel de Oliveira. *Comentários à Reforma Administrativa Federal*. São Paulo: Saraiva. 1975; página 74.

possibilidade de se projetar em direção ao futuro, apanhando-o em seus cálculos e modelando-o conforme entenda conveniente.

Ensinava William H. Newman: "*A conveniência de planejar é amplamente reconhecida hoje em dia, tanto assim que falar em planejamento é quase lugar-comum, mesmo quando o propugnador da planificação possui apenas uma vaga idéia do que é realmente necessário fazer e de como levá-la a cabo.*"⁹²

Há que se ressaltar que o plano, comparado ao programa, apresenta a vantagem de se basear em dados, informações e projeções, portanto, não se tornando apenas uma declaração de princípios ou a uma profissão de fé como é o programa.

b) Os Programas Gerais, Setoriais e Regionais, de Duração Plurianual

Os programas se assemelham aos planos na medida em que também servem para orientação das atividades administrativas, entretanto, nos planos, procura-se determinar o que será tomado como prioridade em um certo período e estabelecer meios para concretizá-los, já nos programas, observando-se uma cartilha principiológica, se estabelecem algumas prioridades, se prevê como poderão se concretizar esses objetivos traçados como prioritários.

Ramón Martín Mateo e Francisco Sosa Wagner diferenciam plano e programa, falando em normas puramente programáticas que seriam os programas e as normas diretamente aplicáveis, que seriam os planos. Explicando que no primeiro caso só se torna vinculável se desencadeada atividade normativa, o que o vincularia. E no segundo caso, o seu descumprimento gera controle "*[...] da legalidade da Administração de que os particulares dispõem em todo Estado de Direito. [...] com a possibilidade, em seu caso, de utilizar o recurso na via jurisdicional, restabelecendo a legalidade conculcada.*"⁹³

Manuel de Oliveira Franco Sobrinho explica bem o porquê da

⁹² NEWMAN, William H.. *Ação Administrativa*. Tradução de Yandi de Almeida Rodrigues. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan S. A. 1964; página 14.

⁹³ MATEO, Ramón Martín e WAGNER, Francisco Sosa. *Derecho Administrativo Económico*. 2ª edição Madri: Pirámide. 1977; páginas 54-55.

existência desses programas diversificados, dizendo que os planos gerais de governo não bastavam, visto que o Brasil, "[...] *pela sua formação federativa, os programas não podem ser aqueles apenas de natureza geral. Daí os "gerais" integrarem os setoriais e regionais, de duração plurianual, provenientes de atenuantes fatores geopolíticos.*"⁹⁴ A própria Constituição foi eloqüente ao destacar as desigualdades regionais e sociais, colocando a sua redução como um dos princípios vetores da ordem econômica, conforme o seu artigo 170, VII.⁹⁵

Por fim, cabe dizer que, como já observou no passado o ex-Ministro Reis Velloso, a elaboração dos programas setoriais e regionais são de competência dos Ministérios de cada área, devendo eles observar as diretrizes traçadas no plano global e articulando-se com os órgãos centrais do sistema. "*Só assim se evitará o divórcio entre formulação e execução. Trata-se, pois, de estabelecer um processo de planejamento institucionalizado e permanente, embutido no próprio mecanismo de implementação, e permitindo, até, acompanhar a execução dos principais programas e projetos.*"⁹⁶

c) O Orçamento-Programa Anual

A formalização do orçamento público tem sua origem no feudalismo da Idade Média. A "orçamentação", nessa época, era centrada na função de controle a respeito dos aspectos contábeis, com ênfase nos objetos de gastos e no estrito emprego das dotações aos fins (despesas) para os quais foram concedidos⁹⁷. Com o passar do tempo, a peça orçamentária, que era instrumento de controle político sobre o executivo, passou a ser um instrumento de administração⁹⁸. As finanças públicas atualmente têm um papel importante na estruturação do Estado. Hodiernamente, é inconcebível um orçamento que não leve em conta os problemas sócio-econômicos. O orçamento do Setor Público é o

⁹⁴ FRANCO SOBRINHO, Manuel de Oliveira. *Comentários à Reforma Administrativa Federal*. São Paulo: Saraiva. 1975; páginas 74-75.

⁹⁵ Isto porque, o Brasil é composto de Regiões que possuem um desenvolvimento acelerado, outras que possuem um desenvolvimento desacelerado, outras que possuem um desenvolvimento retardado, e outras que desconhecem o que seja desenvolvimento.

⁹⁶ *Apud*: RAMOS, José Nabantino. *Sistema Brasileiro de Direito Econômico*. São Paulo: Resenha Tributária. 1977; página 140.

⁹⁷ SANCHES, Osvaldo M. *Dicionário de orçamento, planejamento e áreas afins*. Brasília: Editora Prisma, 1997.

⁹⁸ SOUZA, Marcelo L. de. *O orçamento participativo e sua espacialidade: uma agenda de pesquisa*. São Paulo: Terra Livre, nº. 15, 2000.

resultado da subtração dos gastos públicos do total de receitas públicas. É o documento de alocação de recursos, de eleição de prioridades.

O orçamento público tem sua gênese na Inglaterra, por volta de 1822, afetado pelas condicionantes do liberalismo econômico, propugnado por Adam Smith. Encontrava-se naquele período uma enorme resistência ao crescimento das despesas públicas e à intervenção do Estado na economia. A função do Estado Liberal era a de manter o equilíbrio nas contas públicas, e sobre isto se pautava essa primeira concepção de orçamento.

Nesse diapasão, ressalta José Afonso da Silva que no passado o orçamento tinha por função apenas "*[...] assegurar o controle político das atividades governamentais; [...] era um orçamento político, contábil e financeiro apenas. Não tinha outra pretensão, não visava outra finalidade.*"⁹⁹

Tornou-se inaceitável essa concepção de orçamento no Estado moderno, principalmente com as mudanças sociais por que clama a população. O orçamento tradicional, segundo José Afonso da Silva, "*[...] refletia a idéia de que a atividade financeira do Estado deveria restringir-se ao indispensável à satisfação das necessidades primárias do Estado (segurança interna e externa, justiça etc.), vedada qualquer ingerência na ordem econômica e social. Todo o processo orçamentário, dentro dessa concepção clássica, tinha e tem um objetivo: é o alcance do equilíbrio financeiro; é conduzir a economia pública, pelo manejo dos recursos com que conta o Estado, tanto no campo da receita, como no da despesa, a uma situação de equilíbrio entre ingressos e gastos públicos ordinários.*"¹⁰⁰

Já o orçamento moderno, deve atentar aos fenômenos sócio-econômicos do dia a dia. Logo, o orçamento está intrinsecamente ligado á idéia de planejamento. Paulo Sarasate explica que a característica "*essencial de um orçamento, porém, é a que o define como um programa*".¹⁰¹

⁹⁹ SILVA, José Afonso da. *Orçamento-Programa no Brasil*. São Paulo : Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais. 1972, página 2.

¹⁰⁰ SILVA, José Afonso da. *Orçamento-Programa no Brasil*. São Paulo : Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais. 1972, página 2

¹⁰¹ Paulo Sarasate cita ainda a doutrina de Muñoz Amato que advertia para o fato de que o

A preocupação num passado recente, mais especificamente nas décadas de 60 e 70, em relação ao orçamento se engrandeceu, principalmente pelo fato de se ter começado a perceber que o orçamento era necessário a qualquer Estado que não quisesse entrar em desequilíbrio econômico.

José Afonso da Silva exerceu um papel importante para o contexto brasileiro de finanças públicas, ao divulgar a idéia de modernização do orçamento brasileiro por meio da efetivação da técnica do orçamento-programa.

A Constituição de 1946 agasalhou a concepção de orçamento clássico, sem dar entradas aos planos plurianuais. Em função disto desenvolveram-se planos vinculados ao orçamento, tentando dar caminho ao orçamento-programa.

A técnica do orçamento-programa veio para substituir as concepções clássicas de orçamento que, fundamentalmente, eram *"uma relação das receitas e fixação das despesas. Era um ato de previsão e autorização das receitas e das despesas"*.¹⁰² Diferenciava delas principalmente, porque o orçamento com *"[...] a intervenção estatal na ordem econômica e social, [...] passou a ter novas funções, passou a ser um instrumento de programação econômica, de programação da ação governamental, em consonância com a economia global da comunidade a que se refere. Visa influir na economia global de um país. É um instrumento de política fiscal, quando procura criar condições para o desenvolvimento nacional, estadual ou municipal, conforme se trate de orçamento federal, estadual ou municipal."*¹⁰³

É interessante, antes de se propor a estrutura desejada, dizer que o

orçamento é *"essencialmente um plano de ação expresso em termos financeiros. Conseqüentemente, o Orçamento geral de um governo deve ser o programa diretor de toda a atividade governamental na sua função de orientar os processos sociais e servir aos interesses do povo. [...] sob outros aspectos, o Orçamento é também um instrumento de controle e coordenação, aplicável, por exemplo, nas relações entre os Poderes Legislativo e Executivo, na administração interna do Poder Executivo e nas atividades de qualquer subdivisão governamental. Além disso, pode servir como uma conta para as distintas funções da administração financeira, tais como a estimativa e a arrecadação das receitas, a limitação dos gastos aos recursos disponíveis e a fiscalização dos pagamentos."* (SARASATE Paulo, *A Constituição do Brasil ao alcance de todos*. 2ª edição Rio de Janeiro : Freitas Bastos . 1967 . página 344.).

¹⁰² SILVA, José Afonso da. *Orçamento-Programa no Brasil*. São Paulo : Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais. 1972, página 40.

¹⁰³ SILVA, José Afonso da. *Orçamento-Programa no Brasil*. São Paulo : Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais. 1972, página 41.

orçamento é regido por 7 princípios a saber: o da anualidade¹⁰⁴, unidade¹⁰⁵, universalidade¹⁰⁶, não vinculação da receita¹⁰⁷, da vedação ao extorno¹⁰⁸, da legalidade¹⁰⁹ e exclusividade¹¹⁰. E também é composto, de acordo com a doutrina, de quatro requisitos quais sejam: a discriminação das despesas (conforme prevê o artigo 2º da Lei 4.320/64), proibição de transposição de recursos, sinceridade e equilíbrio.¹¹¹

A Constituição Federal de 1988 expressa os princípios da legalidade,

¹⁰⁴ Em síntese, e segundo a Constituição, o chefe do poder executivo deve apresentar os projetos de leis orçamentárias anualmente (exceção se faz ao plano plurianual, que tem vigência por três anos de mandato do governante eleito e um ano de mandato do governante subsequente) à Comissão Mista Permanente. A função da Comissão Mista neste caso é a de emitir parecer após examinar as contas e o teor do projeto de lei orçamentária, dos planos e programas nacionais, regionais e setoriais constitucionalmente previstos e também é sua função exercer o acompanhamento e a fiscalização orçamentária.

¹⁰⁵ Os projetos de lei orçamentária devem constar receitas e despesas harmonicamente enquadradas no mesmo projeto. Interessante fato ocorreu com este princípio. Anteriormente, o mesmo constava da Constituição de 1946 no seu artigo 73 e por isso quando da promulgação da Lei nº 4320 em 1964, ele foi previsto no seu artigo 2º, entretanto com a promulgação da Constituição de 1967, ele não foi recepcionado, pois seu artigo 65, separou o orçamento anual em corrente e de capital, o que via reflexo acabou por exterminar esse princípio do sistema orçamentário. Em 1969, com a grande emenda, o seu artigo 62, §2º, acolheu a mesma divisão da Constituição de 1967. Por último, a Constituição de 1988, estabeleceu novamente o princípio da unidade no seu artigo 165, §8º. O problema que surge é que como o princípio da unidade não foi recepcionado pela nova ordem constitucional de 1969, o artigo 2º estaria derogado no que respeita ao princípio da unidade, pois para estar vigente era preciso que a Constituição previsse expressamente a sua represtinação. Essa é a orientação do Supremo Tribunal Federal. Vide a respeito: RTJ, nº 95, março de 1981, página 991. Ver também: TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. São Paulo : Saraiva. 2002, páginas 156/158.

¹⁰⁶ Previsto no artigo 165, §5º da Constituição, que exige que as receitas e despesas sejam incluídas em um mesmo orçamento, sem vincular uma a outra, ou seja, as despesas não podem depender de uma receita prevista.

¹⁰⁷ Que proíbe a afetação das receitas a determinadas despesas, órgãos ou fundos criados.

¹⁰⁸ O artigo 167, VI, da Constituição Federal estabelece que é vedada a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa. "A transposição, remanejamento ou transferência de recursos ficou mais flexível; só não pode ser feita sem autorização legislativa se for de uma categoria de despesa para outra ou de um órgão para outro, então de uma *dotação* (qualquer) para outra. Tem-se entendido como *categoria* a classificação que diferencia receitas e despesas entre correntes e de capital." (PISCITELLI, Roberto Bocaccio. *Contabilidade Pública*. 2ª edição. São Paulo: Atlas. 1990; páginas 62-63.).

¹⁰⁹ O orçamento deve ser feito por lei, conforme previsão do artigo 165 da CF, que estabelece que as leis de iniciativa do chefe do Poder Executivo estabeleceram o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais.

¹¹⁰ Veda a disposição que não esteja de acordo com a previsão de receita e a fixação de despesa, o artigo 165, § 8º da Constituição o prevê, mas dispõe também sobre duas exceções ao princípio, ou seja, que pode estar desconforme o orçamento, são elas, a autorização de créditos suplementares e a autorização de contratação de operações de crédito, mesmo que por antecipação da receita.

¹¹¹ CAMPOS, Dejalma de. *Direito Financeiro e Orçamentário*. São Paulo : Atlas, 1995 , página 74.

unidade, universalidade, anualidade e não vinculação das receitas em seus arts. 165; 165, § 8º; 165, §5º; 165, III; 167, IV; respectivamente. A Lei 4.320, de 1964, em seu artigo 2º, expressa os princípios da legalidade, unidade, universalidade e anualidade.

O orçamento é elaborado pelos três Poderes e consolidado pelo Executivo. Antes de ser submetido à aprovação pelo Legislativo, o Plano Plurianual (PPA), que estabelece diretrizes, metas e objetivos para os próximos três anos, e a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) que define as prioridades para o ano seguinte, devem preceder à Lei Orçamentária Anual.

O orçamento representa uma estimativa dos ingressos e dos gastos públicos de um Estado. Portanto, por definição, o orçamento público tem por objetivo prever todas as receitas e fixar todas as despesas dos governos federal, estadual e municipal e, quando o caso, dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Em uma definição mais analítica, Celso Ribeiro Bastos entende que *"O orçamento é uma peça contábil que faz, de uma parte, uma previsão das despesas a serem realizadas pelo Estado, e, de outra, autoriza o mesmo a efetuar a cobrança, sobretudo de impostos, prevendo também outras fontes de recursos. O orçamento tem repercussões econômicas, políticas e jurídicas."*^{112\}

O orçamento tem natureza jurídica de uma lei formal especial¹¹³, ou seja, é um *ato-condição*¹¹⁴.

O orçamento entra no sistema jurídico por meio de uma lei (princípio

¹¹² BASTOS, Celso Ribeiro. *Dicionário de Direito Constitucional*. 1994. São Paulo : Saraiva, página 125.

¹¹³ Carlos S. de Barros Júnior sustentou em seu *Compêndio de Direito Administrativo. Vol. II* que *[...] há os que consideram o orçamento como simples ato de administração, ainda que revista a forma de lei, como quer Laband [...] e os que pensam que seja lei, apenas parcialmente, ou ainda, lei formal especial*. E pontifica que o *[...] orçamento é por certo lei especial. Tanto é assim que a própria Constituição dele cogita em Seção diversa daquela em que trata das leis*. O autor se refere a Constituição Federal de 1967, entretanto aplica-se *ipsis litteris* ao sistema constitucional vigente, que prevê o orçamento nos arts 165 ao 169. Ressalta também Barros Júnior que *[...] é tendência generalizada haver-se o orçamento, tanto o da receita quanto o da despesa, como ato substancialmente de administração, ato-condição como quer Jêze, [...]*. (BARROS JÚNIOR, Carlos S. de. *Compêndio de Direito Administrativo. Vol. II*. São Paulo: RT. 1969; 137-138.).

¹¹⁴ Segundo o professor Dejalma Campos, essa é a natureza jurídica do conteúdo da Lei Orçamentária, ressaltando que *[...] é ela quem dá eficácia a todas as leis anteriormente criadas que versem sobre receita e despesa. Esta é a natureza jurídica do orçamento: ser ato condição*. (CAMPOS, Dejalma de. *Direito Financeiro e Orçamentário*. São Paulo : Atlas, 1995 , página 72).

da legalidade), a Lei Orçamentária, que é um ato-condição para tornar aplicável as leis preexistentes sobre receita e despesa. Entretanto caso não preexistam essas leis, o Orçamento deixará de ser um ato condição, já que criará situações novas, consubstanciando-se num ato-regra para a própria pessoa jurídica de direito público interno. Entretanto, Paulo Sarasate é pragmático ao afirmar que: "*[...] Do ponto de vista do Direito Constitucional positivo, no Brasil, cujas cartas políticas já deram a última palavra a respeito, considerando o Orçamento uma lei, não vale mais discutir se se trata realmente de uma lei em sentido formal ou material, como defendem uns, se estamos diante de um ato administrativo, como querem outros, se o caso é de um ato-condição, contido na terminologia de Gaston Jèze, pois, como bem aventou, autorizadamente, Francisco Campos, "o orçamento, seja qual for a categoria, a classe ou definição jurídica que se lhe atribua, contém, ao contrário do que sustenta Laband, ordem, autorização, proibição e preceito jurídico"*¹¹⁵

d) Programação Financeira de Desembolso

Aderente ao orçamento, a programação financeira de desembolso estará nele contida. Por intermédio das necessidades do Estado, deverá ser fixado o quanto será dotado para o cumprimento dessas necessidades, que englobam tanto os débitos a serem quitados, quanto os que serão criados.

Manuel de Oliveira Franco Sobrinho, explica que a Programação Financeira de Desembolso *[...] é força determinante, e não escapa nas suas premissas do que ficar dito no orçamento-programa anual. [...] os programas partem de um princípio de unidade para princípios de previsão, ou seja, como vimos clareando, do geral para o particular, do necessariamente obrigatório para o necessariamente possível. [...] Planejar, portanto, através de planos, não é desprever nem inventar recursos impossíveis. Há uma lei fundamental que está na origem de todas as coisas: a Constituição.*¹¹⁶

¹¹⁵ SARASATE Paulo, *A Constituição do Brasil ao alcance de todos*. 2ª edição Rio de Janeiro : Freitas Bastos . 1967 . página 345.

¹¹⁶ FRANCO SOBRINHO, Manuel de Oliveira. *Comentários à Reforma Administrativa Federal*. São Paulo: Saraiva. 1975; páginas 75 e 77.

2.2. Natureza Jurídica do Planejamento

No direito pátrio, destacam-se algumas manifestações a respeito da natureza jurídica do plano. Entre elas podemos citar quatro autores que bem estudaram o assunto: as posições de Eros Roberto Grau, João Bosco Leopoldino da Fonseca, Marcos Juruena Vilella Souto e Washington Peluso Albino de Souza.

O professor Eros Roberto Grau¹¹⁷, ressalta o fato de se encontrar alguns posicionamentos em relação à natureza jurídica do planejamento. Segundo ele, uma primeira corrente aparece defendendo a tese de que o plano seria apenas um ato técnico, sem qualquer conteúdo jurídico, o que o levaria a equivaler apenas a uma declaração governamental de intenções em relação a um programa econômico apoiado pelo Legislativo. Uma segunda linha de pensamento entende o plano como uma fonte principal do Direito Econômico. E, numa terceira postura, encontra-se o plano como uma relação de vários elementos jurídicos conjugados. Enfatiza, afinal, o autor a natureza vinculatória do plano para o setor público e indicativo para o setor privado, ressaltando em outro momento¹¹⁸ que essa função de planejar é um poder-dever do Estado, que, além de fiscalizar e incentivar, deve planejar. Ou seja, *"o plano contém a previsão do que deve acontecer no setor privado, embora estabeleça o que deve ser feito pelo setor público."*¹¹⁹ Por fim, o autor esclarece que setor privado não tem o direito de acionar o setor público pelo não cumprimento de compromissos planejados¹²⁰, aduzindo deste modo que para ele o plano apresenta-se como uma obrigação moral e não jurídica, tendo uma natureza flexível.

Para João Bosco Leopoldino da Fonseca, o plano tem uma essência

¹¹⁷ GRAU, Eros Roberto. *Planejamento Econômico e Regra Jurídica*. São Paulo: RT. 1978; páginas 80-82 e 119.

¹¹⁸ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 7ª edição São Paulo: Malheiros. 2002; página 324.

¹¹⁹ GRAU, Eros Roberto. *Planejamento Econômico e Regra Jurídica*. São Paulo: RT. 1978; página 78.

¹²⁰ Eros Grau adverte que *"Há que observar, todavia, que as ordens definidas em relação ao setor público o vinculam apenas internamente, não assistindo aos particulares, através de meio judicial, o direito de impor à entidade da Administração Pública, quer direta, quer indiretamente, o cumprimento de uma definição do plano não atendida. A impositividade do plano, em relação ao setor público, nestas condições, é interna à administração.* (GRAU, Eros Roberto. *Planejamento Econômico e Regra Jurídica*. São Paulo: RT. 1978; página 78.).

de *normatividade jurídica*, consistindo [...] num conjunto de normas de orientação, de diretrizes e de prioridades, que se antepõem ao Estado na formulação e condução da política econômica, o Plano surge na formulação da condução da política econômica, o Plano surge como fenômeno de linguagem que se destina a intercomunicar os componentes de uma sociedade, interliga-se aos componentes do conjunto normativo (sintaxe), significa o pré-conceito imanente dentro do ordenamento jurídico (semântica), e se destina a prefixar e coordenar a ação dos que inserem a própria atividade no contexto jurídico normativo (pragmática).¹²¹

Para Marcos Juruena Vilella Souto, o plano é um ato normativo, já que é aprovado por lei, do qual resultam efeitos jurídicos, inclusive sanções. Ressalta o autor que [...] se o Presidente deve remeter mensagem e plano de governo ao Congresso Nacional, expondo a situação do país e solicitando as providências necessárias (CF, artigo 84, XI), não parece razoável que, aprovado o plano (CF, artigo 48, IV) e contabilizadas as ações nas leis orçamentárias (CF, artigo 165, § 4º), não decorra daí nenhum direito em ver atendidos os anseios da sociedade; tanto mais que, materializadas as diretrizes do plano em uma lei (CF, artigo 174), o seu descumprimento caracteriza crime de responsabilidade (CF, artigo 85, VII).¹²²

O professor Washington Peluso Albino de Souza, entende que o plano é um ato técnico, é uma peça técnica, é um ato político, e é um ato jurídico consistente num ato normativo típico (lei); entretanto, para ele a sua natureza originária é política. Explicando essa complexa natureza jurídica ponderada por este autor temos o seguinte:

O plano é um ato técnico porque elaborado por técnicos que adotam procedimentos específicos.

O plano é uma peça técnica porque decorrente de um ato técnico.

É um ato político, porque a decisão é ato político por natureza, e a peça técnica se for adotada, tornar-se-á um ato político. Ademais, o sistema

¹²¹ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 3ª edição Rio de Janeiro: Forense. 2000; página 333.

¹²² SOUTO, Marcos Juruena Villella. *Direito Administrativo da Economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003; páginas 29-30.

político de sua adoção poderá caracterizar um planejamento autoritário ou um planejamento democrático, que de qualquer forma se afirma como um ato político com diversos desdobramentos (atos jurídicos, econômicos, administrativos, financeiros, etc.).

É um ato normativo típico e, conseqüentemente, um ato jurídico, pois o plano se traduz em uma lei.

Por fim, o professor Washington Peluso Albino de Souza, à guisa das suas colocações, conclui ter o plano uma natureza originariamente política, pois segundo ele [...] *tudo parte da decisão, tanto de planejar como de conduzir os fatos da vida econômica da sociedade, considerando-os segundo os parâmetros do plano legalmente instituído. Portanto, a sua natureza originária é política. As demais conotações são decorrentes desta, porque a própria elaboração da peça técnica, que antecede a decisão, não conduz à sua caracterização em termos completos.*¹²³

No direito comparado tem-se, no tocante à natureza jurídica dos planos, um quadro parecido com o nacional. André de Laubadère entende o plano como um ato jurídico *sui generis*, e que sua natureza só se identificaria através dos efeitos que ele produza. Se o plano é indicativo, ele não porta juridicidade; se ele é determinante acarreta efeitos jurídicos decorrentes da sua não observação.¹²⁴

O jurista argentino Augustin Gordillo defende que o plano pode ser tanto uma norma como também um princípio jurídico, tanto um regulamento como um ato administrativo, ou pode ser também uma simples comunicação sem efeito jurídico direto. Alerta ele que, todavia, é um erro considerá-lo uma categoria *sui generis*. Sintetizando, ele explica que "[...] *o plano não tem nenhuma juridicidade específica, própria só dele, nem constitui em conseqüência categoria jurídica alguma que queira agregar às já existentes. O que significa, por certo, que seja um 'tertium genus', em que, enquanto instituição sócio-econômica, tem*

¹²³ SOUZA; Washington Peluso Albino de. *Direito Econômico*. São Paulo: Saraiva. 1980 ; páginas 452-453.

¹²⁴ LAUBADÈRE, André de. *Direito Público Econômico*. (Tradução de Maria Teresa Costa). Coimbra: Almedina. 1985; 322-328.

*manifestações que abarcam quase toda a gama das categorias jurídicas. [...] Devemos pois distinguir os distintos aspectos e partes do plano a fim de determinar seus alcances jurídicos; esses alcances variam segundo qual seja a parte do plano a que nos estamos referindo".*¹²⁵

Os professores espanhóis Ramón Martín Mateo e Francisco Sosa Wagner¹²⁶ explicaram que, do ponto de vista jurídico, se sustentaram várias teses para enquadrar satisfatoriamente o plano como um instrumento jurídico.

Entre elas, há a possibilidade de tratá-lo como um contrato social de conteúdo econômico, onde os administrados participariam da sua confecção, até para a sua legitimação.

Também há a possibilidade de enxergá-lo como um ato-programa.

Há, ainda, a possibilidade de se tê-lo como uma lei ordinária, com seus efeitos decorrentes, pois é nessa forma legal que ele deverá ser revestido.

E, por fim, deve-se ressaltar que ele poderia aparecer como uma forma atípica de produção normativa superando às já conhecidas.

Entretanto, os precitados autores adiantaram que de nada resulta assimilar o Plano a um bloco de categorias tradicionais, uma vez que ele tem um conteúdo heterogêneo (normativo e não normativo enquanto contém uma série de estudos setoriais, análises, precisões, importância econômicas, etc.), o que levaria ao fracasso o seu tratamento unitário.

Luiz S. de Cabral Moncada¹²⁷ sustenta que seria uma irresponsabilidade "*[...] querer identificar a natureza jurídica do plano econômico como se este fosse um ato jurídico unitário e a partir daí imputar-lhe uma natureza jurídica especial e verdadeiramente original no quadro dos atos normativos ou mesmo políticos e administrativos do Estado de Direito dos nossos dias.*" Para este autor, o plano é composto conjuntamente por atos normativos e administrativos, "*[...] desde a lei das grandes opções do plano até aos atos*

¹²⁵ GORDILLO, Augustin. *Introducción al Derecho de la Planificación*. Caracas: Editora Jurídica Venezolana. 1981; páginas 99-100.

¹²⁶ MATEO, Ramón Martín e WAGNER, Francisco Sosa. *Derecho Administrativo Económico*. 2ª edição Madrid: Pirámide. 1977; página 50.

¹²⁷ MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito Económico*. 2ª edição. Coimbra: Editora Coimbra. 1988; páginas 406-407.

administrativos de execução do plano e mesmo contratos. Ressalta ainda o professor a negação do plano como uma fonte de direito autônoma, explicando que só assim será eventualmente nos países em que ele é dotado de uma particular força jurídica [...]." Aqui deve-se entender aqueles países socialistas onde se planifica imperativamente tanto para o setor público quanto para o privado, onde nesse caso, pode-se dizer que o plano teria "[...] *força jurídica superior à da lei ordinária e à do contrato de direito privado, podendo quaisquer uns ser invalidados pelos tribunais se e enquanto se opuserem às normas do plano.*" E conclui que: "*fora daí o plano econômico é integrado por um conjunto de atos jurídicos que vão desde a lei ordinária ao regulamento e daí ao ato administrativo e ao contrato e que se distinguem das restantes apenas com base em considerações teleológicas.*"

Portanto podemos afirmar que o planejamento tem uma natureza jurídica híbrida, com vários desdobramentos, ou seja, ele se apresenta como um processo, que necessita de uma série de atos e fatos para ser criado e efetivado.

2.3. Procedimento para se elaborar Planos

Já vimos que o artigo 174 da Constituição Federal preceitua: Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. Ou seja, a Constituição impõe ao Estado a função de planejar as atividades sob sua responsabilidade, de acordo com a lei de diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, conforme a previsão do § 1º do precitado artigo. Nos dizeres de Celso Ribeiro Bastos, *o artigo 174 contempla o Estado planejador.*¹²⁸

A falta de um regime legal estabelecendo os parâmetros do planejamento e os objetivos dos planos ensejam a existência de alguns não-planos inseridos em nosso sistema, e que anteriormente já poderiam ser previstos

¹²⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. *Dicionário de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1994; página 136.

seus insucessos.¹²⁹

A pergunta poderia surgir: Como fixar os aspectos essenciais de um planejamento ? Não há dificuldade em se responder a essa indagação, uma vez que, bastaria fixar os aspectos essenciais do planejamento. Passaremos a fazer isso de uma maneira analítica, estabelecendo etapas a serem seguidas:

1ª) esclarecimento do problema para fixar a meta a ser alcançada, verificando as dificuldades em alcançá-la (o planejador pergunta: aonde quero chegar e o que tenho de enfrentar ?);

2ª) análise das vantagens e desvantagens de cada uma das alternativas a serem seguidas, a fim de optar pela melhor;

3ª) obtenção dos fatos, dos diagnósticos e das previsões possíveis. Isto implica em realização de estudos de contabilidade, previsões econômicas, análise estatística, experimentação, entrevistas, questionários e outras informações possíveis. As opiniões pessoais são irrelevantes, deve-se procurar trabalhar com políticas voltadas ao desenvolvimento progressivo, baseando-se nos dados disponíveis;

4ª) após a obtenção dos fatos, passa-se a analisá-los, devendo selecionar, combinar e relacionar aqueles que se considerar mais importantes para a linha de ação a ser adotada;

5ª) após a análise e escolha dos fatos obtidos, cabe efetuar a decisão sobre a ação que será empreendida. Nessa decisão podem participar várias pessoas, que poderão contribuir com sugestões, e também na decisão da política planejadora a ser adotada. É importante até a participação popular nessa fase visando à legitimação do plano;

6ª) feito o plano, resta agora preparar a sua execução, talvez a fase

¹²⁹ Eros Roberto Grau considera incompreensível [...] o equívoco, no qual tantos incorrem, de tomar os recentes "planos" de estabilização monetária praticados entre nós - "Plano Cruzado", "Plano Bresser", "Plano Verão" - como experiências ou exemplos de planejamento. Pois eles são, precisamente, expressões do não planejamento, ou seja, de atuação estatal improvisada, ad hoc, sem prévia definição de objetivos. A incoerência dos que cometem esse equívoco é, ademais, absoluta: pois, se tais "planos" são expressões de planejamento, não poderiam, mercê do que dispõe o artigo 174, obrigar (ser determinantes) para o setor privado. (GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 7ª edição São Paulo: Malheiros. 2002; página 325.)

mais árdua do planejamento. Lembra William H. Newman que *"para tornar a decisão realista são necessárias instruções suplementares e explicativas. É mister organizar horários, preparar autorizações e estabelecer planos para convencer da idéia as pessoas que serão afetadas por ela."*¹³⁰ Aqui cabe frisar que não há planejamento eficiente se não houver pessoal devidamente qualificado para implementá-lo.

Semelhante linha acolhe o professor Celso Lafer, que aduz: *"[...] o processo de planejamento pode ser dividido, para fins analíticos, em três fases distintas, porém sucessivas e interligadas: a decisão de planejar, o plano em si e a implementação do plano. A decisão de planejar abrange dois momentos essenciais que constituem o processo específico da 'preparação da decisão': o diagnóstico da situação, que supõe a percepção dos dilemas, das questões problematizadas e das alternativas possíveis para a ação, e a proposição de objetivos, decorrentes, em parte, daquele diagnóstico. [...] O plano em si pode ser considerado o enquadramento concreto da decisão. A implementação do plano, terceira fase do processo, inclui tanto a realização dos objetivos quanto os resultados auferidos."*¹³¹

Geraldo Vidigal¹³², preocupado com a omissão do legislador infraconstitucional em face da Lei de Diretrizes e Bases do Planejamento, chegou a propor uma forma articulada de como deveria ser feito um planejamento administrativo econômico no país, onde relacionou como as principais características: resguardar o espaço econômico ao dinamismo empresarial e à

¹³⁰ Ressalta Newman ainda que *várias características se revelam na aplicação com êxito do processo. É preciso ter-se um ponto de vista objetivo, uma disposição de afastar as idéias preconcebidas e tirar novas conclusões dos dados disponíveis. Como já tivemos ocasião de ressaltar, a 'análise' - a decomposição do problema em suas diversas partes e o exame completo de cada uma - é a característica essencial. [...] Outra característica é a 'persuasão'; o zelo do planejador, a participação dos operadores no preparo do plano, a demonstração de que todos os ângulos foram cuidadosamente considerados e a convicção decorrente da certeza de estar com razão e de poder explicar por quê, são fatores que contribuem, todos, para a aceitação do plano. [...] Cumpre notar que essa maneira objetiva, analítica, criadora e convincente de encarar o planejamento oferece contraste marcante com a maneira autocrática e tradicional.* (NEWMAN, William H.. *Ação Administrativa*. Tradução de Yandi de Almeida Rodrigues. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan S. A. 1964; páginas 96-97).

¹³¹ LAFER, Celso. *JK e o programa de metas: processo de planejamento e sistema político no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV. 2002; página 25.

¹³² VIDIGAL, Geraldo de Camargo. *Direito Monetário*. São Paulo: IBCB. 1995; páginas 175-178.

visão criadora do estadista; a proibição de exacerbação e desvio, no exercício do poder público e econômico do Estado; o caráter impositivo para o setor público e indicativo para o privado; definição de objetivos políticos, econômicos e sociais, a sua coordenação pelo Presidente da República, a exigência de lei para a sua aprovação e a execução, a proibição de alteração nas leis tributárias fora do quadro das leis orçamentárias, proibição de criação de novo ente estatal não previsto no Plano Econômico e Social e no Orçamento.

Geraldo Vidigal ressaltou, ainda, que deveriam ser compreendidas nas atividades do planejamento o Plano Econômico e Social do país (permanente), os Planos Regionais e Setoriais (período inferior a três anos), o Orçamento Bienal de Investimento, os ajustes anuais dos diversos documentos de planejamento de duração mais longa, o Orçamento Financeiro anual, o Orçamento Financeiro provisório e a Programação Monetária Semestral e seu ajuste trimestral.

À proposta do professor Geraldo Vidigal podemos acrescentar outros fatores que contribuem para a criação de um planejamento:

a - Indicadores Sociais: *"para o planejamento os indicadores sociais são, ao mesmo tempo, parâmetros da realidade face aos objetivos propostos, e instrumento de análise das múltiplas condições sociais de uma sociedade. [...] os indicadores têm se revelado úteis, pois: 1) permitem avaliar programas específicos; 2) facilitam a elaboração da contabilidade social; 3) ajudam a corrigir metas e fixar novos objetivos."*¹³³ Com os indicadores sociais pode-se eventualmente chegar a um dos objetivos da planificação, qual seja, construir um planejamento social.

b - Participação Popular: o planejamento participativo que já se tem realizado em algumas cidade no país - o exemplo clássico é Porto Alegre - legitima o planejamento, o que facilita a sua efetivação. Em 1966, já propugnava Arnoldo Wald: *"a economia planejada de um país democrático deve ser uma economia de diálogo, pois sem diálogo, não pode haver planejamento no regime*

¹³³ MEGALE, Januário Francisco. *Indicadores Sociais e Planejamento* in: Digesto Econômico nº 253. 1977; página 85.

democrático."¹³⁴

3. PRINCÍPIOS VETORES DO PLANEJAMENTO

O instituto do planejamento deve ser conduzido sempre observando alguns princípios, quais sejam:

3.1. Princípio da Racionalidade

É o principal princípio do planejamento, pois, além de ser um dos seus princípios, é um de seus objetivos.

A racionalidade deve estar presente em todos os momentos do planejamento, uma vez que o planejamento que não se conduza racionalmente acaba por negar sua própria lógica e objetivos.

No processo de planificação, ao selecionar os objetivos para um determinado planejamento, deve se ter em mente os meios disponíveis para sua efetivação. A planificação deve sempre se pautar no custo-benefício de determinada ação a ser inserida em um planejamento.

Como ressalta Carlos Valder do Nascimento, "*o planejamento é, pois, um esforço consciente de racionalidade das possibilidades.*"¹³⁵

3.2. Princípio da Universalidade

Deve se entender esse princípio como conformador da atividade planejadora, na medida em que, por regra, o planejamento deve englobar todos os setores e atividades do Estado, buscando-se coerência nos planos.

Em que pese o fato dos planos parciais não favorecerem imediatamente a coerência, mediatamente eles terão que alcançá-la, respeitando desta forma a universalidade do processo de planificação, que não é um objetivo

¹³⁴ WALD, Arnold. *Planejamento e Diálogo* in: Digesto Econômico nº 189. 1966; página 63.

¹³⁵ NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Finanças Públicas e Sistema Constitucional Orçamentário*. Rio de Janeiro: Forense. 1997; página 35.

fácil a ser alcançado. Para que ela ocorra, é necessário anteriormente uma estrutura orgânica e funcional já criada para que o planejamento seja universal. Portanto, em países em que não se encontra essa estrutura, o planejamento parcial é bem-vindo, até que sobrevenha futuramente a possibilidade de se efetuar um planejamento integral.

Benedito Silva explicando esse princípio, entende que ele "*preconiza que cada entidade, governamental ou empresarial, deve incluir todas as suas atividades em um plano geral, ou melhor, que todas as suas atividades devem ser planejadas em conjunto, sopesando-se as influências recíprocas das medidas que forem iniciadas em consequência do planejamento.*"¹³⁶

O que decorre do princípio da universalidade é que, mesmo nos planos de abrangência parcial, o planejamento deve levar em conta o todo, ainda que voltando-se apenas par aum setor ou sistema.

3.3. Princípio da Unidade

O plano deve estar coerentemente integrado, constituindo, portanto, um todo, uma unidade. Para alcançar esse objetivo é necessário uma eficaz coordenação dos projetos e programas a serem desenvolvidos, para que eles não se contraponham. O princípio da unidade é uma decorrência do princípio da universalidade.

3.4. Princípio da Previsão

A própria idéia de planejamento já se liga à de previsão, uma vez que o início de uma planificação se dá por meio de previsões, e, de outro lado, planejar implica em fazer algo projetado para o futuro.

Uma boa previsão deve trabalhar com o diagnóstico da situação atual, para que se possa alcançar um porcentual satisfatório da situação futura, e a partir desses dados planejar.

¹³⁶ SILVA, Benedito. *Teoria Geral do Planejamento*. Rio de Janeiro: FGV. s/d; página 86.

Carlos Valder do Nascimento¹³⁷ afirma com muita razão que "*da capacidade de prever depende o sucesso do planejamento*". Ressaltando ainda que "*desse modo, a etapa primeira do processo deve ser a pesquisa minuciosa de todos os elementos constitutivos dos fatos sobre os quais as ações incidirão. Sem pesquisa não se pode atuar com sucesso no futuro planejado.*"

Sem uma determinação precisa das medidas adotadas para alcançar o objetivo desejado, não existe um plano, mas apenas um mero projeto mais ou menos credível.

3.5. Princípio da Continuidade

A planificação deve ser contínua e permanente, transcorrendo as etapas que um bom plano necessita. A continuidade se revela também na necessidade de não romper com o plano por meras razões políticas. Desta forma, o ferimento a esse princípio por meras razões políticas gera responsabilidade do Estado pelos danos decorrentes dessas modificações. O plano pode e deve ser alterado, mas quando o interesse público o exigir, e isso resta-se devidamente demonstrado. Como ressalta a professora Lúcia Valle Figueiredo, "*o Estado responsável é o que prevê para prover, o que abriga às escâncaras a lealdade, a boa-fé e vela pela segurança jurídica. O planejamento pode e deve ser modificado sem porém atritar-se com garantias fundamentais, como o atropelo dos valores fundamentais consagrados pela Constituição, sobretudo com a 'dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.'*"¹³⁸

Roberto Dromi arrola essas etapas, segundo ele: "*as etapas seguem esta ordem lógica e cronológica: Diagnóstico, Elaboração do Plano, Discussão e Decisão, Execução, Avaliação e Revisão; depois vem um processo repetitivo das etapas enunciadas.*"¹³⁹

¹³⁷ NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Finanças Públicas e Sistema Constitucional Orçamentário*. Rio de Janeiro: Forense. 1997; página 35.

¹³⁸ FIGUEIREDO, Lúcia Valle *in*: Revista Trimestral de Direito Público nº 11. São Paulo: Malheiros. 1995; página 20.

¹³⁹ DROMI, José Roberto. *Derecho Administrativo Económico*. Tomo I. Buenos Aires: Editora Astrea. 1977; página 139.

Quanto à continuidade o precitado professor ainda explica que a planificação é um processo que não tem fim, isto porque, terminado o cumprimento de um plano, outro deve estar pronto para imediatamente retomar a ação planejadora estatal, mesmo que este outro seja semelhante ao que foi executado.¹⁴⁰

3.6. Princípio da Inerência

O planejamento é inerente à ação administrativa de qualquer Estado ou Setor. Se há a necessidade de estar sempre tomando decisões, estas devem ser planejadas para que não haja imprevisto nas ações.

E mais que isso, o princípio da inerência interdita a dissociação entre o plano e a atividade administrativa.

3.7. Princípio da Eficiência

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 por si só já estaremos diante de uma Administração ineficiente.

Outro desdobramento deste princípio em relação ao planejamento, se encontra 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 entre os meios para implementar os seus objetivos, atingindo dessa forma um plano harmônico.

3.8. Princípio da Exeqüibilidade

Só existe planejamento se o que for estabelecido nos planos for passível de execução. De nada adiantará elaborar-se um plano de custos X + 2 se

¹⁴⁰ DROMI, José Roberto. *Derecho Administrativo Económico*. Tomo I. Buenos Aires: Editora Astrea. 1977; página 139.

o que a Administração Pública tem no momento para se destinar a esse plano é X - 1. Ou seja, o processo de planificação deve ser elaborado dentro das possibilidades financeiras da Administração Pública.

Outra questão que se deve ter em mente ao elaborar um plano é a relativa aos recursos humanos disponíveis para a sua execução. O treinamento de pessoal para executar um plano, pode levar meses ou até anos. Então, é indispensável que se planeje dentro das possibilidades dos recursos humanos disponíveis, do que elaborar planos inexecutáveis pela incapacidade do pessoal de concretizá-los. Essa capacidade pode ser adquirida gradativamente, e desta forma os planos podem ir sofrendo ajustes de modo que alcancem o patamar desejado.

Carlos Valder do Nascimento explica que esse princípio "*funciona como um mecanismo impedidor da concepção de planos mirabolantes, conhecidos apenas por seus idealizadores*".¹⁴¹

3.9. Princípio do Desenvolvimento

O planejamento visa ao desenvolvimento do que foi planejado, onde podemos identificar dois aspectos: 1) a efetivação do planejamento é essencial para o atingimento dos objetivos maiores do desenvolvimento; 2) tudo o que foi planejado deve ser apto (entendido não apenas como desenvolvimento econômico) a ser implementado e com isso viabilizar o desenvolvimento nos termos dos objetivos traçados no plano.

4. CLASSES DE PLANOS

Quanto às classes de planificação, grande contribuição nos dá José Roberto Dromi¹⁴² ao estabelecer uma percuciente classificação. Segundo ele esses podem ser classificadas:

¹⁴¹ NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Finanças Públicas e Sistema Constitucional Orçamentário*. Rio de Janeiro: Forense. 1997; página 36.

¹⁴² DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. 9ª edição. Buenos Aires: Ciudad Argentina. 2001; páginas 879 e seguintes.

1 - por sua ideologia: autocrática (por imposição) ou democrática (com participação popular);

2 - pela elaboração: centralizada (consiste basicamente em que seja um só organismo central que tome as decisões de planificação, para isso deverá ter uma visão conjunta da economia.¹⁴³) ou descentralizada.¹⁴⁴

3 - pelos efeitos: rígida (quando o planejamento estabelecer expressamente, de uma forma regrada, a conduta que devem seguir os agentes do desenvolvimento econômico, sejam eles entes públicos ou não) ou flexível (Roberto Dromi explica que *"será flexível quando se limitar a fixar indicadores, tipos máximos ou mínimos, admitindo uma certa variação, uma certa discricionariedade ou liberdade quanto ao montante de inversões, de salários, de preços, etc."*.¹⁴⁵);

4 - pela origem: unilateral (é a planificação autocrática) ou concertada (há participação popular na sua elaboração, confundindo-se com a planificação democrática);

5 - pelo cumprimento: imperativa (caracteriza-se pelo fato de suas diretivas serem impostas à coletividade, como normas obrigatórias de conduta) ou indicativa (esta por sua vez, é meramente sugestiva pelo governo à comunidade);

6 - pelo âmbito espacial: nacional o regional.

Outros juristas, entre eles Lúcia Valle Figueiredo¹⁴⁶, sustentam que, no que se refere à classificação de planejamento por cumprimento, pode ser identificada mais uma espécie, a do plano incitativo ou estimulativo.¹⁴⁷ Já entre os

¹⁴³ De acordo com Agustín Gordillo "O plano centralizado deve prever detalhadamente não só as metas fixadas para cada unidade econômica, mais também os meios que se requerem para alcançá-las." (GORDILLO, Augustin. *Introduccion al Derecho de la Planificacion*. Caracas: Editora Jurídica Venezolana. 1981; páginas 69-70).

¹⁴⁴ Ressalta também Gordillo que: *"de imediato deve-se advertir que não existe na realidade uma 'planificação descentralizada' que se possa opor à 'planificação centralizada', e que esta expressão tem sido utilizada freqüentemente para opor-se a existência mesma de um sistema de planificação frente aos países em que as decisões se tomavam livremente e sem coerência consciente e formal."* (GORDILLO, Augustin. *Introduccion al Derecho de la Planificacion*. Caracas: Editora Jurídica Venezolana. 1981; página 69).

¹⁴⁵ DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. 9ª edição. Buenos Aires: Ciudad Argentina. 2001; página 879.

¹⁴⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Valle *in*: Revista Trimestral de Direito Público nº 11. São Paulo: Malheiros. 1995; página 20

¹⁴⁷ A professora Lúcia Valle de Figueiredo aceitando essa classificação, menciona que o professor

que entendem como Dromi, podemos citar Manzanedo, Hernando e Reino¹⁴⁸ e Luiz Fernando Coelho¹⁴⁹.

Concordamos aqui com Lúcia Valle Figueiredo, pois não há impedimento constitucional aos estímulos positivos, há sim disposição que faculta ao poder público o seu exercício, conforme se percebe no artigo 170, *caput*.

Há ainda a planificação total ou global e a parcial ou setorial.

Na primeira, nenhuma atividade que se desenvolve na economia e na sociedade deve ficar fora das prescrições e regulações do plano, ou seja, toda a vida do país deve ser alcançada pelas disposições planificadoras, fixando o que o plano pretende. Além dos aspectos econômicos, como bem ressalta Agustín Gordillo, não se deve falar numa planificação puramente econômica, "*não cabe dúvida, no estado atual da técnica de planificação, que esta deve ser tanto econômica como social, política, cultural, etc., isto é global, integrada*".¹⁵⁰

A planificação parcial ou setorial pode ser vista de duas formas: na primeira, o Estado decide por intervir em apenas alguns setores que considera fundamentais, são os chamados setores estratégicos¹⁵¹; na segunda, o Estado

Almiro Couto e Silva propõe essa classificação, explicando ela que: [...] *Planos indicativos são aqueles em que o governo apenas assinala em alguma direção, sem qualquer compromisso, sem pretender o engajamento da iniciativa privada. [...], planos incitativos são aqueles em que o Governo não somente sinaliza, mas pretende também engajamento da iniciativa privada para lograr seus fins. Nesses planos há não apenas a indicação como também, e, muitas vezes, promessas com várias medidas, que por meio de incentivos, ou por qualquer outra forma para que a iniciativa privada colabore. Nessas hipóteses, contam os administrados que aos planos aderem com confiança, a boa-fé e a lealdade da administração. Portanto, se modificações houverem, certamente, em casos concretos existirão prejuízos. [...] os planos imperativos falam por si próprios, ou seja, a própria palavra define-os. Imperativo é o que deve ser observado.* (FIGUEIREDO, Lúcia Valle de in: Revista Trimestral de Direito Público nº 11. São Paulo: Malheiros. 1995; página 14)

¹⁴⁸ MANZANEDO, J. A. , HERNANDO, J. y REINO, E. GOMES. *Curso de Derecho Administrativo Económico*. Madri : Instituto de Estudios de Administración Local. 1970; página 59.

¹⁴⁹ COELHO, Luiz Fernando. *Considerações sobre a Economia e o Planejamento no Direito Administrativo* in: Direito Administrativo Aplicado e Comparado. Resenha Universitária: São Paulo. 1979; página 153.

¹⁵⁰ Gordillo inclusive entende haver uma diferença entre a planificação total/integral e a chamada parcial/setorial. Sustenta ele que ambas seriam espécies do gênero planificação global, já que para eles essa planificação deve existir em todos os países, a diferença seria encontrada na sua abrangência, ou seja, far-se-á uma só planificação para todos os setores (planificação integral/total), ou far-se-á uma planificação para cada um dos setores, entretanto, não esquecendo-se de nenhum desses setores (planificação parcial/setorial). (GORDILLO, Augustin. *Introducción al Derecho de la Planificación*. Caracas: Editora Jurídica Venezolana. 1981; páginas 84-85.).

¹⁵¹ GORDILLO, Augustin. *Introducción al Derecho de la Planificación*. Caracas: Editora Jurídica Venezolana. 1981; páginas 85-86.

planifica toda a ação estatal, entretanto prefere fazê-la dividindo em áreas para que se tenha um planejamento especializado. Ao se falar em planificação dos setores estratégicos, não está se querendo dizer que o Estado esqueceu-se dos outros setores, ele está apenas recuperando os setores identificados como "prioridades momentâneas", para que depois possa atuar com mais tranquilidade nos demais setores, um exemplo disso é o programa fome zero que, devido a urgência, foi setorizado.

A planificação global se apresenta mais em países de extensão territorial reduzida, uma vez em países de extensões amplas, como o Brasil, a fiscalização da execução desse tipo de planificação é mais difícil. Por este motivo, tem se preferido nesses países o planejamento por setores, como por exemplo: planejamento de desenvolvimento da educação, planejamento de desenvolvimento da saúde, etc.

5. ELEMENTOS DO PLANEJAMENTO

Qualquer que seja o plano a ser traçado, ou seja, não importando o seu nível (se federal, se regional, se estadual ou urbano), o processo de planificação sempre será cercado por um conjunto de elementos imprescindíveis para a sua concretização. Consideramos alguns indispensáveis e os relacionamos aqui.

5.1. Sujeito Planificador

O Sujeito Planificador é sempre o Poder Público, envolvendo predominantemente o Poder Executivo, mas também o Poder Legislativo. O Executivo pode criar um órgão específico para cuidar do planejamento, porém desconcentrando essa atividade, nunca descentralizando.

No Brasil há o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Este Ministério foi criado em 1962, no governo de João Goulart, como um Ministério Extraordinário. Anteriormente a isto, só existia como órgão planificador

da política econômica, o Conselho de Desenvolvimento, criado em 1956. Com o surgimento do Ministério, o Conselho foi incorporado por ele dentro de sua estrutura.

Tem esse Ministério por competências a participação na formulação do planejamento estratégico nacional; a avaliação dos impactos sócio-econômicos das políticas e programas do Governo Federal e elaboração de estudos especiais para a reformulação de políticas; a realização de estudos e pesquisas para acompanhamento da conjuntura sócio-econômica e gestão dos sistemas cartográficos e estatísticos nacionais; a elaboração, acompanhamento e avaliação do plano plurianual de investimentos e dos orçamentos anuais; à viabilização de novas fontes de recursos para os planos de governo; a formulação de diretrizes, coordenação das negociações, acompanhamento e avaliação dos financiamentos externos de projetos públicos com organismos multilaterais e agências governamentais; a coordenação e gestão dos sistemas de planejamento e orçamento federal, de pessoal civil, de organização e modernização administrativa, de administração de recursos da informação e informática e de serviços gerais; a formulação de diretrizes e controle da gestão das empresas estatais; o acompanhamento do desempenho fiscal do setor público; a administração patrimonial e a política e diretrizes para modernização do Estado.

5.2. Objetivos, Metas, Projeções, Instrumentos e Meios

Na planificação deve-se fazer uma clara distinção entre os objetivos, as metas, as projeções e os instrumentos.

O objetivo é o que se pretende alcançar com o planejamento.

As metas são os objetivos a serem alcançados em um período devidamente traçado de tempo, fixando no caso uma data para sua concretização.

Projeção é outro conceito invariavelmente usado dentro da planificação. Projetar é quantificar os objetivos a serem constituídos no tempo, trabalha-se no caso como uma probabilidade, e não com uma data prefixada, como no caso das metas.

Instrumentos são os meios necessários para se alcançar os objetivos.

Os meios são os recursos e aparatos que têm o órgão planejador para efetivar suas metas específicas.

Há dois tipos de objetivos: os finais e os instrumentais.

José Roberto Dromi explica que os "[...] *os objetivos finais que se expressam normalmente por meio de juízos éticos, filosóficos ou estéticos. Precisamente seu elevado grau de universalidade e generalidade impede que sejam suscetíveis de instrumentalização. Se caracterizam por ser: a) ambíguos; b) explicitados em forma de desejos; c) não seguir sempre uma ordem lógica de preferência.*"¹⁵²

Os objetivos instrumentais por sua vez, apesar de apresentarem uma estreita relação com os objetivos finais, têm como principal característica o fato de serem operáveis por meio de ações concretas, saindo do plano axiológico.

José Roberto Dromi¹⁵³ aponta ainda outras três classificações para os objetivos: a) de acordo com a sua relação; b) segundo o grau de continuidade no tempo; c) quanto à ação a desenvolver no espaço temporal.

De acordo com a sua relação eles podem ser complementares e competitivos: serão complementares quando a obtenção de um coadjuva à obtenção do outro, ou bem se a obtenção de um exige a concreção do outro; de outro lado, eles serão competitivos quando para obter um objetivo tiver que sacrificar a concreção de outro, mesmo sendo este sacrifício parcial. Esta diferença pode variar com o tempo, e assim dois objetivos que no período anterior eram complementares, podem se tornar depois competitivos;

Segundo o grau de continuidade no tempo os objetivos podem ser permanentes ou transitórios;

Quanto à ação a desenvolver no espaço temporal os objetivos podem ser a curto, a médio e a longo prazo.

¹⁵² DROMI, José Roberto. *Derecho Administrativo Económico*. Tomo I. Buenos Aires: Editora Astrea. 1977; página 140.

¹⁵³ DROMI, José Roberto. *Derecho Administrativo Económico*. Tomo I. Buenos Aires: Editora Astrea. 1977; página 140.

Conforme já fora frisado, os meios são os recursos e aparatos que tem o órgão planificador para efetivar suas metas específicas. Os meios suportam três classificações:

a) meios legais: são as leis ditadas a fim de institucionalizar o processo planificador;

b) meios administrativos: são os regulamentos e atos administrativos emitidos para normatizar e especificar o processo;

c) meios metodológicos: são as ferramentas instrumentais que permitem a formulação de diagnoses, prognoses, projeções e destinação racional de recursos, como por exemplo uma técnica de execução, um sistema de informações nacionais e regionais, pesquisas para operacionalizar, entre outros.¹⁵⁴

5.3. Alcance do Planejamento

Como já se mencionou ao se tratar do princípio da previsão, sem uma determinação precisa das medidas adotadas para alcançar o objetivo escolhido, não há um planejamento mas apenas um mero projeto.

O alcance do planejamento deve ser quantificado perguntando-se o que caracteriza o plano. Mencionamos aqui três características necessárias a uma boa planificação.

1) O Plano deve trabalhar com um horizonte econômico, fixando um período de tempo para se alcançar um avanço econômico. Se houver retrocesso após fim do prazo fixado, logicamente é porque o plano não era o adequado.

2) O Plano deve fixar um objetivo realista e coerente, sendo estes objetivos compatíveis com os problemas detectados ou previsíveis de um país, tentando-se com isso alcançar uma coerência planificadora. De nada adianta fazer um plano prevendo que, no fim de dois anos, o Brasil será um país

¹⁵⁴ DROMI, José Roberto. *Derecho Administrativo Económico*. Tomo I. Buenos Aires: Editora Astrea. 1977; página 141

desenvolvido, pois seus problemas vêm se formando há mais de meio século, e trabalhar com esse objetivo seria irreal.

3) O Plano deve fixar meios para sua efetivação, uma vez que só existe um plano se se tomar a decisão de aplicar meios necessários à realização do objetivo traçado e esses meios forem palpáveis.¹⁵⁵

6. VINCULAÇÃO AOS PLANOS

Oscar Dias Corrêa em relação à vinculatividade do planejamento explica que, "[...] pelo planejamento "conhecerão os particulares os rumos que atividade nacional e regionais seguirá, onde se desenvolverá a ação incentivadora do Estado, os recursos alocados, as prioridades fixadas. E isto lhes permitirá orientar sua iniciativa e seus investimentos na linha de complementação do esforço do setor público, como lhes indicarem os dados colhidos e as conveniências".¹⁵⁶

André Ramos Tavares explicando a vinculatividade dos planos conclui que: "[...] Nesses termos, o planejamento vincula o Estado e seus órgãos. Em última análise, isso significa que o particular pode utilizar o plano como uma declaração oficial e certa sobre os rumos da política econômica do Estado, naquilo que evidentemente dependa da vontade do Estado. Se este dela se desvia ou a altera sem implementar ou alcançar os objetivos fixados, e se desta nova postura ao particular são carregados prejuízos, é impositiva a responsabilização do Estado pelos eventuais danos assim produzidos."¹⁵⁷

Portanto, estabelecido um plano, o sujeito planificador deve a ele se ater, mantendo sempre a coerência previamente estabelecida para alcançar as metas traçadas.

¹⁵⁵ Permite-se desta maneira distinguir claramente o plano de um projeto, bem como distingui-lo da previsão. Esta última é muito utilizada pelo plano, uma vez que representa uma investigação sobre a evolução provável do que será planejada.

¹⁵⁶ CORRÊA, Oscar Dias. *A Constituição de 1988: contribuição crítica*. 1ª edição Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1991; página 222.

¹⁵⁷ TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: Método. 2003; página 311.

7. COORDENAÇÃO E FISCALIZAÇÃO DOS PLANOS

O economista holandês Jan Tinbergen¹⁵⁸ lembrava, já na metade do século passado, que uma das dificuldades acerca da eficiência do planejamento encontrava-se na ausência de sua coordenação. Explicava ele que sem esta, poder-se-ia deparar com contradições. Exemplifica ele que, se o Tesouro está trabalhando sobre a redução de impostos, os Ministros de Assuntos Sociais na política de salários e o de Assuntos Econômicos na política de preços, deverão ter uma base comum a respeito de qual é a posição cíclica provável e as políticas destes diversos ministérios deverão ser compatíveis entre si, estando em condições de promover o desenvolvimento. Dessarte, quando for desejável manter os preços estáveis, a política financeira deverá estar dirigida para fazer uma estabilização da demanda total que é a força condutora nos movimentos a curto prazo. É sempre necessária a coordenação das metas políticas que serão estabelecidas, uma vez que estas deveriam se compatibilizar.

Ressalta Eros Roberto Grau que o *"planejamento implica em que as ações do setor público sejam coordenadamente desenvolvidas."* Tal característica acarreta o benefício de se impedir a ocupação múltipla e concomitante de várias unidades do setor público na perseguição de um mesmo objetivo, o que, ademais, muitas vezes poderia encaminhá-las a um regime de concorrência, em que articulassem ações contraditórias, levando os esforços desempenhados por todas elas, quando adicionados, a resultados negativos."¹⁵⁹

A coordenação do plano é essencial para a sua eficácia. Para isso, como já fora dito em outro momento, caberá à Administração promover treinamentos para que seu pessoal se capacite, atingindo assim os objetivos pretendidos.

A fiscalização da execução dos planos é um dos momentos mais importantes do planejamento, pois ela deve ser contínua e incessante. Para isso,

¹⁵⁸ TIMBERGEN, Jan. *Política Económica: Principios e Formulação*. (Tradução de Economic Policy: Principles and Design - 1956 - por Agustín López Munguía). Cidade do México: Fondo de Cultura Económica. 1961; páginas 267-268.

¹⁵⁹ GRAU, Eros Roberto. *Planejamento Econômico e regra jurídica*. São Paulo: RT. 1978; página 13.

aconselha-se remeter essa função a pessoas notoriamente qualificadas e, é claro, treinadas para esse controle.

Resta estabelecido desta forma que, sem recursos humanos qualificados, tanto a coordenação, quanto a fiscalização, caem por terra, pois se exige um grau de conhecimento específico para implementar essas ações.

8. PLANEJAMENTO ADMINISTRATIVO ECONÔMICO

8.1. Planejamento, Gestão Fiscal e Política Monetária

O planejamento é de suma importância para o Setor Público, principalmente porque administrar pressupõe planejar. Atualmente, tem se tentado inibir administrações desplanejadas e conseqüentemente desastrosas com altos gastos públicos sem resultados concretos. Uma dessas tentativas é a Lei de Responsabilidade Fiscal e a tipificação de situações em que não houve prévio e adequado planejamento pelo administrador.¹⁶⁰

A Lei de Responsabilidade Fiscal obriga o planejamento (artigo 1º, § 1º, da LRF) tanto da Administração Direta quanto da Indireta, tendo inclusive o legislador sido eloqüente e arrolado os entes a que se aplica à legislação. Estabelece ela no seu artigo 1º, § 1º, que a responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente. Em seguida, no mesmo artigo 1º, só que agora em seu § 2º, a lei dispõe que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios são atingidos por suas disposições, demonstrando a sua natureza de lei nacional. O § 3º, I, do precitado artigo da lei, explica que quando se fizer referências à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, estarão compreendidos: a) o Poder Executivo, o Poder Legislativo, neste abrangidos os Tribunais de Contas, o Poder Judiciário e o Ministério Público; b) as respectivas administrações diretas, fundos, autarquias, fundações e empresas estatais dependentes. Quando se referir a Estados entende-se considerado o Distrito Federal também (artigo 1º, § 3º, II). E quando se mencionar Tribunais de Contas

¹⁶⁰ Para estudo sobre a matéria, vide Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini. *Crimes de Responsabilidade Fiscal*. São Paulo: RT. 2001.

estão incluídos: Tribunal de Contas da União, Tribunal de Contas do Estado e, quando houver, Tribunal de Contas dos Municípios.

Atualmente, também como reflexo da eficiência, a Lei de Responsabilidade Fiscal, em seu Capítulo II, veio inserir a obrigatoriedade de planificação financeira do dinheiro público, prevendo a obrigatoriedade de se fazer uma lei de diretrizes orçamentárias e uma lei orçamentária anual. E, por isso, na tentativa de se efetivar um planejamento monetário adequado, é que se tem projetada a futura legislação de Responsabilidade Monetária¹⁶¹

Uma das idéias a serem incluídas na Lei de Responsabilidade Monetária seria a de fixar padrões para a atuação do Banco Central, como metas e parâmetros para inflação, endividamento, emissão de moeda e intervenções. Os diretores do BC também receberiam mandatos independentes, garantindo sua autonomia operacional. Se as metas fixadas pela Lei não forem cumpridas, os diretores seriam obrigados a deixar os postos que ocupam.

As vantagens de se ter um Banco Central, como de resto todos os reguladores, com regras de autonomia e independência especificadas em lei, com direitos e obrigações de seus dirigentes claramente definidos, são imensas. Dão transparência à gestão da política monetária, e não apenas às estatísticas e projeções econômicas que nascem no próprio Banco Central. São também uma valiosa oportunidade para que a sociedade possa acompanhar e cobrar os atos operacionais da autoridade monetária, fato que jamais até aqui aconteceu na história monetária do País.

A autonomia do Banco Central e de seus diretores, permitiriam que a sociedade efetuasse um controle social das planificações adotadas no campo monetário. Permitiria também maior transparência na sua direção, uma vez que o

¹⁶¹ Artigo 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade em todas as partes que o compõe, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulamentado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram. Luiz Carlos Bresser Pereira explica que "*Responsabilidade monetária não significa apenas não emitir moeda para financiar déficits. Isso é responsabilidade fiscal. Responsabilidade monetária significa manter a taxa de juros a mais baixa possível, compatível com a estabilidade de preços. Para isso, é preciso a coragem de manter a demanda e a oferta agregadas sempre em tensão e a competência de conservar os preços sob controle.*" (Fonte: http://www.bresserpereira.org.br/ver_file.asp?id=141, acessado em 28.06.03).

diretor não seria mais tão vulnerável à vontade política, além de dever conter mecanismos que obriguem à prestação de contas.

Parece-nos que a independência do regulador, definidas as metas e objetivos e estabilizando mandatos, é medida que tende a reforçar a efetividade do planejamento.

8.2. Planejamento e Urbanismo

8.2.1. O Urbanismo

O professor Clóvis Beznos propugnava, antes mesmo do surgimento do Estatuto da Cidade, a necessidade de implementação de programas urbanísticos: *"É urgente dar-se início à reforma urbana, reurbanificando-se as cidades, com vistas ao futuro, emergindo a necessidade da edição das leis infraconstitucionais nesse sentido."*¹⁶²

Entretanto, como dito anteriormente, essa reurbanificação terá que ter participação muito mais ativa de pessoas especializadas, para que se torne sustentável. Desafortunadamente, a tradição de política urbana em nossos municípios não preza pelo viés planejador, sendo marcada pela fragmentação, desarticulação e muitas vezes por concessões à especulação imobiliária.

A maior parte das cidades brasileiras cresce de forma absolutamente descoordenada, sem planejamento. A maioria tem planos e regras, entretanto, eles não são seguidos. Isso está no cerne da má qualidade de vida das cidades brasileiras.

Tentando combater nossa desastrosa história urbanística e sob essa perspectiva é que adveio em 2001 o Estatuto da Cidade. Esta lei definiu as ferramentas que o Poder Público Municipal poderia utilizar para opor-se aos problemas de desigualdade social e territorial nas cidades. Para este fim, deve-se agora utilizar da via da regulamentação, estabelecendo bons planos diretor, prevendo a gestão democrática da cidade (por intermédio de orçamentos e

¹⁶² BEZNOS, Clóvis. *Desenvolvimento Urbano* in: Revista Trimestral de Direito Público nº 11 de 1995; página 158.

planejamentos participativos), utilizando-se também dos instrumentos de regularização fundiária e urbanísticos, da desapropriação e outros.¹⁶³

A importância do Estatuto se liga ao fato de que ele foi de fundamental importância à criação do Ministério das Cidades¹⁶⁴, tendo a imprensa até mesmo noticiado que o *Estatuto da Cidade ganha Ministério*.¹⁶⁵

É no campo do direito urbanístico que se revela uma das mais importantes vertentes do planejamento, como bem assevera José Afonso da Silva, que "*[...] o urbanismo se apresenta como a ciência do estabelecimento humano, preocupando-se substancialmente com a racional sistematização do território, como pressuposto essencial e inderrogável de uma convivência sã e ordenada dos grupos de indivíduos, que nele transcorre sua própria existência, ou em outras palavras, o urbanismo objetiva a organização dos espaços habitáveis visando à*

¹⁶³ Para melhor visualização do tema vide o capítulo referente ao Estatuto da Cidade, de autoria do professor Toshio Mukai.

¹⁶⁴ O urbanista Teixeira Coelho, expõe sua opinião ainda com um certo receio, relatando que: "O fato é que percebemos quão pequena é nossa taxa real de liberdade, tudo somado, quando pensamos nas condições de vida nas cidades, onde não decidimos nada, onde quase nada podemos fazer fora dos trilhos e trilhas definidas e do modo que outros nos impõem. [...] Quando a população do mundo caminha para a vida urbana, sem volta à vista, a condição da cidade deveria ser o centro de todos os planos. [...] No entanto, tudo se passa como se, na melhor das hipóteses, o desenvolvimento da indústria, da educação, da tecnologia e tanta coisa, produzisse automaticamente, por acúmulo e acaso, uma cidade melhor. O mais provável é que nenhum desses desenvolvimentos "vingue" se não houver um plano anterior para a cidade, que dela parta e para ela convirja. Não se trata de fazer aquilo para se chegar a isto, mas de preparar isto, a cidade, para se obter aquilo. O direito à cidade ainda é ilusão. Bem real é o peso da cidade sobre nossas vidas. Nesse quadro, um Ministério da Cidade é bem vindo. Mas não apenas para fazer piscinões e propor habitações populares. Uma idéia ampla, generosa e criativa tem de estar por trás da iniciativa." (COELHO, Teixeira. O direito à cidade in: Gazeta Mercantil de 14.3.2003; página 6).

¹⁶⁵ O senador Romeu Tuma escreveu: *Quando o presidente Lula anunciou as inovações ministeriais, há dias, me deu a impressão de haver presenteado o Estatuto da Cidade - um dos maiores avanços em direção ao planejamento do desenvolvimento urbano sustentado e da melhoria da qualidade de vida - com um poderoso meio de implementação em seu segundo ano de vigência. [...], o novo Ministério das Cidades poderá orientar e apoiar os municípios na aplicação do Estatuto da Cidade às urbes com mais de 20 mil habitantes. [...]. Alegro-me, portanto, a decisão do novo presidente de colocar o poder central a serviço da aplicação do estatuto, mesmo estando sua execução restrita a decisões de prefeitos e vereadores. Agora, terão estes orientação e apoio federais para direcionar a arrecadação municipal a obras de saneamento, urbanização e edificação de habitações populares destinadas aos munícipes de baixa renda. [...] Coordenando a aplicação do estatuto, o governo Lula poderá levar-nos a ver os impostos pagos às prefeituras resultarem em bons serviços e em espaços urbanos favorecedores de boas condições de vida. [...] Assim, com o Ministério das Cidades, ocupado pelo ex-prefeito e ex-governador gaúcho Olívio Dutra, abre-se o canal para realizar, na parte que toca às municipalidades, aquilo que está registrado no Relatório Final da Transição, lido pelo ministro Antônio Palocci, no que se refere ao bom relacionamento da União com os Estados e com os municípios, para obter coesão social, estabilidade econômica e impulso às campanhas tidas como prioritárias pelo novo governo.* (TUMA, Romeu. *Estatuto da Cidade ganha Ministério* in: Folha de São Paulo de 13.1.2003; página A3 .)

realização da qualidade de vida humana."¹⁶⁶

8.2.2. Principais Aspectos do Planejamento Urbanístico¹⁶⁷

Neste tópico, por meio de uma apertada síntese, tentaremos enfatizar os principais aspectos do planejamento urbanístico.

8.2.2.1. O Plano Diretor

O Plano Diretor, deve ser feito por lei aprovada na Câmara Municipal e sancionada pelo Prefeito. Esse plano é o chamado Plano Diretor, que visa a garantir as necessidades do cidadão quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento econômico das atividades econômicas. É uma expressão formada por duas palavras: Plano e Diretor. É plano na medida em que declara objetivos que devem ser atingidos em determinados períodos de tempo, bem como, as atividades que deverão ser desenvolvidas e os responsáveis pela sua direção. É diretor na medida em que fixa as diretrizes e os princípios de desenvolvimento urbano municipal.

O plano diretor nos termos do artigo 182, § 1º da Constituição Federal, é aprovado por lei, sendo obrigatório às cidades que tenham mais de vinte mil habitantes.

Advertimos desde já que no Distrito Federal também há a obrigatoriedade do Plano Diretor, que nesse caso específico é elaborado pelo governador distrital.

O artigo 182, § 1º veio a ser disciplinado pelo artigo 41 da Lei nº 10.257/01 (Estatuto da Cidade), que em cinco incisos prevê a obrigatoriedade do plano para algumas situações.

O inciso I, apenas repete o artigo 182, § 1º, ao exigir o plano para

¹⁶⁶ SILVA, José Afonso. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 2ª edição São Paulo: Malheiros. 1995.; página 25.

¹⁶⁷ Esse tema será tratado de maneira mais especializada em capítulo próprio (Meio Ambiente Urbano) pela professora Maria Garcia.

idades com mais de 20 mil habitantes.

O inciso II, exige o plano para cidades integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas. Esse inciso nada mais é do que consequência do primeiro, uma vez que estabelecer um censo para essas regiões, que se interligam com outras de grande demografia, poderia resultar em erros estatísticos, e para evitar isso basta exigir seu planejamento ligado ao das outras regiões ou aglomerações. Seguindo essa diretriz traçada, o § 2º deste artigo 41, estabelece que as cidades com mais de quinhentos mil habitantes deverão ter um plano de transporte integrado, que se compatibilize com o plano diretor que o tiver inserido.

O inciso III, é decorrência expressa do artigo 182, § 4º, que exige o plano diretor para se resguardar a função social da propriedade urbana, aplicando os instrumentos contidos nesse § 4º, quais sejam o parcelamento ou edificação compulsória, o IPTU progressivo, ou até em última hipótese desapropriando o proprietário que não der função social à sua propriedade urbana. É de se notar que este dispositivo se volta a coibir apenas uma das formas de descumprimento da função social da propriedade (a sua não utilização para fins de especulação).

O inciso IV privilegia as áreas de especial interesse turístico, impondo a obrigatoriedade do Plano Diretor nesses locais.

Por fim, o inciso V, ampara o Meio Ambiente Urbano, resguardando a obrigatoriedade de planificação às áreas de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional.

Portanto, nessas hipóteses, o Plano Diretor, após o advento do Estatuto da Cidade tornou-se obrigatório. Parte da doutrina chegou a afirmar descuidadamente que essa imposição violaria o pacto federativo, uma vez que nem todas estão previstas expressamente na Constituição Federal. Entretanto, de acordo com o artigo 24, I, da Constituição, há concorrência de competência entre União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre normas gerais de Direito Urbanístico, do que imediatamente se conclui que não há quebra do pacto federativo.

Como é uma lei, ele não poderá ser estabelecido por regulamento. O

Plano Diretor como qualquer lei poderá ser revogado, entretanto, como ele é obrigatório por força do texto constitucional e por força infraconstitucional do Estatuto da Cidade, ele só poderá ser revogado por outro Plano Diretor.

Ainda em relação a obrigatoriedade do Plano Diretor, o Estatuto da Cidade impõe que ele deve englobar todo o território do Município, o que abrange em nosso entender a zona rural. Deve ainda esse plano ser revisto a cada dez anos (artigo 40, § 2º e § 3º).

Dele devem constar as prioridades municipais, que só poderão ser diagnosticadas por meio de algumas análises dos problemas pelos quais o Município está passando. Nesse caso, pode-se até requisitar Audiência Pública para que a população participe da elaboração do plano.

O Plano Diretor deve observar também as disposições da Lei de Parcelamento de Solo Urbano, respeitar o Direito Constitucional de Propriedade e todas as regras contidas no Estatuto da Cidade.

Nessa linha, o professor José Afonso da Silva explica que *considera-se processo de planejamento a definição de objetivos determinados em função da realidade local e da manifestação da população, a preparação dos meios para atingi-los, o controle de sua aplicação e a avaliação dos resultados obtidos.*¹⁶⁸

Uma Lei Orgânica Municipal de qualidade, deve arrolar como elementos do planejamento das atividades administrativas a previsão de um plano diretor, um plano de administração, uma lei de diretrizes orçamentárias, um orçamento anual e um plano plurianual. O plano diretor e o plano de administração devem estar em ampla evolução conforme as necessidades dos municípios.¹⁶⁹

¹⁶⁸ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 2ª edição São Paulo: Malheiros, 1995; página 120.

¹⁶⁹ Nesse sentido, o professor José Afonso da Silva leciona que: “*Em suma, o processo de planejamento permanente do Município se realiza pela elaboração, manutenção atualizada e execução de: I - um Plano de Desenvolvimento Municipal, que é o Plano de Governo, pelo qual cada Prefeito definirá as prioridades e objetivos de seu governo em função da realidade local; II - os Planos Regionais, Setoriais e Especiais, que couberem; III - o Plano Diretor, como instrumento básico da política de desenvolvimento urbano e os demais planos urbanísticos (particulares, parciais, especiais ou setoriais) exigidos pela realidade local; IV - o Plano Plurianual, que define, em consonância com o Plano de Governo e o Plano Diretor, as diretrizes, objetivos e metas da administração municipal; V - a Lei de Diretrizes Orçamentárias, que, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, definirá, em termos financeiros, as metas e as prioridades do Governo local, orientará a elaboração do orçamento anual e disporá sobre as alterações na legislação tributária, se tais alterações houverem que ser feitas; VI - o Orçamento*”

plano diretor é que fixa as diretrizes do desenvolvimento do Município a que corresponde. O plano de administração é um plano de ação de cada Prefeito para o Município.

O Estatuto da Cidade em seu artigo 42 estabelece o conteúdo mínimo do Plano Diretor qual seja: a delimitação das áreas urbanas por lei municipal, visando a ser aplicado o parcelamento; edificação ou utilização compulsórias, considerando a existência de infra-estrutura e de demanda para utilização; previsão do direito de preempção para aquisição de imóvel urbano nas faixas fixadas em lei municipal, estabelecimento do solo criado no plano, fixação de áreas nas quais poderão ser permitidas alteração onerosa de uso de solos, previsão de delimitação de áreas para operações urbanas consorciadas, e a possibilidade de autorização por lei municipal ao proprietário de imóvel urbano, privado ou público, a exercer em outro local ou alienar, mediante escritura pública, o direito de construir previsto no plano diretor ou em lei municipal dele decorrente, quando esse imóvel for considerado necessário para fins de interesse público municipal.

Em relação ao plano de urbanização e seu conteúdo, Tomás-Ramón Fernández afirma que *"[...] a competência urbanística concernente ao planejamento compreenderá uma série de faculdades entre as que destacamos aqui o lugar dos centros de produção e residência em ordem à melhor distribuição da população em todo o território nacional, a divisão do território municipal em áreas de solo urbano, urbanizável e não urbanizável, o estabelecimento de zonas de diferente utilização e a fixação das condições concretas das construções a realizar nelas, a formulação, a determinação do sistema de espaços livres e zonas verdes, a localização e caracterização dos centros e serviços de interesse público, a limitação do uso do solo ou das edificações, a orientação da composição arquitetônica das edificações e a regulação de suas características estéticas, etc."*¹⁷⁰

Anual. Todos esses planos deverão ser compatíveis entre si e seguir as políticas gerais e setoriais segundo os quais o Município organiza sua ação, [...]." (SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 2ª edição São Paulo: Malheiros. 1995; página 120.)

¹⁷⁰ FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Manual de Derecho Urbanístico*. 5ª edição Madri: Abella. 1985; página 44.

Por fim conclui-se que:

1 - O plano diretor tem por função estabelecer critérios para se verificar se a propriedade atende a sua função social;

2 - O plano diretor objetiva também estabelecer metas e diretrizes da política urbana e normas que condicionam o uso, gozo e disposição da propriedade;

3 - O plano diretor também deve estabelecer os critérios para utilização dos instrumentos criados pelo Estatuto da Cidade, tais como, outorga onerosa do direito de construir, operações urbanas consorciadas, parcelamento, utilização compulsória com aplicação do IPTU progressivo e outros institutos;

4 - O plano diretor, portanto, resulta num processo de planificação da Administração Municipal e Distrital que orientará toda a sua ação, do plano físico-territorial até à orçamentação dos gastos e despesas públicas municipais e distritais.

É de se notar, porém, que alguns aspectos do plano diretor, por terem caráter vinculante, fogem um pouco da regra do artigo 174 que predicaria ser o planejamento apenas indicativo para a iniciativa privada.

8.2.2.2. Planificação Urbanística

Quanto ao processo de planejamento, seus princípios vetores são informados pela melhor doutrina¹⁷¹. São eles: o fato de que o processo de planejamento é mais importante do que o plano; o processo de planejamento deve elaborar planos adequados à realidade municipal; exeqüibilidade do plano; o nível de profundidade dos estudos deve ser apenas o necessário para orientar a ação da municipalidade; deve haver integração entre as políticas, os planos e os programas setoriais; deve-se sempre respeitar à realidade regional; a democracia e acesso às informações disponíveis; o planejamento deve ser participativo, respeitando a política adotada pelo Estatuto da Cidade.

¹⁷¹ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 2ª edição São Paulo: Malheiros. 1995; páginas 122-123.

8.3. Planejamento e Participação

8.3.1. Breves noções sobre a Participação Popular

Na década de 1980, a participação do cidadão na Administração Pública esbarrou no problema dos raros e insuficientes meios pelos quais o cidadão influenciava a ação do Estado. Induvidosamente existiam mecanismos de controle tanto internos como externos. O primeiro, porém, sofria sempre com a precariedade e hierarquização do aparato burocrático, o que conseqüentemente não abria maior capacidade de influência do cidadão nas decisões políticas. Já o controle externo, representado pelo controle da legalidade dos atos administrativos e exercitado por ações constitucionais ingressadas no Poder Judiciário, tais como mandado de segurança, ação popular, *habeas corpus* e em 1985, pela Ação Civil Pública, ainda que intensamente usada e com resultados concretos até animadores, não atingiam as necessidades do cidadão e nem lhe ofereciam possibilidade maior para exercitar a cidadania, em face de obstáculos processuais peculiares (morosidade, custo, representação técnica etc.). O controle externo político, representado principalmente pelas Comissões Parlamentares de Inquérito dependia de um critério de escolha política, o que nem sempre tinha influência dos cidadãos.

Atualmente, apesar de insuficiente, a evolução é visível. A insuficiência atual não se encontra nos meios de participação, que já são muitos, mas sim na falta de absorção popular desses meios, ou seja, falta ao povo conscientizar-se que a participação popular é um dos maiores instrumentos de democracia aberta, tão proclamada em décadas passadas pela população.

Há de se salientar a existência do Princípio Constitucional Implícito da Participação Popular na Administração Pública. Ao se falar neste Princípio significa dizer que a função do cidadão não fica restrita a de mero eleitor, ele deve participar do cotidiano da Administração, até mesmo quando da tomada de decisões administrativas. Continua havendo a democracia representativa, entretanto com algumas prerrogativas dadas aos cidadãos no sentido de legitimar a sua participação na gestão administrativa.¹⁷²

¹⁷² Neste sentido é digno de nota o avanço introduzido pela Constituição de 1988, desde o processo constituinte até os dispositivos do seu texto. Para tanto foi imprescindível a atuação das entidades da sociedade, em particular o Plenário Pró Participação Popular que, sob a liderança de Francisco Whitaker Ferreira contribuiu sobremaneira para a consagração do princípio da Participação Popular.

No âmbito do direito público, a questão da participação vincula-se estritamente à interferência na *realização e controle das funções estatais*¹⁷³, bem como na própria elaboração do direito positivo¹⁷⁴.

Participação popular na administração pública é a interferência no processo de realização da função administrativa do Estado, implementada em favor de interesses da coletividade, por cidadão nacional ou representante de grupos sociais nacionais, estes últimos se e enquanto legitimados a agir em nome coletivo.

A doutrina também tem se referido a esse princípio como decorrente do Estado Democrático de Direito que a Constituição acolheu. O constitucionalista José Afonso da Silva, comentando o Estado Democrático, afirma que este, "*se funda no princípio da soberania popular que impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, participação que não se exaure, [...], na simples formação das instituições representativas, que constituem um estágio da evolução do Estado Democrático, mas não o seu completo desenvolvimento.* Defendendo ainda que para a existência deste Estado, imprescindível se torna a existência de uma sociedade democrática caracterizada pela [...] *efetiva incorporação de todo o povo nos mecanismos do controle das decisões, e de sua real participação nos rendimentos da produção.*"¹⁷⁵

Nessa linha, Dinorá Adelaide Mussetti Grotti entende que "*o Princípio da Participação Popular na gestão e no controle da Administração Pública é inerente à idéia de Estado Democrático de Direito, adotado já no Preâmbulo da Lei Maior de 1988, e reafirmado no artigo 1º, além de ter sido reiteradamente expresso em vários setores da Administração Pública, notadamente na parte referente à ordem social.*"¹⁷⁶

¹⁷³ MODESTO, Paulo. "Direito e Poder Político. Estado e Direito – O Problema da Legalidade". In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 84, volume 711, janeiro, 1995, página 57

¹⁷⁴ Kelsen definia os direitos políticos como "as possibilidades abertas ao cidadão de participar do governo, da formação da "vontade" geral. Livre da metáfora, isso significa que o cidadão pode participar da ordem jurídica. (KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1990; página 91.).

¹⁷⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 6ª edição São Paulo: RT. 1990; páginas 103-105.

¹⁷⁶ GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*. São

O que se deve ter em mente é que a possibilidade de participação do cidadão amparada, mesmo como um princípio constitucional implícito, na Constituição, deve se tornar efetiva, disponibilizando a Administração Pública meios de se concretizar essa participação.

A participação tanto tem resultados positivos para a Administração, quanto para os administrados. Para a Administração porque legitima seus atos, pois decididos consensualmente. E para os administrados porque lhes oferece meios de expor suas pretensões em relação àquela administração.

Para sintetizar o que foi dito nessa passagem, trazemos aqui as lições de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, "[...] *é particularmente no campo do Direito Administrativo que as mutações se sucedem, nele provocando redobrados desafios. Assim é que a administração imperativa, aos poucos já se tempera com a consensual; o imprescritável mérito administrativo passa a admitir a ampla sindicância da realidade, da razoabilidade e da proporcionalidade; a tradicional centralização autoritária dos modelos estatizantes cede à descentralização setorial e à social e o outrora marmóreo princípio da supremacia do interesse público, que era a marca da superioridade do Estado sobre a sociedade, passa a ser confrontado e ponderado com os emergentes princípios e direitos fundamentais, anunciando a inversão de valores. Tudo, enfim, leva inexoravelmente à abertura e à modernização da administração pública, pois dela se reclama visibilidade, dela se exige eficiência, e nela se demanda o direito de participação; é o percurso em que o velho Estado de Direito, mas ainda tisonado do ranço autoritário, aos poucos se transforma em um Estado Democrático de Direito...*"¹⁷⁷

8.3.2. Planejamento Participativo

Nessa baila é que surge o planejamento participativo.

Como já foi objeto de estudo detalhado, o planejamento da administração pública é de responsabilidade de seus representantes. Entretanto, o

Paulo: Malheiros. 2003; página 353.

¹⁷⁷ Prefácio à obra de Marcos Juruena Villela Souto (SOUTO, Marco Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2002.).

grande problema que surge e que se tem notado, é um déficit nos planejamentos administrativos econômicos nos últimos tempos, resultando no fato notório de que os problemas dos Municípios, Estados e União têm aumentado de forma insustentável.

Saber escolher que plano aplicar pode resultar numa boa política pública. Entretanto essa escolha não é fácil, uma vez que, em termos de Brasil, a plurianualidade do planejamento, fixada em quatro anos e renovável a cada governo que passa, tem levado o ente federativo a uma descoordenação do desenvolvimento, pois é este que o planejamento objetiva, mais tem sido falho. Os motivos apontados são as diversidades ideológicas de cada governante, sua visão de mundo.

A solução poderia ser encontrada por meio de uma divisão de responsabilidades no concernente à feição de um planejamento de longo prazo. Ou seja, um planejamento com participação popular. Não que a participação popular por si só implique nesta divisão de responsabilidades. Porém, ela legitima a atuação dos governantes na execução dos planos, pois os próprios cidadãos ajudaram na sua criação. O resultado, se não for favorável, não se pode dizer que tenha sido desfavorável, uma vez que, de certo modo, o povo acabou contribuindo para planejar o futuro da sua Cidade, de seu Estado ou do País.

Após a concretização desse planejamento, caberá ao povo acompanhar a sua execução, numa espécie de controle social, até mesmo responsabilizando as autoridades se estas desvirtuarem os objetivos planejados.

O planejamento participativo municipal tem previsão constitucional no artigo 29, XII, da Constituição Federal. Este dispositivo, estipula que da Lei Orgânica do Município devem constar meios de participação de grupos representativos de uma determinada região ou classe, para que estes cooperem na promoção do planejamento.

No Brasil já se tem notícia de cidades onde o planejamento participativo tem ocorrido. Porto Alegre (RS), é a precursora. Camaragibe, no Estado de Pernambuco, é uma das cidades onde mais se atingiu êxito no planejamento participativo.

Basta observar os resultados avaliados, para se concluir que o planejamento participativo, pelo menos para as cidades, é indispensável.

Gaspar Ariño Ortiz, relata a existência da participação popular em planejamentos na Europa. Segundo ele, *"para a configuração da sociedade, o Plano pretendia racionalizar o processo político de tomada de decisões. Assim em França se aludia à "racionalização da idéia política". Frente ao caciquismo e a improvisação o Plano aspirava a uma política de racionalização nas decisões, baseadas na análise de custos e benefícios. Assim mesmo, o Plano pretendia democratizar as decisões, mediante a participação dos cidadãos nos processos de decisão. Assim, a elaboração dos Planos de desenvolvimento se organizava em Relatórios (que analisavam temas de conteúdo horizontal, como política financeira, comercio exterior, desenvolvimento tecnológico...), e em Comissões (que analisavam setor por setor a agricultura, pesca, alimentação, energia, turismo, até 18 Comissões), mediante a participação de funcionários, empresários e representantes sindicais - aproximadamente 4.500 pessoas -. Em cada Comissão, centenas de pessoas abordavam sua visão do setor e de suas necessidades, fazendo previsões, análises de problemas e desenho de soluções específicas."*¹⁷⁸

A Constituição Espanhola de 1978 em seu artigo 131.2 prevê o planejamento participativo econômico, admitindo a adesão de sindicatos e outras organizações profissionais, empresariais e econômicas no assessoramento e colaboração desta planificação.

O jurista espanhol Martin Bassol Coma, comentando o planejamento participativo em seu país, explica que a estratégia participativa na planificação representa uma dupla dimensão:

"1ª - como aspiração dos próprios grupos a influenciar nos centros neuvrágicos dos poderes de decisão;

2ª - e como necessidade irreversível dos poderes governamentais de dispor antecipadamente de um certo grau de adesão ou consenso sobre o conteúdo da planificação já que, em caso contrário, sua execução seria irrealizável

¹⁷⁸ ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de Derecho Público Económico - Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*. 2ª edição Granada: Editora Comares. 2001; página 330.

ou desembocaria em uma planificação meramente nominal."¹⁷⁹

8.3.2.1. Efetivação do Planejamento Participativo por Assessoria Externa e Audiências Públicas: Orçamento Participativo

8.3.2.1.1. Assessoria Externa

A Assessoria Externa se dá mediante chamamento de especialistas para colaborar na produção de projetos, relatórios, por meio de diagnóstico dos efeitos das questões a serem decididas.

O professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto, entende que "*[...] a assessoria externa é um instituto de participação administrativa, aberto a pessoas físicas da sociedade civil, indicadas ou selecionadas, visando à legitimidade da ação administrativa, formalmente estabelecida como uma função pública definida em lei, com o objeto de expressar tendências, preferências e opções que conduzam os órgãos assessorados a melhores decisões.*"¹⁸⁰

A Assessoria Externa poderia ser feita para elaboração de um planejamento urbanístico, de uma lei de diretrizes orçamentárias ou até, como foi feito no Estado de São Paulo, para a elaboração de uma lei com reflexos administrativos.¹⁸¹

8.3.2.1.2. Audiências Públicas

Consoante Diogo de Figueiredo Moreira Neto, temos que "*[...] a audiência pública, em resumo, é um instituto de participação administrativa aberta a indivíduos e a grupos sociais determinados, visando à legitimidade da ação*

¹⁷⁹ COMA, Martín Bassols. *Constitucion y Sistema Económico*. 2ª edição Madri: Editora Tecnos. 1988; página 247.

¹⁸⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da Participação Política*. Rio de Janeiro: Renovar. 1992; página 136.

¹⁸¹ Em Lei Estadual de Processo Administrativo (nº 10.177 de 1998), adveio antes da Lei Federal de Processo Administrativo (nº 9.784 de 1999). Essa Lei Estadual, contou com a presença de renomados juristas na sua elaboração.

administrativa, formalmente disciplinada em lei, pela qual se exerce o direito de expor tendências, preferências e opções que possam conduzir o Poder Público a uma decisão de maior aceitação consensual."¹⁸²

Ou seja, a Audiência Pública se traduz em uma sessão de discussão, aberta a todo o público, para discussão de uma temática predeterminada.

É também um instrumento de natureza consensual, sendo ainda *autêntico direito difuso*.¹⁸³

Nas Audiências Públicas deve se garantir a participação plena pelos modos de divulgação disponíveis, e menos onerosos para o Setor Público, permitindo ao cidadão o pleno conhecimento de sua existência e da possibilidade dele estar participando. Entre esses meios de divulgação, podemos mencionar: os jornais locais, os meios eletrônicos, e principalmente as rádios¹⁸⁴ comunitárias, que prestarão esses serviços de divulgação de interesse público, sem retribuição pecuniária.¹⁸⁵

Em alguns casos, temos as Audiências Públicas no Direito Positivo brasileiro no que se refere ao planejamento:

1 - O artigo 48 da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/00), em seu parágrafo único, prescreve que para assegurar a transparência na Gestão Fiscal da Administração Pública dever-se-á, entre outras medidas,

¹⁸² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (1992: 129).

¹⁸³ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Instrumentos da Administração Consensual - A Audiência Pública e sua Finalidade*. Revista Fórum Administrativo. Agosto de 2002; página 1011.

¹⁸⁴ "Rádio Comunitária é um tipo especial de emissora de rádio FM, de alcance limitado a, no máximo, 1 km a partir de sua antena transmissora, criada para proporcionar informação, cultura, entretenimento e lazer a pequenas comunidades. Trata-se de uma pequena estação de rádio, que dará condições à comunidade de ter um canal de comunicação inteiramente dedicado a ela, abrindo oportunidade para divulgação de suas idéias, manifestações culturais, tradições e hábitos sociais. A Rádio Comunitária deve divulgar a cultura, o convívio social e eventos locais; noticiar os acontecimentos comunitários e de utilidade pública; promover atividades educacionais e outras para a melhoria das condições de vida da população." (Fonte: Ministério da Comunicação - www.mc.gov.br).

¹⁸⁵ O artigo 3º, III, da Lei das Rádios Comunitárias¹⁸⁵ (Lei nº 9.612/98), prevê como uma de suas finalidades prestar serviços de utilidade pública sempre que necessário atendendo assim aos anseios da comunidade beneficiada com a sua instituição. Nesse sentido, o artigo 15 da precitada lei, prescreve que as emissoras do Serviço de Radiodifusão Comunitária assegurarão, em sua programação, espaço para divulgação de planos e realizações de entidades ligadas, por suas finalidades, ao desenvolvimento da comunidade. Nesse diapasão, podemos dizer que as Audiências Públicas, podem ser divulgadas sem custos para o Setor Público, nas mencionadas rádios comunitárias, que estariam assim desempenhando um papel importante no fortalecimento da participação popular na Administração Pública.

promover Audiências Públicas para elaboração e discussão dos planos, orçamentos e da Lei de Diretrizes Orçamentárias. Ou seja, pelas Audiências Públicas se propiciará a efetivação de planejamentos e orçamentos participativos. Esse dispositivo atribui à Internet um papel relevante na divulgação dos atos a serem realizados. Gilmar Ferreira Mendes, ressalta que *"a participação popular e a realização das audiências públicas na elaboração dos instrumentos de responsabilidade fiscal, dos quais exige a lei devida transparência, é salutar em dois pontos: o primeiro deles é a maior legitimidade que adquirirão tais instrumentos, uma vez que sua confecção foi feita com respaldo da sociedade; o segundo tem a ver com o fato de que os esboços de tais instrumentos podem ser maximizados em sua qualidade com a interação entre sociedade e Poder Público, tanto porque, diversas vezes, este não possui a devida acuidade para perceber as carências sociais, tanto porque, tecnicamente, eles podem ser aprimorados com a colaboração dos diversos entes sociais."*¹⁸⁶

2 - O artigo 2º do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/01), em seus incisos II, IV, XIII, garante a participação popular na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos, o planejamento participativo, e audiências públicas para o desenvolvimento sustentável do meio ambiente, mostrando, portanto, a evolução do direito administrativo brasileiro no sentido de introduzir a gestão democrática nas cidades. Com relação especificamente às audiências públicas, esse Estatuto obriga que ela se realize em alguns casos, tais como: a) Audiência Pública como legitimação do Plano Diretor (artigo 40, § 4º, I); b) Audiência Pública como instrumento de participação na gestão orçamentária (artigo 44).

8.3.2.1.3. Orçamento Participativo¹⁸⁷

¹⁸⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal* - (Organizadores: Ives Gandra da Silva Martins e Carlos Valder do Nascimento). São Paulo: Saraiva. 2001; página 339.

¹⁸⁷ Essa parte (Orçamento Participativo) contou com a colaboração intensa e inestimável do Professor José Eduardo de Alvarenga (www.jealvarenga.hpg.com.br). Renovamos os agradecimentos.

Orçamento participativo é um dos meios de participação popular no planejamento administrativo que merece especial exame sob os aspectos jurídico e político.

No Brasil, o orçamento público é a expressão financeira de um plano de ação.

Na prática brasileira, *"a proposta orçamentária é gestada no Executivo, discutida e aprovada no Legislativo e executada pelo Executivo, acompanhado pelo TCU – o processo é complexo demais e opaco demais para ser dominado por leigos."*¹⁸⁸

Os movimentos sociais urbanos, aliados ao agravamento da escassez de recursos para atendimento das demandas sociais criaram campo fértil para o surgimento de experiências participativas, como o orçamento participativo.

Victor Vergara, especialista em gestão pública do Banco Mundial, em entrevista ao jornal "O Estado de São Paulo"¹⁸⁹, afirmou, em resumo, que o orçamento participativo é uma das experiências mais positivas e inovadoras surgidas na América Latina: *"A participação da comunidade na discussão dos investimentos públicos é uma postura moderna de governo que começa a despertar interesse em diversos Países. O Banco Mundial traduziu o livro do prefeito de Porto Alegre, Tarso Genro, sobre o tema, para o espanhol e houve uma grande procura. Já foram distribuídos 2.500 exemplares para nove países latino-americanos."*

À pergunta sobre se o orçamento participativo seria mais adequado a países subdesenvolvidos, respondeu: *"Não. Cidades americanas como Phoenix, no Arizona, usam o modelo, inclusive com enquetes telefônicas"*.

Vergara se revela entusiasta do modelo (tanto que depois de conhecer a experiência brasileira tornou-se estudioso do tema e é hoje instrutor do *Seminário de Administração Municipal, curso online promovido pelo Instituto do Banco Mundial e Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, em*

¹⁸⁸ SOUZA, Marcelo L. de. *O orçamento participativo e sua espacialidade: uma agenda de pesquisa*. São Paulo: Terra Livre, n.º. 15, 2000.

¹⁸⁹ Fonte: Jornal Estado de São Paulo do dia 05-03-2001, página A7 – Autor: Uilson Paiva.

que um dos módulos é sobre orçamento participativo): "O orçamento participativo é apenas um bom modelo de governo, de decisão em consenso. Não é uma forma política de governar, é uma técnica de tomada de decisões. Veja bem, não estamos dizendo que é um modelo perfeito, mas nos parece a melhor alternativa."

Na cidade do México, criou-se a Lei de Participação da Cidadania, que possibilita a participação cidadã na condução do governo.

Em lista não exaustiva, outros exemplos apontam nessa direção, podem ser mencionados: Cuenca (Equador), Saint-Denis (França), Buenos Aires e Rosário (Argentina), Montevideu (Uruguai), Barcelona (Espanha) Bruxelas (Bélgica), Hungria, Senegal e Montreal e Toronto, no Canadá. No Brasil, pode-se mencionar Belém - PA, Campina Grande – PB, Santo André - SP, Aracaju - SE, Aracati - CE, Blumenau -SC, Belo Horizonte - MG, São José do Rio Preto - SP, Campinas - SP, Londrina-PR, Piracicaba-SP, Guarulhos-SP, Ipatinga – MG, Chapecó-RS, Alvorada – RS, Petrópolis-RJ, Maringá – PR, Rio Branco – AC, São Luiz – MA, Rio de Janeiro – RJ, São Paulo – SP, Imperatriz- MA, Serra – ES, Caxias do Sul - RS, Capinzal – SC, Recife-PE e Vitória da Conquista – BA, entre outras. Além de Porto Alegre no Rio Grande do Sul, que vem implantando a experiência do orçamento participativo desde 1989. Nessa metrópole, de 1989 a 2001, 45.000 pessoas, em média, reuniram-se anualmente, em 32 reuniões ordinárias e 12 temáticas (saúde, educação, transportes, habitação, etc.), para discutir e “deliberar” sobre o orçamento municipal.

Embora não tenha sido a primeira experiência, já que outras a antecederam, no final dos anos 70, como as de Lages – SC, Vila Velha – ES e Pelotas – RS, a da capital gaúcha tem sido a mais ousada e consolidada.

O modelo de Porto Alegre é reconhecido até internacionalmente. Pode parecer paradoxal, mas lá se entende que a matéria nem deve ser regulada por lei para não constranger, de certa forma, a organização e a mobilização da sociedade.

Cumprir destacar no caso de Porto Alegre, o relatório da professora Margareth Marchiori Bakos que: "*O Orçamento Participativo tem raízes na história do Rio Grande do Sul. Como já referiu o jornalista Jefferson Barros, durante a*

*ocupação colonial alemã e italiana do Estado, comunas inteiras decidiam o destino das parcelas excedentes de sua renda social muito antes da chegada de qualquer 'regulamentação estatal da vida social' em seus territórios. A Constituição positivista de 1891 reconhecia o direito de iniciativa popular nas propostas legislativas, apesar de não abrir mão do papel das Câmaras Municipais. Ainda mais longe no tempo, as Missões eram comunas organizadas pelo que se poderia chamar de "sociedade civil indígena", dirigidas pelos jesuítas, é certo, mas livres das Coroas espanhola e portuguesa."*¹⁹⁰

Segundo o modelo porto-alegrense, Orçamento Participativo (OP) é um processo pelo qual a população decide, de forma direta, aplicação dos recursos em obras e serviços que serão executados pela Administração Municipal. Inicia-se com as reuniões preparatórias, quando a Prefeitura presta contas do exercício anterior e apresenta o Plano de Investimentos e Serviços para o ano seguinte. As secretarias municipais e autarquias acompanham estas reuniões, prestando esclarecimentos sobre critérios que norteiam o processo e a viabilidade das demandas.

A cidade (1.280.000 habitantes) tem um Conselho do Orçamento Participativo, integrado por 96 conselheiros, sendo 88 eleitos diretamente pela população, dois indicados pela União das Associações de Moradores de Porto Alegre, dois indicados pelo Sindicato dos Municípios e quatro representantes da Prefeitura (os representantes da Prefeitura não têm direito a voto).

O "Orçamento Participativo de Porto Alegre" possui um sofisticado Regimento Interno, aprovado pelos próprios participantes. "Assembléia municipal" se reúne anualmente para empossar os novos conselheiros e entregar ao governo a hierarquização das obras e serviços demandados pela sociedade. Os conselheiros são representantes das regiões e "temáticas".

O Conselho se relaciona com a população por meio de "delegados", que são definidos (na proporção de um delegado para cada dez votantes) em reuniões que se realizam de maio a julho de cada ano, em cada uma das 16 regiões e 6 temáticas. Aos delegados cabe atuar dentro da própria região no

¹⁹⁰ BAKOS, Margareth Marchiori. *Porto Alegre e seus eternos intendentes*. Porto Alegre: Edipucrs, 1996.

acompanhamento e fiscalização dos investimentos ali propostos.

A proposta orçamentária, antes de ser enviada à Câmara Municipal, é objeto de discussão entre o Conselho e o Gabinete de Planejamento do Governo. Nessa reunião, é feito o confronto entre as prioridades levantadas e os recursos disponíveis, além do estudo da viabilidade técnica e financeira para implementar as obras e serviços.¹⁹¹

Olegário Filho explica que, *"a reforma tributária efetuada em Porto Alegre permitiu um crescimento significativo de ingressos e hoje [1999] ultrapassa 50% da receita total do município com a arrecadação dos tributos municipais. Isto foi alcançado sem dúvida pela presença da comunidade nas discussões, no conhecimento de onde e como são aplicados os recursos públicos quando se pratica uma democracia participativa."*¹⁹²

À evidência, a implementação de todo esse sofisticado mecanismo encontra uma série de obstáculos e dificuldades. Em primeiro lugar, é indispensável que o chefe do Executivo e o seu Secretariado estejam comprometidos com todo o processo e dispostos a dar sua colaboração em todas as etapas. Não basta reunir os cidadãos, mostrar-lhes alguns números e chamar isso de orçamento participativo.

Outra dificuldade é a falta de conhecimento do orçamento por parte dos delegados ou conselheiros, o que prejudica seus argumentos com os técnicos do Executivo. Os agentes populares necessitam, via de regra, de alguma capacitação, evidentemente não fornecida por técnicos da própria Administração (o que desde logo poderia induzir resultados) mas por intermédio de ONGs ou voluntários capacitados que se disponham a fazê-lo. Um passo no sentido de minimizar os efeitos da falta de conhecimento técnico é, sem dúvida, a Administração se dispor a apresentar o orçamento de modo simplificado,

¹⁹¹ Os dados mais atualizados dão conta de que entre 1996 e 2002, registrou-se um aumento de 297% na aplicação de recursos públicos em demandas orientadas pelo Orçamento Participativo. R\$ 33.207.211,54 foram aplicados em 2002, o que representa 6% a mais do que em 2001. *A própria comunidade distingue as demandas de inclusão em programas e serviços na área social.* (AGUIAR, Ângela. Seminário internacional sobre orçamento participativo – Fundação Joaquim Nabuco, em 18/03/2003).

¹⁹² OLEGÁRIO FILHO, Assis Brasil. *O orçamento participativo de Porto Alegre.* Palestra proferida no Seminário Internacional sobre Democracia Participativa, 10 a 13 de novembro de 1999.

transparente.

Por outro lado, diante da evidência que a expressão “Orçamento Participativo” tem ganho foros de grande popularidade política, por representar instrumento de democracia participativa e não apenas representativa, mas como não há um modelo sistematizado dessa modalidade de participação popular, até devido às realidades particulares de cada município, o orçamento participativo pode se revelar apenas formal ou até mesmo uma farsa.

Não é possível afirmar que o nome não tenha sido apropriado, como bandeira política, para mascarar situações que não representam qualquer evolução no sentido da democracia participativa. Várias são as possibilidades: criação de “conselhos” em que o próprio poder executivo tem representação (técnica e ou decisória) mais forte do que a dos representantes da comunidade; manipulação na eleição dos conselhos por agentes políticos dos próprios governantes (quando não são eles mesmos os “representantes”); reuniões (com o nome de “Orçamento Participativo”) de chefes de executivo com parcelas escolhidas da população em que, em linguagem pouco compreensível, são apresentados os tópicos do orçamento e “aprovados” por essas mesmas parcelas. Enfim, um sem número de possibilidades de distorção do instituto, o que não o torna menos relevante no quadro de avanço da participação popular no planejamento.

9. À guisa das conclusões

Como conclusão, coloca-se importante destacar que o desenvolvimento econômico, político, institucional e social não serão alcançados sem a adequada utilização do planejamento. Afinal, a atividade de planejar não só otimiza e torna mais eficiente o resultado das ações do poder público, como serve de instrumento para melhoria dessa própria atividade.

PODER PÚBLICO EM JUÍZO: UMA PROPOSTA DE TEORIA GERAL

Cassio Scarpinella Bueno¹⁹³

1. O sentido da expressão “Poder Público em Juízo” – o “direito processual público”

É importante estabelecer, preliminarmente, o que pode ou o que deve ser entendido pela expressão “Poder Público em Juízo” e, mais importante do que isto, verificar qual a utilidade teórica e prática desta designação.

Tenho para mim que é útil e, até mesmo, desejável que o estudo mais aprofundado do processo civil comporte subdivisões, destacadas daquele corpo mais genérico e amplo que todos estamos habituados a aprender nas Faculdades e a respeito do qual trata a grande maioria dos livros didáticos a partir dos quais somos introduzidos na matéria.

Quero me referir aqui à necessidade de o processo civil ser lido, relido, quiçá ensinado, aprendido e apreendido, a partir de um enfoque bastante diverso daquele que, usualmente, aprendemos e diferente daquele através do qual

¹⁹³ Mestre e Doutor em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Professor-Doutor concursado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; *Visiting Scholar* da Universidade de Columbia (Nova York); Vice-Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público e Advogado em São Paulo.

usualmente saímos municiados das nossas Faculdades de Direito.

Destaco a possibilidade de ser visto, examinado e sistematizado um processo civil que não é voltado à aplicação do direito civil ou privado como um todo. Muito pelo contrário, um processo (civil) voltado à solução e à aplicação de conflitos de interesses qualificados por pretensões (ou lides) originárias de situações regidas pelo direito público, pelo direito *material* público. Assim pelo direito constitucional, pelo direito administrativo e pelo direito tributário, para ficarmos com as subdivisões mais tradicionais deste grande ramo do direito. Como *também* no campo destas relações jurídicas é vedado fazer ‘justiça pelas próprias mãos’, impõe-se que sua solução seja igualmente levada ao Poder Judiciário.

Neste sentido, a expressão “Poder Público em Juízo” quer identificar o estudo do processo civil voltado à resolução de conflitos de interesses originários da aplicação do direito *material* público. E para que esta contraposição entre os *conteúdos* dos processos fique mais evidente, contrapondo-me ao direito material *privado* como eixo metodológico fundamental do “direito processual civil”, parece-me que a designação “direito processual *público*” é bastante oportuna e de alguma valia classificatória.¹⁹⁴

Esta observação poderia parecer desnecessária ou, quando mais, pouco útil na medida em que não há mais dúvidas, nos dias atuais, de que o direito processual (inclusive o civil) é ramo do *direito público*. Trata-se, em última análise, da parcela do direito que se predispõe a examinar o *modo* de solução dos conflitos por uma das *funções* estatais, a Judiciária. E se assim é, se seu objeto é o *modo* de exercício de *função* pelo *Estado* voltado à busca de uma finalidade pública — a apaziguação social —, está-se diante de uma disciplina *típica* de direito público.

No entanto, o destaque e a observação do *conteúdo* dos conflitos que são levados ao Judiciário para solução via processo civil é pertinente menos para demonstrar que o processo civil não se confunde com o direito material nele

¹⁹⁴. “Direito processual público” foi o nome que dei a esta “parte” do processo civil — ou, quando menos, a esta proposta de estudo de determinadas regras de direito processual civil — desde a primeira vez a que me predispus a estudar e sistematizar o assunto. A respeito, v. meu “A emergência do Direito Processual Público” em *Direito Processual Público*. Carlos Ari Sundfeld e Cassio Scarpinella Bueno (coord.), pp. 31/44.

veiculado (que há um continente e um conteúdo, portanto) e mais para evidenciar que, contemporaneamente, o direito processual *deve ser* examinado, sistematizado e *revisitado* a partir de uma ótica diversa daquela que obteve, com sucesso, sua desvinculação do direito material. Hoje, o estudo do processo civil deve partir *também* de seu conteúdo (o direito material conflituoso) e, a partir daí, é que devem ser pensadas suas formas, seus mecanismos, seus limites e tudo o mais.

Quando o direito *material público* rende ensejo ao conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida, impõe-se verificar em que medida esta *qualidade* distinta do direito conflituoso — se comparada com o direito privado — tem aptidão para *modificar, alterar* ou *influenciar* as soluções milenares do direito processual civil, nascido, desenvolvido e sistematizado a partir do direito *material privado*.

Quando o direito *material público* é posto em juízo, portanto, põe-se à toda prova a premissa da *instrumentalidade do processo* na medida em que estreita a separação entre o direito material e do processual, relativizando, assim, o binômio direito-processo, unindo-os para um fim comum, a apaziguação social. As relações entre continente (o processo) e conteúdo (o direito *material público*), pois, representam campo de análise, de pesquisa e de reflexões bastante útil para colocar à prova a *utilidade* e o grau de *eficácia* do processo, sempre voltado para a *realização* do direito material.¹⁹⁵

Piero Calamandrei teve oportunidade de sistematizar realidade

¹⁹⁵. Para aprofundamento nas questões relativas à *efetividade* do processo e à realização de seus escopos, consultar, por todos, Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, São Paulo, Malheiros, 3ª edição, 1993, pp. 149 e ss. Como acentua o prestigiado jurista, a p. 270 de seu monumental trabalho: “A força das tendências metodológicas do direito processual civil na atualidade dirige-se com grande intensidade para a *efetividade do processo*, a qual constitui expressão resumida da idéia de que o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais”. Para a necessidade da redução do distanciamento do direito e do processo, v. José Roberto dos Santos Bedaque, *Direito e processo – Influência do direito material sobre o processo*, São Paulo, Malheiros, 1995, esp. pp. 12/18. Logo a p. 12, já se lê de pertinente para a premissa referida no texto: “Com esta preocupação procurou-se desenvolver o tema da relativização do binômio direito-processo como meio de acesso à ordem jurídica justa. Sustenta-se, aqui, que os aspectos fundamentais do direito processual são concebidos à luz da relação jurídica material. As questões maiores do processo são solucionadas com dados inerentes à relação da vida e ao direito substancial que a regula”.

conexa à que ocupa estas linhas. Na sua visão de gênio, os direitos materiais *indisponíveis* ou de *interesse público* não podiam receber a mesma disciplina processual reservada para os direitos materiais *disponíveis*, de interesse exclusiva ou preponderantemente *privado*. Mister que o processo se manifestasse diferentemente ou, quando menos, se amoldasse para as características de cada direito material para melhor desempenhar seu papel e sua função. Daí a sistematização doutrinária que empreendeu, distinguindo o processo civil *inquisitório* do processo civil *dispositivo*, consoante o grau de disponibilidade do direito material nele veiculado.

É sua a palavra: “Resulta de tudo quanto se disse até agora que a estrutura especial deste tipo de processo civil que estamos denominando de ‘inquisitório’ não é mais do que uma conseqüência da natureza especial da relação substancial submetida ao juiz: também aqui se confirma a regra de que o processo, dado ser instrumento construído para a atuação do direito substancial, conforma-se de diferente maneira segundo as diversas exigências de seu objeto: é o espírito — adotando a enérgica frase de Wach — que se adapta ao corpo”.¹⁹⁶

Embora Calamandrei não tenha se valido do “direito público material” (o direito constitucional, o administrativo e o tributário, por exemplo) para comprovar o acerto de seu ponto de vista, o que deve ser extraído de suas lições é a *necessária* interferência do direito *material* no direito *processual*.¹⁹⁷

Ademais, como no Brasil, a jurisdição é una e os conflitos envolvendo a administração pública são necessariamente dirigidos para resolução definitiva perante um *mesmo* Judiciário a partir de um *mesmo* corpo de normas processuais (civis), mister se extrair destas regras processuais o *máximo* em torno

¹⁹⁶. Piero Calamandrei, “Lineas fundamentales del proceso civil inquisitorio”, em *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires, Editorial Bibliografica Argentina, 1945, p. 235.

¹⁹⁷. Calamandrei, 13 anos depois, em 1940, voltou ao tema (“El proceso inquisitorio en el nuevo Código Civil”, em op. cit., pp. 349/363) enfatizando suas conclusões anteriores e não admitindo, ainda, que o tipo de processo inquisitório pudesse ser usado também para as questões calcadas no direito substancial público (em que o Estado é parte da relação jurídica). É certo, entretanto, que o texto mais recente traz maiores afirmações genéricas relativas à necessária relação entre um processo do tipo inquisitorial para bem e adequadamente realizar as situações substanciais indisponíveis. Para ele, “*hablar de un proceso de tipo dispositivo para controversias sobre derechos indisponibles sería, en efecto, una contradicción en los términos*” (op. cit., p. 356). José Roberto dos Santos Bedaque (*Direito e processo*, pp. 15/16) também alude à necessidade de o processo tratar diferentemente os direitos *disponíveis* e os *indisponíveis*.

da realização concreta daqueles direitos, atendendo, sempre, suas peculiaridades, seu modo de ser e sua função dentro do sistema jurídico, em suma: voltando-se o estudo do processo, invariavelmente, ao cumprimento de seus *escopos jurídicos, sociais e políticos* e, pois, à sua *eficácia*. É dizer por outras palavras: também quando é o Poder Público que está em juízo o princípio do acesso à ordem jurídica justa deve ser observado (CF, art. 5º, XXXV).

Inadiável, destarte, que o estudo do processo civil respeitante às relações jurídicas regidas pelo direito material público leve em consideração as características e as vicissitudes *deste* direito material.

A *pertinência* desta visão metodológica e, mais de perto, desta última afirmação, repousa pelo menos em *duas* ordens de considerações.

A primeira delas é a ampliação da *interferência* do Estado, em suas diversas órbitas — União, Estados-membros, Municípios, Distrito Federal, suas autarquias e fundações públicas — no cotidiano da vida dos particulares. A concepção do Estado liberal, abstencionista por definição, foi irremediavelmente ultrapassada pela do Estado Social Democrático de Direito. A característica mais marcante deste *modelo* de Estado que, não obstante as diversas modificações sofridas na Constituição de 1988, ainda é o que predomina entre nós, é a atuação *intervencionista* do Estado nas mais diversas relações. Não só públicas mas também privadas.

A segunda, que, felizmente, deriva da anterior, diz respeito a um verdadeiro despertar para a cidadania no direito brasileiro com relação ao direito público e à sua finalidade, qual seja, a identificação — compulsória se for o caso —, dos *limites* desta crescente atuação do Estado conservando incólumes os espaços de livre atuação dos particulares, as liberdades públicas (os “direitos” civis, políticos e sociais), historicamente consagradas e constitucionalmente asseguradas.

Assim sendo, na exata proporção em que se tem, crescentemente, um maior número de lides ou de conflitos de interesses regidos primordialmente pelo direito material público, um processo civil voltado, tradicionalmente, à solução dos conflitos regidos pelo direito material privado, tende a levar, em um curto

espaço de tempo, à ineficiência ou à ineficácia daquele instrumental de resolução de conflitos de interesses. Justamente porque a *qualidade* dos conflitos que são colocados para serem resolvidos pelas *mesmas* regras instrumentais tem se alterado profundamente.

Até porque, mesmo naqueles casos em que ainda hoje se entende, para todos os efeitos, haver uma relação jurídica de direito privado — por exemplo, um contrato regido pelo Código do Consumidor —, por força de uma ordem positiva hoje vigente, bastante diferenciada se comparada com as relações *típicas e tradicionais* de direito privado, pede o processo civil mecanismos diversos, concepções até então inéditas, justamente para assegurar seu papel com mecanismo de resolução dos conflitos.

Em suma: na exata medida em que o direito material modifica-se substancialmente — seja no campo do direito público, que é o que me interessa mais de perto nesta sede, seja no próprio direito privado, mencionado, apenas para evidenciar, a mutação generalizada que o direito material tem atravessado mais recentemente —, as regras de sua aplicação conflituosa — as normas processuais civis — precisam ser revistas, relidas e reinterpretadas para que possam, mesmo diante desta substancial *alteração*, ter alguma valia e eficácia. Para que possam realizar *bem e adequadamente* estes direitos materiais.

Por definição, as normas processuais não podem ficar *aquém* das normas materiais sob pena de *ineficiência* de todo o sistema jurídico. Daí ser necessário e oportuno que seja feito um *corte* ou, quando menos, uma *precisão* na metodologia do estudo do processo civil focando-se a *outros* direitos materiais, cuja sistematização, importância e aplicação se tem verificado mais de perto mais recentemente. É o que se dá, não com exclusividade, mas em alto grau, com o direito material público.

Não pode mais haver dúvidas de que o processo civil nada mais é do que um instrumento destinado ao atingimento de determinadas finalidades. Para ser mais sintético mas não menos exato: o processo é meio, não fim. Quando este 'fim' relaciona-se a lides regidas pelo direito público ou hipóteses regidas pelo direito material público, o 'meio' precisa, necessariamente, ser calibrado e

preparado para atingir aquele desiderato. Em suma: o processo civil, como meio de aplicação do direito material, como veículo do direito material, tem, necessariamente, que se adequar e se adaptar para atender as expectativas de novos fins, destas alterações que vêm sendo sofridas pelo direito material.

E por que a necessidade deste ‘corte’ ou desta ‘precisão’ no estudo do processo civil, é dizer, qual é a utilidade prática de se estudar o que estou chamando aqui de “poder público em juízo”.

A relevância prática deste estudo justifica-se porque o processo civil ainda se volta, como há centenas de anos atrás, para aplicação de direitos materiais que *substancial e qualitativamente* pouco mudaram de lá para cá.

Ninguém pode duvidar que, ainda hoje, o processo civil serve *também* para regular as clássicas relações de direito privado em estado conflituoso: as relações de família, de sucessões, de propriedade, de vizinhança, as obrigações assumidas nos termos e nos moldes do Código Civil e Comercial e assim por diante. Caio ainda continua em litígio com Tício, como já ocorria nos velhos tratadistas do direito civil.

O que ocorre, no entanto, é que, ao lado e sem prejuízo deste processo civil que pode ser chamado de ‘clássico’ ou ‘tradicional’, outros diversos objetos, outras diversas preocupações, outras diversas *finalidades* passaram a ocupar a vida em sociedade passando a ser tema de regulação pelo direito material. Não só o próprio direito privado transformou-se com a massificação da sociedade e sua crescente *indisponibilidade*, como já mencionei, mas, também, a consequência de uma maior presença do Estado na vida cotidiana dos particulares, na exploração do domínio econômico, e a correlata, paulatina e desejável conscientização do acesso à justiça inclusive para questionar os limites e os acertos da atuação da própria máquina estatal. Estes fatores acarretam a *necessidade* da sistematização aqui defendida para bem e adequadamente compreender este fenômeno. Agiganta-se e espraia-se por diversos campos a atuação do Estado. Mas, como ainda se trata de Estado de Direito, esta atuação *ainda é e deve ser* limitada aos lindes da ordem jurídica. Se necessário, compulsoriamente.

Daí ser necessário verificar em que medida aquele *mesmo* instrumental que, ainda hoje, serve para aplicação dos direitos materiais clássicos ou tradicionais pode ser utilizado para aplicar e realizar *também* estas novas realidades normativas, com seus diferentes valores, expectativas e ânsias sociais.

É este o 'corte' ou a 'precisão' metodológica a que me referi anteriormente. Friso ainda aqui uma idéia básica: o processo é *meio* e não fim. Ele é canal de realização do direito material, visando, em última análise, a pacificação social ou, quando menos, a neutralização e controle dos conflitos que ensejam a provocação do Estado-juiz.

Esta, a meu ver, a primeira forma de aproximação do tema: é necessário e é oportuno pensar-se o processo civil *fora* de seu contexto tradicional, como se ele, ainda hoje, só se voltasse à solução dos *mesmos* conflitos privatísticos que, no início do século XX, quando começou a ser visto, examinado e *destacado* daquele mesmo direito privado. Hoje, mais do que nunca, o processualista deve se preocupar *também* com a tutela e com a realização de outros direitos materiais, dentre eles, o direito *material* público.

Não critico e não nego a importância, ainda hoje, do estudo do processo civil a partir de uma ótica mais tradicional — e, se se quiser — exclusivamente privatística. O que não me parece ser mais correto ou, quando menos, *suficiente* é a *limitação* do estudo do processo àquele objeto. Ele *ainda* existe hoje. Mas, à sua margem, há *outros* direitos materiais a serem realizados, a reclamarem visões, análises e sistematizações do processo civil qualitativa e proporcionalmente diferentes.

Se, por exemplo, a legislação do consumidor está impregnada de *políticas públicas*, mais do que a tutela de meros interesses privados, qualquer conflito de interesses que surja da aplicação destas regras coloca em xeque o processo como mecanismo de *realização* destas mesmas políticas num âmbito bem mais amplo do que se a hipótese fosse de um contrato regulado pelo Código Civil ou pelo Código Comercial.

De outro lado, se a finalidade última do direito material público é a identificação dos limites da atuação do Estado frente aos particulares (esta, afinal,

é a própria razão de ser do Estado de Direito), a resolução do conflito de interesses entre estes e aquele, representa, em última análise, a *realização* e a *concretização* deste próprio modelo de Estado.

Já tive oportunidade de acentuar a este respeito o seguinte:

“O direito processual público, nestas condições, realiza, faz concreto, o próprio Estado de Direito. Não aquele Estado de Direito sinônimo de máquina administrativa. Mas Estado de Direito como sinônimo de resguardo de direitos e garantias dos destinatários do Poder Judiciário. É o Estado de Direito enquanto realizador da legitimação das decisões políticas e do bem estar social.”

É lícito entender, diante destas considerações, o processo *público* como realizador do Direito Público como um todo e, conseqüentemente, do Estado de Direito, o que pressupõe, mormente diante da magnitude do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal — princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional — o controle amplo e irrestrito do Poder Judiciário (formal e material, portanto) para garantir o primado da lei. É a esta demonstração e a esta sistematização que se volta este curso.

Se a grande conquista do Estado de Direito foi a de *legalizar* a vontade do rei a grande necessidade do direito processual (mormente em sistemas de jurisdição una como o brasileiro) é a de manter eficaz e efetiva esta *legalização* na atuação do Estado.

A afirmação do parágrafo anterior é, certamente, a mais relevante para este primeiro contato com a matéria: na medida em que o Estado de Direito nada mais é do que a atuação estatal constrangida de acordo com os parâmetros legais, o controle jurisdicional dos atos do Estado é responsável pela própria realização deste modelo político de Estado.”¹⁹⁸

2. Quem é o “poder público”?

Confirmam as preocupações expostas no item anterior a seguinte indagação: quem é o Poder Público para reclamar a incidência destas normas

¹⁹⁸. Cassio Scarpinella Bueno, “A emergência do direito processual público” em *Direito Processual Público – A fazenda pública em juízo*, São Paulo, Malheiros Editores, 2000, p. 43.

próprias e típicas do ordenamento jurídico, vale frisar, estas normas que dizem respeito a um direito material *público* conflituoso, o “direito processual público”?

A resposta, por mais paradoxal que possa parecer não está no próprio direito processual civil mas, bem diferentemente, reside no próprio direito material. É, com efeito, o direito constitucional e o direito administrativo que dirão, com exatidão, quem pode ser entendido por “Poder Público” e, conseqüentemente valer-se, em juízo, destas regras diferenciadas.

Segundo estes campos do direito, não há como duvidar de que por “Poder Público” devem ser entendidos os entes componentes da *administração direta*, isto é, União Federal, Estados membros, Municípios e o Distrito Federal. Também estão compreendidos nesta nomenclatura as pessoas administrativas que compõem a chamada *administração indireta*, quando instituídas e regidas por regras de direito público, assim entidades as autarquias e as fundações de direito público. Por analogia, não há como excluir deste rol as *agências reguladoras* (ANEEL, ANATEL *etc.*), porque regidas também pelo direito público.

Questão tormentosa do direito constitucional e do direito administrativo brasileiro é saber se pessoas estatais prestadoras de serviço público podem ser entendidas como “poder público” para fins de empréstimo do regime processual civil aqui tratado.

Em recentes julgamentos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu, por maioria, que os bens da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) são *impenhoráveis*, porque vinculados a serviço público (Constituição Federal, art. 21, X), posto que titularizados por empresa pública, regida pelo direito privado (Constituição Federal, art. 173, § 1º, II).¹⁹⁹ Do reconhecimento da impenhorabilidade daqueles bens (devida tão somente pela prestação de *serviço público*) entendeu-se que o *procedimento* executivo contra a ECT devia se pautar no art. 100 da Constituição Federal e no art. 730 do Código de Processo Civil. A prevalecer este entendimento, todas as pessoas estatais,

¹⁹⁹. Por todos, v. o Recurso Extraordinário nº 220.906/DF, rel. Min. Maurício Corrêa, julg. 16.11.00, DJ de 24.11.00 e Recurso Extraordinário nº 229.696/PE, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 19.12.02; Recurso Extraordinário nº 225.011/MG, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 19.11.02; Recurso Extraordinário nº 229.444/CE, rel. Min. Carlos Velloso, j. 19.06.01, DJ 31.08.01; Recurso Extraordinário nº 220.907/RO, rel. Min. Carlos Velloso, j. 12.06.01, DJ 31.08.01.

mesmo que regidas pelo direito privado (sociedades de economia mista, empresas públicas e, de forma geral, as empresas sob controle acionário do Estado), desde que *prestadoras de serviço público*, razão que a maioria votante do Supremo Tribunal Federal entendeu *suficiente para indisponibilizar a totalidade* de seus bens, deverão ser executadas de acordo com o procedimento do art. 100 da Constituição Federal, isto é, *como regra*, por precatório.

Desta diretriz interpretativa do Supremo Tribunal Federal decorrem pelo menos duas outras questões a serem enfrentadas em outra sede. A primeira é a seguinte: a extensão do *regime* dos precatórios a pessoas *estatais privadas* em virtude de sua finalidade ser *pública* (prestação de serviço público) conduz à aplicação de *outras prerrogativas* típicas das pessoas públicas em juízo, *v.g.*, prazos diferenciados (art. 188) ou o reexame necessário (art. 475), a exemplo do que o art. 10 da Lei nº 9.469/97 reserva expressamente para as autarquias e para as fundações públicas? A segunda: também pessoas particulares que prestam serviços públicos estarão sujeitas a estas mesmas regras, em virtude do regime jurídico a que fica submetida sua atividade?

O que é importante para os limites deste trabalho é verificar que se a doutrina do direito *material* entender de estender o conceito de “poder público” para qualquer entidade ou pessoa jurídica que presta serviços públicos, as regras de direito processual que, tradicionalmente, acompanham este *regime jurídico* deverão a ela ser voltadas também. Como anunciado no item 1 anterior, não há como fugir deste necessário entrosamento entre direito *material* e direito *processual*.

É certo que o próprio Código de Processo Civil e a prática forense costuma denominar o que aqui venho chamando de “poder público” como “fazenda pública”. Não há nisto, no entanto, nenhum problema. É lição comum a de que a nomenclatura “fazenda pública”, quando utilizada, só quer voltar-se mais precisamente ao aspecto *monetário* do Estado (do poder público), isto é, à sua realidade orçamentária.²⁰⁰

²⁰⁰. Neste sentido, *v. Antecipação da tutela em face da Fazenda Pública*, Renato Luís Benucci; p. 43; *Execução contra a Fazenda Pública*, Juvêncio Vasconcelos Viana, p. 13; *Do precatório-requisitório na Execução contra a Fazenda Pública*, p. 5; *Execução contra a Fazenda Pública*,

3. Normas típicas de “direito processual público”

O que importa para uma proposta de exposição genérica do que pode ser entendido como “Poder Público em Juízo” é a indicação de algumas regras *próprias* que justificam este destaque do objeto em estudo, sob o rótulo “poder público em juízo”; regras, para me valer da nomenclatura de que me vali no item 2, *supra*, de “direito processual público”.²⁰¹

Na maior parte das vezes, a expressão “Poder Público em Juízo” pode ser estudado, apenas e tão somente, a partir da identificação, no sistema de direito positivo, dentro e fora do Código de Processo Civil, das regras que, de acordo com uma visão mais tradicional, apenas *excepcionam* as regras típicas das ações de direito privado.

Assim, o não adiantamento de custas pela Fazenda Pública para a prática de atos processuais (art. 27); os prazos diferenciados (CPC, art. 188); o reexame necessário (CPC, art. 475 que, com a redação que lhe deu a Lei nº 10.352/01 transformou-se em instituto *exclusivo* do poder público, não havendo mais sujeição a ele das sentenças anulatórias de casamento); a concessão de arresto independentemente de justificação prévia se pedido por pessoa de direito público (CPC, art. 816, I); a prévia oitiva do representante judicial da pessoa de direito público antes da concessão da liminar em reintegração de posse (CPC, art. 928, parágrafo único) e assim por diante.

Não é diferente, outrossim, com o que ocorre *fora* do Código de Processo Civil, isto é, no que diz respeito à legislação processual civil extravagante. Também nela existem diversas regras exclusivas do Poder Público em juízo. Assim, por exemplo, a medida cautelar fiscal (Lei nº 8.397/92); a execução fiscal (Lei nº 6.830/80); a ação de desapropriação (Dec. Lei 3.365/41) e a Lei nº 9.494/97 que, na minha opinião, é o melhor exemplar de regra típica de

Carlos Valder do Nascimento, p. 8; *Execução contra a Fazenda Pública*, Fernão Borba Franco, p. 33; *A Execução da dívida Ativa da Fazenda Pública*, Américo Luís Martins Silva, 38.

²⁰¹. Para um outro desdobramento bem mais teórico do que este, que já tive oportunidade de denominar de “manipulação da legislação processual pelo Estado-interessado”, v. meu *O poder público em juízo, passim*.

“direito processual público”, até por força da *forma* pela qual ela foi instituída e mantida no ordenamento jurídico.²⁰²

Não há como negar ser bastante proveitosa a discussão quanto a constitucionalidade, ou não, destes dispositivos do Código de Processo Civil e da legislação processual civil extravagante, discussão que, em geral, assume a dicotomia clássica das *prerrogativas* e dos *privilégios* da Fazenda Pública em juízo.

Há, com efeito, diversas questões interessantes subjacentes a estas inquietações. Por exemplo: enquanto tanto ainda hoje se discute na doutrina processual tradicional a forma de aferição do interesse jurídico do assistente simples ou litisconsorcial (CPC, arts. 50 e 54), para a União Federal o ingresso do assistente independe da comprovação de qualquer interesse jurídico na forma do que hoje é regulado pelo art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 9.469/97. Segundo este dispositivo, “as pessoas jurídicas de direito público poderão, nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, intervir, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e, se for o caso, recorrer, hipótese em que, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes”.²⁰³

De outro lado, o tema relativo aos *limites* do controle jurisdicional dos atos estatais se dá a partir de premissas totalmente diversas, porque inexistentes, ao do controle jurisdicional dos atos de direito privado. Para os atos de direito público em geral o tema do controle jurisdicional é constantemente assombrado pelo princípio da separação dos Poderes (CF, art. 2º) e deve levar em conta os atributos dos atos de direito público. Assim a *presunção de veracidade* (presunção de que são conformes ao direito); a *imperatividade* (possibilidade de sua imposição a terceiros, independentemente da prévia intervenção do Judiciário); a exigibilidade (imposição de dados comportamentos pela Administração

²⁰². Grande parte do meu *O Poder Público em Juízo* é dedicado ao estudo da gênese e consolidação da Lei nº 9.494/97. V., em especial, os capítulos III e V, dedicados ao estudo das *Ações coletivas e o poder público e (In)Efetividade processual e o poder público*.

²⁰³. Sobre este tema, v. meu *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*, Capítulo IV, item 12 e Milton Luiz Pereira, “Amicus curiae – intervenção de terceiros”, pp. 39/44.

independentemente da intervenção do Judiciário) e, em alguns casos, sua *auto-executoriedade* (compelimento material do particular pela Administração em busca de um dado comportamento), *prerrogativas* estas desconhecidas dos atos típicos de direito privado.²⁰⁴

Considerando os limites deste trabalho, no entanto, permito-me a discutir, aqui, da forma mais sistemático possível, apenas as regras relativas à *execução contra a Fazenda Pública* que são, para o direito financeiro, as mais relevantes.

4. Execução contra o Poder Público

O art. 730 do Código de Processo Civil *regulamenta proceduralmente* o art. 100 da Constituição Federal, cuidando da execução *por quantia certa* contra a Fazenda Pública. As demais formas de execução, mesmo contra a Fazenda — isto é, execuções de obrigações de fazer e não fazer — seguem as regras comuns do Código de Processo Civil. Para as obrigações de fazer e de não fazer incidem, também contra a Fazenda, as regras do art. 461 do Código de Processo Civil, com as ressalvas do art. 1º da Lei nº 9.494/97. Por analogia e identidade de razões, não há como não reconhecer que as obrigações de “entrega de coisa”, quando assumidas pela Fazenda Pública receberão a sua concretização pela forma estatuída no art. 461-A do mesmo Código.

Diferentemente da execução por quantia certa contra devedor solvente, cujo primeiro ato é o de citar o executado para pagamento em 24 horas, sob pena de penhora (art. 652), na execução contra a Fazenda Pública, à citação da Fazenda segue-se, necessariamente, a abertura de prazo para oferecimento de embargos. Rejeitados ou não opostos, o pagamento será *requisitado*, em regra, por precatório, que será pago, na forma estabelecida no art. 100 da

²⁰⁴. Sobre o assunto, v. meu “*A emergência do Direito Processual Público*” publicado em *Direito processual público – a Fazenda Pública em Juízo*, p. 33. A respeito do controle jurisdicional dos atos das agências reguladoras, v. a excelente dissertação com que Marcos Paulo Veríssimo obteve o título de Mestre em Direito na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, intitulada *Aproximação sistemática ao controle judicial das agências de regulação econômica no Brasil*.

Constituição Federal. Radicalmente diverso, destarte, o *procedimento* da execução contra a Fazenda se comparado com aquele empregado para a execução por quantia certa contra pessoas de direito privado.

É comum destacar-se que este *procedimento* diferenciado para a execução contra a Fazenda Pública justifica-se pelas características ou pela própria natureza dos bens públicos (de uso comum, de uso especial ou dominicais — Código Civil, art. 99), dentre as quais a de *inalienabilidade* (Código Civil, art. 100) e, portanto, de *impenhorabilidade* (CPC, arts. 648 e 649, I). Também o *princípio da continuidade do serviço público* e o princípio da isonomia são usualmente lembrados para justificar a diferente forma de execução por quantia contra a Fazenda. Porque os bens *afetados* (isto é, vinculados ao serviço públicos) não podem ser distraídos de suas finalidades públicas e porque, a não se impor uma *ordem* preestabelecida de pagamentos (precatórios), a igualdade entre os credores das Fazendas Públicas restaria comprometida.

No entanto, desde a Emenda Constitucional nº 20/98, que introduziu um § 3º no art. 100 da Constituição Federal, os pagamentos de *obrigações definidas em lei como de pequeno valor* pela Fazenda Pública federal, estadual, municipal e distrital, são efetivadas *independentemente* do precatório, o que coloca em xeque, quando menos, a subsistência da idéia comum de que a Fazenda Pública só pode pagar seus credores mediante programação orçamentária específica e anual (Constituição Federal, arts. 100, 165 e 167). A atual redação do § 3º do art. 100, dada pela Emenda Constitucional nº 30/00 difere da anterior, de 1998 apenas porque acrescentou a previsão da fazenda *distrital*. O que é digno de destaque, todavia, é a possibilidade de pagamento, pelas Fazendas Públicas, *sem* o precatório, isto é, por mera requisição direta, dispensada a programação orçamentária anual.

Acresça-se a esta “autorização constitucional” de uma execução *sem* precatório que o Código Civil, Lei nº 10.406/02, prevê, expressamente, a possibilidade de alienação de bens públicos, na forma que a lei determinar (arts. 100 e 101). Na medida em que uma lei específica — e, certamente, de cada ente federal — determinar a “disponibilidade” do bem público, surge espaço para se

imaginar uma execução *direta*, sub-rogatória e real contra a Fazenda Pública nos casos em que o bem, posto que público, não está afetado, vale dizer, sujeito a qualquer interesse público.²⁰⁵

Sem prejuízo destas indagações, é de relevo frisar que a caracterização de quem é “poder público” para os fins da incidência do art. 730 do Código de Processo Civil e, superiormente, do procedimento do art. 100 da Constituição Federal, é uma questão que cabe às normas de direito constitucional e de direito administrativo decidirem. A exigência de precatório para a execução contra a Empresa de Correio e Telégrafos mencionada no item 2, *supra*, é bastante ilustrativa desta observação.

4.1. Obrigações de natureza alimentar

Quando da edição da Constituição Federal de 1988, muito se discutiu quanto a dispensa do precatório para pagamento de obrigações de natureza alimentar. Não só em virtude da *necessidade* que caracteriza este tipo de obrigação mas também pelo próprio texto empregado pelo *caput* do art. 100. “À execução dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda” serão feitos por precatórios é o que está escrito lá.

O Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de se manifestar sobre o tema, entendendo que *também* os créditos alimentares deveriam ser pagos por precatórios, ainda que sujeitos a ordem própria, diferenciada dos débitos de outra natureza. Esta orientação foi incorporada pelo direito positivo, como faz prova o art. 6º, parágrafo único, da Lei nº 9.469/97. O Superior Tribunal de Justiça sumulou este entendimento no seu enunciado nº 144.

Embora o *caput* tenha mantido a redação original, o seu § 1º-A, introduzido pela Emenda Constitucional nº 30/00, coloca uma pá de cal sobre o assunto acentuando a necessidade de também estas espécies de obrigação serem pagas por precatórios. E vai além ao definir o que são estes créditos. São

²⁰⁵. Neste sentido, v. as considerações tecidas por Petrônio Calmon Filho, “Execução contra a fazenda pública e penhora de bens públicos”.

de débitos de natureza alimentícia os que decorrem de salários, vencimentos, proventos, pensões e complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil. O que os distingue das demais obrigações a serem suportadas pelas Fazendas Públicas é que os precatórios envolvendo estes créditos terão ordem de precedência própria. Terão que ser pagos por precatórios, entretanto, ressalvadas as hipóteses do § 3º do art. 100 que não trata, necessariamente, de créditos alimentares.

4.2. Execução por título judicial ou extrajudicial

Porque o art. 730 é silente a respeito é intensa a discussão quanto à admissibilidade de a execução contra a Fazenda basear-se indistintamente em título executivo judicial ou extrajudicial. A jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça tem entendido ser possível a execução fundada em título extrajudicial, não havendo nisto qualquer ofensa ao regime jurídico de direito público inerente à atuação do Estado. A uma, porque, embora regida pelo direito público, a Fazenda pode — e, de resto, produz — documentos que podem, de acordo com as regras processuais civis, assumir feição de *título executivo extrajudicial*; a duas, porque a execução contra a Fazenda não se inicia com a determinação de pagamento mas com a citação da Fazenda para oposição de embargos, donde haver oportunidade para ampla impugnação do título *independentemente* de prévia ação de conhecimento *antes* da efetivação do pagamento.

Neste sentido, é ilustrativo o seguinte julgado: “Agravo no recurso especial - Processual civil - Execução contra a fazenda pública - Título extrajudicial - Possibilidade. Admite-se, pelo sistema processual vigente, a execução contra a Fazenda Pública fundada em título executivo extrajudicial. Agravo a que se nega provimento”.²⁰⁶

²⁰⁶. STJ, 2ª Turma, AGREsp nº 255.161/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 15.8.00, DJ 11.09.00, p. 247: Decisão: por unanimidade, negaram provimento. No mesmo sentido: STJ, 2ª T Turma, REsp. nº 289.421/SP, rel. Min. Eliana Calmon, j. 05.03.02, DJ 08.04.02, p. 177. Decisão: por unanimidade, negaram provimento; STJ, 1ª Turma, REsp. nº 331199/GO, rel. Min. Luiz Fux, j. 25.03.02, DJ 25.03.02, p. 191. Decisão: por unanimidade, deram provimento ao recurso; STJ, 3ª

A redação dada aos §§ 1º, 1º-A e 3º do art. 100 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 30/00, no entanto, permitem que a questão seja retomada. Isto porque, desde então, os dispositivos fazem menção a “sentença (judicial) transitada em julgado” como título hábil a expedição do precatório, locução técnica que vem esclarecer o que deve ser entendido por “sentença judiciária”, termo empregado no *caput* do dispositivo que, por não corresponder a uma categoria específica do Código de Processo Civil, permitiria a execução fundada em título *extrajudicial*.

4.3. Ação monitória contra a Fazenda Pública

Discussão semelhante à que ocupou o item anterior tem lugar quanto à admissibilidade da ação monitória contra a Fazenda Pública, levando-se em conta o que deve ser entendido por “sentença transitada em julgado” e em que medida a conversão do mandado de citação em mandado de penhora (v. art. 1.102-c) pode assumir esta feição sem violar o texto constitucional.

A 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça admitiu a monitória contra a Fazenda.²⁰⁷ A 1ª Turma do mesmo Tribunal, rejeitou-a em uma primeira oportunidade,²⁰⁸ admitindo-a em um segundo julgamento mais recente.²⁰⁹ Nenhum

Turma, AGREsp nº 199.343/SP, rel. Min. Castro Filho, julg. 11.09.01, DJ 08.10.01, p. 210: Decisão: por unanimidade, negaram provimento ao agravo regimental; STJ, 1ª Turma, REsp nº 181.353/SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julg. 20.05.99, DJ 21.06.99, p. 81: Decisão: por unanimidade, negaram provimento e STJ, 1ª Turma, REsp nº 152.149/PE, rel. Min. Garcia Vieira, julg. 03.03.98, DJ 27.04.98, p. 95: Decisão: por unanimidade, negaram provimento.

²⁰⁷. STJ, 4ª Turma, REsp nº 196.580/MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julg. 17.10.00, DJ 18.12.00, p. 2000: Decisão: por unanimidade, conhecer e negar provimento.

²⁰⁸. STJ, 1ª Turma, REsp nº 197.605/MG, rel. p/acórdão Min. Milton Luiz Pereira, julg. 14.11.00, DJ 18.06.01, p. 114: Decisão: por maioria, deram provimento ao recurso.

²⁰⁹. “Processual civil. Ajuizamento de ação monitória contra a fazenda pública. Possibilidade. Art. 1.102a, b e c, e parágrafos, do CPC. A norma que introduziu a ação monitória no Código Processual Civil (art. 1.102a, b e c, e parágrafos) revelou-se absolutamente omissa quanto à possibilidade de ser utilizada frente à Fazenda Pública, ou por ela. Pelo fato do regime brasileiro de execução contra o Estado possuir características especiais, conferindo-lhe privilégios materiais e processuais que são indiscutíveis, evidencia-se, inobstante tais peculiaridades, que os preceitos legais instituidores do procedimento monitório não comportam uma leitura isolada, necessitando que sejam cotejados com os demais comandos do nosso ordenamento jurídico a fim de que se torne viável a aplicação do mesmo em face dos entes públicos. 2. Não havendo óbice legal expresso contra a sua utilização perante a Fazenda, não cabe ao intérprete fazê-lo, face ao entendimento de que é regra de hermenêutica jurídica, consagrada na doutrina e na jurisprudência,

destes acórdãos, no entanto, levou em conta a atual redação do art. 100, §§ 1º, 1º-A e 3º, da Constituição Federal.

A doutrina que se manifestou sobre o tema encontra-se também dividida.²¹⁰

4.4. Oposição de embargos

Ao contrário do que se dá nas execuções por quantia certa contra devedor solvente, a Fazenda Pública é *citada* para oposição de embargos, não para pagamento, sob pena de penhora (art. 652). O prazo para oposição dos embargos é de 30 (trinta) dias, não mais de 10 (dez), em virtude do art. 1º-B da Lei nº 9.494/97, introduzido pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24.8.01. O prazo de 30 dias não está sujeito à regra do art. 188 do Código de Processo Civil

a assertiva de que ao intérprete não cabe distinguir quando a norma não o fez, sendo inconcebível interpretação restritiva na hipótese. 3. A decisão proferida em sede do procedimento monitório (art. 1.102b, do CPC) tem eficácia de título executivo judicial, mesmo quando não haja interposição de embargos. A necessidade de observância da disciplina do art. 730, do CPC, não induz o raciocínio de que a execução pressupõe título judicial (REsp nº 42.774-6/SP, Rel. Min. Costa Leite, DJU 19/09/94). 4. Embora parte da doutrina irresigne-se contra a expedição *initio litis* do mandado de pagamento ou de entrega da coisa contra o Estado, tal argumento deve sofrer atenuações em sua interpretação. Nada impede que a Fazenda reconheça o seu débito e efetue a obrigação exigida pelo credor, cumprindo voluntariamente a ordem injuntiva, sem desprezar o sistema do precatório. Para tanto, basta o reconhecimento da condição de devedora. 5. Não cumprido o mandado para pagamento ou entrega da coisa, à Fazenda é facultado o oferecimento de embargos (art. 1.102c do CPC). Tal hipótese evidencia-se mais tranqüila, eis que estes serão processados pelo procedimento ordinário, assegurando-se amplamente o contraditório e ensejando a possibilidade de farta discussão dos fatos, ampliando sobremaneira o âmbito cognitivo do magistrado e a defesa da devedora. Se rejeitados os embargos, após submissão da sentença ao duplo grau de jurisdição, prossegue-se a execução, em caso de quantia certa, de acordo com os termos do art. 730 e seguintes, do CPC, e em obediência ao sistema dos precatórios previsto no art. 100, da CF/88. 6. Se a Fazenda não apresentar embargos, constituir-se-á de pleno direito o título executivo judicial, convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo, prosseguindo-se, igualmente, no caso de quantia certa, o rumo traçado pelo art. 730 e seguintes, devendo adequar-se, no particular, às regras do art. 1.102c, caput, parte final, e § 3º, parte final, todos do CPC, protraindo-se o pagamento pelo precatório nos termos do art. 100, da CF/88. 7. Na hipótese de não interposição de embargos, com a conseqüente conversão do mandado de pagamento em título executivo, comungo do entendimento que defende a possibilidade de, nos casos em que a Fazenda figurar no pólo passivo da demanda, haver reapreciação da decisão pelo Tribunal. Assim, resguardadas estarão as prerrogativas do Estado de que contra ele não prevalece a regra da confissão ficta e a incidência dos efeitos da revelia, por se tratar de direito indisponível (art. 320, II, do CPC). 8. Recurso especial improvido” (STJ, 1ª Turma, REsp. nº 281.483/RJ, rel. p./acórdão Min. José Delgado, j.m.v. 06.08.2002, DJ 07.10.2002, p. 181).

²¹⁰. A respeito, Antônio Carlos Marcato, “Ação monitória contra a Fazenda Pública”, pp. 196/211; Mantovanni Colares Cavalcante, “Questões ainda polêmicas na ação monitória”, pp. 72/73; Eduardo Talamini, *Tutela Monitória*, p.179/184.

porque os embargos à execução têm natureza jurídica de ação e não de defesa. A citação será feita necessariamente por oficial de justiça (CPC, art. 222, “c” e “d”).

A Fazenda, que se presume solvente, não precisa assegurar o juízo para a oposição dos embargos, a ela não se aplicando, destarte, o art. 737 do Código de Processo Civil.

4.5. Reexame necessário

Se não opostos os embargos à execução pela Fazenda, é requisitado o pagamento, por intermédio do Presidente do Tribunal *ad quem* desde logo. No caso de sua oposição, somente depois de sua rejeição e, evidentemente, na exata medida em que o título executivo subsista íntegro.

Questão controvertida é a da sujeição da decisão que rejeita os embargos opostos pela Fazenda Pública ao reexame necessário (art. 475) e, conseqüentemente, da requisição de pagamento postergar-se até a manifestação do Tribunal competente em segundo grau de jurisdição.

Prevalece no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que aquele dispositivo só tem incidência nos processos de conhecimento, prevalecendo, para o processo de execução *mesmo contra a Fazenda*, a regra do art. 520, V, do Código de Processo Civil. Assim, *v.g.*: “Processual civil – Remessa necessária – Autarquia – Embargos à execução – Matéria pacificada - Súmula nº 168 do STJ. É descabida a sujeição ao reexame necessário, regido pelo artigo 475, inciso II do CPC, da sentença proferida em sede de embargos à execução opostos por autarquia, devendo prevalecer a regra contida no artigo 520, inciso V do CPC, orientação jurisprudencial firmada pela Egrégia Corte Especial do STJ. Estando a questão completamente pacificada no Superior Tribunal de Justiça no mesmo sentido do acórdão embargado, não cabe receber embargos de divergência. Incidência da Súmula nº 168 do STJ. Embargos rejeitados”.²¹¹

²¹¹. STJ, EREsp nº 258.112/SC, Corte Especial, rel. Min. Garcia Vieira, julg. 20.06.01, DJ 27.08.01, p. 216: Decisão: por unanimidade, não conheceram dos embargos de divergência. No mesmo sentido: STJ, REsp. nº 468.397/SP, 6ª Turma, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 20.03.03, DJ 14.04.03, p. 258. Decisão: por unanimidade, não conheceram.; STJ, REsp. nº 474.993/SP, 5ª Turma, rel. Min. Felix Fischer, j. 06.03.03, DJ 14.04.03, p. 246. Decisão: conhecer em parte do

Há, de qualquer sorte, recente julgado em sentido contrário, em que se entendeu cabível a aplicação do art. 475, II, por se tratar de rejeição liminar de embargos à execução opostos pela Fazenda. É a seguinte a sua ementa: “Apelação. Embargos à execução de sentença ajuizados pelo Município. Artigos 475, II, e 520, V, do Código de Processo Civil. Precedentes. 1. Embora predominante a jurisprudência que entende não se aplicar o art. 475 do Código de Processo Civil na fase de execução de sentença, prevalecendo a regra do art. 520, V, o certo é que o primeiro dispositivo não distingue a fase em que prolatada a sentença, com o que deve incidir se os embargos interpostos pelos entes públicos que menciona são liminarmente rejeitados. 2. Recurso especial conhecido e desprovido”.²¹²

A Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001, introduziu dois novos parágrafos no art. 475 do Código de Processo Civil que dispensam a sujeição do reexame necessários nos seguintes casos: condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60(sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução da dívida ativa do mesmo valor e quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou do tribunal superior competente.²¹³

4.6. Trânsito em julgado

recurso; STJ, REsp. nº 263.942/PR, 5ª Turma, rel. Min. Felix Fischer, j. 20.02.03, DJ 31.03.03, p. 242. Decisão: por unanimidade, negar provimento; STJ, EREsp nº 258.097/RS, Corte Especial, rel. Min. José Delgado, julg. 07.05.01, DJ 20.08.01, p. 336: Decisão: por unanimidade, não conheceram; STJ, Corte Especial, EREsp nº 239.050/SC, rel. p./acórdão Min. Waldemar Zveiter, julg. 07.03.01, DJ 13.08.01, p. 36: Decisão: por unanimidade, conheceram dos embargos, e, por maioria, rejeitaram; STJ, REsp nº 319.291/PB, 1ª Turma, rel. Min. Garcia Vieira, julg. 21.06.01, DJ 27.08.01, p. 236: Decisão: por unanimidade, negaram provimento; STJ, REsp nº 264.435/RS, 5ª Turma, rel. Min. Jorge Scartezini, julg. 24.04.01, DJ 13.08.01, p. 214: Decisão: por unanimidade, conheceram e negaram provimento.

²¹². STJ, 3ª Turma, REsp nº 270.679/MA, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julg. 20.08.01, DJ 01.10.01, p. 208: Decisão: por unanimidade, conheceram e negaram provimento.

²¹³. Para uma análise crítica destes dispositivos, v. Cândido Rangel Dinamarco, *A reforma da reforma do Código de Processo Civil*, pp. 127/135; Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier, *Breves comentários à 2ª fase da Reforma do Código de Processo Civil*, p. 117/126 e Fredie Didier Jr., Flávio Cheim Jorge e Marcelo Abelha Rodrigues, *A nova reforma processual*, p. 121/129; José Rogério Cruz e Tucci, *Lineamentos da nova Reforma do Código de Processo Civil*, p. 84/88, Alberto Camiña Moreira, Daniel A. Assumpção Neves, Luiz Orione Neto, Sérgio Shimura, *Nova reforma processual civil comentada*, p. 237/240.

Deriva da discussão que ocupa o tópico anterior outra, que consiste na possibilidade, ou não, de a Fazenda Pública ser executada *provisoriamente*. O Código de Processo Civil relaciona a noção de *execução provisória* à de execução enquanto pendente de exame de recurso despido de efeito suspensivo. Já a execução definitiva, pressupõe o trânsito em julgado da decisão executada e, pois, a não interposição ou o esgotamento de todas as vias recursais ou, quando menos, fundar-se em título executivo extrajudicial (CPC, arts. 521 e 587).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça inclinou-se no sentido da *admissibilidade* da *execução provisória* contra a Fazenda Pública, não sendo óbice para tanto o reexame necessário previsto no art. 475, que tem incidência somente nos processos de conhecimento. Bem ilustra este posicionamento a seguinte ementa: “Processual civil. Embargos à execução. Execução provisória contra a fazenda pública. Apelação. Efeito devolutivo. Duplo grau de jurisdição. Improriedade. - A remessa *ex officio*, prevista no art. 475, II, do Código de Processo Civil, providência imperativa na fase de conhecimento, sem a qual não ocorre o trânsito em julgado da sentença, é descabida em fase de execução de sentença. - É de rigor o recebimento da apelação interposta contra sentença que julgou improcedentes embargos à execução apenas em seu efeito devolutivo, ex vi do artigo 520, V, do CPC, prosseguindo-se a execução provisória contra a Fazenda Pública nos termos do artigo 730. - Jurisprudência consolidada no âmbito da Corte Especial. Incidência da Súmula nº 168/STJ. - Embargos de divergência não conhecidos”.²¹⁴

Não obstante, é de se verificar que a atual redação do art. 100 da Constituição Federal, em especial, de seus §§ 1º e 1º-A, exigem o *trânsito em julgado* para a expedição do precatório. Mesmo o § 3º do mesmo dispositivo, que,

²¹⁴. STJ, Corte Especial, EREsp nº 239.000/RS, rel. Min. Vicente Leal, julg. 07.05.01, DJ 11.06.01, p. 87: Decisão: por unanimidade, não conheceram dos embargos. No mesmo sentido: STJ, 1ª Turma, REsp nº 94.457/PR, rel. Min. Milton Luiz Pereira, julg. 21.08.97, DJ 10.11.97, p. 57.704: Decisão: por unanimidade, negaram provimento; STJ, 5ª Turma, AGREsp nº 204.806/SP, rel. Min. Gilson Dipp, julg. 08.05.01, DJ 04.06.01, p. 203: Decisão: por unanimidade, negaram provimento; STJ, 6ª Turma, ROMS nº 11.028/SP, rel. Min. Vicente Leal, julg. 19.04.01, DJ 04.06.01, p. 253: Decisão: por unanimidade, negaram provimento; STJ, 6ª Turma, AGA nº 234.868/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, julg. 30.06.99, DJ 16.08.99, p. 133: Decisão: por unanimidade, negaram provimento.

excepcionalmente, dispensa o precatório como mecanismo de pagamento de quantia pela Fazenda, também exige o *trânsito em julgado* para a requisição *direta* do pagamento. A Emenda Constitucional nº 30/00, neste sentido, acabou por generalizar algumas regras que já constavam do sistema, que exigiam o trânsito em julgado para pagamento de verbas para os servidores públicos, tais como o art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 4.348/64 e, mais recentemente, o art. 2º-B, da Lei nº 9.494/97, introduzido pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001.²¹⁵

A qual trânsito em julgado referem-se, no entanto, estes dispositivos? O da decisão do processo de conhecimento (que forma o título executivo *judicial*) ou o da decisão que rejeita os embargos à execução opostos pela Fazenda nos termos do art. 730?

Considerando a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça quanto à não aplicabilidade do art. 475 e sim do art. 520, V, no processo de execução contra a Fazenda, admitindo, conseqüentemente, a *provisoriedade* da execução mesmo nestes casos, o trânsito em julgado que, de acordo com a Constituição autoriza, a requisição de pagamento (com ou sem precatório) só pode ser a da decisão que encerra o *processo de conhecimento*. Embora este entendimento possa afastar o cabimento de execuções fundadas em título *extrajudicial* contra a Fazenda (v. *supra*, nº 4.2), é ela a que mais se afina com a jurisprudência colacionada.

Assim, iniciada a execução, que pressupõe o trânsito em julgado da sentença contrária à Fazenda no *processo de conhecimento*, o pagamento será requisitado, diretamente ou por precatório, tão logo superada a fase dos embargos, quer porque não opostos ou porque não sujeitos ao reexame necessário, na linha predominante na jurisprudência do Superior Tribunal de

²¹⁵. Neste sentido é o seguinte julgado: “Processo civil - Execução de sentença - Fazenda pública - Arts. 730 e 731 do CPC - Art. 100 § 1º da CF/88 com a redação dada pela EC 30/00. 1. A EC 30/00, ao inserir no § 1º do art. 100 da CF/88 a obrigação de só ser inserido no orçamento o pagamento de débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, extinguiu a possibilidade de execução provisória. 2. Releitura dos arts. 730 e 731 do CPC, para não se admitir, contra a Fazenda Pública, execução provisória. 3. Recurso especial conhecido e provido”. (STJ, 2ª Turma, REsp nº 447.406/SP, rel. Min. Eliana Calmon, j. 20.02.03, DJ 12.05.03, p. 286. Decisão: por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento).

Justiça.

4.7. Requisição de pagamento

Consoante o inciso I do art. 730 do Código de Processo Civil, a requisição de pagamento será feita pelo Presidente do Tribunal competente. Esta requisição de pagamento é o que se denomina de precatório. Os pagamentos requisitados até 1º de julho de cada ano deverão ser pagos até o final do exercício seguinte, com os valores devidamente atualizados (Constituição Federal, art. 100, § 1º). É dizer por outras palavras: todos os valores requisitados até o dia 1º de julho de 2001, por exemplo, deverão ser pagos até o dia 31 de dezembro de 2002. Os valores requisitados a partir daquela data deverão ser pagos até o dia 31 de dezembro de 2003.

Todas as questões relativas ao *cumprimento* e à *exatidão* do precatório, mesmo após sua expedição, deverão ser suscitadas e resolvidas perante o juízo da execução e não perante a presidência do Tribunal requisitante, que tem competência apenas para verificar a regularidade *extrínseca* dos valores requeridos, realizar a mera atualização monetária dos valores até o instante da requisição de pagamento (CF, art. 100, § 1º) e a regularidade *formal* do precatório (suficiência de peças instrutórias). A Presidência do Tribunal exerce verdadeira função administrativa e não propriamente jurisdicional no que tange ao manuseio dos precatórios. Neste sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “Processual civil. Agravo regimental no agravo de instrumento. Precatário complementar. Ausência de prequestionamento e dissídio pretoriano não demonstrado. Decisão de natureza político-administrativa. Improvimento. Inviável o trânsito de recurso especial cujos artigos indicados como violados carecem do necessário prequestionamento, ensejando a incidência das Súmulas 282 e 356 do STF. Pela alínea ‘c’, o dissídio pretoriano tem que ser demonstrado nos moldes do art. 255 do RISTJ. E a atividade exercida pelo Presidente do Tribunal de Justiça no processamento de precatório tem natureza administrativa e não jurisdicional.

Agravo regimental improvido”.²¹⁶

Diante deste entendimento é que quaisquer incidentes relativos ao adequado cumprimento dos precatórios deve ser resolvido perante o *primeiro grau de jurisdição*, isto é, perante o juízo da execução e não perante o Presidente do Tribunal que requisitou o pagamento.

O art. 1º-E na Lei nº 9.494/97, introduzido pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, e tornado “permanente” nos termos do art. 2º da Emenda Constitucional nº 32/01, dispõe que o Presidente do Tribunal, de ofício ou a requerimento das partes, pode rever as contas elaboradas para aferir a exatidão dos valores requisitados antes de seu pagamento ao credor. Para compatibilizar este dispositivo com a caudalosa jurisprudência destacada no parágrafo anterior, há de se entendê-lo no sentido de que a competência do Presidente do Tribunal requisitante do pagamento se limita à correção de erros formais, materiais ou meramente aritméticos nas contas. A entender o dispositivo de outra forma, isto é, admitindo-se que o Presidente do Tribunal pudesse realizar revisões *qualitativas* das contas, o novo dispositivo estaria, não só desprezando a jurisprudência consolidada nos tribunais superiores acerca da competência do *juízo da execução* para dirimir as questões relativas ao cumprimento do precatório ou a diferença de cálculos, mas, também, afrontando a *coisa julgada* (o trânsito em julgado do processo de conhecimento é pressuposto da expedição do precatório), se entendesse possível ao Presidente do Tribunal *alterar* o *critério* de cálculo constante do título executivo, o que não pode ser admitido, sob pena de inconstitucionalidade (Constituição Federal, art. 5º, XXXVI). Daí que, não obstante o novo dispositivo, é correto o entendimento de que incidentes *substanciais e não meramente formais* durante a execução do precatório devem ser resolvidos perante o juízo de primeiro grau de jurisdição.²¹⁷

²¹⁶. STJ, AGA nº 356.174/SP, 1ª Turma, rel. Min. Francisco Falcão, julg. 03.05.01, DJ 24.09.01, p. 256: Decisão: por unanimidade, negaram provimento. No mesmo sentido: STJ, AGA nº 303.286/SP, 2ª Turma, rel. Min. Paulo Medina, julg. 28.08.01, DJ 08.10.01, p. 202: Decisão: por unanimidade, negaram provimento; STJ, AGA nº 365.161/SP, 2ª Turma, rel. Min. Eliana Calmon, julg. 03.05.01, DJ 25.06.01, p. 165: Decisão: por unanimidade, negaram provimento; STJ, 1ª Turma, EREsp nº 150.985/SP, rel. Min. José Delgado, julg. 09.09.98, DJ 26.10.98, p. 11: Decisão: por unanimidade, rejeitaram os embargos.

²¹⁷. A este respeito, v. os acórdãos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 565/SP,

É certo, todavia, que o entendimento do que sejam estes “erros formais” deve ser amplo o suficiente para nele englobar qualquer forma de descompasso entre o título executivo e o valor requisitado pois a *iliquidez* do título ou sua desconformidade com a execução aparelhada é matéria de ordem pública, cognoscível até mesmo de ofício (CPC, art. 743, I a III, especialmente). Não é diversa, a propósito, a orientação que, mais recentemente passou a, expressamente incorporar o Código de Processo Civil (art. 604, § 2º), fazendo, no particular, eco a doutrina anterior (v. item 4.8, *infra* e, em especial, o trabalho referido na nota 34).

As condenações definidas como de pequeno valor (v. *infra*, nº 4.10) devem ser requisitadas diretamente pelo juiz da causa, em função do que dispõem o art. 128 da Lei nº 8.213/91, na redação da Lei nº 10.099/00 e art. 17, *caput*, da Lei nº 10.259/01. Para estas duas hipóteses está derogado o art. 730, I.

4.8. Precatário complementar

Pode ocorrer que o pagamento do precatório não seja completo e que haja necessidade, destarte, da *complementação* dos valores requisitados. É muito comum ocorrer a insuficiência de pagamento do precatório quando menos em virtude de diferença de correção monetária entre o valor requisitado — o valor devido pela Fazenda Pública é corrigido monetariamente quando da requisição pelo Presidente do Tribunal — e o valor efetivamente depositado.

Duas ordens de dificuldades surgem diante da hipótese.

A primeira diz respeito à necessidade de “reabertura” do processo de execução contra a Fazenda Pública, aplicando-se o procedimento do art. 730 também aos cálculos relativos à diferença entre o valor requisitado e o valor pago. É dizer: o exeqüente demonstra a insuficiência do depósito efetuado (art. 604) e *cita* a Fazenda Pública para que oponha embargos no prazo de 30 dias.

A segunda é a possibilidade de ser determinada a *complementação* do depósito *independentemente* da expedição de *novo* precatório, fixando-se,

1.098/SP e 1.662/DF referidos no item 4.8.

apenas e tão somente, um *novo* prazo para que a Fazenda efetue o pagamento faltante.

Forte no entendimento de que a necessidade de *complementação* do precatório não significa um “novo” processo de execução, substancial parcela da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça afasta a necessidade de *nova citação* da Fazenda Pública para os fins do art. 730. Suficiente que ela seja intimada para se manifestar acerca da conta e para que efetue o pagamento da diferença. Eventuais divergências podem ser impugnadas por agravos de instrumento (interpostos das decisões interlocutórias a serem proferidas) mas não pelos embargos. Neste sentido, os seguintes julgados: “Honorários advocatícios. Precatário complementar. Busca-se nova condenação em honorários advocatícios em precatório complementar. Não se pode perder de vista que o precatório complementar não é um novo processo de execução, mas sim um incidente da própria execução. Se não seria cabível a oposição de embargos, descabe falar-se em nova condenação em honorários. O que se admite, e é consequência da decisão tomada em face dos cálculos de atualização, é que os reflexos da correção monetária, mediante a aplicação dos expurgos inflacionários, se irradiem para os valores apurados na liquidação da sentença. A Turma conheceu do recurso, mas negou-lhe provimento”,²¹⁸ “Processual civil - Precatário complementar - Citação da fazenda pública - Desnecessidade. Havendo necessidade de expedição de precatório complementar, é inaplicável o disposto no artigo 730 do CPC, que determina a citação da Fazenda Pública para, querendo, opor embargos. Agravo improvido”²¹⁹ e “Recurso especial. Precatário complementar. Apresentação da conta pelo exeqüente. Meio de impugnação. Embargos à execução. Inadmissibilidade. Processo uno. Princípio da fungibilidade. Ausência de prequestionamento. Dissídio jurisprudencial não demonstrado. Os embargos à execução constituem meio de impugnação incabível contra a conta de atualização apresentada pelo exeqüente para a expedição de

²¹⁸. STJ, 2ª Turma, REsp nº 316.303/MG, rel. Min. Eliana Calmon, julg. 04.10.01, Informativo STJ nº 111, 1 a 5.10.01: Decisão: por unanimidade, conheceram do recurso mas negaram provimento.

²¹⁹. STJ, AGA nº 355.096/SP, 1ª Turma, rel. Min. Garcia Vieira, julg. 07.08.01, DJ 24.09.01, p. 255: Decisão: por unanimidade, negaram provimento.

precatório complementar, sob pena de enxertar-se uma infinidade de processos de conhecimento no processo de execução, perpetuando-se, assim, a dívida da Fazenda Pública. A execução é um processo uno e foi há muito iniciada, momento em que, na forma do artigo 730 do Código de Processo Civil, foi a União citada para oferecer embargos, motivo pelo qual não é necessária uma nova citação para a oposição de novos embargos, basta que se intime a devedora para impugnar a conta. Não cuidou a recorrente de provocar o Tribunal para que tratasse da questão específica da possibilidade de aplicação do princípio da fungibilidade, por meio da oposição de embargos de declaração. Recurso especial não conhecido. Decisão por unanimidade”.²²⁰

Há, no entanto, diversos julgamentos em sentido diverso, exigindo *nova* citação da Fazenda para embargar e expedição de *precatório complementar*, para cobrar atualização monetária incidente sobre débitos pagos com atraso. Neste sentido: “Previdenciário – Processual civil – Recurso especial – Divergência jurisprudencial - Precatário complementar – Citação da fazenda pública – Artigo 730, do CPC – Precedentes STJ, STF. - A atualização de débito não integralmente satisfeito, para os efeitos de precatório complementar, segue o mesmo procedimento do cálculo originário. Após a sentença de homologação, a Fazenda Pública deve ser citada, a teor do art. 730, do CPC. - Precedentes desta Corte. - Divergência jurisprudencial comprovada. Entendimento do art. 255 e parágrafos, do Regimento Interno desta Corte. - Recurso conhecido e provido”²²¹ e “Processual civil. Agravo regimental contra decisão que conheceu de agravo de instrumento e deu provimento a recurso especial. Atualização de conta. Precatário complementar. Nova citação da fazenda pública. Obrigatoriedade. art. 730, do

²²⁰. STJ, REsp nº 315.969/PR, 2ª Turma, rel. Min. Franciulli Netto, julg. 05.06.01, DJ 10.09.01, p. 379: Decisão: por unanimidade, não conheceram. Recentemente, “Processual civil. Execução contra a fazenda pública. Expedição de precatório complementar. Inaplicabilidade do disposto no art. 730 do CPC. Entendimento da Corte Especial do STJ. 1. Nos precatórios complementares é desnecessária a citação da Fazenda Pública (art. 730 do CPC) para opor embargos a cada atualização de cálculo. 2. Entendimento pacificado com o julgamento proferido pela Corte Especial, em 29/09/2002, no REsp nº 354.357/RS. 3. Agravo regimental improvido”. (STJ, AgREsp. nº 423.128/SP, 2ª Turma, rel. Min. Laurita Vaz, j. 05.11.02, DJ 26.05.03, p. 334. Decisão: por unanimidade, negar provimento ao Agravo).

²²¹. STJ, REsp nº 267.742/SC, 5ª Turma, rel. Min. Jorge Scartezini, julg. 06.05.01, DJ 13.08.01, p. 216: Decisão: por unanimidade, conheceram e deram provimento.

CPC. Precedentes. 1. Agravo Regimental contra decisão que, com base no art. 544, § 3º, c/c o art. 557, § 1º, do CPC, conheceu do agravo de instrumento interposto pela agravada e deu provimento ao seu recurso especial. 2. Acórdão *a quo* que considerou desnecessária nova citação, nos termos do art. 730, do CPC, para complementação de depósito contra a Fazenda Pública. 3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está assentada na compreensão de que para a expedição de precatório complementar, no intuito de cobrar atualização sobre débitos pagos com atraso, há que ser observado o disposto no art. 730, do CPC, com nova citação da Fazenda Pública. 4. O referido dispositivo legal não faz exceção se a parte credora for também a Fazenda Pública. A determinação é que, quando contra si for a execução, deverá ela ser citada para opor embargos. 5. Precedentes das 1ª, 2ª, 5ª e 6ª Turmas desta Corte Superior. 6. Agravo regimental improvido”.²²².

Quanto à requisição direta do pagamento dos valores faltantes, o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de entendê-la constitucional, independentemente da expedição de *novo* precatório. Essa determinação, no entanto, só pode ser entendida no sentido de que “a requisição, a título de complementação de depósitos insuficientes, a ser feita no prazo de noventa dias, somente deve referir-se a diferenças resultantes de erros materiais ou aritméticos ou de inexatidões dos cálculos de precatórios, não podendo, porém, dizer respeito ao critério adotado para a elaboração de cálculo ou a índices de atualização diversos dos que foram utilizados em primeira instância”. Como acentuou o Min. Moreira Alves, no voto que proferiu no julgamento da ADIn nº 1.098-1/SP, a requisição *direta* para complementação de depósito insuficiente só é constitucional quando se entender por “depósitos insuficientes aqueles efetuados pelas entidades devedoras em montante inferior ao consignado no precatório ou em decorrência de erro ou inexatidão material quanto ao cálculo respectivo, não podendo, entretanto, ser considerado erro reparável, a esse efeito, a adoção de certo critério de elaboração do cálculo homologado por sentença, do qual a

²²². STJ, AGA nº 355.431/SP, 1ª Turma, rel. Min. José Delgado, julg. 19.04.01, DJ 18.06.01, p. 119: Decisão: por unanimidade, negaram provimento ao agravo regimental.

administração do Tribunal discorde”.

Bem ilustram este entendimento as seguintes ementas: “Apuração de insuficiência de depósitos com utilização do IPC em substituição ao BTN. No tocante aos índices de correção monetária, a alegação de ofensa ao artigo 37, II, da Constituição é indireta ou reflexa, não dando margem, assim ao cabimento do recurso extraordinário. Por outro lado, a questão relativa ao artigo 33 do ADCT não foi prequestionada (súmulas 282 e 356). Quanto à complementação dos depósitos no prazo de 90 dias, consoante o disposto no Assento nº 195/91 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, tem razão a recorrente em face da interpretação conforma à Constituição que esta Corte deu ao artigo 5º, VII, desse Assento, quando do julgamento de Medida Cautelar na ADIN 565. Recurso extraordinário conhecido em parte, e nela provido”,²²³ “Execução contra a fazenda pública. Cálculo complementar. Indispensabilidade de expedição de precatório, a ser processado na forma prevista no art. 100 e parágrafos, da Constituição, não havendo cabimento para notificação, ao Poder Público, no sentido de que promova a complementação do pagamento em prazo assinado pelo Juiz. Recurso extraordinário conhecido e provido”.²²⁴

O Superior Tribunal de Justiça também entende possível a determinação de complementação direta de depósitos *insuficientes*, independentemente da expedição de novo precatório, como faz prova o seguinte julgado: “Suplementar – fixação do prazo de 90 dias – legalidade. Em se tratando de desapropriação, a indenização, além de justa, há que ser prévia. A rigor, os pagamentos de indenização em ações de desapropriação não estão sequer

²²³. STF, 1ª Turma, RE nº 193.966-4, rel. Min. Moreira Alves, julg. 22.10.96, DJ 20.06.97, p. 28.490: Decisão: por unanimidade, conheceram e parte e deram provimento.

²²⁴. STF, 1ª Turma, RE nº 168.019/SP, rel. Min. Ilmar Galvão, julg. 07.05.96, DJ 02.08.96, p. 25.787: Decisão: por unanimidade, conheceram e deram provimento. No mesmo sentido: STF, 1ª Turma, RE nº 189.172-6/SP, rel. Min. Ilmar Galvão, julg. 25.06.96, DJ 20.09.96, p. 34.546: Decisão: por unanimidade conheceram e deram provimento; STF, 1ª Turma, RE nº 174.236-4/SP, rel. Min. Ilmar Galvão, julg. 25.06.96, DJ 27.09.96, p. 36.160: Decisão: por unanimidade, conheceram e deram parcial provimento; STF, 1ª Turma, RE nº 193.306-2/SP, rel. Min. Ilmar Galvão, julg. 13.08.96, DJ 04.10.96, p. 37.111: Decisão: por unanimidade, conheceram e deram parcial provimento; STF, 1ª Turma, RE nº 168.629-4/SP, rel. Min. Moreira Alves, julg. 14.09.99, DJ 22.10.99, p. 81: Decisão: por unanimidade, conheceram e deram provimento; STF, 1ª Turma, RE nº 166.395-2/SP, rel. Min. Moreira Alves, julg., 14.09.99, DJ 22.10.99, p. 81: Decisão: por unanimidade, conheceu em parte e deram provimento.

sujeitos a precatório porque a indenização deve ser paga ao expropriado antes da transferência do domínio e incorporação da propriedade à Fazenda Pública. Se o pagamento dos precatórios suplementares tem que ser prévio, a fixação do prazo de 90 dias para que isto se dê não viola nenhuma norma legal. Embargos recebidos”..²²⁵ Em todos esses acórdãos, que tratam da possibilidade de incidência do IPC sobre cálculos já homologados por refletir melhor a desatualização monetária da moeda no período de março de 1990 a janeiro de 1991, o núcleo de argumentação é no sentido de ser inconstitucional expedição de novo precatório em detrimento do particular de ser indenizado justa e previamente (CF, art. 5º, XXIV). À exceção do voto vencido do Min. Peçanha Martins e do voto vencedor da Min. Eliana Calmon, ambos proferidos no EREsp nº 114.558/SP, os demais votos e acórdãos não fazem a ressalva acentuada pelo Supremo Tribunal Federal quanto às condições que tornam a requisição direta de pagamento *constitucional*.

Em nenhuma hipótese, no entanto, pode ser admitida a expedição de precatório complementar em desacordo com os limites da decisão exequenda, sob pena de violar a coisa julgada.²²⁶

²²⁵. STJ, EREsp nº 114.558/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Garcia Vieira, julg. 09.08.01, DJ 27.08.01, p. 219: Decisão: por maioria, receberam os embargos. No mesmo sentido: STJ, 2ª Turma, REsp nº 107.593/SP, rel. Min. Adhemar Maciel, julg. 09.10.98, DJ 01.02.99, p. 139: Decisão: por unanimidade, não conheceram dos recursos; STJ, 1ª Turma, REsp nº 83.748/SP, rel. Min. José Delgado, julg. 07.03.96, DJ 15.04.96, p. 11.502: Decisão: por unanimidade, negaram provimento; STJ, 1ª Turma, REsp nº 58.677/SP, rel. Min. César Rocha, julg. 05.04.95, DJ 22.05.95, p. 14.370: Decisão: por unanimidade, negaram provimento ao recurso; STJ, 2ª Turma, REsp nº 120.465/SP, rel. Min. Peçanha Martins, julg. 02.09.99, DJ 18.10.99, p. 218: Decisão: por unanimidade, conheceram e deram parcial provimento.

²²⁶. Neste sentido, os seguintes acórdãos: “Processual civil. Correção monetária. Índices inflacionários. Liquidação de sentença. Precatário complementar. Coisa julgada. Conforme entendimento firmado pela Corte Especial, após o trânsito em julgado da sentença homologatória dos cálculos de liquidação, não é possível a expedição de precatário complementar para o pagamento de diferença correspondente a índices inflacionários que não estavam previstos no cálculo, sob pena de ofensa à coisa julgada. Precedentes. Recurso conhecido e provido. (STJ, REsp 321.181/GO, 5ª Turma, rel. Min. Félix Fischer, julg. 19.06.01, DJ 20.8.01, p. 530: Decisão: por unanimidade, conheceram e deram provimento) e “Processual civil – Execução de sentença – Homologação da conta – Inclusão de novos índices – Impossibilidade após o trânsito em julgado da sentença – Precatário complementar – Cumprimento – Prazo – Competência – Juízo da execução – CPC, art. 575, II – Lei 4.320/64 – Precedente da corte especial. - Os índices utilizados quando da elaboração e atualização dos cálculos, não podem ser substituídos por qualquer outro após o trânsito em julgado da sentença, por isso que importaria em violação à coisa julgada. - As questões surgidas no cumprimento dos precatórios, tais como os índices a serem aplicados, serão solucionadas pelo juiz do processo de execução. - A função do Presidente do Tribunal no

O novo § 2º do art. 604 do Código de Processo Civil (incluído pela Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002) admite expressamente, a este propósito, que o Magistrado manifeste-se, até mesmo de ofício, sobre a correlação entre o título executivo e o valor exigido pelo exeqüente acolhendo, no particular, orientação que a doutrina já sustentava sob o rótulo da objeção de pré-executividade.²²⁷

4.9. Precatório complementar e a Emenda Constitucional nº 37/02

As discussões relativas à possibilidade de expedição do que sempre se chamou de “precatório complementar” ou “precatório suplementar” parecem não sobreviver diante do novo § 4º que a Emenda Constitucional nº 37, de 12 de junho de 2002, introduziu no art. 100 da Constituição Federal, determinando a renumeração dos demais. De acordo com a primeira parte do novo dispositivo, é vedada a expedição de precatório complementar ou suplementar de valor pago, além de não se admitir, o que, desde a redação dada ao dispositivo pela Emenda Constitucional nº 30/00, já não era permitido: o “fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução, a fim de que se pagamento não se faça, em parte, na forma estabelecida no § 3º deste artigo e, em parte, mediante expedição de precatório”.

Nestas condições, os valores devidos pela Fazenda Pública só poderão ser pagos na forma do art. 100 da Constituição Federal, sendo sua requisição pelo Presidente do Tribunal competente a regra.

São duas únicas as exceções admitidas pelo sistema constitucional. A primeira são os casos definidos como de “pequeno valor” (CF, art. 100, § 3º), de que se ocupa o nº 4.10, *infra*. A segunda é a prevista no novo art. 86, § 1º, do Ato

processamento do requisitório de pagamento é de índole essencialmente administrativa, não abrangendo as decisões ou recursos de natureza jurisdicional. - A estipulação do prazo de 90 (noventa) dias para pagamento dos precatórios não ofende a Lei 4.320/64, que sequer estabelece prazo para complementação dos depósitos insuficientes. - Recurso conhecido e parcialmente provido.(STJ, REsp nº 141.161/SP, 2ª Turma, rel. Min. Peçanha Martins, julg. 17.04.01, DJ 11.06.01, p. 161: Decisão: por unanimidade, conheceram e deram parcial provimento).

²²⁷. A respeito do assunto, v. trabalho anterior meu intitulado “O art. 604 do Código de Processo Civil comporta objeção de pré-executividade? - O excesso abusivo de execução na nova disciplina da liquidação por cálculo”, pp. 113/150.

das Disposições Constitucionais Transitórias (incluído pela Emenda Constitucional nº 37, de 12 de junho de 2002).

De acordo com este último dispositivo, “os débitos a que se refere o *caput* deste artigo, ou os respectivos saldos, serão pagos na ordem cronológica de apresentação dos respectivos precatórios com precedência sobre os de maior valor”. Assim, é necessária a expedição de precatório para pagamento dos *saldos de débitos* de precatórios *já* expedidos *mas* não cumpridos, total ou parcialmente, até o dia 13 de junho de 2002, quando promulgada a EC 37/02. Para tanto, estes valores deverão ter sido definidos como de pequeno valor pela lei referida pelo § 3º do art. 100 da Constituição Federal ou pelo art. 87 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT, art. 86, I, II e III). Estes requisitos são abordados especificamente no nº 4.14, *infra*.

Este parece ser o único caso em que subsiste o que sempre se chamou de “precatório complementar” ou “suplementar”.

À falta de qualquer ressalva nos novos textos constitucionais não parece, no entanto, sobreviver o entendimento do STF quanto à possibilidade de requisição *direta* do pagamento quando a diferença dos valores se der por mero erro de cálculo ou aplicação equivocada de índice de correção monetária (v. nº 4.8, *supra*). O pagamento *direto* está reservado, unicamente, para os casos definidos de pequeno valor, deles excetuados, expressamente pelo § 1º do art. 86 do ADCT, o *saldo* de valores que *já* deveriam ter sido pagos *mas* não o foram. Nestas condições, estes precatórios “complementares” deverão ser processados de acordo com o trâmite da execução contra a Fazenda Pública (CPC, art. 730).

4.10. Obrigações de pequeno valor

De acordo com o § 3º do art. 100, as obrigações definidas em lei como de pequeno valor serão pagas independente de precatório, embora o trânsito em julgado da decisão respectiva seja exigido pelo dispositivo. O dispositivo é nitidamente de eficácia contida, pressupondo legislação específica de cada entidade federada para sua aplicação. Foi oportuna, por isto mesmo, a

introdução do art. 87 do ADCT pela EC 37/02. De acordo com este dispositivo, enquanto não houver disciplina específica de cada ente federado com relação ao *valor* que *impõe* o pagamento direto pelas Fazendas (CF, art. 100, § 3º), devem prevalecer os seguintes: quarenta salários mínimos para a Fazenda Federal e as Estaduais e trinta salários mínimos para as Fazendas Municipais.²²⁸

No âmbito federal, há três leis que tratam do assunto, disciplinando o referido § 3º do art. 100 da Constituição Federal.

A Lei nº 10.099, de 19 de dezembro de 2000, dando nova redação ao art. 128 da Lei nº 8.213/91, disciplinou o dispositivo para as ações que tenham como objeto o reajuste ou a concessão de benefícios da assistência social. De acordo com o dispositivo, as execuções não superiores a R\$ 5.180,25 serão pagas mediante precatório.

A Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, que instituiu os Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal, para as causas de valor até sessenta salários mínimos, dispensa, de sua parte, o precatório para cumprimento das sentenças condenatórias naquela sede (17, § 1º).

A Lei nº 10.266, de 24 de julho de 2001, por seu turno, dá a entender que serão dispensadas da expedição de precatórios os pagamentos não superiores a R\$ 5.181,00 (art. 23, §§ 4º, I, e § 8º) para o exercício de 2002.

A Resolução nº 240, de 20 de junho de 2001, do Conselho da Justiça Federal, *generaliza*, para a justiça federal, o critério regulado pela Lei nº 10.099/00. Para esta Resolução, a execução de *qualquer* crédito não superior a R\$ 5.180,00, será feita *sem* precatório. Ressalvados os créditos previdenciários, a requisição *direta* de pagamento será formulada pelo Presidente do Tribunal competente e não pelo juízo da execução (Resolução nº 240, art. 1º e § 1º).

No âmbito do município de São Paulo foi promulgada a Lei nº 13.179, de 25 de setembro de 2001, cujo art. 1º fixa este valor em R\$ 7.200,00, a ser atualizado em janeiro de cada ano pelo IPCA/IBGE. A lei paulistana nada diz acerca da *forma* de requisição do valor ou do órgão competente para tanto mas o

²²⁸. Estas limitações impostas por emenda constitucional para fins de *dispensa* de precatórios são flagrantemente inconstitucionais porque violam, às escâncaras, a liberdade orçamentária dada aos Estados-membros e aos Municípios.

valor nela veiculado deve prevalecer sobre o teto do art. 87, II, do ADCT diante da expressa ressalva contida no *caput* do dispositivo.

No Estado de São Paulo, há a Lei nº 11.377 de 14 de abril de 2003, que estabelece, como teto para a “dispensa” do precatório, o valor que seja igual ou inferior a 1.135,2885 Unidades Fiscais do Estado de São Paulo - UFESPs, independente da natureza do crédito.

Estes diplomas legislativos dão concretização ao que consta no art. 100, § 4º, introduzido pela EC 30/00 e renumerado para § 5º pela EC 37/02, *verbis*: “A lei poderá fixar valores distintos para o fim previsto no § 3º deste artigo, segundo as diferentes capacidades das entidades de direito público”.

Consoante estas leis, ademais, é possível que o interessado opte entre o sistema do precatório e o pagamento *direto*, desde que *renuncie* ao valor excedente daqueles fixados nos diplomas legais (cf. Lei nº 8.213/91, com a redação da Lei nº 10.099/00, art. 128, §§ 4º e 5º, Lei nº 10.259/01, art. 17, § 4º, Resolução nº 240/01, art. 2º). Nenhuma das leis admite “combinação” nas formas de execução, é dizer: ou se renuncia ao que exceder ao *teto* das leis e se executa a Fazenda sem precatório ou o valor será pago de acordo com o sistema de precatórios. Não é possível executar-se um *mesmo* crédito sem precatório até o limite legal e o excedente deste *mesmo* crédito mediante expedição de precatório (cf. Lei nº 8.213/91, com a redação da Lei nº 10.099/00, art. 128, § 1º e Lei nº 10.259/01, art. 17, § 3º).

Esta orientação, de resto, vem expressa no § 4º do art. 100 da Constituição Federal e no parágrafo único do art. 87 do ADCT, ambos com a redação da Emenda Constitucional nº 37, de 12 de junho de 2002. Os textos dos novos dispositivos são, respectivamente, os seguintes: “§ 4º. São vedados a expedição de precatório complementar ou suplementar de valor pago, bem como fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução, a fim de que seu pagamento não se faça, em parte, na forma estabelecida no § 3º deste artigo e, em parte, mediante expedição de precatório” e “parágrafo único. Se o valor da execução ultrapassar o estabelecido neste artigo, o pagamento far-se-á, sempre, por meio de precatório, sendo facultada à parte exeqüente a renúncia ao crédito

do valor excedente, para que possa optar pelo pagamento do saldo sem o precatório, da forma prevista no § 3º do art. 100”.

4.11. Preterição na ordem de pagamento

A requisição de pagamentos por intermédio dos Presidentes dos Tribunais estabelece uma verdadeira “fila” de credores, devidamente identificados, aguardando pagamento pela Fazenda Pública. Todos os valores requisitados deverão ser pagos observada a ordem de sua requisição (“ordem cronológica de apresentação dos precatórios), é o que se lê do art. 100, *caput*, da Constituição Federal. A preterição no pagamento se dá quando não há observância desta ordem.

A solução dada pelo art. 100, § 2º, da Constituição, para o caso de preterição é o “seqüestro de quantia necessária à satisfação do débito”, providência a ser determinada em virtude de pedido do credor.

Tal qual redigido o dispositivo constitucional precitado e o art. 731 do Código de Processo Civil é possível entender que o seqüestro se faz sobre a *quantia necessária* para quitar o credor preterido e que recai, destarte, em dinheiro, não em bens públicos. Neste sentido, o seqüestro assume inegável feição *satisfativa* (não meramente acautelatória) e legitimado passivo será também aquele que recebeu o valor que deu ensejo à ruptura da ordem de pagamento.

Há julgado tido como “clássico” no Supremo Tribunal Federal neste sentido: “Execução contra a fazenda publica. Pagamento com preterição da ordem cronológica dos precatórios. - Aplicação dos artigos 117, parágrafo 2º, da Constituição da República e 731 do Código de Processo Civil. - Seqüestro sobre as rendas da fazenda publica infratora, em quantia necessária para satisfazer o debito preterido”.²²⁹

A questão quanto à natureza jurídica do seqüestro, todavia, é controvertida. Vários autores sustentam tratar-se de medida meramente

²²⁹. STF, Pleno, RE nº 82.456/RJ, rel. Min. Soarez Muñoz, julg. 07.06.79, DJ 10.08.79, p. 5.845: Decisão: por unanimidade, conheceram e deram provimento.

acautelatória, não conducente, portanto, à apreensão de dinheiro ou quantia necessária para satisfação do crédito preterido mas, apenas, para restabelecimento da ordem quebrada.²³⁰ Outros destacam a natureza *satisfativa* do seqüestro apta, portanto, à transferência *compulsória* do numerário não pago para o exeqüente.²³¹ Mais um tema que deve ser reenfrontado pela doutrina (e pela jurisprudência) à luz das *novas* regras incorporadas à Constituição Federal e na legislação infraconstitucional.

De forma semelhante ao que dispõem o art. 100, § 2º, da Constituição Federal e o art. 731 do Código de Processo Civil, o § 2º do art. 17 da Lei nº 10.257/01, que cria os Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal prevê que, não pagos os valores diretamente requisitados pelo juiz da causa, determinará ele o seqüestro do numerário suficiente ao cumprimento da decisão. Aqui também é inegável o caráter *satisfativo* da medida. O mesmo é dito pelo art. 78, § 4º, do ADCT (v. nº 4.10 , *supra*).

A legitimidade ativa para formular o pedido de seqüestro é unicamente do credor que foi preterido e que, em função da concessão da medida, pode vir a ser satisfeito ou, quando menos, restabelecer a ordem escoreita de pagamentos. Nenhum outro pode requerer a medida sob pena de seu acolhimento *também* ter aptidão para preterir outros credores melhor posicionados. Não existe, para a hipótese, norma como semelhante à que consta do art. 1º, § 2º, da Lei nº 1.533/51, a Lei do Mandado de Segurança, e que reconhece legitimidade *concorrente* a qualquer afetado pelo *mesmo* ato (“quando o direito ameaçado ou violado couber a várias pessoas, qualquer delas poderá requerer o mandado de segurança”, diz o dispositivo). Silente a lei sobre a possibilidade de haver legitimação *extraordinária*, prevalece a regra do art. 6º do Código de Processo Civil.

4.12. Não pagamento ou falta de inclusão no orçamento

²³⁰. Por todos, v. Vicente Greco Filho, *Da execução contra a Fazenda Pública*, p. 92.

²³¹. Por todos, v. Araken de Assis, *Comentários ao Código de Processo Civil*, pp. 418/419.

O art. 100, § 2º, da Constituição Federal e o art. 731 do Código de Processo Civil não resolvem questão tormentosa consistente em saber qual a providência a ser tomada pelo credor quando o crédito requisitado não for incluído no orçamento ou não for pago até o final do exercício correspondente. Ambos os dispositivos prevêm, apenas e tão somente, o *seqüestro* quando houver *preterição* de credor, o que pressupõe a realização de pagamento pela Fazenda Pública em desrespeito à ordem dos precatórios.

A solução dada pela Constituição Federal para a hipótese é a da intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal e dos Estados nos Municípios, consoante previsão dos arts. 34, VI, e 35, IV, respectivamente. A Constituição prevê, em seu art. 85, VII, a ocorrência de crime de responsabilidade do Presidente da República quando houver descumprimento de decisão judicial. O mesmo crime é tipificado para Governadores pela Lei 7.106/83 e para Prefeitos pelo Decreto-lei 201/67. O § 5º do art. 100 da Constituição Federal, incluído pela EC 30/00, estende aos Presidentes dos Tribunais o crime de responsabilidade quando, por ato omissivo ou comissivo, se retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de precatório. O parágrafo foi renumerado para 6º em função da EC 37/02.

De qualquer sorte, nem a intervenção nem a responsabilização do governante têm o condão de *garantir* o pagamento do credor insatisfeito. Foi este, aliás, o norte da decisão mais recente do Supremo Tribunal Federal acerca do tema e que acabou redundando na rejeição de pedido de intervenção federal no Estado de São Paulo.²³² Mecanismo mais eficiente para *esta finalidade* foi moldada pelo art. 78, § 4º, do ADCT (v., *infra*, nº 4.14). De sua parte, o § 2º do art. 78 do ADCT, admite que as prestações anuais referidas no *caput* do dispositivo não quitadas oportunamente terão efeitos liberatórios (compensatórios) no recolhimento de tributos.

4.13. Oitiva do Ministério Público e dos interessados

²³². Intervenção Federal nº 2.953/SP. Em 03.02.03, por maioria de votos, vencido o Ministro Marco Aurélio, o Plenário indeferiu o pedido de intervenção. Até o momento, o acórdão não foi publicado.

Embora silente o art. 100, § 2º, da Constituição Federal, o Ministério Público deverá ser ouvido nos pedidos de seqüestro, consoante dispõe o art. 731 do Código de Processo Civil. Norma meramente procedimental e afinada às finalidades institucionais do Ministério Público (Constituição Federal, art. 127 e 129, II e IX) não há, nela, qualquer inconstitucionalidade.

O chefe do Ministério Público é o Procurador-Geral da Justiça no âmbito dos Estados e o Procurador-Geral da República no âmbito da Justiça Federal. A atividade é delegável consoante as regras aplicáveis aos Ministérios Públicos estaduais e federais.

Não só o Ministério Público deve ser ouvido no *seqüestro*, malgrado o texto da lei. Por imposição do princípio do contraditório e do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV e LV), é impositivo que o devedor que teria preterido o direito do credor seja ouvido *previamente* ao proferimento da decisão judicial. Também deve ser ouvido previamente quem tenha se beneficiado com o pagamento fora de ordem. Mormente para aqueles que sustentam o caráter *satisfativo* da medida.

4.14. A moratória do art. 78 e o art. 86, ambos do ADCT

O art. 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 30/00 prevê que os precatórios pendentes de pagamento na data de promulgação daquela emenda (13 de setembro de 2000) e os que decorrerão de ações ajuizadas até o dia 31 de dezembro de 1999, serão pagos em até dez parcelas anuais iguais e consecutivas, com correção monetária e juros²³³. Exceuem-se da incidência do

²³³. O STF firmou entendimento, a partir da decisão plenária do Recurso Extraordinário nº 298.616/SP, rel. Gilmar Mendes, no sentido de não serem devidos os juros moratórios no período compreendido entre a data de expedição do precatório e do efetivo pagamento, se realizado dentro do prazo constitucionalmente estipulado. V. Informativo do STF, nº 288, de 28 de outubro a 1 de novembro de 2002: "Precatório e Juros da Mora: Concluído o julgamento de recurso extraordinário interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS (v. Informativo 286), o Tribunal, dando provimento ao recurso, decidiu que não são devidos juros moratórios no período compreendido entre a data de expedição e a do efetivo pagamento de precatório relativo a crédito de natureza alimentar, no prazo constitucionalmente estabelecido, à vista da não caracterização de inadimplemento por parte do Poder Público. Vencidos os Ministros Carlos Velloso, que considerava ser de natureza infraconstitucional a questão sobre cabimento de juros da mora em precatório complementar, e Marco Aurélio, que, diferenciando moratória de sistema de liquidação de débito,

dispositivo os créditos definidos em lei como de pequeno valor, os de natureza alimentícia, os sujeitos à moratória do art. 33 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e respectivas complementações e, por fim, os valores já liberados ou depositados em juízo. O prazo de pagamento é reduzido para dois anos quando os créditos pendentes de pagamento têm origem em ações de desapropriação de imóvel residencial do credor, desde que único quando da imissão na posse (art. 78, § 3º).

O § 4º do art. 78 impõe ao Presidente do Tribunal competente, mediante pedido do credor e desde que vencido o prazo ou diante de omissão no pagamento, ou preterição ao direito de precedência, requisitar ou determinar o seqüestro de recursos financeiros da entidade executada, suficientes para solvimento da dívida.²³⁴

Este dispositivo é bem mais amplo que o art. 100, § 2º, da Constituição Federal e que o art. 731 do Código de Processo Civil, porque autoriza *expressamente o seqüestro de recursos financeiros* da entidade executada não só no caso de *preterição* (quebra da ordem de precedência de pagamento estabelecida pelo precatório) mas, também, no caso de falta de inclusão do crédito requisitado no orçamento ou de não pagamento, puro e simples, do credor.

O art. 86 do ADCT, fruto da EC 37/02, excepciona a incidência do art. 78. De acordo com o dispositivo mais recente, a sistemática do art. 78 não se aplica aos “... débitos da Fazenda Federal, Estadual, Distrital ou Municipal, que preenchem, cumulativamente, as seguintes condições: I – ter sido objeto de emissão de precatórios judiciais; II – ter sido definidos como de pequeno valor

entendia a permanência do Estado em débito, enquanto não satisfeito o crédito, atraindo o fenômeno da incidência dos juros moratórios.”.

²³⁴ “Precatório – Insuficiência no pagamento. O art. 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias dilatou o prazo para pagamento dos débitos judiciais, chamados precatórios, mas não permitiu que os valores fossem pagos a menor do que realmente devidos. Assim, verificada a insuficiência, deve corrigir imediatamente a parcela, até para cumprimento do cânon constitucional da justa indenização na expropriação, complementando-se a quantia, sob pena do seqüestro das rendas públicas. Agravo de Instrumento provido” (Tribunal de Justiça de São Paulo, 7ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Guerrieri Rezende, Agravo de Instrumento nº 296.605-5/5-00, j.un. 2.12.02, em *Boletim da Associação dos Advogados de São Paulo* nº 2.317, de 2 a 8 de junho de 2003).

pela lei de que trata o § 3º do art. 100 da Constituição Federal ou pelo art. 87 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; III – estar, total ou parcialmente, pendentes de pagamento na data de publicação desta Emenda Constitucional”. Além disto, de acordo com o *caput* do artigo, é mister que o precatório seja oriundo de “sentenças transitadas em julgado”, confirmando-se, assim, a orientação já traçada desde a EC 20/98.

Independentemente da discussão relativa à “institucionalização” do que sempre se chamou de “precatório complementar” pelo § 1º deste art. 86 do ADCT, é certo que o dispositivo não aceita o parcelamento de até dez anos, previsto nos termos do art. 78, para as situações que especifica. Admite, no entanto, um *outro* parcelamento, limitado a *dois* anos, desde que, não tendo, ainda, havido o parcelamento do art. 78, haja lei que o autorize. Esta lei, é certo, só pode ser do ente federado devedor. É o que se lê do § 2º do art. 86: “Os débitos a que se refere o *caput* deste artigo, se ainda não tiverem sido objeto de pagamento parcial, nos termos do art. 78 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, poderão ser pagos em duas parcelas anuais, se assim dispuser a lei”.

O § 3º do art. 86 do ADCT confirma a regra, assente em doutrina e em jurisprudência, de que os débitos alimentares (CF, art. 100, § 1º-A) devem ser pagos com precedência. No caso específico do dispositivo o pagamento dos débitos nele referidos devem ter precedência “sobre todos os demais”. Não é errado concluir, destarte, que os “primeiros precatórios” a serem pagos depois da publicação da EC 37/02 são aqueles que já deveriam estar pagos em 13 de junho de 2002 e, por qualquer razão, não estavam, desde que preenchidas as condições contidas e já referidas no *caput* do dispositivo.

Releva destacar que o art. 78 do ADCT é questionado em duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (nºs. 2.356-0/DF e 2.362-4/DF) perante o Supremo Tribunal Federal. Em ambas, o relator originário, Ministro Néri da Silveira, concedeu liminar para suspender a vigência do dispositivo. As ações ainda não foram julgadas. Também a Emenda Constitucional nº 37/02 é objeto da ADIn nº 2.666-6, distribuída para a Ministra Ellen Gracie Northfleet que aguarda

juízo.

5. Considerações finais

Como se vê desta exposição, o tema relativo ao “Poder Público em juízo” ou ao “direito processual público” é riquíssimo e vasto. Dado o corte metodológico que adotei, analisei mais de perto as regras *procedimentais* relativas à execução contra a Fazenda Pública sendo certo que o tema convida, sempre, para uma reflexão mais ampla, típica do estágio científico do estudo do direito processual civil na atualidade: o processo, que tem de realizar o direito material, não pode ser obstaculizado por qualquer regra jurídica, sequer por emenda à Constituição (CF, art. 5º XXXV).

O objetivo primeiro deste trabalho foi o de *expor* a matéria relativa à execução contra o poder público, observando-se as decisões da jurisprudência e da doutrina mais recente e, como não poderia deixar de ser, oferecendo uma sistematização dos mais recentes atos normativos sobre cada um dos atos que regem a espécie no contexto mais amplo que venho denominado de “poder público em juízo” ou “direito processual público”.

Não me ocupei aqui do estudo quanto à compatibilidade, ou não, de muitas destas inovações — inclusive as que são fruto das Emendas Constitucionais nº 30/00 e n 37/02. O leitor interessado, envio-o para trabalhos específicos meus sobre o assunto, *O poder público em juízo*, especialmente o Capítulo V, e “Execução por quantia certa contra a fazenda pública: uma proposta atual de sistematização”, esp. pp. 134 e ss..

6. Bibliografia (obras consultadas e citadas)

ARAKEN DE ASSIS. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: RT, 2000, vol. 9.

ATALIBA, Geraldo. “Patrimônio administrativo - Empresas estatais delegadas de serviço público - Regime de seus bens - Execução de suas dívidas” em *Revista trimestral de direito público*, vol. 7, São Paulo, Malheiros, 1994, pp. 21/40.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo – Influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

BENUCCI, Renato Luís. *Antecipação da tutela em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 2001.

CALMON FILHO, Petrônio. “Execução contra a fazenda pública e penhora de bens públicos” em *Execução contra a fazenda pública*, obra coletiva sob a coordenação de Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva, no prelo da Editora do Conselho da Justiça Federal.

CALAMANDREI, Piero. “Lineas fundamentales del proceso civil inquisitorio”. Em *Estudios sobre el proceso civil*. Buenos Aires, Editorial Bibliografica Argentina, 1945.

CAVALCANTE, Mantovanni Colares. “Questões ainda polêmicas na ação monitoria” em *Revista Dialética de Direito Processual*, vol. 3, São Paulo: Dialética, 2003, pp. 66/74.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Lineamentos da nova reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2ª ed., 2002.

CUNHA, Lásaro Cândido da. *Precatório - Execução contra a fazenda pública*, Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Execuções contra a fazenda pública*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. São Paulo: Ed. Malheiros, 3ª ed., 2002.

_____. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 3ª ed., 1993.

FEDERIGHI, Wanderley José. *A execução contra a fazenda pública*. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.

FRANCO, Fernão Borba. *Execução em face da fazenda pública*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

GRECO FILHO, Vicente. *Da execução contra a fazenda pública*. São Paulo: Saraiva, 1986.

GUERRA, Marcelo Lima. “Execução contra o poder público” em *Revista de processo* vol. 100, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, pp. 61/80.

JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JR, Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A nova reforma processual*. São Paulo: Saraiva, 2ª. Edição, 2003.

MARCATO, Antonio Carlos. “Ação monitória: seu regime jurídico e a fazenda pública” em *Direito processual público - A fazenda pública em juízo*, obra coletiva sob a coordenação de Carlos Ari Sunfeld e Cassio Scarpinella Bueno, São Paulo, Malheiros, 2000, pp. 196/211.

MEDEIROS, Maria Lúcia L.C. de e MARINONI, Tereza Cristina. “Aspectos da execução contra a fazenda pública”, em *Processo de execução e assuntos afins*, obra coletiva sob a coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, pp. 322/333.

MOREIRA, Alberto Camiña; NEVES, Daniel A. Assumpção, NETO, Luiz Orione; SHIMURA, Sérgio. *Nova reforma processual civil comentada*. São Paulo: Ed. Método, 2002.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Execução contra a fazenda pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PELEGRINI, Márcia. *A intervenção estadual nos municípios*, São Paulo: Max Limonad, 2000.

PEREIRA, Milton Luiz Pereira. “Amicus curiae – Intervenção de Terceiros”, em *Revista de Processo* nº 109, p. 39/44.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. “A emergência do direito processual público”, em “*Direito Processual Público – a Fazenda Pública em Juízo*”. SUNDFELD, Carlos Ari; SCARPINELLA BUENO, Cassio (Coord.). São Paulo: Ed. Malheiros, 2000, p. 31/44

_____ *Execução provisória e antecipação da tutela*, São Paulo, Saraiva, 1999.

_____ “Execução por quantia certa contra a fazenda pública: uma proposta atual de sistematização” em *Processo de execução*. São Paulo, RT, 2001, pp. 109/174.

_____ *Liminar em mandado de segurança: um tema com variações*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2ª edição, 1999.

_____ *Mandado de segurança – Comentários às leis do mandado de segurança*, nºs. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66, São Paulo, Saraiva, 2002.

_____ “O art. 604 do Código de Processo Civil comporta objeção de pré-

executividade? - O excesso abusivo de execução na nova disciplina da liquidação por cálculo” em *Repertório de Jurisprudência e Doutrina — Atualidades sobre Liquidação de Sentença*, obra coletiva sob a coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997, pp. 113/150.

_____ *O poder público em juízo*, São Paulo, Saraiva, 2ª edição, 2003.

_____ *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2003.

_____ “Tutela antecipada e ações contra o Poder Público (reflexão quanto a seu cabimento como conseqüência da necessidade de efetividade do processo)” em *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*, obra coletiva sob a coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, pp. 37/100.

SILVA, Américo Luís Martins da. *Do precatório-requisitório na execução contra a fazenda pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2ª edição, 1998.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. *Execução contra a fazenda pública*. São Paulo: Malheiros, 1999.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *Aproximação sistemática ao controle judicial das agências de regulação econômica no Brasil*. Dissertação de mestrado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Execução contra a fazenda pública*. São Paulo: Dialética, 1998.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2ª ed., 2002.

ÉTICA PÚBLICA E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho²³⁵

Ao escrever sobre Ética Pública e Estado Democrático de Direito, o articulista deve estar imbuído da consciência que, embora conservando independência própria - o pensamento - desafetado da individualidade, não se escraviza à sua vontade. Deve, pois, elevar-se à altura do fenômeno sociológico, pois a abordagem não haverá de retratar o trabalho de uma inteligência apenas.

Muito embora seja possível examinar, individualmente, a abrangência de seus postulados e a extensão de seus respectivos conceitos num Estado que ostente a condição Democrática de Direito, os temas em epígrafe são interdependentes, .

A *ética* significa o estudo do agir humano, da conduta humana relacionada ao próprio fim do homem enquanto indivíduo. O *Estado Democrático de Direito* é aquele que é, a um só tempo, criador e súdito da norma.

²³⁵ Professor de Direito Administrativo da Universidade Federal do Paraná e da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Brasil) Presidente da Associação de Direito Público do Mercosul

1. A ética na Administração Pública

No Brasil existem dezenas de textos que são conducentes a prescrever comportamentos éticos, em praticamente todas as áreas de atuação. Os Conselhos Regionais das Profissões em seus respectivos regulamentos descrevem, com alguma minudência, as regras que orientam os comportamentos éticos notadamente nos capítulos concernentes a deveres e proibições.

Relativamente à Administração Pública são múltiplos os textos legais atinentes (Estatutos de Servidores Civis e Militares, Estatutos dos Professores, secundados por Códigos de Ética, etc.).

Assentindo com a posição de Jesus Gonzalez Perez²³⁶, para quem deve haver uma mesma ética para o homem público e a mulher pública, a mesma ética para todos os homens e mulheres, não se pode concordar com aqueles que defendem que a ética pública, levando em conta a reta razão e os interesses públicos, se circunscreve, tão somente, à conduta dos agentes públicos. Como bem aponta o Prof. Jaime Rodriguez Araña Muñoz, da Universidade de La Coruña, Espanha, a ética pública é dever imposto não só à Administração Pública e seus agentes, mas também a quem quer que se relacione com o Poder Público.²³⁷

O comportamento ético é, portanto, um *dever* de toda a pessoa humana²³⁸, marcando, em definitivo, as pautas de conduta: Dignidade do Administrador e Dignidade do cidadão ou do administrado como preferem alguns. Lamentável e incompreensivelmente, o andar dos tempos vem transformando o comportamento ético numa virtude, numa qualidade.

Com efeito, as atitudes éticas tornam-se cada dia mais raras. Aristóteles dizia que a distinção entre o homem e o animal reside na racionalidade, na vida racional. Contudo, a razão não basta. É necessário o desejo, a educação,

²³⁶ PÉREZ, Jesús González. *La ética la Administración Pública*. Madrid: Civitas, 2000, p. 40.

²³⁷ RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. *La dimensión ética*. Madrid: Dykinson, 2001.

²³⁸ A Lei nº 9784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Federal, no art. 2º, § único, inciso IV, impõe a todos uma “atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé.”

o hábito, a memória de exercitar *uma virtude*.

A virtude é a nossa maneira de ser e agir humanamente – considerando que a humanidade - entendida como um valor, consiste em nossa capacidade de agir bem. Nesta linha, Montaigne sustentava que “não há nada mais belo e legítimo do que o homem agir bem e devidamente. É a própria virtude.”²³⁹

Assim, a virtude, repete-se desde a Grécia antiga, é uma disposição de fazer o bem. Como espécie do gênero virtude, temos a *ética*.

Temos retratado a ética como uma semente que, incorporando valores ínsitos, plantada no homem desde a sua infância que, ao germinar, produz um indivíduo ético na idade madura. Este indivíduo, ao exercer uma função pública haverá de trasladar para o ofício ou cargo, as regras comportamentais éticas apreendidas.

Diferentemente das sete Constituições anteriores, a atual é fruto da participação de todos os segmentos da sociedade. Reconheça-se que mesmo impregnada por determinados vícios, a Carta centra-se na pessoa humana, daí ser cognominada de “Constituição cidadã”. A dignidade do ser humano foi erigida a fundamento do Estado Democrático de Direito: o seu principal destinatário é o homem em todas as suas dimensões, como bem acentua o mestre Canotilho.²⁴⁰ O agir estatal e o agir do cidadão em face do Estado e dos seus semelhantes, não pode perder de vista – mormente na tratativa de um tema dessa importância – a base antropológica comum que deflui da Constituição: o princípio da dignidade do ser humano, principal justificativa para a existência de qualquer norma.

Como se sabe, o Brasil é uma república federativa composta pela União Federal, por 25 Estados e mais de 5200 municípios. Existem regras comportamentais direcionadas à Administração Pública e seus agentes, emanadas dessas entidades federativas, através de leis federais, estaduais e municipais. O ponto fundamental, no entanto, não se reduz ao ordenamento

²³⁹ COMTE-SPONVILLE, André. *Pequeno Tratado das Grandes Virtudes*. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 9.

²⁴⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4 ed., Coimbra: Almedina, 2000.

jurídico positivo em si, mas, sobretudo, à sua efetividade e a concretude das sanções em face de atitudes comportamentais reprováveis. O Estado que impõe regras de conduta deve zelar pelo cumprimento de suas prescrições. Se isto não ocorre, incrementa-se a idéia da impunidade, fomenta-se o comportamento agressivo ao princípio constitucional da moralidade e seus desdobramentos.

O princípio da moralidade, aplicado ao campo da Administração Pública, ao incorporar conteúdo ético, incide justamente na esfera do anseio de certeza e segurança jurídica, mediante a garantia da lealdade e boa-fé tanto da Administração Pública que recebe os pleitos, instrui e decide; quanto do destinatário de seus atos.

Com efeito, o art. 2º, inciso IV, da Lei 9784/99 exige da Administração Pública, nos procedimentos administrativos, “atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé.” Os incisos I, do art. 3º e II, do art. 4º, da mesma Lei 9784/99 consagram, respectivamente, como direito dos administrados, o de “*ser tratado com respeito pelas autoridades e servidores, que deverão facilitar o exercício de seus direitos e o cumprimento de suas obrigações*” e, ao mesmo tempo, como dever o de “*proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé*”.

A boa-fé e a lealdade, como instrumentos processuais garantidores da moralidade administrativa no exercício da competência disciplinar, substanciam elementos objetivos capazes de definir métodos e formas práticas de comportamento administrativo.

A boa-fé, assim, incorpora o valor ético da confiança. Retrata a integração do ordenamento a regras ético-materiais, de fidelidade, crença e confiança.²⁴¹

Confianza, legítima confianza de que no se le va a imponer una prestación cuando sólo superando dificultades extraordinarias podrá ser cumplida. Ni en un lugar en que, razonablemente, no cabía esperar. Ni antes de que lo exijan los intereses públicos ni cuando ya no era concedible el ejercicio de la potestad administrativa. Confianza, en fin, en que el procedimiento para dictar el

²⁴¹ GONZALEZ, op. cit., p. 45-46.

acto que dará lugar a las relaciones entre Administración y administrado, no va adoptar una conducta confusa y equívoca que más tarde permita eludir o tergiversar sus obligaciones. Y en que los actos van a ser respetados en tanto no exijan su anulación los intereses públicos.²⁴²

À esse propósito, é oportuno lembrar José Manuel Sérvulo Correia:

Nos nossos dias, o dinamismo intrínseco do princípio fundamental do Estado de Direito manifesta-se através de duas facetas interrelacionadas. Uma dessas vertentes é aquela que poderemos denominar ‘capacidade irradiante’ do princípio: o confronto do seu núcleo essencial com as realidades sócio-políticas permite deduzir princípios secundários que vêm engrossar a auréola que rodeia a sua estrutura nuclear. É, por exemplo, o caso do princípio da protecção da confiança dos cidadãos, que a Constituição Portuguesa não menciona expressamente mas que o Tribunal Constitucional de Lisboa infere do preceito que proclama o Estado de Direito.²⁴³

Na esteira do pensamento de Jesús González Pérez, Celso Antônio Bandeira de Mello entende que os princípios da lealdade e boa-fé — considerados princípios fundamentais do procedimento administrativo — estão compreendidos no âmbito do princípio da moralidade da Administração Pública.²⁴⁴

A boa-fé e a lealdade têm um fértil campo de atuação no direito administrativo, podendo manifestar-se: (a) no exercício de poderes e faculdades com relação ao tempo, exigindo-se a fixação de prazos adequados para cumprimento da prestação, vedando a imposição de obstáculo resultante de um comportamento desleal;²⁴⁵ (b) no estabelecimento de uma atuação procedimental leal em que a Administração e o cidadão relacionem-se de forma clara, a partir de

²⁴² GONZALEZ, op. cit., p. 59.

²⁴³ CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Contencioso administrativo e Estado de Direito: conferência*. Maputo: Companhia de Moçambique, 1993, p. 13.

²⁴⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 73 e 323. Para Juarez FREITAS, o princípio da confiança ou da boa-fé resulta da junção dos princípios da moralidade e da segurança das relações jurídicas. FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 73.

²⁴⁵ GONZALEZ, op. cit., p. 102. A fixação de prazo adequado para o cumprimento do atos administrativos processuais recebeu proteção no §2º, do art. 26, da Lei 9784/99 que, embora não tenha caráter principiológico, pode ser aplicado subsidiariamente no processo administrativo disciplinar, na hipótese de ausência de regra específica: “A intimação observará a antecedência mínima de três dias úteis quanto à data de comparecimento”.

capítulos e pontos numerados que não revelem uma pauta imprevisível; (c) no dimensionamento do procedimento a partir de um formalismo moderado a fim de evitar a sucessiva e interminável possibilidade de oposições; (d) na convalidação das nulidades sanáveis: os erros de procedimento devem ser corrigidos imediatamente.²⁴⁶

A boa-fé e a lealdade humanizam a relação entre Administração e o destinatário de seus atos sem que isto implique “quebra do princípio da impessoalidade”.²⁴⁷

Por fim, conclua-se com Allegretti para quem a degeneração moral da ação pública não se reduz a um problema de pessoas ou de comportamentos ético-políticos, mas também de adequada reforma da estrutura institucional, nesta incluída, a administrativa.

Côncio da contradição existente entre a rigidez das regras e a ausência de cobrança de cumprimento, o constituinte brasileiro de 1988 produziu profundas transformações na estrutura e no funcionamento de alguns órgãos de controle, destacando-se a elevação do Ministério Público à categoria de instituição constitucional autônoma, com prerrogativas, entre outras, para formular juízos (promoção do inquérito civil e da Ação Civil Pública, visando a proteção do patrimônio público, o meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos – CF art. 129), quase um poder do Estado, enfim. Com efeito, o Ministério Público não se subordina ao Poder Executivo e não deve obediência ao Poder Judiciário. Sua atuação é timbrada pela autonomia, servindo à sociedade e sendo súdito da lei e da justiça.

De outro lado, a partir da Constituição de 1988, foram editadas diversas leis de cunho nacional, merecendo especial referência a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92) que impõe aos infratores penas de rigor adequado, tais como, além da constrição do patrimônio, perda de direitos políticos e demissão do cargo sem prejuízo das sanções penais a que estiverem

²⁴⁶ Com razão, Juarez FREITAS sublinha a íntima relação do princípio da confiança ou boa-fé para solver o problema da imprescritibilidade e da eventualíssima não-decretação de nulidade dos atos administrativos, ambos em correlação temática, com o intuito de fixar limites à cogência anulatória de atos maculados por vícios originários. FREITAS, op. cit., p. 75.

²⁴⁷ GONZALEZ, op. cit., p. 150.

sujeitos. A já aludida Lei de Processo Administrativo (9.784/99), a Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/93), O Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) e a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), entre outras, ampliando a legitimação de pessoas e entidades, contém dispositivos de balizamento ético moral.

Tratando especificamente da conduta ética dos Servidores Públicos Civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas, a Lei Federal nº 8.027, de 12 de abril de 1990, serve de importante paradigma para Estados e Municípios, regulando a atuação funcional e rememorando as obrigações do servidor para com a Administração e o público que é o único e fundamental destinatário de seus elevados misteres. Como conseqüência dessa legislação, a Presidência da República, através do Decreto nº 1171 de 22.06.1994, fez veicular Código de Conduta Ética. Este Código, cujas prescrições, hauridas notadamente da doutrina, impõem regras deontológicas, de sorte a estipular que a dignidade, o decoro, o zelo, a eficácia e a consciência dos princípios morais são os primados maiores que devem nortear a atuação do servidor público, seja nas atribuições do cargo ou fora dele, já que refletirá o exercício da vocação do próprio poder estatal. Os atos e comportamentos dos servidores devem ser direcionados para a preservação da honra e da tradição dos serviços públicos, não se permitindo nenhuma espécie de desprezo ético em suas respectivas atitudes.

A ética, incorporando outros valores é comportamento que pode ser adquirido. Mais forte que o poder das leis é o exemplo dignificante. Uma Administração Pública como aparelhamento integrado por agentes éticos, faz expargir atuação idônea que, irradiando bons exemplos, oferece resultados conducentes a implementar força evocativa significativamente maior do que as palavras da lei. Os bons exemplos – tal como pedra arremessada em lago plácido - desenham círculos concêntricos dinâmicos que evoluem de modo benfazejo e incessante para as bordas.

Somando-se ao que foi dito, não se deve perder de vista que a certeza da sanção diante de conduta reprovável é elemento de extremada importância. Nada impõe maior atenção ao indivíduo do que a sombra do

cadafalso! O exemplo do arremesso da pedra ao lago pode dar-se em sentido inverso. A convicção da impunidade, como epidemia que se alastra de forma impiedosa, convulsiona, desarmoniza, subverte e anarquiza a Administração Pública. A ordem jurídica só se afirma quando há o pleno cumprimento das normas em geral, cujo conteúdo para a Administração Pública é sagrado. A inobservância das regras, mormente a de cunho ético-moral, acarreta, corrupção, arbitrariedade e truculência procedimental.

A profissionalização do servidor público, a instituição e o fomento de escolas de administração pública, a exemplo do que ocorre na Espanha, haverão de propiciar uma preparação intelectual e, sobretudo, deontológica dos operários públicos.

A desprezar-se a ética, estaríamos sepultando a esperança e cometendo uma atrocidade comparável ao “apagar do arco-íris” na feliz construção do escritor, ator e compositor brasileiro Mário Lago, de iluminada existência.

2. O Estado Democrático de Direito

Se é certo, como afirma Diogo Freitas do Amaral, que a presença de uma Constituição já não é, necessariamente, sinônimo de limitação do poder, podendo constituir-se em forma de legitimação do arbítrio estatal,²⁴⁸ mostra-se sumamente importante tratar cuidadosamente de temas que antecedem a sua existência e que se afirmam em seus comandos, sendo certo que a instituição de um Estado Democrático de Direito é um dos assuntos a merecer especial atenção.

Nossa Constituição diferentemente das sete anteriores é fruto da participação de todos os segmentos da sociedade. Reconheça-se que mesmo impregnada por determinados vícios, a Carta centra-se na pessoa humana, daí ser cognominada de “Constituição cidadã”. A dignidade do ser humano foi erigida a fundamento do Estado Democrático de Direito: o seu principal destinatário é o homem em todas as suas dimensões, como bem acentua o mestre Canotilho. O

²⁴⁸ AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2001, v. II.

agir estatal não pode ignorar – na tratativa do tema – a base antropológica comum que deflui da Constituição: o princípio da dignidade do ser humano, principal justificativa para a existência de qualquer norma.

A partir de sua promulgação em outubro de 1988, a par das diversas alterações que, imediatamente espargiu, a Constituição é precursora de significativas alterações no tratamento litúrgico até então outorgado às matérias reguladas pelo Direito Administrativo, pois, especialmente ancorada nos princípios da moralidade e da impessoalidade (art. 37, “caput”) não descuro das questões alusivas às condutas de agentes públicos de todos os níveis (art. 37, § 3º, I e III, § 4º, § 7º, entre outros).

A disciplina constitucional administrativa, tal qual colocada pela Lei Fundamental, bem o diz Clèmerson Clève, traz novos arsenais jurídicos para alteração do quadro tradicional de um “direito administrativo autoritário”, marcado pela pouca atenção dispensada aos direitos e garantias, integrantes do patrimônio do cidadão-administrado. Afeiçoado à visão da legalidade a qualquer custo, com desconsideração a outros valores (como, por exemplo, o contido no princípio da confiança), o Administrador atuou, por muito tempo coberto pelo manto da incontestabilidade do interesse público. Afinal, nem tudo que é legal pode ser, *ipso facto*, considerado moral ou ético.

Saliente-se que não se trata de inovação propriamente dita, todavia, de recepção dos reclames da doutrina a qual construiu, desde cedo, vias alternativas para elidir a aplicação mecânica da legalidade. Francisco Campos, ao focar esta problemática, já asseverava que o poder público não é um poder irresponsável e arbitrário que somente se limita e se vincula pelos seus próprios atos. Acima de tudo, não pode arrogar-se o privilégio de surpreender a boa-fé em seu relacionamento com os destinatários de sua atuação.

Na apreciação da legalidade de um ato administrativo, é imperioso o exame da observância do escopo legal originário. Confira-se a importante contribuição que Caio Tácito e Rui Cirne Lima desenvolveram a propósito do estudo da finalidade pública como parâmetro para a avaliação da legalidade.

A expressão *poder*, estigmatizada durante o período revolucionário,

encontra-se, portanto, melhor entendida como prerrogativa. Caso o Administrador Público utilize seu poder além dos limites que a lei lhe confere ou pratique desvio da finalidade pública, ter-se-á o abuso de poder por excesso do mesmo ou o abuso de poder por desvio de finalidade, respectivamente.

Há que se ter consciência de que todo o exercício de poder implica dose de sujeição, de coerção. Contudo, o poder não se auto-realiza, configura instrumento de trabalho adequado à realização das tarefas administrativas através de atendimento às aspirações coletivas. Bem por isso que, antes da Constituição Federal de 1988, percorreu-se longo caminho para a sedimentação da compreensão finalista de Administração Pública: aparelhamento constituído pelo Estado para satisfação do bem comum. “O bem comum não foge ao direito. De certa maneira é condição da justiça, como princípio e fim ao mesmo tempo, justificando, no sistema político, o equilíbrio entre os poderes, e contendo o estado nas suas atividades, em razão da lei e das garantias que ele mesmo assegura”, conforme lição do inolvidável Manoel de Oliveira Franco sobrinho.²⁴⁹

O princípio geral que domina toda a atividade estatal, exercida através da Administração Pública, é o bem comum. A Administração Pública – notadamente ao manejar os chamados poderes administrativos - não pode objetivar interesses particulares. A afronta a esse preceito convulsiona e desacredita a ação administrativa. Afinal a existência da Administração Pública só tem sentido em função de uma justa e eqüitativa distribuição, entre os cidadãos, dos direitos e os encargos sociais. As elevadas e numerosas tarefas administrativas não resultariam exitosas sem a imposição de princípios de atuação capazes de oferecer garantias exigíveis de um Estado justo e igualitário.

Defeso, portanto, tratamento privilegiado ou discriminatório aos destinatários dos atos da Administração.

Juarez Freitas, defendia, logo após a promulgação da Carta, um redesenho do Estado brasileiro, “mais por força dos imperativos da realidade do que por motivações de cunho ideológico”. Sustenta o prestigiado autor que a Administração Pública deve ser inserida nesta reengenharia já que “profundas

²⁴⁹ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *O princípio constitucional da moralidade administrativa*. 2 ed., Curitiba: Gênese, 1993.

imposições de realidades cambiantes” estão a exigir uma era nova também para a Administração Pública.

Exatamente nesta perspectiva é imperioso considerar que o tema Estado Democrático de Direito requer em sua apreciação uma revisita aos princípios constitucionais explícitos e implícitos da Carta Constitucional. Ausente o princípio da legalidade não há Estado de Direito. Como já referido, a legalidade não pode merecer uma aplicação mecânica sem observância a outros princípios que emergem da Constituição. Os princípios explícitos da presunção de inocência, do juiz natural, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa (art. 5º, LVIII, LIII, LIV e LV) da moralidade, da impessoalidade, da eficiência e da publicidade (art. 37, caput) têm presença obrigatória num Estado Democrático de Direito. De igual modo, os princípios implícitos da razoabilidade, da proporcionalidade, da segurança das relações jurídicas, da confiança, da boa-fé e da lealdade, entre outros, formam com os anteriormente aludidos a base axiológica desse Estado.

Assim, se um dos pilares do Estado Democrático de Direito é a fixação de um regime jurídico administrativo, com a Constituição de 1988 restou identificada a presença de um regime jurídico constitucional-administrativo, fundado nos princípios antes arrolados.

A supremacia da Constituição, sobre todas as normas, impõe que o processo de produção legislativa e interpretação do Direito Administrativo seja levado a cabo conforme aqueles princípios constitucionais. Segundo Clèmerson Clève, a compreensão da Constituição como norma, aliás norma dotada de superior hierarquia; a aceitação de que tudo que nela reside constitui norma jurídica, não havendo lugar para lembretes, avisos, conselhos ou regras morais; por fim, a compreensão de que o cidadão tem acesso à Constituição, razão pela qual o Legislativo não é o seu único intérprete, são indispensáveis para a satisfação da supremacia constitucional.²⁵⁰

Já há algum tempo, abandonou-se a idéia de que as garantias fundamentais concretizadoras da igualdade e do respeito à pessoa humana,

²⁵⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Atividade legislativa do poder executivo no Estado contemporâneo e na constituição de 1988*. São Paulo: RT, 1993, p. 94.

encerram concepções abstratas de conteúdo programático, a exemplo de um manual de aspirações ou mesmo de um protocolo de intenções.

Nunca é demais insistir: a interpretação das leis brasileiras citadas no presente trabalho, não pode descurar de submeter-se ao princípio vetor de nossa ordem constitucional (dignidade da pessoa humana) e nem da existência de um núcleo mínimo dele emanado, que se revela na plena submissão a princípios *éticos* e morais, a garantir, entre outros, a sobranceira existência de um Estado Democrático de Direito.