



**FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
MESTRADO EM DIREITO**

BASILE GEORGES CAMPOS CHRISTOPOULOS

DESPESA PÚBLICA: ESTRUTURA, FUNÇÃO E CONTROLE JUDICIAL

Maceió, Alagoas

2009

BASILE GEORGES CAMPOS CHRISTOPOULOS

DESPEZA PÚBLICA: ESTRUTURA, FUNÇÃO E CONTROLE JUDICIAL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Professor Doutor Gabriel Ivo

Maceió, Alagoas

2009

Catálogo na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico
Bibliotecária Responsável: Betânia Almeida dos Santos

C556d Christopoulos, Basile Georges Campos.
Defesa pública : estrutura, função e controle judicial / Basile Georges Campos
Christopoulos , 2009.
122 f.

 Orientador: Gabriel Ivo.
 Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas.
 Faculdade de Direito de Alagoas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Maceió,
 2009.

 Bibliografia: f. 116-122.

 1. Direito financeiro. 2. Administração pública – Brasil. 3. Finanças públicas.
 4. Despesa pública. 5. Gastos públicos. 6. Controle judicial. I. Título.

CDU: 342;99:351(81)

BASILE GEORGES CAMPOS CHRISTOPOULOS

DESPESA PÚBLICA: ESTRUTURA, FUNÇÃO E CONTROLE JUDICIAL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Professor Doutor Gabriel Ivo

A Banca Examinadora, composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa, em nível de Mestrado, e o julgou nos seguintes termos:

Prof. Dr. Andreas J. Krell (UFAL)

Julgamento: aprovado (com distinção) Assinatura: 

Prof.ª Dr. Manoel Cavalcante de Lima Neto (UFAL)

Julgamento: aprovado (com distinção) Assinatura: _____

Prof. Dr. José Mauricio Conti (USP)

Julgamento: aprovado (com distinção) Assinatura: 

Menção Geral: aprovado (com distinção)

Coordenador do Curso:

Prof. Dr. George Sarmiento Lins Júnior

Maceió, 24 de agosto de 2009.

Agradecimentos

Não é fácil agradecer àqueles que contribuíram para a sua vida, mas é preciso fazê-lo. Gostaria primeiramente de agradecer à minha família, alicerce de tudo que eu fiz até hoje. Em especial, aos meus pais, Georges e Ana Eliza, e irmã, Sofia, por serem pessoas maravilhosas e por me darem o amor de que eu preciso para ser feliz.

À minha avó, Celina, matriarca da família, pelo apoio moral e intelectual em todos os momentos, e também pelos inesquecíveis almoços de domingo.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Gabriel Ivo, pela consideração e estima que me tem reservado desde a graduação, tornando-se assim uma espécie de pai no direito, que me encaminhou e me mostrou os caminhos da honestidade e esforço, e no qual me espelho para ser um bom professor.

Ao amigo Celso Correia, que muito admiro, pelos sete anos de companheirismo, discussões acadêmicas e revisões dos trabalhos um do outro.

Aos amigos que fiz na graduação em direito, por não terem me abandonado nos momentos difíceis, e por serem companheiros de risos e alegrias. Saibam que a distância que nos separa não consegue nos afastar. Cacau, Afrânio, Zagallo, Andréa, Renata e Lívia, eu amo vocês.

Aos companheiros e amigos do Mestrado da UFAL, em especial, Alice, Felipe, André e Thomé, que viveram os mesmos percalços e que compartilharam comigo esses dois anos de muito estudo e diversão também.

Aos alunos e colegas da SEUNE por fazerem desta instituição parte feliz de minha vida.

O meu obrigado não poderia acabar sem reservar um espaço de louvor à Cecília, quem verdadeiramente me aguentou durante o período do mestrado, desempenhando os papéis de companheira, amiga, colega de sala e namorada. Prometo aguentá-la nos próximos meses, quando chegar a sua vez.

RESUMO

A presente dissertação busca analisar o fenômeno jurídico da despesa pública, especialmente do Orçamento, meio jurídico pelo qual as políticas do Estado são formuladas no Brasil, e avaliar a sua importância na efetivação dos direitos constitucionalmente estabelecidos, observando a relação existente entre o surgimento das gerações de direitos fundamentais e a atividade financeira desenvolvida pelo Estado. Busca entender, com base num sistema de referência próprio e definido, a estrutura lógica da despesa pública e como a norma que a dispõe atua no direito positivo brasileiro. Verifica o processo de positivação que leva a essa despesa pública, analisando sua estrutura e função, portanto, desde a Constituição Federal até o efetivo pagamento. Da análise do papel de cada um dos três Poderes constata-se uma hipertrofia do Executivo, que formula e executa políticas públicas muitas vezes em contradição com o Legislativo; a importância do Legislativo no controle e execução do positivado por lei e a função do Judiciário de fiscal controlador do Orçamento e da execução das despesas dos demais órgãos do poder público, estabelecendo ainda critérios para que o juiz tome decisões diante de problemas que envolvam despesas públicas e efetivação de políticas do Estado.

Palavras-chave: despesa pública, orçamento, direitos fundamentais, efetivação de políticas.

ABSTRACT

This paper tries to analyze the legal phenomenon of the public expenditure in Brazil, especially of the Budget, the juridic means by wich the State politics are formulated, and avaluate its importance to effectivate the constitutional rights, observing the direct relation between the appearance of generations of fundamental rights and the financial activity developed by the State. Tries to understand, on the basis of a proper and defined system of reference, the logical structure of the public expenditure and how the rule that disposes about it acts in the Brazilian positive law. It verifies the positivation process of the public expense, analyzing its structure and function, therefore, since the Federal Constitution until its effective payment. The analysis of the role of each of the three Powers evidences an hipertrofy of the Executive, that formulates and executes public politics many times in contradiction with the Legislative; the importance of the Legislative Power in the control and execution of the positivated by law, and the function of the Judiciary of controlling inspector of the Budget and the execution of the expenditures of the other public organs, establishing standards for the judge to take decisions about problems that involve public expenses and the efectivation of the State politics.

Key words: public expenses, budget, fundamental rigths, politics efectivation.

SUMÁRIO

Introdução	01
Capítulo 1. Sistema orçamentário e efetivação dos direitos financiados pelo Estado	04
1.1 Estado e satisfação das necessidades públicas por meio da atividade financeira: razões da tributação.....	04
1.1.1 O mito das finanças neutras.....	09
1.2 O custo dos direitos.....	11
1.3 Sistema orçamentário brasileiro.....	17
1.3.1 As três leis orçamentárias.....	18
1.3.2 Natureza jurídica do orçamento público e das normas por ele positivadas.....	24
1.4 Processo de positivação das despesas públicas nas leis orçamentárias.....	29
1.5 Os efeitos econômicos e sociais das despesas públicas crescentes.....	33
Capítulo 2. Norma jurídica da despesa pública	38
2.1 Conceito de despesa pública.....	38
2.1.1 Classificação das despesas públicas.....	39
2.2 Estrutura lógica das normas jurídicas.....	41
2.3 Modais deônticos e norma jurídica.....	43
2.4 Natureza jurídica das normas que dispõem despesas.....	45
2.5 Normas de despesa pública: autorizações ou obrigações?.....	47
2.6 Regra-matriz tributária e regra-matriz da despesa pública.....	52
2.7 Despesa pública na Constituição Federal: crítica às críticas das vinculações constitucionalmente estabelecidas.....	57
2.8 Despesa pública na Lei Complementar de número 101: limites estabelecidos para despesa com pessoal.....	60
Capítulo 3. Execução das despesas públicas e o papel dos Poderes Executivo e Legislativo	64
3.1 Execução das despesas públicas.....	64
3.1.1 Empenho.....	65
3.1.2 Liquidação.....	67
3.1.3 Pagamento.....	68
3.1.4 Créditos adicionais.....	69
3.2 Importância da execução do Orçamento na efetivação dos direitos constitucionalmente estabelecidos.....	71
3.3 O Executivo como gestor das finanças do Estado no Brasil.....	72
3.3.1 Problemas na execução das despesas públicas.....	75
3.3.1.1 Separação dos Poderes, limitação de empenho e o contingenciamento das despesas.....	77

3.4 O papel do Legislativo na construção do Orçamento e a execução orçamentária.....	85
Capítulo 4. Controle jurisdicional das despesas públicas.....	92
4.1 Legitimidade das decisões judiciais na área do direito financeiro.....	92
4.2 Desconstrução do orçamento público como questão menor na efetivação dos direitos: análise do consequencialismo (ou da falta dele) nas decisões judiciais.....	96
4.3 Possibilidade de controle jurisdicional da execução do que já foi programado e o mito da “reserva do possível”.....	106
4.4 Razões da ineficácia do controle judicial sobre a execução das despesas: da autolimitação dos Tribunais ao princípio da periodicidade.....	109
Conclusão.....	114
Referências.....	116
Anexo.....	123

Introdução

A presente dissertação busca analisar o fenômeno jurídico da despesa pública no Brasil e avaliar a sua importância na efetivação dos direitos constitucionalmente estabelecidos.

Busca-se entender, com base num sistema de referência próprio e definido, como é a estrutura lógica da despesa pública e como a norma que a dispõe atua no direito positivo brasileiro, tendo em vista que todo conhecimento é condicionado pelo seu sistema de referência, isto é, uma estrutura cultural em razão da qual atribui a sua significação às realidades do mundo.¹

Para tanto, foi feito um estudo do contexto em que esta despesa é realizada pelo Estado. No primeiro capítulo não só é avaliado o sistema orçamentário brasileiro, entendido como o conjunto de normas que regulam a atividade financeira dos entes públicos, como é vista a própria atividade financeira como elemento central da competência estatal, fixando as bases de ação do poder público. A análise estrutural das leis orçamentárias e do processo de posituação das despesas públicas é feita mostrando como devem ser elaboradas as leis, e com base em que o seu controle seria possível, fundamental, portanto, para o desenvolvimento dos capítulos que o seguem.

No segundo capítulo, busca-se observar a despesa do ponto de vista analítico, classificando-a como norma jurídica que é, procurando construir seus conceitos para que se possa trabalhar seu conteúdo e alcance nos capítulos seguintes. O ponto central aqui é a distinção com base nos modais deônticos extraídos das normas jurídicas das despesas públicas em normas que autorizam ou normas que obrigam a realização de uma determinada conduta, especificamente, a de realizar o gasto público.

Posteriormente é descrito o processo de execução pós-orçamentária da despesa pública, examinando o papel do Poder Executivo na formulação das políticas públicas, e do Legislativo no controle não só da formulação, como da execução dessas políticas, composta pelos institutos do empenho, liquidação e pagamento. Destacam-se aqui os problemas na aplicação da Separação dos Poderes em matéria financeira, especialmente no que se refere ao contingenciamento e à limitação de empenho.

¹ TELLES JUNIOR, Goffredo. **Direito Quântico**: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica. 8ª ed. Revista. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2006, p. 239.

Por fim, a possibilidade de controle da execução do Orçamento pelo Poder Judiciário é analisada no contexto da sua legitimidade e do consequencialismo, ou da falta dele, nas decisões proferidas por seus magistrados. Torna-se imperiosa a imposição de limites à atuação do Judiciário de forma a possibilitar o seu controle em áreas ainda não exploradas satisfatoriamente, bem como restringir sua atuação nos casos onde esta possa não ser razoável e compatível com o ordenamento jurídico nacional.

Para tal análise, o trabalho utiliza primordialmente a dogmática jurídica no sentido designado por Tércio Sampaio Ferraz Jr.: “Ela explica que os juristas, em termos de um estudo estrito do direito, procurem sempre compreendê-lo e torná-lo aplicável dentro dos marcos da ordem vigente”.² Ou seja, o trabalho buscou descrever o fenômeno da despesa pública sob o prisma do ordenamento vigente, em especial, da Constituição e das leis complementares em matéria financeira.

No entanto, o trabalho não abandonou a investigação zetética, pois não se podem abandonar outras informações que, embora não tenham relação direta com o texto das normas, servem de base para que o jurista forme sua cultura que irá influenciar na formulação das normas, mesmo porque “toda investigação *acentua* mais um enfoque do que o outro, mas sempre tem os dois”.³ Assim, para que entendamos o papel das despesas realizadas pelo Estado, são utilizadas também informações da ciência econômica, não como substitutiva da jurídica, mas como auxiliar na busca por definições daquilo que se pode realizar, e da função do orçamento como juridicizador das políticas públicas. Afinal, os recursos públicos não são infinitos, sendo preciso politicamente definir aquilo que deve gastar pelos entes públicos, e a ciência econômica pode esclarecer inclusive as deficiências do sistema orçamentário.

O objetivo, portanto, é firmar conceitos, meta própria da linguagem da ciência do direito, bem como propor soluções para os vários problemas jurídicos que decorrem no processo de positivação das despesas públicas, necessitando, para tanto, da análise crítica⁴ das decisões dos Tribunais sobre o tema, mais uma vez com o fim de estabelecer critérios e limites da atuação dos Poderes na conformação dos gastos que o Estado realiza.

² FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 48.

³ Idem, p. 41.

⁴ Se é que isso não é um pleonasmo.

Por fim, o título do trabalho: “Despesa Pública: estrutura, função e controle judicial”, deve-se a uma referência ao livro do jurista italiano Norberto Bobbio⁵ onde este afirma a necessidade de se utilizar as análises estruturais e funcionais no objeto de estudo jurídico, tendo em vista que uma não exclui a outra, pelo contrário, apenas com o uso de ambas pode-se entender o fenômeno por completo. A análise funcional é um modo de proteger a pesquisa teórica das contaminações ideológicas, no entanto, se mostra insuficiente para estudar o direito em sua inteireza, pois:

Uma coisa é dizer que o direito como ordenamento normativo tem uma estrutura própria, que é tarefa da teoria geral do direito individualizar e descrever, outra coisa é dizer que o direito *é, e nada mais é*, do que uma estrutura das relações sociais.⁶

Entretanto, a análise da função, sem observar a estrutura, apenas se satisfaz como discurso retórico que pouco contribui para a evolução do objeto.

A estrutura e a função da despesa pública, a forma como esta é positivada e validada pelo sistema jurídico e a sua finalidade, que em verdade se confunde com a finalidade do próprio Estado, são essenciais para que o fenômeno financeiro moderno evolua e passe a dar soluções efetivas para os problemas atuais.

Além disso, o controle judicial da despesa pública merece análise tendo em vista as recentes mudanças jurisprudenciais acerca do tema, bem como a necessidade de se estabelecer competências claras e limites ao Judiciário na definição de escolhas políticas que são os gastos do Estado.

⁵⁵ BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função**: novos estudos de teoria do direito. Trad. Daniela B. Versiani. Barueri: Manole, 2007.

⁶ Idem, p. 56.

Capítulo 1. Sistema orçamentário e efetivação dos direitos financiados pelo Estado

- 1.1 Estado e satisfação das necessidades públicas por meio da atividade financeira: razões da tributação
 - 1.1.1 O mito das finanças neutras
- 1.2 O custo dos direitos
- 1.3 Sistema orçamentário brasileiro
 - 1.3.1 As três leis orçamentárias
 - 1.3.2 Natureza jurídica do orçamento público e das normas por ele positivadas
- 1.4 Processo de positivação das despesas públicas nas leis orçamentárias
- 1.5 Os efeitos econômicos e sociais das despesas públicas crescentes

1.1 Estado e satisfação das necessidades públicas por meio da atividade financeira

O Estado é uma ficção. Tudo que é criado pelo direito o é. Não se pode tocar ou sentir o Estado, mas apenas ter contato com manifestações humanas que o representam. Da mesma forma, não podemos ter contato imediato com a norma jurídica, sendo ela fruto da interpretação que se faz das leis, ou melhor, dos textos normativos. Georges Burdeau afirma que o Estado é uma ideia concebida para que os homens não precisassem obedecer a outros homens.⁷ Isto é, seria desonroso demais ter de obedecer a um homem que lhe manda comparecer a um determinado lugar se esse homem não fosse um juiz com poderes concedidos por uma instituição maior. Por isso Burdeau afirma que:

A ideia do Estado mostra-se assim um artifício graças ao qual as vontades que, tanto em sua origem como em sua substância, são vontades humanas que podem ser imputadas a uma entidade. Mediante essa operação que as despersonaliza, essas vontades adquirem um significado e uma autoridade novos: tornam-se vontades do Estado e, por isso, não podem ser contestadas sem que seja questionado o ordenamento jurídico global da coletividade.⁸

Por meio de poder constituído e legitimado juridicamente, o homem passa a se organizar e comandar outros homens diante da necessidade de sobreviver. Não interessa tanto

⁷ BURDEAU, Georges. **O Estado**. Trad. Maria Ermantina de A. P. Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. X e XI.

⁸ Idem, p. 35 e 36.

aqui estabelecer a origem do Estado ou mesmo se este é uma organização jurídica ou um sistema de normas, como afirma Kelsen,⁹ mas a sua finalidade.

O Estado existe para satisfazer certas necessidades e desempenhar certas funções que não poderiam ser exercidas por um particular. O que muda de acordo com a teoria política que fundamente o Estado é a extensão das necessidades que ficam a seu cargo. Mas os particulares, em regra, não podem defender com excelência grandes territórios, estabelecer um serviço de diplomacia com outras regiões do mundo, nem comandar os destinos de sua própria região, sem recorrer a uma instituição que procure, dentro do conflito de interesses existente, resolver essas situações. Thomas Hobbes já afirmava que:

A causa final, fim ou desígnio dos homens (que apreciam, naturalmente, a liberdade e o domínio sobre os outros), ao introduzir a restrição a si mesmos que os leva a viver em Estados, é a preocupação com sua própria conservação e a garantia de uma vida mais feliz.¹⁰

Assim, há bens que não podem ser fornecidos a uma pessoa sem que sejam concedidos aos demais. Não se pode oferecer paz social a alguém individualmente. Por isso se pode afirmar que há certas condições mínimas de existência de uma sociedade que só podem ser tuteladas pelo Estado. Murphy e Nagel as chamam de *bens públicos*.¹¹

Outros serviços como saúde, educação, e obras de grande vulto, a exemplo de construção de estradas e portos, dependem de acordos entre os cidadãos que se tornariam impossíveis sem a intervenção de um ente estatal. Nesse sentido, afirma António de Sousa Franco que:

Todos sabemos que há serviços que o Estado, e só o Estado, pode prestar numa sociedade evoluída: a administração da justiça, a defesa e a segurança interna, certas zonas de administração civil. (...) Mas sabemos igualmente que há serviços que o Estado, por razões diversas, chamou a si prestar (embora pudesse não o fazer; e o faça nuns países e não em outros): é o caso dos correios e telecomunicações, de certas modalidades de créditos, da rádio e televisão em certos países (por vezes em concorrência com os particulares).¹²

⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 272 e 273.

¹⁰ HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Trad. Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 123.

¹¹ MURPHY, Liam, NAGEL, Thomas. **O Mito da Propriedade**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 62.

¹² FRANCO, António L. de Sousa. **Finanças Públicas e Direito Financeiro**. 4ª ed. 11ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2007, p. 11 e 12.

Nem todos os serviços que o Estado presta apenas poderiam por ele ser prestados. No Brasil o poder público presta o serviço de correios, mas não o de televisão, pelo menos não como na Itália, onde o principal canal de televisão é público. Então por que o Estado resolveu prestar esses serviços? Talvez por entender que deva haver um maior controle sobre serviços considerados essenciais que poderiam ser prestados por particulares. O que importa é que o poder público, ao prestar determinados serviços, também satisfaz necessidades escolhidas por ele como públicas.

Ocorre que, para satisfazer essas necessidades públicas, o Estado necessita desenvolver uma atividade financeira. É impensável a construção de estradas sem que estas sejam financiadas por alguém. Por isso, o Estado arrecada, gere, para depois realizar despesas satisfazendo essas necessidades. António de Sousa Franco afirma ser atividade financeira a utilização de meios econômicos por entidades públicas a fim de satisfazer necessidades comuns.¹³ Essa atividade financeira é fundamental em qualquer época, em qualquer nível e em qualquer situação, desde que exista o Estado. Isso porque se tem a ideia de que o Estado desempenha algumas atividades essenciais com mais eficiência ou cujo benefício é maior do que o custo, do que desenvolveriam os particulares.¹⁴ Alguns Estados, no entanto, desempenham as próprias atividades produtivas; neles não há necessidade de se tributar, as receitas são primordialmente arrecadadas originariamente pelo Estado no desenvolvimento de atividades econômicas. Sua arrecadação se dá de modo originário, isto é, explorando o seu patrimônio e não o da população. Em sociedades capitalistas, no entanto, a tributação se faz necessária e ganha importância. Como as atividades em sua grande parte são desenvolvidas pelas empresas e pessoas individualmente, o Estado precisa financiar a sua atuação retirando forçadamente parte da receita e patrimônio formado por eles. Esta constitui a razão da tributação.

Murphy e Nagel argumentam serem duas as funções da tributação: determinar a proporção de recursos da sociedade que vai estar sob o controle do governo; e determinar de que modo o produto social é dividido entre os diversos indivíduos.¹⁵ Por isso: “é ilegítimo, para fins de avaliação de um sistema tributário, fazer apelo a um nível básico de direitos de propriedade

¹³ FRANCO, António L. de Sousa. **Finanças Públicas e Direito Financeiro**. 4ª ed. 11ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2007, p. 13.

¹⁴ MURPHY, Liam, NAGEL, Thomas. Ob. cit., p. 67.

¹⁵ Idem, p. 101.

numa suposta ‘renda bruta pré-tributária’”.¹⁶ Não se pode falar, portanto, numa propriedade antes da tributação; esta constitui limite àquela, de forma que a tributação é quem providencia a satisfação de certas necessidades que não poderiam ser efetivadas de outra maneira. Isso porque os particulares nunca ofereceriam certos serviços nem proveriam certos bens coletivos por livre vontade. Como afirma António de Sousa Franco, esses bens nunca serão ofertados por particulares: “só serão criados, sustentados e oferecidos por sujeitos desinteressados e tendencialmente dotados de autoridade, que definam e imputem as utilidades que eles prestam e possam cobrar coativamente o respectivo montante”.¹⁷ Então é falaciosa a afirmação de que o Estado usurpa a propriedade de seus cidadãos por meio do tributo, seja ele um imposto, uma taxa, ou, como é mais comum hoje no Brasil, por meio das contribuições sociais.¹⁸ Mesmo porque a tributação não é essencialmente ruim para a atividade produtiva. Quando há contraprestação do Estado oferecendo infraestrutura na construção de portos, estradas, aeroportos, o setor produtivo floresce mesmo sendo tributado com taxas mais altas. Por isso se poderia falar até num dever fundamental de pagar tributos, que, segundo Manoel Cavalcante de Lima Neto, não se encontra afirmado expressamente na Carta Constitucional, mas tem sua pertinência implícita no Sistema Tributário Nacional, bem como nos demais preceitos que conformam o Estado Fiscal.¹⁹

Além disso, a atividade que o Estado desenvolve para custear as demais atividades a serem por ele desenvolvidas possuiria inegáveis características e influências econômicas e políticas. Econômicas, porque o ente estatal intervém na economia ao realizar a atividade financeira, seja por meio do estímulo de certas atividades, a chamada tributação extrafiscal, seja por meio da realização da despesa pública, injetando dinheiro na economia. Políticas, em razão dos fins e diretivas que o Estado se propõe a realizar por meio dessa atividade dita financeira.²⁰ O fenômeno da escolha do gasto em si é um fenômeno eminentemente político, no sentido de que há várias possibilidades e necessidades dos cidadãos a serem satisfeitas e o poder público deve escolher quais seriam as mais importantes. Esse aspecto político da atividade financeira não afasta a regulamentação que o direito exerce. Hart afirma que:

¹⁶ Idem, p. 13.

¹⁷ FRANCO, António L. de Sousa. Ob. cit., p. 27.

¹⁸ Não se falou aqui dos Empréstimos Compulsórios nem das Contribuições de Melhoria, por serem tributos de baixa ou nenhuma arrecadação.

¹⁹ LIMA NETO, Manoel Cavalcante de. **Direitos Fundamentais dos Contribuintes**: limitações constitucionais ao poder de tributar. Recife: Nossa Livraria, 2005, p. 30.

²⁰ BORGES, José Souto Maior. **Introdução ao Direito Financeiro**, p. 83 a 86.

(...) devem existir, sempre que exista um sistema jurídico, algumas pessoas ou corpos de pessoas que emitem ordens gerais baseadas em ameaças, que são geralmente obedecidas, e deve acreditar-se em geral que estas ameaças provavelmente serão levadas a cabo, em caso de desobediência.²¹

Por isso António de Sousa Franco argumenta que só existe o fenómeno financeiro quando a satisfação pública de necessidades fica sob a responsabilidade de um ente que pode recorrer aos seus poderes de autoridade e à coação para definir quais as necessidades a satisfazer e o modo como tal será feito.²² Ou seja, a coação é elemento essencial da atividade financeira que não pode esperar a boa vontade dos cidadãos a fim de contribuir para a realização posterior de suas despesas, bem como na definição da própria despesa, fixando assim as necessidades públicas. Alguém precisa decidir politicamente sobre a conveniência da satisfação de determinadas necessidades coletivas em detrimento de outras. E nesse caso cabe aos agentes do Estado decidir. Franco elenca razões para a provisão pública de bens. Para ele, o Estado deve satisfazer certos bens porque, primeiramente, ele tem uma perspectiva de interesse geral, ou seja, não procurará, em tese, satisfazer necessidades particulares, e, em segundo lugar, por possuir uma perspectiva temporal ilimitada e uma capacidade superior de assumir riscos que a atividade privada não comporta. Por fim, seriam razões o poder de autoridade dito como inerente à atividade financeira desenvolvida pelo Estado e que só ele pode possuir, bem como uma capacidade de empreender esforços que não estão ao alcance de instituições e pessoas privadas.²³

Muitos, no entanto, criticam um Estado considerado grande, no sentido de um Estado que abarca grandes funções, desenvolvendo assim uma atividade financeira intensa, isto é, com grande arrecadação e sua posterior distribuição em despesas. Há outros que criticam também as políticas de redistribuição igualitária, afirmando que os particulares devem resolver suas vidas da melhor forma e que o Estado apenas atrapalharia o bom desenvolvimento da sociedade. As duas posições, embora criticáveis, não possuem relação direta entre elas, como afirmam Murphy e Nagel.²⁴ Dessa forma, é possível um Estado “grande” que não redistribua seus bens de forma igualitária, como também é possível que esse mesmo Estado redistribua os bens na sociedade diminuindo as desigualdades sociais. A Constituição Federal brasileira, todavia, desenvolveu um sistema tributário robusto para fazer frente a uma série de obrigações que o Estado se propõe

²¹ HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 31.

²² FRANCO, António L. de Sousa. Ob. cit., p. 103.

²³ Idem, p. 37.

²⁴ MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. Ob. cit., p. 102.

realizar. Da mesma forma, pode-se afirmar que o nosso sistema jurídico tutela uma política de redistribuição de renda, em evidência no artigo 3º, III, que exige a erradicação da pobreza e a diminuição das desigualdades regionais.

Se os bens públicos devem ser fornecidos pelo Estado por meio da atividade financeira, e essa atividade nunca poderá satisfazer todos os bens que a sociedade pretende usufruir, há sempre uma escassez de recursos e, portanto, de bens a serem oferecidos a essa mesma sociedade. Amaral afirma que a escassez significa apenas dizer que o bem não é suficiente para atender a todos,²⁵ e, se estes são escassos, cabe ao ordenamento jurídico disciplinar quais e como esses bens serão fornecidos pelo poder público e como esses mesmos bens poderão ser exigidos desse mesmo poder público. No nosso caso, coube à Constituição definir o sistema jurídico financeiro que exercerá a regulamentação do processo político de escolhas das necessidades a serem satisfeitas e que veremos ainda neste capítulo.

1.1.1 O mito das finanças neutras

Com a formação política do Estado Liberal, passou-se a dar importância às finanças públicas como instrumento ideológico da própria concepção do Estado. Isto é, esta atividade era tida como um obstáculo ao desenvolvimento, no sentido de que se deveria intervir o quanto menos na economia e na vida dos cidadãos para que pudessem florescer livremente. A atividade financeira que o Estado desenvolvia, portanto, era vista com maus olhos, tanto no que diz respeito à quantidade de tributos a serem arrecadados, quanto ao montante de necessidades que deveriam ser satisfeitas pelo poder público. Neste último caso, quanto mais necessidades fossem satisfeitas na esfera pública, menos sobraria aos particulares para que estes estabelecessem os seus preços e aumentassem o seu mercado.

Nesse tipo de Estado, portanto, as finanças deveriam ser *neutras*, no sentido de que:

O Estado devia cobrar receitas apenas para cobrir despesas, e fazer despesas apenas com aqueles bens estritamente indispensáveis cuja produção, sendo

²⁵ AMARAL, Gustavo, e MELO, Danielle. **Há Direitos Acima dos Orçamentos?**, in Direitos Fundamentais, Orçamento e “Reserva do Possível”. SARLET, Ingo W. (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 96.

pouco ou nada lucrativa, os particulares não tivessem interesse em empreender.²⁶

Para os que construíram a ideia de um Estado Liberal não havia interesse em um Estado ativo, que empreendesse e satisfizesse ele mesmo as necessidades coletivas. Segundo António de Sousa Franco, esse modelo se resumia a algumas perspectivas fundamentais: primeiramente a redução ou restrição do papel do Estado e a atuação da iniciativa privada como instrumento fundamental de progresso na atividade econômica; em segundo lugar, caberia ao Estado apenas criar as condições que permitissem à sociedade manter-se organizada e estável, à propriedade privada defender-se e à iniciativa privada prosperar; a redução do setor público a não mais de 10 a 15 por cento do PIB, e a simplicidade no estabelecimento da atividade financeira.²⁷

Por fim, Franco coloca como importante característica do Estado Liberal, em relação à atividade financeira, a importância da atividade democrática parlamentar e a proteção dos direitos humanos de 1ª geração, em especial o direito de propriedade, como dissemos.²⁸

Superado o modelo liberal de Estado, houve uma transição para o modelo de Estado Social com profundas relações e influências na atividade financeira desenvolvida pelo poder público. Teixeira Ribeiro afirma que no último quartel do século XIX o Estado passou a intervir frequentemente na vida econômica com seus instrumentos financeiros, iniciando a era das *finanças intervencionistas*.²⁹

Uma série de fatos é mencionada por Franco como determinante nesse processo de transição, entre eles: o aumento da intervenção de classes mais pobres e médias pelo voto e o aparecimento dos partidos trabalhistas e socialistas; a necessidade de intervenções militares por forças armadas cada vez mais caras; e novas necessidades sociais e econômicas como o desemprego no início do século XX.³⁰ Paulo Bonavides afirma que a crise por que passou o Ocidente no séc. XX teria sido, principalmente, a crise da liberdade em sua conceituação clássica, “oriunda do liberalismo, e caduca, perante os novos rumos que tomou a evolução social”.³¹

²⁶ RIBEIRO, José Joaquim Teixeira. **Lições de Finanças Públicas**. 5ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 41.

²⁷ FRANCO, António L. de Sousa. Ob. cit., p. 52 e 53.

²⁸ Idem, p. 55 e 56.

²⁹ RIBEIRO, José Joaquim Teixeira. Ob. cit., p. 41.

³⁰ FRANCO, António L. de Sousa. Ob. cit., p. 58 e 59.

³¹ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 60.

O Estado interventor passa a suprir ele mesmo as necessidades públicas ao invés de deixar para os particulares a produção e distribuição dos bens de riqueza. A atividade financeira, portanto, passa a buscar a diminuição das desigualdades com a necessária distribuição de riqueza em favor dos menos favorecidos.³² O setor público, então, passa a absorver de 30 a 50 por cento do rendimento nacional, e as finanças públicas, que eram simples, passam a ser complexas, estabelecendo mecanismos claros de extrafiscalidade.³³ Dessa forma, o Estado passa a ser ativo arrecadando cada vez mais e conseqüentemente realizando despesas e satisfazendo necessidades que antes eram deixadas a cargo dos particulares.

Teria havido nesse momento histórico do início do século XX, e com reflexo no momento atual, como veremos adiante, um declínio da instituição do parlamento, ou melhor, do que chamamos Poder Legislativo, com predominância da decisão proferida pelo Executivo, bem como uma crescente demanda por direitos que refletiriam no aumento dos gastos públicos e a correspondente arrecadação auferida pelo Estado.³⁴

É possível, portanto, estabelecer uma relação direta entre o surgimento das gerações de direitos fundamentais e a atividade financeira desenvolvida pelo Estado em cada momento. E não poderia ser diferente. O Estado é o grande garante desses direitos e para que haja não só uma proteção, como também sua implementação, é preciso que a atividade financeira por ele desenvolvida seja ampliada, aumentando o valor arrecadado com impostos e tornando cada vez mais complexa essa atividade de arrecadar e gastar. Celso Furtado afirma que o Imposto sobre Importações era a base da receita do Governo Central do Brasil no fim do século XIX.³⁵ Evidentemente uma atividade financeira tão simples não poderia ter satisfeito os direitos que iriam ser tutelados pelo Estado brasileiro no século seguinte. Era necessário aumentar a arrecadação para que o Estado pudesse intervir na economia, satisfazendo-se assim mais necessidades públicas.

É evidente que o termo *finanças neutras* é equivocado e apenas serve de instrumento ideológico de um Estado Liberal ou Neoliberal. Nenhuma atividade desenvolvida pelo Estado é neutra, assim como nenhuma ideologia o é. Mas certamente mudanças fundamentais ocorreram

³² RIBEIRO, José Joaquim Teixeira. Ob. cit., p. 42.

³³ FRANCO, António L. de Sousa. Ob. cit., p. 63 e 64.

³⁴ FRANCO, António L. de Sousa. Ob. cit., p. 64 e 65.

³⁵ FURTADO, Celso. **Formação Econômica do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 243.

no modo como os entes estatais desenvolviam essas atividades de arrecadação, gestão e dispêndio de verbas, e é importante compreendê-las para que se possa entender o papel do Estado como implementador de direitos.

1.2 O custo dos direitos

Um Estado falido não pode efetivar direitos fundamentais. É pressuposto, portanto, de um Estado protetor de direitos, um Estado que arrecada suficientemente para satisfazer tais direitos. Os direitos fundamentais que estão consagrados na Constituição Federal brasileira exigem um cumprimento imediato e cabe ao Estado tutelar a maioria desses direitos, satisfazendo o que na doutrina financeira comumente se chama de necessidades públicas. Mas esses direitos custam ao Estado, e um Estado falido ou com atividade financeira simplória não pode proporcionar os direitos que a população exige. Do mesmo modo, um Estado rico pode proporcionar direitos de todas as vertentes, gerações, desde que escolha suas prioridades. Na maioria dos casos, cabe às leis orçamentárias definir que direitos, independentemente de qualquer classificação, serão os contemplados em determinado período.

Por isso o discurso de proteção e de implementação dos direitos passa por uma análise orçamentária que avaliará como e de que forma o Estado pode efetivar tais direitos. É preciso que as discussões orçamentárias passem a figurar como preocupação principal daqueles que estudam os direitos fundamentais. Murphy e Nagel afirmam que geralmente, por trás das divergências acerca do âmbito legítimo dos benefícios e constrangimentos governamentais sobre os direitos fundamentais, há uma discussão sobre a tributação ou o financiamento desses direitos,³⁶ demonstrando que discutir a legitimidade de certos direitos a serem exigidos leva, quase que necessariamente, a argumentar sobre a necessidade de esses direitos serem financiados pelo Estado ou por quem se propuser a financiá-los.

A primeira barreira que deve ser quebrada quando do exame de direitos fundamentais é a de que apenas os direitos sociais custam para o Estado. Stephen Holmes e Cass Sunstein demonstram no livro *The Cost of Rights* que a liberdade também custa caro para o Estado, e que camuflar isso apenas esconde uma opção ideológica liberal e de restrição aos direitos sociais. Os

³⁶ MURPHY, Liam, NAGEL, Thomas. Ob. cit., p. 09.

autores alertam também para o fato de que os direitos trazem custos não apenas diretos como indiretos dentro dos orçamentos públicos. Como exemplo eles citam a liberdade de locomoção criada na África do Sul após o *apartheid*, e os custos indiretos gerados pela necessidade de aumento da infraestrutura urbana, incluindo água, transporte, hospitais etc.³⁷ Ou seja, um direito típico da 1ª geração ou dimensão (discutiremos isso adiante) pode gerar tantas despesas orçamentárias quanto os direitos sociais, porém nestes as despesas restam mais evidentes. Ana Paula de Barcellos corrobora esse entendimento, afirmando que toda e qualquer ação estatal envolve gasto de dinheiro público, e a simples existência de órgãos estatais – do Executivo, do Legislativo e do Judiciário – envolve dispêndio permanente, ao menos com a manutenção das instalações físicas e a remuneração dos titulares dos poderes e dos servidores públicos.³⁸

Outro aspecto importante dentro dessa teoria dos custos dos direitos é que através dela busca-se conscientizar as pessoas para a realidade de que os direitos custam para a sociedade, sem necessariamente trazer um discurso de negação, mas, pelo contrário, afirmativo de direitos.³⁹ Nesse sentido, afirma Flávio Galdino em livro sobre o tema que:

A crença na ausência de custos de alguns direitos permite a consagração de uma orientação conservadora de proteção máxima de tais direitos (normalmente os estritamente individuais: liberdade e, principalmente, propriedade) em detrimento dos chamados sociais, o que se mostra, a partir da compreensão de que todos custam, absolutamente equivocado, descortinando a opção ideológica encoberta pela ignorância.⁴⁰

A teoria dos custos dos direitos, portanto, pretende dar importância à atividade financeira do Estado na consagração dos direitos por ele escolhidos como fundamentais, no sentido de que não há direito que exija apenas abstenções. Até mesmo direitos ditos de primeira geração ou dimensão, classicamente classificados como negativos ou de abstenção, geram custos para que possam ser efetivados em toda a sua essência.

Há muito se discute sobre a terminologia correta para a classificação dos Direitos Fundamentais. Antes de tudo, direitos fundamentais são direitos históricos, aliás, como qualquer tipo de direito, na medida em que eles não são imanentes à condição humana, mas conquistados

³⁷ HOLMES, Stephen, SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights**. New York/London: W. W. Norton & Company, 1999, p. 22.

³⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas**, in Revista de Direito Administrativo, nº 240, p. 83-103, 2005.

³⁹ HOLMES, Stephen, SUNSTEIN, Cass. Ob. cit., p. 24.

⁴⁰ GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**. Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2005, p. 205.

por meio de lutas travadas pelos homens.⁴¹ No Brasil, essa luta é caracterizada pelo processo de redemocratização por que passou o País na década de 80 do século passado. Contudo, quando se fala em gerações de direitos fundamentais, se pensa no processo desenvolvido no mundo ocidental de conquista desses direitos.

Basicamente há três gerações, mas há quem sustente que há mais.⁴² Segundo Paulo Bonavides, a primeira geração seria caracterizada pelos direitos de liberdade, enquanto a segunda, pelos direitos de igualdade, chamados direitos sociais, e a terceira, pelos de fraternidade, numa nítida referência aos ideais da Revolução Francesa.⁴³

O termo “geração” de direitos fundamentais pretende caracterizar a sucessão histórica desses direitos. Tendo os de primeira geração sido adquiridos pela humanidade em primeiro lugar e assim por diante. Galdino critica tal expressão, no sentido de que teria sido usada inicialmente na teoria inglesa de Marshall sem que mesmo tal teoria fosse citada pelos autores, e que não teria aplicação no Brasil, pela falta da ordem de sucessão de tais direitos.⁴⁴

O termo “dimensões”, por sua vez, ressalta as características imanentes diferenciadoras dos direitos chamados de liberdade dos direitos sociais. Não pretende, portanto, excluir uma geração após a outra, como o termo anterior é acusado de sugerir, mas apenas afirmar que tais direitos possuem aspectos diferentes uns dos outros.

Essa divisão dos Direitos Fundamentais em “dimensões” ou “gerações” oculta, muitas vezes, uma falácia de que uma geração geraria mais custos do que a outra e pretende definir quais direitos podem ser efetivados pelo Judiciário e quais não. Mais do que uma opção científica, definir dimensões de direitos fundamentais é uma opção política. Mas o direito possui outros critérios para trabalhar tais direitos fundamentais. Esse critério tem em conta que direitos de qualquer geração ou dimensão exigem prestações positivas e também abstenções do Estado.

⁴¹ Nesse sentido, Clèmerson Merlin Clève afirma que “Basta o resgate desses dados para se perceber que o poder não pode ser estudado à margem da história. Cabe à história, afinal, demonstrar o sentido que os conceitos assumem em cada período”. **Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 19.

⁴² A quarta seria caracterizada pelos direitos à Democracia, à informação, e ao pluralismo. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p 517.

⁴³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p 517.

⁴⁴ GALDINO, Flávio. Ob. cit., p. 168 a 173.

É comum entre os autores que tratam de direitos fundamentais dividi-los em direitos negativos e direitos positivos. No sentido de que haveria direitos que exigiriam meras abstenções dos Estados, enquanto outros, os positivos, exigiriam uma prestação pública ativa. No entanto, do ponto de vista jurídico do Orçamento Público, todos os direitos fundamentais devem ser tratados sem diferenciação. Isso se deve ao fato de que, quando se trata de orçamento, não se irá observar a tutela de omissões, mas sempre de ações positivas que o Estado deve tomar e que, por isso, geram despesas para o ente público. Todos os direitos previstos nos orçamentos são direitos a prestações, por preverem uma ação estatal que será realizada por meio de uma despesa que o Estado efetua. Mesmo a face negativa dos direitos, isto é, que exige abstenções, é vista pelo orçamento pelos gastos que geram. Como exemplo, temos o direito negativo de não ter a propriedade invadida pelo próprio Estado. No orçamento não pode constar esse não-fazer, mas apenas o gasto que o ente realiza treinando os policiais e agentes públicos para que estes não invadam as propriedades privadas sem autorização judicial ou nas demais hipóteses admitidas no direito.

Homes e Sunstein afirmam que se direitos fundamentais fossem meras imunidades contra o Estado, a maior virtude de um governo seria a paralisia ou a inação.⁴⁵ Direitos como a propriedade ou liberdade, por exemplo, tipicamente negativos, exigem um postura ativa do Estado em diversos momentos, seja no treinamento e recrutamento de policiais para proteger a liberdade dos cidadãos e os seus patrimônios, seja pela manutenção de um Poder Judiciário ágil e prestativo na proteção desses mesmos direitos. De nada adianta possuir normas tutelando o direito à propriedade se não há um aparato estatal que garanta a força de suas decisões jurídicas tutelando efetivamente tais direitos.

Não há, portanto, em si, direitos fundamentais negativos ou positivos. Assim, como afirma Gustavo Amaral, “um mesmo direito pode dar origem a pretensões positivas e negativas”.⁴⁶ É evidente que há aspectos da liberdade que apenas podem ser tutelados pela inércia do Estado. Um exemplo disso é o princípio do direito tributário ao não confisco. O Estado pode agir, mas dentro dos limites estabelecidos pelo ordenamento para que não ofenda outro direito conferido por ele de propriedade sobre os bens. Mas o direito à propriedade não se resume a isso.

⁴⁵ HOLMES, Stephen, SUNSTEIN, Ob. cit., p. 44.

⁴⁶ AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha**. Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Portanto, pode-se afirmar que os direitos fundamentais possuem aspectos positivos e negativos, sendo contraproducente classificá-los previamente de outra forma.

Segundo Galdino, a linha que supostamente divide os direitos em positivos e negativos é estabelecida pelas cortes judiciais, visando manter sob a falsa aparência de neutralidade os critérios tradicionais de distribuição dos bens sociais.⁴⁷ Para nós, o que irá importar é que tal critério de separação dos direitos fundamentais não poderá servir na elaboração de decisões jurídicas acerca da alocação de recursos públicos, de forma que deverão ser buscados outros critérios para decidir acerca da tutela de determinados direitos.

Alexy fala em direitos a ações negativas, que seriam direitos de defesa, e direitos a ações positivas, classificando os direitos sociais como direitos a prestações positivas em sentido estrito.⁴⁸ Segundo ele:

Direitos a prestação em sentido estrito são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares.⁴⁹

Para Ricardo Lobo Torres, ao invés, a tese da indivisibilidade dos direitos fundamentais: i) não resolve o problema da sua efetividade sem a intermediação do legislador; ii) banaliza a temática dos direitos da liberdade sem fortalecer a dos direitos da justiça; iii) tenta substituir as políticas públicas pela subsunção no processo judicial, “atitude típica do bacharelismo”.⁵⁰ No entanto, devemos discordar do autor por acreditar que dividir os direitos fundamentais em questões de implementação orçamentária apenas mascara a realidade dos custos dos direitos fundamentais, no sentido de que, como afirma Gustavo Amaral, todos eles representam um custo maior ou menor para o Estado.⁵¹ E também porque essa unificação não banaliza o tema, mas busca uma efetivação maior não apenas dos direitos de 1ª geração, mas também dos das demais gerações. Por último, porque não tenta substituir as políticas públicas

⁴⁷ GALDINO, Flávio. Ob. cit., p. 206.

⁴⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 499.

⁴⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 499.

⁵⁰ TORRES, Ricardo Lobo. **O Mínimo Existencial, os Direitos Sociais e os Desafios de Natureza Orçamentária**, in *Direitos Fundamentais, Orçamento e “Reserva do Possível”*. SARLET, Ingo W. (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 73 e 74.

⁵¹ AMARAL, Gustavo, e MELO, Danielle. **Há Direitos Acima dos Orçamentos?**, in *Direitos Fundamentais, Orçamento e “Reserva do Possível”*. SARLET, Ingo W. (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 97.

pelo processo judicial, mas uni-las em torno dessa questão maior que é a efetivação dos direitos fundamentais por meio do Orçamento Público.

Segue afirmando Ricardo Lobo Torres que os direitos sociais existem sob a “reserva do possível”, no sentido de que esses direitos apenas seriam concretizados de acordo com as disponibilidades orçamentárias, e que as normas constitucionais sobre os direitos sociais seriam “meramente programáticas: restringem-se a fornecer as diretivas ou a orientação para o legislador e não têm eficácia vinculante”.⁵² A doutrina de um modo geral rechaça esse termo programático. Ele não serve mais para explicar o tipo de norma constitucional garantidora de um direito, e, como veremos no último capítulo, também não nos serve o termo “reserva do possível”.

Antes de tudo, é preciso reafirmar os custos dos direitos fundamentais. Não há base teórica para a afirmação de que os direitos sociais custam mais para o Estado do que os direitos individuais. Isso constitui nada mais nada menos que uma opção política liberal de satisfação dos direitos de primeira geração em detrimento dos direitos sociais.

Contudo, em matéria orçamentária, todos os direitos são vistos pelo prisma de suas expectativas positivas. Não constam no orçamento abstenções do Estado. Não há uma dotação orçamentária prevendo um gasto com a inação do poder público. O Orçamento apenas tutela ações positivas. O jurista é quem tenta identificar dentro daqueles gastos quais satisfazem determinada geração de direitos. Porém, essa busca é infrutífera e não fornece critérios para a decisão a ser tomada pelo formulador das políticas públicas, nem pelo juiz. Por que um magistrado poderia condenar o poder público a fornecer um serviço não previsto no Orçamento que satisfaça um direito de primeira dimensão, e não um serviço que satisfaz um de segunda? Nada indica previamente que o primeiro será mais barato que o segundo. Outros critérios, portanto, deverão ser propostos a fim de que decisões jurídicas possam ser tomadas para satisfazer os direitos fundamentais.

Percebe-se então que o termo geração ou dimensão apenas tem importância na justificação ou classificação histórica dos direitos fundamentais, mas não importa para a sua efetivação por meio do orçamento público, mesmo porque não é uma classificação estritamente jurídica. Isso porque todos os direitos fundamentais possuem prestações positivas e negativas que

⁵² TORRES, Ricardo Lobo **O Mínimo Existencial, os Direitos Sociais e os Desafios de Natureza Orçamentária**, in *Direitos Fundamentais, Orçamento e “Reserva do Possível”*. SARLET, Ingo W. (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 80 e 81.

os satisfazem, e o Orçamento público apenas lida com as prestações de natureza positiva, sendo as abstenções indiferentes no plano de ação estatal. É evidente que a abstenção do Estado será de grande importância para satisfazer os direitos fundamentais, mas não surgem dúvidas na aplicação judicial tutelando essa vertente dos direitos, no sentido de que o juiz não iria deixar de conceder uma abstenção quando evidente o direito do cidadão, o que não acontece quando se trata de prestações positivas.

Isto é, a grande dúvida no controle jurisdicional da positivação das despesas públicas é se há possibilidade de um tribunal mandar o administrador público realizar uma despesa, e, se possível for, em que situações isso seria viável do ponto de vista da legitimação do Judiciário. Questões essas a que pretendemos responder no último capítulo do trabalho.

1.3 Sistema orçamentário brasileiro

O que pretendemos aqui é, por meio de um sistema descritivo, qual seja a ciência do direito, analisar outro sistema, mas prescritivo, o sistema orçamentário brasileiro, que pretende modificar deonticamente as condutas dos agentes públicos que regem as finanças estatais.

A Constituição Federal brasileira é que procura estruturar esse sistema, basicamente do artigo 163 ao artigo 169. Em tais artigos estabelece as linhas gerais desse sistema, definindo: a competência das leis complementares em matéria financeira; a tripartição do Orçamento em leis orçamentárias e suas especificações; bem como aspectos bastante gerais da execução desses orçamentos.

Com relação à competência das leis complementares em matéria financeira, José Afonso da Silva diz que são sete os momentos em que ela é requisitada.⁵³ Mas por falta de Lei Complementar em matéria financeira, a Lei 4.320/1964 passou a ser interpretada como tal, já que na época que foi formulada não se exigia tal *quorum* especial para a disposição da matéria.

Entretanto, o referido diploma normativo não esgotou todos os assuntos que por lei complementar devem ser regulamentados em matéria financeira. Portanto, outra lei fora criada para atender a esse fim, a Lei Complementar n° 101, também chamada de Lei de

⁵³ Artigos 146; 148; 153, VII; 154, I; 155, XII; 156, III; 161. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.709.

Responsabilidade Fiscal, que estabelece como requisitos para a gestão pública, em resumo, a ação planejada e transparente, a prevenção de riscos de desequilíbrios das contas públicas, bem como a disposição de limites para a despesa com pessoal, dívida pública, renúncia de receita e inscrição em restos a pagar.⁵⁴

A Carta dispõe ainda sobre a criação de três leis orçamentárias, em todos os níveis federativos, isto é, União, Estados, Municípios e Distrito Federal, de iniciativa do Poder Executivo. São elas: o plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e a lei orçamentária anual.

1.3.1 As três leis orçamentárias

O Estado define por meio da Constituição quais ações devem ser tomadas por ele no presente e futuro. Mas enquanto dispostas apenas na Carta Magna, tais ações permanecem abstratas. O Orçamento público é o grande concretizador dessas ações, no sentido de que ele especifica por meio de suas leis em quais áreas e de que forma os recursos retirados da sociedade serão utilizados. É que o Estado formula políticas públicas também por meio do orçamento. Nesse sentido afirma Marcus Aurélio Barros que:

(...) o estudo do controle de políticas públicas deve passar por uma fiscalização mais aguda dos gastos públicos e recursos orçamentários, bem como pelo acompanhamento de metas definidas em lei orçamentárias, convênios ou diversos outros documentos produzidos pelas instâncias governamentais.⁵⁵

Com isso se pretende afirmar que se o objetivo é controlar as ações que são impostas pela Constituição, deve-se dar uma atenção às leis que fixam os recursos orçamentários e os gastos deles decorrentes, não como único instrumento possível de veiculação, mas como principal meio de efetivação dessas políticas. Alfredo Augusto Becker é muito mais enfático ao afirmar que se o Estado escolhe aprovar orçamentos periódicos, a sua constituição se daria por períodos determinados, ou seja, os períodos orçamentários.⁵⁶ Discordamos apenas no que diz

⁵⁴ Mesmo assim, a referida Lei Complementar n. 101 não esgotou a matéria financeira, restando certos aspectos em aberto.

⁵⁵ BARROS, Marcus A. de F., **Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**: parâmetros objetivos e tutela coletiva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 61.

⁵⁶ BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 3ª ed. São Paulo: Lejus, 1998, p. 231.

respeito à constituição do Estado, que em nosso sentir se dá por meio justamente da Constituição Federal, mas não desprezamos por isso a importância que possuem as leis orçamentárias. O Estado não pode atuar senão por meio delas, isto é, elas fixam concretamente as ações que abstratamente figuram na Constituição.

O Orçamento Público, no entanto, não é disposto apenas por uma lei, mas por três. As leis que viabilizam o Orçamento possuem algumas funções. A primeira delas é estabelecer um mecanismo de controle eficiente das contas públicas. Isto é, desde suas origens o Orçamento teve como finalidade possibilitar o controle das contas do Estado por outros órgãos desse mesmo Estado, como também pela população que tivesse acesso à peça orçamentária. Outra função importante das leis orçamentárias é a proposição de um plano de governo. As ações e políticas públicas que o governo pretende desenvolver devem estar necessariamente previstas nas leis que positivam o Orçamento. Por fim, é objetivo das leis orçamentárias relacionar as receitas e as despesas de forma a estabelecer o equilíbrio orçamentário.⁵⁷

A função de **controle** das leis orçamentárias é a primeira e a mais antiga das funções dos orçamentos. Isso porque o orçamento surgiu na Inglaterra como forma que o Parlamento desenvolveu para efetuar esse controle sobre o Poder Executivo. No entanto, essa função do orçamento evoluiu e hoje possui outras características. Ela fica evidente na concepção clássica de que só se pode gastar o previsto nas leis orçamentárias,⁵⁸ mas vai além disso. As leis orçamentárias hoje devem dispor as despesas com pessoal, as dívidas que o ente público pode assumir, limitadas pela Lei de Responsabilidade Fiscal e pelo nível de receita que se pensa atingir no ano em que vigora o Orçamento proposto.

Com relação à função de **planejamento**, as leis orçamentárias buscam direcionar as ações estatais e diminuir o efeito das mudanças de governo. Assim, o orçamento pretende, mais evidentemente do que as outras leis, conduzir o futuro no sentido de fazer com que uma realidade venha a ser. Ele prevê uma arrecadação que possivelmente ocorrerá e propõe meios para que isso aconteça. Da mesma forma, prevê ações que o poder público irá tomar por meio do gasto dos recursos que foram anteriormente arrecadados. Por isso se diz que o planejamento levanta dados

⁵⁷ O equilíbrio orçamentário é um princípio eminentemente liberal, e desde a experiência americana liderada por Keynes é defensável um orçamento desequilibrado deficitariamente.

⁵⁸ Na Constituição brasileira pode-se dizer que esta função está positivada no artigo 167.

e circunstâncias para, com base nesses fatos, condicionar e conduzir os acontecimentos futuros.⁵⁹ Acontece que nem tudo ocorre da forma planejada, por isso se deve permitir que o planejamento seja adaptável aos acontecimentos econômicos e financeiros futuros, mas sem torná-lo desprovido de juridicidade e proteção jurisdicional.⁶⁰

Com vistas à necessidade de programação a ser exercida pelas leis orçamentárias, surgiu no Brasil a técnica orçamentária do orçamento-programa. José Afonso da Silva afirma que antes de surgir essa técnica não se havia concebido o orçamento como instrumento de ação, não se cogitava, assim, das “necessidades reais da administração e da população, nem dos objetivos econômico-sociais a atingir com sua execução”.⁶¹ O autor afirma que a ideia de planejamento do orçamento-programa surgiu na União Soviética socialista como meio de promover o desenvolvimento econômico e social do País,⁶² passando por modificações estruturais para ser aplicado em sociedades capitalistas. As influências das técnicas do orçamento-programa são enormes no sistema brasileiro atual, entre elas, a necessidade de positivação de um plano plurianual que, como veremos, satisfaz a necessidade de planejamento em longo prazo das ações estatais.

Outra função do orçamento, segundo Sousa Franco, seria a de **garantia dos direitos fundamentais**, pretendendo afirmar que:

Através da disciplina orçamental que a propriedade privada só é tributada na medida em que tal seja consentido pelos representantes dos proprietários (os deputados); numa óptica menos liberal, garante-se que os rendimentos só são tributados para cobrir os gastos públicos mediante decisão dos representantes dos titulares desses rendimentos – trabalhadores, proprietários, capitalistas (que, como cidadãos, estão representados pelos deputados no Parlamento).⁶³

Com relação à proteção de garantia dos direitos pelos orçamentos, os direitos sociais, por exemplo, praticamente não possuem implementação fora dos orçamentos, tendo em vista que muitas vezes não é aceita pelo Judiciário a satisfação desses direitos de forma coletiva por meio de ações judiciais. As leis que dispõem o orçamento, portanto, devem ser objeto de estudo

⁵⁹ SILVA, Sandoval Alves. **Direitos Sociais: leis orçamentárias como instrumento de implementação**. Curitiba: Juruá Editora, 2007, p. 121.

⁶⁰ Idem, p. 122.

⁶¹ SILVA, José Afonso da. **Orçamento-programa no Brasil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973, p. 1 e 2.

⁶² Idem, p. 20.

⁶³ FRANCO, António L. de Sousa. Ob. cit., p. 339.

daqueles que pretendem ver satisfeitos os direitos fundamentais, sob pena de reduzi-los a meras expectativas de direito.

O plano plurianual, chamado de PPA, é a primeira das leis orçamentárias. Por possuir vigência de quatro anos estabelece as diretrizes e metas a longo prazo da administração pública. É um instrumento de programação ou planejamento das atividades governamentais por excelência. Por meio do PPA formulam-se políticas públicas em todas as áreas em que o Estado pretende atuar, estabelecendo diretrizes vinculativas em todas as esferas dos governos. Uma das características interessantes do plano é que ele vige do segundo ano do mandato do prefeito, governador ou presidente até o primeiro ano do próximo mandato. Dessa forma, pretende-se que o planejamento elaborado pelo administrador daquele período não seja cortado por completo com as mudanças eleitorais. Assim, quando um chefe do Poder Executivo é empossado, herda o plano plurianual elaborado na gestão anterior,⁶⁴ satisfazendo a necessidade de continuidade dos serviços públicos.

Das leis orçamentárias, o plano plurianual é a que tem uma previsão mais voltada para o Estado social ou de prestação e menos para a gestão fiscal,⁶⁵ muito embora estabeleça metas também na área da gestão fiscal. A Lei 11.653, de 2008, que estabelece o Plano Plurianual de 2008 a 2011 para a União Federal, dispõe como diretrizes da gestão fiscal:

- I - elevação dos investimentos públicos aliada à contenção do crescimento das despesas correntes primárias até o final do período do Plano;
- II - redução gradual da carga tributária federal aliada ao ganho de eficiência e combate à evasão na arrecadação;
- III - preservação de resultados fiscais de forma a reduzir os encargos da dívida pública.⁶⁶

Vê-se que as três metas da gestão fiscal são metas tipicamente liberais, ao estabelecerem redução da carga tributária, redução das despesas correntes e redução das dívidas, ou seja, a redução do Estado como um todo. Contudo o Plano Plurianual deve exercer um papel mais importante e elevado do que simplesmente estabelecer metas fiscais. Uma disposição interessante que traz o Plano Plurianual vigente e que contraria essa característica é a necessidade de os Poderes Legislativo e Executivo estimularem a participação da sociedade na formação das leis orçamentárias, de forma a realizar audiências públicas regionais ou temáticas onde a

⁶⁴ Também herda, evidentemente, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual elaboradas no mandato anterior ao seu.

⁶⁵ SILVA, Sandoval Alves. Ob. cit., p. 134.

⁶⁶ BRASIL. Lei 11.653, de 7 de abril de 2008.

população poderia realizar certas opções dentro daquelas apresentadas pelos poderes. Ainda é pouco, mas é um avanço. Por fim, é também seu papel direcionar as políticas públicas do Estado, manter uma programação rígida e contínua em relação às mudanças de governo, bem como vincular a formação das demais leis orçamentárias.

Por isso, baseada nas metas e objetivos propostos pelo plano, a Lei de Diretrizes Orçamentárias estabelecerá também metas e objetivos da administração pública, com a diferença de fazê-lo para um prazo curto, visto que vige pelo período de um ano. A lei complementar número 101 adicionou exigências à formulação da lei, que deve conter, por exemplo, normas que regulem o equilíbrio entre receitas e despesas (art 4º, I, a), além de normas que disponham acerca da limitação do empenho (art 4º, I, b), entre outras.

Uma importante exigência trazida pela Lei Complementar, no tocante à lei de diretrizes orçamentárias, foi a do Anexo de Metas Fiscais, que deve acompanhá-la, contudo com período de vigência de três anos. E que, segundo o inciso V do parágrafo 2º do artigo 4º da lei, deve conter: “demonstrativo da estimativa e compensação da renúncia de receita e da margem de expansão das despesas obrigatórias de caráter continuado”. Com tal dispositivo o legislador complementar visou regular a atividade financeira estatal através de um maior controle no uso das renúncias de receita e das despesas que se propaguem no tempo. Outra exigência importante que terá de ser efetivada pela lei de diretrizes é a de informar, no chamado Anexo de Riscos Fiscais, a avaliação dos riscos capazes de afetar as contas públicas, e suas possíveis soluções.

Temos então a lei orçamentária anual, que deverá ser formulada com fundamento na lei de diretrizes orçamentárias e no plano plurianual (artigo 5º da Lei Complementar número 101 de 2000), e que deverá conter apenas normas que prevejam a receita e fixem as despesas (parágrafo 8º do artigo 165 da Constituição Federal). Deve a lei orçamentária anual estar de acordo com os princípios orçamentários clássicos da unidade e da universalidade. Unidade porque se exige que todo o orçamento seja elaborado em peça única, e universalidade porque todas as receitas e todas as despesas devem estar dispostas nessa peça única.

Hans Kelsen afirma que uma norma apenas pode ter como fundamento de validade outra norma,⁶⁷ e assim funcionam essas três leis orçamentárias. O plano plurianual, que tem vigência de quatro anos, serve como fundamento de validade à lei de diretrizes orçamentárias,

⁶⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 215.

que por sua vez fundamenta a lei orçamentária anual. Por esse motivo o plano plurianual vigente para os anos de 2008 a 2011 afirma que: “Os programas e ações deste Plano serão observados nas leis de diretrizes orçamentárias, nas leis orçamentárias anuais e nas leis que as modifiquem”.⁶⁸ Essa expressão trazida no artigo 3º da lei, no entanto, funciona não apenas no que diz respeito ao orçamento federal, mas em todas as esferas e a qualquer tempo. Portanto, se um município silenciar quanto a isto, não se quer dizer que a demais leis poderiam dispor questões em desacordo com as anteriores. Nesse sentido é que se pode afirmar que a lei orçamentária anual não pode se formar em contradição com o disposto na lei de diretrizes orçamentárias e no plano plurianual, nem a lei de diretrizes orçamentária com o disposto no mesmo plano, além de que, obviamente, todas devem ter em mente e seguir as disposições constitucionais. Discordando, Clèmerson Clève afirma que tais leis estariam no mesmo patamar hierárquico, entretanto, servindo de parâmetro de validade umas das outras, sendo “correta a afirmação segundo a qual a lei orçamentária violadora da lei de diretrizes orçamentárias será inconstitucional e não apenas ilegal”.⁶⁹ No entanto, se fundamento de validade é hierarquia, isto é, se uma norma superior funda a validade da inferior, esta é superior hierarquicamente àquela.

Por isso não se pode dizer que a elaboração das leis orçamentárias se dá de modo absolutamente livre. Nesse sentido, ao comentar a Constituição Portuguesa, J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira afirmam que:

O orçamento não é um acto livre, tendo de ser elaborado de harmonia com as grandes opções do plano anual e tendo em conta as obrigações decorrentes de lei ou de contrato.⁷⁰

E segue afirmando que:

Quanto às **grandes opções do plano**, (...), não podendo contrariar as suas opções, sob pena de as tornar ineficazes. A submissão do orçamento à lei do plano sublinha a concepção constitucional do orçamento como função e instrumento da política económica.

Não há, logo, uma liberdade incondicional na formulação das leis orçamentárias, tendo em vista que o orçamento deve ser feito com base, principalmente, nas normas

⁶⁸ BRASIL. Lei 11.653 de 7 de abril de 2008.

⁶⁹ CLÈVE, Clèmerson M. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

⁷⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Volume I. 4ª ed. Revista. Coimbra: Coimbra editora, 2007, p. 1106.

constitucionais que definem o processo de positivação das leis orçamentárias e que estabelecem desde já obrigações que devem constar nessas leis.

No Brasil, a Lei de Responsabilidade Fiscal ainda exige que, em anexo, seja efetivamente trazido demonstrativo de compatibilidade da programação da lei orçamentária anual com as demais leis orçamentárias, e também a previsão de eventuais medidas a serem utilizadas pelo poder público em caso de renúncia de receita e aumento das despesas obrigatórias de caráter continuado.

Portanto, a Constituição Federal, auxiliada por sua lei complementar, tratou com minúcia o Sistema Orçamentário, estabelecendo um processo legislativo fortemente vinculado, dada a sua imprescindibilidade.⁷¹ E cabe a nós interpretá-lo, através do sistema da ciência do direito, visando dar soluções aos possíveis problemas que poderão surgir quando da sua aplicação.

1.3.2 Natureza jurídica do orçamento público e das normas por ele positivadas

A regulamentação da atividade financeira é exercida pelas normas de direito financeiro. O principal instrumento introdutor de normas do direito financeiro constitui o Orçamento Público.⁷² Este surgiu como um mecanismo que os órgãos de representação teriam desenvolvido para exercer controle sobre os órgãos executivos.⁷³ Logo, não se poderia pensar em orçamento no Estado absoluto, onde o rei, pela própria essência do modelo, não precisava prestar contas daquilo que fazia ou gastava, mesmo porque seu patrimônio se confundia com o do próprio Estado.

Apenas com o advento do Estado Liberal é que os orçamentos surgiram e passaram a existir com as feições hoje vistas, já que apenas com os princípios por ele criados, tal como a separação dos poderes idealizada por Montesquieu, é que se poderia pensar em controle entre os poderes. O orçamento, portanto, surgiu como uma forma de controle do Poder Legislativo ao Executivo e só depois veio a adquirir a feição de instrumento de política fiscal e programação das

⁷¹ IVO, Gabriel. **O Processo de Formação da Lei Orçamentária Anual**. Revista Trimestral de Direito Público. Ano 34/2001, p. 169.

⁷² Não no sentido de que os orçamentos seriam mais importantes do que a Constituição, mas que essas leis são as que efetivamente destinam os recursos públicos, realizando aquilo que a Carta dispôs.

⁷³ GIACOMONI, James. **Orçamento Público**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1986, p. 57.

receitas e despesas a serem auferidas e realizadas pelo ente estatal em determinado período. Contemporaneamente é um instrumento jurídico de controle da atividade política e de implementação das políticas públicas, de forma que as atividades que o Estado desenvolve figuram necessariamente na peça orçamentária.

Régis F. de Oliveira apresenta resumo das hipóteses:

Afirmam alguns que se cuida de simples ato administrativo, sem caráter de lei. Para outros, é lei em sentido formal, lei em sentido material, lei material e formal. Por fim, alguns sustentam que é lei em relação à receita e ato administrativo no tocante à despesa.⁷⁴

Muito embora Kelsen já tenha argumentado acerca da fenomenologia desta discussão: “(...) seria mais correto falar de forma legal e conteúdo legal em vez de lei em sentido formal e material”.⁷⁵

Essa discussão se resumirá ao aspecto vinculativo do orçamento no tocante à despesa, visto que, caso a fixação das despesas tenha caráter vinculativo,⁷⁶ seria lei em sentido material, e caso não tenha, seria apenas lei em relação à receita, mas não à despesa. Não é necessário no caso das despesas que todas elas sejam obrigatórias, mas que mesmo as normas que dispõem autorizações sejam vinculativas do comportamento dos agentes públicos em algum sentido, como veremos adiante.

Pois não caberia o argumento, de forma alguma, de que não seria lei em sentido formal, uma vez que as leis orçamentárias seguem procedimentos típicos da aprovação dos demais projetos de lei,⁷⁷ mesmo se levando em conta que tais leis têm procedimento diferenciado das demais, o que não descaracteriza de maneira alguma sua formalidade legal.

Régis Fernandes de Oliveira então afirma que: “(...) basta a afirmação de que se cuida de lei em sentido formal, que estabelece a previsão de receitas e despesas, consolidando posição ideológica governamental, que lhe imprime caráter programático”.⁷⁸ O Ministro Carlos Britto, em decisão no Supremo Tribunal Federal, afirma ser indubitável o seu caráter de lei formal, e que

⁷⁴ OLIVEIRA, Régis Fernandes. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 309.

⁷⁵ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 59.

⁷⁶ Vinculativo no sentido de que mesmo as normas que estatuem permissões são imperativas.

⁷⁷ OLIVEIRA, Régis Fernandes. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 309.

⁷⁸ Idem, p. 311.

materialmente “é a lei que mais se aproxima da Constituição na decisiva influência que projeta sobre a máquina estatal administrativa e, por isso mesmo, na qualidade de vida de toda a sociedade civil”.⁷⁹

No entanto, tal discussão mascara a realidade das leis orçamentárias, que dispõem diversos tipos de normas, cada uma com suas especificidades. Essa propriedade de se dizer o direito e dispor normas é chamada de enunciação.⁸⁰ E as normas produzidas, portanto dispostas, são chamadas de enunciados. Desses enunciados podem surgir normas das mais variadas.⁸¹ As leis orçamentárias dispõem pelo menos três tipos de normas: uma que autoriza despesas, outra que orça as receitas, e outra que autoriza a abertura de créditos adicionais. Todas elas são vinculativas do comportamento do agente público, umas autorizando, outras obrigando, e proibindo certos tipos de conduta. Pois mesmo as normas que dispõem autorizações são vinculativas no sentido de que essa autorização é limitadora da ação do agente público, que só está autorizado na medida que a norma estabelece. Por exemplo, se a norma diz ao agente público que ele está autorizado a realizar a conduta “A”, fica ele proibido de realizar qualquer outra conduta que não a referida, restando apenas a alternativa de não realizar conduta alguma, tendo limitada a sua autonomia.

Logo, não restam dúvidas que o orçamento não pode ser descumprido ao sabor daquele que o aplica, que tem as leis orçamentárias como camisas-de-força que limitam sua atuação de maneira rígida. Mesmo porque se o orçamento não vinculasse, não seria direito, como afirma Kelsen:

Se o Direito é concebido como ordem coercitiva, uma conduta apenas pode ser considerada como objetivamente prescrita pelo direito e, portanto, como conteúdo de um dever jurídico, se a norma jurídica liga à conduta oposta um ato coercitivo como sanção.⁸²

Certas normas não podem ser construídas apenas com o texto de uma lei. Com o orçamento isto acontece. Deve-se, então, buscar em outros diplomas normativos a sanção ao seu descumprimento, para que possa ser considerado direito, como é.

⁷⁹ STF. ADI 4.049-9/DF. Rel Min. Carlos Britto. Publicado em 8 de maio de 2009.

⁸⁰ “O processo de produção do direito consiste na sua enunciação. O produto deste processo são os enunciados prescritivos”. IVO, Gabriel. **Norma Jurídica: produção e controle**. São Paulo: Noeses, 2006, p. 02.

⁸¹ Idem, p. XLV.

⁸² KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 129.

Todo o direito, e assim não poderia deixar de ser o Orçamento Público, visa a modificar a conduta das pessoas, por esta razão ele é obrigatório. Além do que o ordenamento jurídico prevê diversas sanções para o administrador que descumpre o orçamento público, entre elas, no âmbito penal, a perda do cargo com inabilitação de até oito anos quando da propositura da lei de diretrizes orçamentárias sem as metas fiscais para o período de três anos, como também a pena de reclusão de um a quatro anos quando da ordenação de despesa não autorizada por lei, conforme o art. 359-D do Código Penal, com redação dada pela Lei 10.028, de 2000.

Com base em Norberto Bobbio, podem-se classificar as normas jurídicas em gerais ou individuais e abstratas ou concretas. Gerais seriam aquelas universais em relação aos destinatários, e abstratas aquelas universais em relação à ação a ser tomada. Dessa forma, poderiam existir normas gerais e abstratas, gerais e concretas, individuais e abstratas, individuais e concretas.⁸³

Com base nesses conceitos iremos distinguir as normas produzidas na lei orçamentária anual, o que será extremamente útil na verificação dos efeitos que tais normas produzem e verificar a quem elas se dirigem, vinculando seus comportamentos.

Uma das regras que vincula a composição da lei orçamentária é a da exclusividade. De acordo com ela, o orçamento não pode conter normas que não sejam disposição de receita e de despesa.⁸⁴ Mas antes, como comenta José Afonso da Silva, os orçamentos brasileiros eram recheados de dispositivos sem conteúdo financeiro, constituindo as famosas *caudas orçamentárias*.⁸⁵ Segue o autor citando Sebastião de Sant'Anna e Silva:

Dando lugar aos orçamentos 'rabilongos' na pitoresca definição de Rui Barbosa, decorriam essas caudas da inserção, na lei de meios, então bipartida em lei da receita e da despesa, de dispositivos inteiramente estranhos à matéria orçamentária. Chegou-se a alterar, por meio de dispositivo incluído na lei orçamentária, o processo da ação de desquite.⁸⁶

⁸³ BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 2ª ed. Bauru: Edipro, 2003, p. 180 e 181.

⁸⁴ Há exceção no caso da autorização para abertura de créditos adicionais.

⁸⁵ SILVA, José Afonso da. **Orçamento-programa no Brasil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973, p. 108.

⁸⁶ SILVA, José Afonso da. **Orçamento-programa no Brasil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973, p. 108.

A nossa Constituição dispôs a referida regra no artigo 165, §8º.⁸⁷ Segundo ela há a proibição de se dispor outra regra que não de receita ou despesa na lei orçamentária anual, mas excepciona-se a autorização para abertura de crédito suplementar e a contratação de operações de crédito. Então, em verdade, há pelo menos quatro tipos de normas dispostas no orçamento. Uma que positiva a regra da receita, outra própria das despesas, além das duas exceções à regra da exclusividade.

O orçamento faz uma previsão do que irá ser arrecadado e conseqüentemente prevê destinações a essa previsão ao fixar as despesas a realizar. As normas que estimam as receitas são normas gerais e concretas, por preverem ações concretas e serem destinadas indefinidamente ao Estado e aos cidadãos em geral. Com relação às normas que dispõem despesas, trataremos em capítulo próprio, bastando dizer aqui que, preliminarmente, se pode afirmar que seriam normas gerais e concretas, assim como as que fixam receitas.

Quanto às normas que estabelecem a abertura de crédito suplementar e a contratação de operações de crédito, pode-se dizer que ambas possuem a mesma natureza. O Supremo Tribunal Federal já se posicionou sobre a possibilidade de controle do Orçamento Público na ADIN – Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.925-8/DF.⁸⁸ O caso em análise trata da impugnação por inconstitucionalidade de um dispositivo da lei orçamentária que estabelecia as condições de suplementação dos créditos orçamentários. Inicialmente os votos eram no sentido de que a ação não poderia ser recebida em razão de ser o orçamento um “ato formalmente legal, de efeito concreto, portador de normas individuais de autorização”⁸⁹, no dizer da Ministra Ellen Gracie. Acontece que a Ministra não observou o fato de que o orçamento é composto de várias normas, e que umas são diferentes das outras. Abstraindo-se o mérito da questão, ora inoportuno, bem decidiu o STF no sentido de que essa norma específica acerca da abertura de créditos suplementares é abstrata e poderia, portanto, ter sua constitucionalidade averiguada por meio daquele instrumento processual. Houve um avanço nesse caso por se reconhecer que o orçamento deve ser controlado pelo Poder Judiciário em certos casos e que análises superficiais não servem para definir que normas podem ser controladas ou não.

⁸⁷ § 8º - A lei orçamentária anual não conterá dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa, não se incluindo na proibição a autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita, nos termos da lei. BRASIL. Constituição Federal, 1988.

⁸⁸ STF. ADI 2.925-8/DF. Tribunal Pleno. Por maioria. Rel. orig. Min. Ellen Gracie. Rel. para Acórdão Min. Marco Aurélio. Decisão em 11 de dezembro de 2003.

⁸⁹ Idem.

Portanto, podemos afirmar que o controle das leis orçamentárias por meio de ações diretas de inconstitucionalidade não deve ser rechaçado por completo. Mesmo porque, se há uma inconstitucionalidade formal no procedimento que positivou, ou melhor falando, no processo de enunciação dessas normas, o Judiciário, nesses casos, não poderá se furtar ao controle e avaliação da constitucionalidade. E mesmo no que diz respeito ao aspecto material, nem todas as normas dispostas por leis orçamentárias são de efeito concreto, como analisaremos melhor em outros tópicos.

1.4 Processo de positivação das despesas públicas nas leis orçamentárias

A lei que estabelece as receitas e despesas que o Estado deve realizar é apenas uma das etapas do processo de positivação do direito, nem a primeira, nem a última fase. Conforme Kelsen:

O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma. Uma norma que representa o fundamento de validade de outra norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior.⁹⁰

O processo de positivação começa pela norma fundamental⁹¹, que assim é chamada pelo jurista austríaco de Constituição em sentido lógico-jurídico. Ele esclarece que esta não seria uma norma jurídica, por não ter sido posta por ninguém, mas uma norma, portanto, pressuposta.⁹² É a norma fundamental, em nossa opinião, aquele sentimento de que o ordenamento jurídico deve ser cumprido e suas normas respeitadas de maneira geral. Quando se positiva uma Constituição, se acredita que ela terá legitimidade e que será ao menos em parte cumprida pela sociedade. Bobbio afirma que, em um sistema dinâmico, “diz-se que uma norma pertence ao sistema quando é produzida de acordo com o modo previsto na norma que institui o poder soberano (a chamada norma fundamental)”⁹³.

⁹⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 215.

⁹¹ Para Kelsen: “A norma fundamental – hipotética, nestes termos – é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora”. Idem, p. 247.

⁹² Idem, p. 222.

⁹³ BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função**: novos estudos de teoria do direito. Trad. Daniela B. Versiani. Barueri: Manole, 2007, p. 200.

Depois da norma pressuposta, temos a Constituição em sentido jurídico-positivo. Esta é a norma posta do mais alto nível hierárquico, e fundamenta as demais normas a serem postas pelo Estado. Outras normas podem servir de fundamento de validade ainda para as leis orçamentárias, especialmente as dispostas em leis complementares, tal com a Lei de Responsabilidade Fiscal, ou outras que apenas podem ser modificadas por leis complementares, como a Lei 4.320/64.

As leis orçamentárias possuem particularidade interessante. Todas elas são dispostas por meio de leis ordinárias, mas ao mesmo tempo o nosso sistema jurídico estabelece um fundamento de validade entre elas. A primeira delas, chamada de Plano Plurianual, estabelece as metas em longo prazo da administração pública. No início, o orçamento surge como forma de controle do Poder Legislativo sobre o Executivo, mas modernamente ganha caráter de planejamento da ação estatal. O Plano Plurianual é um grande “*instrumento de programação econômica, de programação da ação governamental*”⁹⁴ (grifo do autor). Por ter vigência de quatro anos, iniciados no segundo ano do mandato do governante e terminado no primeiro ano do mandato seguinte, visa dar continuidade à atividade estatal, para que ela não pare na mudança de governos nem seja executada sem uma lógica programática.

A segunda lei, chamada de Lei de Diretrizes Orçamentárias, dispõe normas que irão estabelecer como o orçamento deverá ser feito. Isto é, as metas e prioridades da administração pública para o exercício seguinte. Sua vigência é de um ano, em regra, mas como é aprovada no meio do ano, e a Lei Orçamentária Anual que será elaborada com base nela deve ser aprovada até o fim do ano, seu período de utilização é, na verdade, de apenas seis meses, ou de um ano e meio se considerado que ela continua a produzir efeitos e a fundamentar a Lei Orçamentária Anual no ano seguinte, durante a sua execução. Para efeito de controle, portanto, a Lei Orçamentária Anual poderá ser questionada com base na Lei de Diretrizes Orçamentárias que condicionou a sua positivação enquanto aquela estiver vigente. Há, nesse caso, uma superposição de Leis de Diretrizes Orçamentárias, a que possibilitou a criação do orçamento vigente e a que já foi positivada para regular a criação do orçamento do ano que virá.

A terceira e última lei é a que estabelece as receitas e as despesas que o ente irá realizar, chamada Lei Orçamentária Anual, que, de acordo com o princípio da universalidade,

⁹⁴ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 329.

deverá trazer todas as receitas e despesas que o ente irá realizar naquele período de um ano. Ou seja, para toda despesa que o Estado realiza, em regra, deverá constar uma dotação orçamentária que autorize o seu gasto.

A Constituição estabeleceu uma superioridade hierárquica entre essas normas, uma fundamentação não formal, mas material, ou seja, quanto ao conteúdo veiculado por elas. Contudo, mesmo em razão dessa subordinação que há entre as leis orçamentárias, há uma dificuldade no controle a ser exercido pelo Poder Judiciário em razão do curto prazo de vigência dessas leis. Dispõem os parágrafos 3º e 4º do artigo 166 da Constituição Federal:

§ 3º - As emendas ao projeto de lei do orçamento anual ou aos projetos que o modifiquem somente podem ser aprovadas caso:

I - sejam compatíveis com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias;

(...)

§ 4º - As emendas ao projeto de lei de diretrizes orçamentárias não poderão ser aprovadas quando incompatíveis com o plano plurianual.

O processo de positivação do direito ocorre por meio da aplicação.⁹⁵ Ou seja, a cada ato de aplicação, o direito é positivado pelo homem. E nesse caso a Constituição estabeleceu critérios materiais de aplicação das leis orçamentárias mais específicas nas mais gerais. Com isso, mesmo os entes produzindo essas leis com os mesmos quóruns e procedimentos (embora os prazos sejam diferenciados), haverá uma vinculação da Lei Orçamentária Anual ao disposto nas outras duas, e da Lei de Diretrizes Orçamentárias ao disposto no Plano Plurianual, e essa vinculação é chamada de superioridade hierárquica. Elas, pois, não estão no mesmo nível, como afirma Kelsen:

A norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior. A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas.⁹⁶

O processo de positivação ocorre desta forma, portanto:

Constituição → Plano Plurianual → Lei de Diretrizes Orçamentárias → Lei Orçamentária Anual → Empenho → Liquidação → Pagamento

⁹⁵ IVO, Gabriel. **Norma Jurídica**: produção e controle. São Paulo: Noeses, 2006, p. 1.

⁹⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 246 e 247.

A norma que dispõe a despesa pública está configurada no orçamento público, ou seja, na Lei Orçamentária Anual. Melhor dizendo, o texto com que o intérprete terá de trabalhar para construir a norma que dispõe a despesa pública é o texto do Orçamento. O empenho, a liquidação e a ordem de pagamento, que são a execução da despesa propriamente dita, são fases posteriores à fase orçamentária e completam o processo de positivação da despesa pública, sendo o empenho o ato que cria para o Estado a obrigação de realizar a despesa pública, conforme a disposição do artigo 58 da Lei 4.320/64, e a liquidação a verificação do direito do credor, com base nos títulos e documentos comprobatórios de crédito, de acordo com o artigo 63 da mesma lei. Veja-se que o conceito de empenho leva em consideração que as disposições do orçamento com relação às despesas públicas são meramente autorizativas, e só depois restaria a obrigação para o Estado de realizar aquela despesa. Voltaremos ao assunto adiante.

Aplicam-se as normas constitucionais na elaboração do Plano Plurianual. A Lei de Diretrizes Orçamentárias, pelo menos em tese, deveria ser construída com base não apenas nas normas do Plano Plurianual, como também nas normas constitucionais, visto que tal processo é cumulativo, e assim por diante. É evidente também que outros veículos introdutórios de normas, tais como a Lei de Responsabilidade Fiscal, por exemplo, também podem entrar nesse processo de positivação, mas não de maneira direta ou primordial. Buscamos ressaltar apenas os veículos mais importantes desse processo.

É de assinalar, todavia, que a baixa densidade normativa das grandes opções do plano dificilmente será de molde a aferir uma real contradição entre a lei do plano e o orçamento. No entanto, se, como é usual, as grandes opções do plano contiverem expressas prioridades de investimento público, então é evidente que se o orçamento não proporcionar verbas para essas áreas estaremos perante uma clara infração da lei do plano.⁹⁷

Veja-se que os problemas relativos a Portugal se aplicam com inteireza ao ordenamento brasileiro, porquanto o nosso plano, que é plurianual, na maioria das vezes apenas estabelece normas com sentidos vagos e que não estabelecem limites rígidos para a aplicação das despesas públicas, mas que, quando o fazem, certamente vinculam as tomadas de decisões posteriores a ele. Mesmo porque, segundo os autores supracitados, caso o orçamento contrarie o

⁹⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Volume I. 4ª ed. Revista. Coimbra: Coimbra editora, 2007, p. 1107.

plano que o fundamenta, não se trata em verdade de inconstitucionalidade, mas sim de ilegalidade.⁹⁸ Que pode e deve ser controlada.

Contudo, como dito inicialmente, o processo de positivação do Orçamento (em termos genéricos) não termina com a positivação da Lei Orçamentária Anual. Mas acaba, no entanto, o papel do Poder Legislativo nesse processo de positivação.⁹⁹ Passa o Executivo a completar esse processo. Primeiramente deve produzir o decreto de execução do orçamento. E, posteriormente, passará a editar as normas de despesa pública em sentido estrito, que posteriormente serão empenhadas, liquidadas, e só ao fim, efetivamente gastas. A noção desse processo de positivação será fundamental para se aferir a obrigatoriedade ou não da norma que dispõe a despesa pública.

1.5 Os efeitos econômicos e sociais das despesas públicas crescentes

São crescentes as despesas públicas, de acordo com a lei de Wagner. Sousa Franco afirma que o autor alemão Adolfo Wagner, desde finais do século XIX, falava numa tendência para o aumento que as despesas públicas revelariam nas sociedades modernas. Segundo ele:

Continua a verificar-se a razão que assistia a Wagner ao escrever que existia uma tendência para o aumento crescente das despesas públicas; e é também patente que este aumento se acelerou numa época posterior à que era analisada por aquele autor.¹⁰⁰

Alfredo Filellini conceitua a lei de Wagner como enunciado em que “o setor público tem uma tendência inerente ao aumento de dimensão e importância. Não apenas em termos absolutos, mas relativamente ao volume da economia”.¹⁰¹

É preciso cuidado, no entanto, ao se avaliar esse crescimento da despesa pública apenas em termos absolutos. Isso porque o aumento da despesa pública de um município em determinado período deve levar em conta a inflação na região durante esse período, bem como a

⁹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Volume I. 4ª ed. Revista. Coimbra: Coimbra editora, 2007, p. 1107.

⁹⁹ É evidente que o Poder Legislativo participará da fiscalização e de eventuais emendas ao orçamento, além do que, executa também a parte que lhe cabe do duodécimo, mas não de forma prioritária.

¹⁰⁰ FRANCO, António L. de Sousa. Ob. cit., p. 7 e 8.

¹⁰¹ FILELLINI, Alfredo. **Economia do Setor Público**. São Paulo: Atlas, 1994, p. 83.

desvalorização dessa moeda, o aumento da população e o crescimento do produto interno bruto.¹⁰²

No Brasil, em 2003, por exemplo, foi programado pela União gastar 78,5 bilhões de reais no critério material “Pessoal e encargos”. No ano seguinte, o projeto de lei previu um gasto de 83,9 bilhões de reais. Em termos absolutos houve um aumento de mais de 5 bilhões de reais. No entanto, em termos relativos, comparando tais valores em percentuais do PIB em cada ano, enquanto em 2003 a relação era de 4,9% (quatro vírgula nove por cento) do PIB, em 2009 a relação era de apenas 4,8 (quatro vírgula oito por cento) do PIB.¹⁰³ Em verdade, então, teria havido um pequeno decréscimo do gasto com pessoal, tendo em vista que a economia do País muda de um ano para o outro.

A despesa pública afeta inegavelmente a economia circunscrita ao ente que a realiza. Um estado da federação, por exemplo, ao realizar o gasto, movimenta a economia gerando emprego e renda para o setor privado. Em estados menores, como Alagoas, essa característica fica mais evidente. Pois, como alega Cícero Péricles que, “como a economia de Alagoas é frágil, a importância da presença do Estado é muito grande. O poder público é um grande empregador. São 56 mil funcionários públicos estaduais, 18 mil federais e 13 mil somente na Prefeitura de Maceió”.¹⁰⁴

E não apenas as chamadas despesas de capital ou de investimento afetam a economia. O pagamento dos salários dos servidores em muitos municípios e no próprio Estado de Alagoas é a base da economia local.

O desenvolvimento ou subdesenvolvimento de uma região pode ser explicado pela capacidade que o Estado tem de gastar. Num Estado provedor com capacidade realizar despesas, os direitos da população são satisfeitos. Evidentemente que não cabe apenas ao Estado prestar esses direitos, pelo menos não numa economia capitalista como a brasileira, mas a iniciativa privada é sempre limitada nesse aspecto por buscar o lucro e não o bem comum. Nesse sentido, Sergio Tamer afirma que:

¹⁰² FRANCO, António L. de Sousa. Ob. cit., p. 8 e 9.

¹⁰³ REZENDE, Fernando; CUNHA, Armando (Org.). **O Orçamento Público e a Transição do Poder**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003, p. 144.

¹⁰⁴ CARVALHO, Cícero Péricles de. **Economia Popular**. Uma via de modernização para Alagoas. Maceió: EDUFAL, 2005, p. 16.

Keynes conseguiu fixar o princípio de que não existem forças de auto-ajustamento na economia, permitindo, desta forma, justificar o desenvolvimento de uma política econômica estatal. O Estado deveria, então, na sua visão, estimular consumo e investimento (cuja insuficiência levaria ao desemprego) -, seja diretamente, através das despesas públicas, seja indiretamente (...).¹⁰⁵

É papel do Estado, portanto, satisfazer certas necessidades e desempenhar certas funções que não poderiam ser desempenhadas pelos particulares. E quando o Estado não possui capacidade para prestar esses serviços, a população tem seus direitos sociais reduzidos. No caso de Alagoas:

Desde a segunda metade dos anos 1990, o governo de Alagoas não conta com receita própria e suficiente para realizar, de forma ampla, políticas sociais, investir em infra-estrutura ou oferecer contrapartidas em projetos de desenvolvimento.¹⁰⁶

É preciso ter em mente que, se à tributação não pode ser negado o seu aspecto extrafiscal, à despesa esse fenômeno é incrementado pela intervenção direta do Estado.

Como dissemos anteriormente, há uma relação direta entre o surgimento das gerações de direitos fundamentais e a atividade financeira desenvolvida pelo Estado em cada momento. E não poderia ser diferente. O Estado é o grande garante desses direitos, e para que haja não só uma proteção, como também sua implementação, é preciso que a atividade financeira por ele desenvolvida seja ampliada, aumentando o valor arrecadado com impostos e tornando cada vez mais complexa essa atividade de arrecadar e gastar. Era necessário aumentar a arrecadação para que o Estado pudesse intervir na economia, satisfazendo assim mais necessidades públicas.

É evidente que o termo *finanças neutras* é equivocado e apenas serve de instrumento ideológico de um Estado Liberal ou Neoliberal. Nenhuma atividade desenvolvida pelo Estado é neutra. Mas certamente mudanças fundamentais ocorreram no modo como os entes estatais desenvolvem as atividades de dispêndio de verbas, e é importante compreendê-las para que se possa entender o papel do Estado como implementador de direitos.

Os serviços e bens que o Estado presta ou produz satisfazem ou ao menos visam satisfazer as necessidades coletivas, criando utilidades para a população. Teixeira Ribeiro afirma

¹⁰⁵ TAMER, Sergio V. **Fundamentos do Estado Democrático e a Hipertrofia do Executivo no Brasil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 89.

¹⁰⁶ CARVALHO, Cícero Pércles de. **Economia Popular**. Uma via de modernização para Alagoas. Maceió: EDUFAL, 2005, p. 58.

que as despesas públicas exercem efeitos econômicos por duas vias. As “despesas meramente produtivas”, que se limitam a criar utilidades; e as que também criam capacidade de produção, chamadas “despesas reprodutivas”.¹⁰⁷

Outro tipo de classificação proposta pelo autor é que a leva em consideração o tipo de despesa, além de seu efeito econômico. O primeiro tipo seria chamado de “despesas-compra”, que são feitas para adquirir produtos e serviços e que contribuem para o rendimento nacional do período em que são realizadas. O segundo tipo seria o das que se limitam a transferir poder de compra, e que, por isso, não criariam rendimento.¹⁰⁸ Seriam os casos das despesas com subsídios de assistência, como o bolsa família no Brasil, por exemplo.

Ambas as distinções feitas pelo autor português, na verdade, merecem críticas porque as despesas públicas não são, como afirmamos anteriormente, neutras. Todas elas causam efeitos econômicos e por isso não podem ser meramente produtivas ou acusadas de não contribuir para o rendimento nacional.

No entanto, o mais importante efeito causado pelas despesas públicas é o efeito social. Pois, como afirma Aliomar Baleeiro, o Estado redistribui por meio da despesa o que arrecadou da população pelos tentáculos da receita.¹⁰⁹ É que o Estado existe, como dissemos, para satisfazer as necessidades públicas fixadas pela Constituição. Mesmo porque só há Estado com Constituição, e esta é também constitutiva das necessidades públicas, já que só há necessidade onde o direito a cria. E a despesa que o Estado realiza dá-se no momento em que ele pode atuar, dado que sem gastar o ente estatal não consegue realizar nada. Esse gasto pode ser ao menos o gasto com a manutenção de sua própria estrutura. Assim, mesmo que o Estado não gaste nada com um determinado procedimento de satisfação de uma necessidade pública, esse procedimento foi pensado por funcionário pago pelo Estado, que trabalha numa repartição mantida pelo Estado. Se não há participação alguma estatal, então aquele não foi o prestador da necessidade. Portanto, é possível que os particulares satisfaçam direitos, mas sempre que o Estado os satisfaz, está presente a despesa pública.

Desta maneira, o Estado produz mais efeitos sociais quando destina seus recursos aos mais necessitados. Quando se investe em infraestrutura portuária, por exemplo, o benefício é

¹⁰⁷ RIBEIRO, José Joaquim Teixeira Ob. cit., p. 142.

¹⁰⁸ RIBEIRO, José Joaquim Teixeira Ob. cit., p. 143.

¹⁰⁹ BALEEIRO, Aliomar. **Uma Introdução à Ciência das Finanças**. 14^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 85.

estendido a todos, mas especialmente àqueles que vendem suas mercadorias por este meio de transporte. O gasto realizado em saúde pública, no entanto, apesar de beneficiar a todos, afeta em especial o público consumidor de saúde pública, sabidamente os menos favorecidos. Essas opções de gasto, contudo, são eminentemente políticas e, por isso, dificilmente podem ter seu controle jurídico exercido. Tentaremos, nos próximos capítulos, estabelecer justamente critérios para que esse controle possa ser exercido de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro.

Pode-se dizer então que nem sempre um gasto eficiente do ponto de vista econômico é eficiente do ponto de vista social. Isso porque a construção de uma ponte, por exemplo, pode ser extremamente vantajosa para os produtores rurais de um município, mas não necessariamente os ganhos nos custos de produção serão repassados aos trabalhadores rurais daquela mesma região. Portanto, o Estado quando fixa suas despesas por meio do Orçamento realiza uma série de opções políticas que podem ou não trazer melhorias diretas para a população em geral. O problema é que o direito é limitado no controle dessas opções que, muitas vezes, apenas podem ser modificadas quando afetadas as estruturas políticas de uma determinada região. Quando um partido de esquerda vence a eleição em um município que era governado por um partido de direita, provavelmente as mudanças serão mais visíveis com relação à destinação dos recursos públicos do que com a mudança de seus juízes e promotores. Pois cabe ao Poder Executivo no Brasil, com o apoio político do Legislativo, fixar as políticas públicas por meio do Orçamento.

Ainda falta no Brasil uma maior participação da população na escolha das políticas desenvolvidas pelos entes estatais. As pessoas não se deram conta, completamente, dos efeitos que as despesas efetuadas pelo Estado podem causar na sua vida. Ainda existe, infelizmente, a visão de que o gasto é um favor estatal personalizado em seu governante. Esse e outros fatores afastam a população do centro de decisão desses gastos. O Orçamento Participativo, por exemplo, é uma tentativa de proporcionar à população a possibilidade de escolher por meio da democracia direta, e não apenas indireta, as opções políticas dos gastos públicos.

Capítulo 2. Norma jurídica da despesa pública

2.1 Conceito de despesa pública

2.1.1 Classificação das despesas públicas

2.2 Estrutura lógica das normas jurídicas

2.3 Modais deônticos e norma jurídica

2.4 Natureza jurídica das normas que dispõem despesas

2.5 Normas de despesa pública: autorizações ou obrigações?

2.6 Regra-matriz tributária e regra-matriz da despesa pública

2.7 Despesa pública na Constituição Federal: crítica às críticas das vinculações constitucionalmente estabelecidas

2.8 Despesa pública na Lei Complementar de número 101: limites estabelecidos para despesa com pessoal

2.1 Conceito de despesa pública

Ferreiro Lapatza define gasto público como todo gasto realizado por um ente do Estado.¹¹⁰ Esse conceito, no entanto, é demasiadamente simples para reunir e definir uma realidade tão complexa. Pois, como afirma Sousa Franco:

O conceito de despesa pública tem, de resto, de ser construído em termos de poder abranger realidades tão distintas como, por exemplo, o pagamento de um funcionário público, a construção de uma estrada, a concessão de um subsídio a uma empresa, a amortização de um empréstimo anteriormente contraído pelo Estado, a aquisição de material de guerra, a atribuição de uma bolsa de estudo, etc.¹¹¹

Inicialmente cabe dizer que haveria duas formas de se conceber o fenômeno da despesa realizada pelo Estado, uma ampla, onde se considerariam despesas públicas o conjunto de dispêndios de um órgão ou ente público, e outra estrita, que designaria a singularidade de um gasto público, representado por uma norma jurídica que o positivaria.¹¹²

Enquanto conjunto de gastos de um órgão ou ente público, podem-se avaliar os efeitos econômicos que estes causariam. Para os clássicos estes seriam a satisfação de necessidades públicas única e exclusivamente, sendo os demais efeitos perniciosos e indesejáveis. Enquanto

¹¹⁰ FERREIRO LAPATZA, José Juan. **Curso de Derecho Financiero Español**. 25ª ed. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2006, p. 88.

¹¹¹ FRANCO, António L. de Sousa. Ob. cit., p. 03.

¹¹² BALEEIRO, Aliomar. **Uma Introdução à Ciência das Finanças**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 65.

para os keynesianos, além do efeito clássico, outros dois poderiam ser relacionados: a distribuição de rendimentos a alguém; e a repartição do rendimento nacional.¹¹³

Como vimos, não há finanças neutras e, conseqüentemente, despesas públicas neutras. Isso seria apenas um instrumento ideológico de um Estado Liberal ou Neoliberal. Nenhuma atividade desenvolvida pelo Estado é neutra, assim como nenhuma ideologia o é. Mas certamente mudanças fundamentais ocorreram no modo como os entes estatais desenvolviam essas atividades de arrecadação, gestão e dispêndio de verbas, e é importante compreendê-las para que se possa entender o papel do Estado como implementador de direitos.

A decisão de gastar é uma decisão eminentemente política, visto que há sempre várias possibilidades de gastar e poucos recursos disponíveis para satisfazer tais necessidades. Então as perguntas a ser respondidas seriam: Quais necessidades devem ser satisfeitas? E como devem ser distribuídas as rendas em forma de despesas?

A Constituição Federal brasileira inegavelmente realiza ou limita as decisões políticas quando estabelece parâmetros para tais decisões. É exatamente a relação simbiótica entre direito e política, em que a política define prioridades com base em limitações e formas jurídicas.

2.1.1 Classificação das despesas públicas

Há várias formas de se classificar esses gastos ou despesas que o Estado realiza. Toda classificação busca sistematizar seu objeto, selecionando aspectos considerados pelo classificador como relevantes e relacionando esses mesmos objetos em grupos ou classes. Todo conhecimento científico pressupõe o uso em maior ou menor grau de classificações, a depender da possibilidade e da utilidade de se classificar.

O primeiro critério de classificação das despesas públicas, segundo Ferreiro Lapatza, seria o econômico. Os gastos seriam, dessa forma, correntes, se necessários para o funcionamento geral do Estado, e de capital, que seriam os gastos relacionados aos investimentos desse mesmo Estado.¹¹⁴ O autor afirma que tal classificação não seria útil do ponto de vista jurídico, contudo, no Brasil, tal classificação ganhou importância devido à sua positivação pela Lei 4.320/64.

¹¹³ FRANCO, António L. de Sousa. Ob. cit., p. 4 e 5.

¹¹⁴ FERREIRO LAPATZA, José Juan. **Curso de Derecho Financiero Español**. 25ª ed. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2006, p. 88 e 89.

Evidentemente não é papel do direito positivo efetuar classificações, tendo em vista que sua linguagem é prescritiva e não descritiva da realidade. Nesse sentido, quando o direito positivo efetua classificações, estas se submetem ao binômio válido/inválido, como todos os outros textos prescritivos, e não verdadeiro/falso, como os textos descritivos da ciência do direito. Estas são, portanto, primordialmente feitas pela doutrina que utiliza a linguagem descritiva buscando esmiuçar aquilo que foi dito pelo direito positivo. Contudo, o direito positivo pode também, por meio de seus procedimentos próprios, formalizar a linguagem da doutrina, tornando-a direito positivo. É o que acontece, por exemplo, quando os juízes “citam” partes de livros doutrinários em suas sentenças.

O critério funcional se refere à finalidade do Estado que o gasto atende.¹¹⁵ As despesas poderiam ser classificadas, por exemplo, em despesas com educação, despesas com saúde, despesas com segurança nacional ou com saneamento básico. Esse tipo de classificação é extremamente influenciado pelas tendências políticas da época em que são feitos os gastos, visto que refletem quais devem ou não devem ser deveres do Estado, isto é, dão embasamento para que se argumente a intervenção ou não dos entes estatais.

O último critério proposto por Ferreiro Lapatza é o orgânico. Este seria o critério mais importante do ponto de vista jurídico, tendo em vista que serve para determinar quem ou que órgão pode, juridicamente, realizar o gasto.¹¹⁶ Isso porque, na verdade, em nosso ordenamento as normas jurídicas autorizam os entes públicos a realizar ou não determinados gastos. Veremos adiante que nem sempre são meras autorizações, mas obrigações que o ente público assume quando positivada a lei orçamentária. O importante é ter em mente que a norma se dirige aos órgãos do Estado que têm as suas ações limitadas pelo que dizem as leis orçamentárias.

*El gasto público está, a su vez, normalmente disciplinado en nuestro ordenamiento, por una parte, por normas estables, permanentes, que regulan el contenido, la formación, la ejecución y el control de la ejecución del presupuesto, y por otra parte, por el propio presupuesto, que periódicamente determina, con carácter de norma jurídica, las cantidades a gastar y las finalidades del gasto.*¹¹⁷

O autor explica exatamente o processo de positivação das despesas públicas, a começar pelas normas que regulam a formação do orçamento que, no caso do sistema jurídico

¹¹⁵ FERREIRO LAPATZA, José Juan. Ob. cit., p. 89.

¹¹⁶ Idem, p. 92.

¹¹⁷ Idem, p. 93.

brasileiro, são as normas dispostas primordialmente na Constituição, na Lei de Responsabilidade Fiscal e na Lei 4.320. Na segunda parte, nas disposições do próprio orçamento, fixam-se as despesas discriminando aquilo que poderá/deverá ser realizado.

2.2 Estrutura lógica das normas jurídicas

A lógica jurídica é um dos instrumentos de que dispõe o jurista para solução dos problemas que se apresentam a ele. Evidentemente a lógica não basta, mas não pode ser excluída como ferramenta do jurista na análise dos textos normativos. Por isso a crítica de Friedrich Müller de que as normas típicas de direito constitucional não poderiam ser concretizadas com a ajuda da lógica formal¹¹⁸ deve ser relativizada. Isso porque os textos constitucionais podem e devem compor estruturas lógicas próprias do direito, para que exerçam a sua função conformadora do comportamento humano. Por isso trataremos agora das estruturas que compõem esse direito.

Kelsen e Lourival Vilanova adotam um modelo de norma jurídica que traz a sanção em sua estrutura lógica. Para eles, a norma jurídica só é completa quando possui duas estruturas lógicas em uma. A estrutura lógica de uma norma que dispõe um direito ou um dever, ou seja, uma conduta prescrita, e uma outra que dispõe uma sanção para o descumprimento da que dispõe a conduta. O raciocínio é o seguinte: se o direito é um sistema coercitivo, a coerção deve fazer parte de sua estrutura lógica, uma vez que o direito deve necessariamente ser composto de estruturas lógicas.

Kelsen inicialmente propôs ser norma primária a que institui a sanção, por julgar ele ser a mais importante para o direito, dando à sanção uma importância elevada e central no fenômeno jurídico. A norma secundária, conseqüentemente, seria a instituidora da conduta prescrita. Assim esclarece:

(...) se se supõe que cada norma jurídica geral seja a ligação de duas normas, das quais uma estabelece como devida a fixação de um condicional ato de coação por parte de um órgão judicial para o caso de violação desta norma. Eu

¹¹⁸ MÜLLER, Friedrich. Ob. cit., p. 264.

designei a segunda norma como primária, a primeira como norma jurídica secundária.¹¹⁹

Diferentemente de Kelsen, Lourival Vilanova denomina as normas no sentido inverso, chamando de primária a que dispõe a conduta, a que estatui direitos e deveres, e como secundária a que vem em consequência da inobservância da conduta devida, sancionando o inadimplemento da primeira.¹²⁰ Afirma o jurista pernambucano:

Seguimos a teoria da estrutura dual da norma jurídica: consta de duas partes, que se denominam norma primária e norma secundária. Naquela, estatuem-se as relações deonticas direitos/deveres, como consequência da verificação de pressupostos, fixados na proposição descritiva de situações fáticas ou situações já juridicamente qualificadas; nesta, preceituam-se as consequências sancionadoras, no pressuposto do não-cumprimento do estatuído na norma determinante da conduta juridicamente devida.¹²¹

Adotamos essa inversão da nomenclatura das normas, e, embora o tema já tenha gerado bastante controvérsia, pelo fato de se argumentar que Kelsen teria mudado de opinião nesta obra publicada postumamente (*Teoria Geral das Normas*),¹²² acreditamos não ser de grande importância a discussão sobre tal mudança, pelo fato de que Hans Kelsen, ao estipular a norma primária como sancionadora, apenas quis dar importância ao fenômeno da sanção, mas sabia que logicamente a incidência da que dispõe a conduta se daria primeiro, pois não se pode estabelecer uma sanção sem que antes uma norma dispositiva tenha sido descumprida.

Muitas vezes a norma que institui a sanção não vem no mesmo diploma normativo da que dispõe a conduta; noutras vezes, a própria norma dispositiva terá seus critérios estabelecidos de maneira esparsa pelo ordenamento jurídico. Daí a importância do intérprete na construção das normas jurídicas. No caso dos tributos, por exemplo, os critérios da regra-matriz poderão ser estabelecidos por diversos diplomas normativos: a base de cálculo numa lei, a alíquota em outra, e o critério material numa terceira.

A grande contribuição de Kelsen nesse campo, segundo Lourival Vilanova, teria sido a de demonstrar que as proposições jurídicas não podem ser pensadas com a lógica aristotélica da

¹¹⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986, p. 68.

¹²⁰ VILANOVA, Lourival. Ob. cit., p. 105.

¹²¹ VILANOVA, Lourival. Ob. cit., p. 105.

¹²² Sobre esta discussão Marcos Bernardes de Mello afirma que Kelsen não teria mudado de opinião em sua obra póstuma, mantendo assim bimembre as normas, sendo primárias as que estabelecem a sanção e secundárias a que dispõem a conduta. MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da existência. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 29 e 30.

natureza, onde “Se *a*, é *b*”, mas “Se *a*, deve ser *b*”.¹²³ Esse dever-ser proposto por Kelsen, amplamente aceito nos dias de hoje, é o que Vilanova chama de functor deôntico, que vincula o fato descrito hipótese normativa e realizado, a um efeito jurídico no consequente, estabelecendo uma relação jurídica entre sujeitos de direito.¹²⁴

Mas o dever-ser kelseniano, como adverte o pensador pernambucano, possui vários usos. Um deles seria o de relacionar a hipótese ao consequente da norma; o outro seria o relacional *R*, que pode ser substituído por três valores: o obrigatório (*O*), o permitido (*P*) e o proibido (*V*), de que passaremos a tratar agora.¹²⁵

2.3 Modais deônticos e norma jurídica

O direito é um sistema eminentemente coercitivo, e as normas jurídicas que são produzidas nele trazem obrigatoriamente uma sanção para o seu descumprimento. Além do mais, o direito é também um sistema composto por linguagem. Isto é, apenas por meio da linguagem o direito pode prescrever as condutas dos seres humanos e, assim, modificá-las. Para prescrever as condutas humanas, o direito utiliza, portanto, estruturas lógicas. Ou seja, estruturas formais que não estabelecem nenhum conteúdo *a priori*, mas que dão o arcabouço com o qual o interprete irá tratar.

Kant, no primeiro parágrafo de seu livro *Lógica*, afirma que “Tudo na natureza, tanto no mundo animado quanto no mundo inanimado, acontece *segundo regras*, muito embora nem conheçamos essas regras”.¹²⁶ E o direito, mais do que tudo, é criado e aplicado segundo regras, regras lógicas das quais ninguém poderá escapar. Para executar seu fim, qual seja a modificação das condutas humanas por meio de normas prescritivas, o direito utiliza modais deônticos, obrigando, permitindo ou proibindo as condutas. Vilanova explica:

Os modos lógicos clássicos são o necessário, o contingente e o possível. (...)

Todavia, tomando fenomenologicamente os dados como eles aparecem na experiência, vemos que os funtores “é obrigatório” (*O*), “é permitido” (*P*), não

¹²³ AFTALION, Enrique, et al. **Introducción al Derecho**. 12ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 96.

¹²⁴ VILANOVA, Lourival. Ob. cit., p. 73.

¹²⁵ VILANOVA, Lourival. Ob. cit., p. 73.

¹²⁶ KANT, Immanuel. **Lógica**. 3ª ed. Trad. Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 29.

pertencem à linguagem descritiva ou apofântica, mas à linguagem prescritiva ou deôntica.¹²⁷

Isto é, o direito de forma geral trabalha ao menos com dois tipos de linguagem. A ciência do direito utiliza a linguagem descritiva ou apofântica, visando explicar o seu objeto, o direito positivo. Este, por sua vez, utiliza a linguagem prescritiva, justamente por visar a modificação de condutas, e o faz por meio dos modais deônticos, neste caso, permitir, obrigar e proibir. Assim:

O direito positivo se exprime com locuções como “estar facultado a fazer ou omitir”, “estar obrigado a fazer ou omitir”, “estar impedido de fazer ou omitir”. E tais locuções *não descrevem como factualmente* o sujeito agente se comporta, mas como deve comportar-se.¹²⁸

Não há como fugir disso. Toda norma jurídica obriga, autoriza ou proíbe alguma conduta, não há quarta opção. Essa noção será de grande importância para o tema central aqui tratado, pois veremos que a despesa pública, enquanto norma jurídica, também irá estatuir uma obrigação ou autorização na realização de determinados gastos.

Se nos perguntarmos o que são as coisas que dizemos obrigatórias, permitidas ou proibidas, só haveria uma resposta plausível: as condutas.¹²⁹ Isto é, os modais deônticos são dirigidos às condutas humanas quando dispostos em normas jurídicas.

Lourival Vilanova confirma que este universo dos modais deônticos é irreduzível e exaustivo, logo não podendo existir uma outra opção além das já estipuladas. Afirma ele que: “Não tem sentido para uma mesma conduta exigi-la e proibi-la, proibi-la e permiti-la (no sentido da permissão bilateral de fazer ou omitir, não no sentido de permissão unilateral de fazer o obrigatório e de omitir o proibido”.¹³⁰

Tomando como exemplo a despesa pública, não seria possível ao legislador proibir uma despesa e ao mesmo tempo autorizá-la. Não seria lógico, e disso não se pode fugir, autorizar uma despesa e ao mesmo tempo obrigar a sua realização, isto é, ou uma despesa é obrigatória ou é permitida.

¹²⁷ VILANOVA, Lourival. Ob. cit., p. 69.

¹²⁸ VILANOVA, Lourival. Ob. cit., p. 68.

¹²⁹ GUIBOURG, Ricardo A., ECHAVE, Delia T., e URQUIJO, María E. **Lógica, Proposición y Norma**. 4ª reimpressão. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995, p. 120.

¹³⁰ VILANOVA, Lourival. Ob. cit., p. 146.

Esse dever-ser relacional que estabelece as três possibilidades, o obrigatório, o permitido e o proibido, no entanto, não se confunde com o dever-ser que faz a implicação da hipótese na consequência, como visto anteriormente. Na lição de Vilanova: “Assim sendo, *tem-se functor deôntico com incidência sobre a relação-de-implicação entre hipótese e tese e mais outro functor deôntico no interior da estrutura proposicional da tese*”.¹³¹ Esse functor deôntico que estabelece se a norma implicará uma obrigação, autorização ou proibição se localiza na tese ou consequente normativo, e se dá posteriormente (no sentido lógico) à incidência da norma sobre o fato.

Esse funtores deônticos, portanto, são necessários para a realização do direito, porque a norma jurídica não atua em outra possibilidade sobre as ações humanas que não seja autorizando, obrigando-as ou proibindo-as. Sempre que houver uma norma jurídica pretendendo modificar uma realidade, ela utilizará um desses três modais para modificar o comportamento humano.

É falsa, portanto, a afirmação de que:

A permissibilidade de um ato não é consequência de uma função específica do ordenamento. Um ato é permitido por não haver sido tornado obrigatório ou proibido. A permissibilidade não resulta, pois, de uma função do direito, mas, pelo contrário, da ausência de função no tocante ao comportamento de que se trate.¹³²

No entanto, em muitos casos é preciso que o ordenamento jurídico expressamente autorize uma ação para que ela possa ser praticada. Normalmente essas normas são dirigidas ao poder público e seus administradores, como acontece no caso dos orçamentos. Pois as normas que dispõem despesas normalmente são autorizações para que os administradores públicos realizem os gastos que não poderiam ser feitos sem as normas orçamentárias.

De qualquer forma, mostra-se superada a discussão que trata da natureza jurídica das leis orçamentárias, tendo em vista que só caberia tratar do assunto caso fossem desconsideradas as normas que fazem parte dessas leis, como veremos a seguir.

2.4 Natureza jurídica das normas que dispõem despesas

¹³¹ VILANOVA, Lourival. Ob. cit., p. 95.

¹³² CAVALCANTI, Arthur J. F. **A Estrutura Lógica do Direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 08.

Vimos que, quando se fala de despesa pública, pode-se estar falando de dois fenômenos diferentes: o primeiro num sentido amplo, definindo despesa como o conjunto de dispêndios do Estado; e o outro, de despesa como aplicação de certa quantia, em dinheiro, por agente ou autoridade pública competente, mediante autorização legislativa.¹³³ Veja-se que este segundo conceito de Aliomar Baleeiro abrange algumas fases diferentes do processo de positivação. Primeiramente, essa aplicação de certa quantia, que será a fase de execução da despesa pública, pressupõe a existência de uma norma anterior, orçamentária, que autoriza a realização desse gasto pelo Estado.

Como dissemos no item 1.3.2, as normas que dispõem despesas não são as únicas presentes nos orçamentos públicos; há também, pelo menos, as que dispõem receitas e as normas que disciplinam a abertura de créditos adicionais. Com relação à natureza dessa norma que dispõe a despesa, no que diz respeito à classificação formulada por Bobbio das normas jurídicas em gerais ou individuais, concretas ou abstratas, afirmamos que preliminarmente se poderia dizer serem normas gerais e concretas. Afirma Sandoval Alves da Silva que:

Após todas as fases do processo legislativo, no que concerne às despesas públicas, a Lei Orçamentária representa, de forma geral e/ou abstrata, o montante de recursos públicos disponíveis para cumprir as obrigações de pagamento que devem ser assumidas pela Administração Pública.¹³⁴

É verdade que as leis orçamentárias, isto é, as normas que positivam despesas ainda não trazem os destinatários dos recursos públicos, mas apenas os órgãos que a poderão realizar, por isso pode-se dizer que seriam normas gerais, e não individuais. Mas não se pode dizer que seriam normas abstratas, pois as normas que fixam despesas são de efeito concreto. Isso porque não se trata de uma norma que servirá de base para múltiplas incidências e aplicações, como uma lei penal, por exemplo, onde todas as vezes em que ocorrido o crime, deverá ser a aplicação da pena. No caso do orçamento público fixa-se a despesa e, uma vez gasta toda a verba, não se aplicará a norma novamente.

Vimos que a Lei Orçamentária Anual (LOA) dispõe todas as receitas e despesas que o Estado deve realizar. Nesse caso, a lei orçamentária dispõe autorizações ou obrigações de realizar

¹³³ BALEEIRO, Aliomar. **Introdução à Ciência das Finanças**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 65.

¹³⁴ SILVA, Sandoval Alves. Ob. cit., p. 115.

gastos pela administração pública. Esse gasto, caso utilize o modal obrigatório, não poderá ser verificado simplesmente pela leitura da LOA. Apenas uma interpretação com base nos textos constitucionais e que leve em consideração as demais normas anteriores no processo de positivação pode aferir esta obrigatoriedade na realização do gasto.

Em qualquer caso, sejam essas regras meramente autorizativas ou não, todas as normas que dispõem essas despesas são cogentes, isto é, obrigam o administrador público de alguma forma. As regras que prescrevem despesas de forma autorizativa são cogentes no sentido de que os administradores públicos apenas podem realizar as despesas na medida de sua autorização, ou seja, não podem realizar despesas diversas da autorizada na norma, nem com valor superior ao da dotação orçamentária. E o sistema, nesse caso, se encarrega de trazer a sanção para o descumprimento dessas normas que autorizam despesas, e que são em verdade cogentes. Como exemplo, temos a pena de reclusão de um a quatro anos quando da ordenação de despesa não autorizada por lei, conforme o art. 359-D do Código Penal, com redação dada pela Lei 10.028, de 2000. Outra limitação que a lei orçamentária exerce, com relação às despesas, é a que a Constituição estabelece no artigo 167, I, quando veda o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual. Esses são apenas exemplos de como a despesa do Estado (despesa, aqui, em sentido amplo) vincula não só aquele que realizará o gasto (despesa em sentido estrito), como qualquer outro agente estatal. Nesse sentido, Régis F. de Oliveira:

*Pode-se conceituar o orçamento como a lei periódica que contém previsão de receitas e despesas, programando a vida econômica e financeira do Estado, de cumprimento obrigatório, vinculativa do comportamento do agente público.*¹³⁵
(Grifo do autor)

Quando se fala que o orçamento é de cumprimento obrigatório, e conseqüentemente a despesa, o melhor entendimento é o de que nem todas as despesas deverão obrigatoriamente ser realizadas, mas que o administrador não pode simplesmente deixar de realizá-las todas, como também não pode deixar de gastar aquilo que a Constituição e as demais leis financeiras mandam. Isso porque, se o direito é um sistema, suas normas não podem ser interpretadas sem a análise das demais, e assim acontece com o orçamento. Se a Constituição manda que se gaste um mínimo em saúde, esse mínimo estabelecido no orçamento deve ser realizado. Não há dúvida que o gestor público poderá optar entre realizar a despesa *x* e a despesa *y*, mas essa margem de

¹³⁵ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 324.

manobra não exclui o caráter coercitivo da despesa. Caso nenhuma das duas seja realizada, aquele será responsabilizado.

2.5 Normas de despesa pública: autorizações ou obrigações?

É evidente que as normas orçamentárias não podem ser interpretadas em separado das demais normas de direito financeiro. Muitas vezes a obrigatoriedade da sua realização vai estar estabelecida na Constituição, outras vezes numa lei ordinária, como também nos planos plurianuais e nas leis de diretrizes orçamentárias; dificilmente restará na própria lei orçamentária anual. Isso não quer dizer que a disposição da lei orçamentária anual não vincule o administrador público. Vejamos, no caso da despesa com pessoal, que a Constituição estabelece como despesa obrigatória ao gestor público. Quem fixa o montante a ser gasto pelo ente, seja ele a União, o Estado ou o Município, é a lei orçamentária anual, e os valores por ela dispostos devem ser realizados, isto é, eles são obrigatórios. Sua obrigatoriedade não reside na lei orçamentária anual individualmente, mas nela em conformidade com a Constituição Federal. Pois, segundo Friedrich Müller, a norma jurídica não está pronta nem é simplesmente passível de ser aplicada; funciona no caso particular de um modo que poderia ser resumidamente qualificado como aplicação.¹³⁶

Com relação às despesas públicas, a sua construção é dificultada em razão de que há uma série de elementos que as formam que são extraídos da Constituição, das leis complementares e ordinárias. É comum afirmar que despesas públicas são normas autorizativas, ou seja, que o único modal possível para as normas que as veiculam seria o permitido, inexistindo despesas que fossem obrigatórias. Contudo, normas jurídicas são construções que o intérprete faz, com base nos textos legais, e esses textos não se resumem aos textos de lei em sentido estrito, mas à interpretação da própria Constituição, que deve fazer sempre parte do objeto de análise do jurista.

Tentaremos agora demonstrar que as despesas públicas, ao contrário do que se pensa, podem ser construídas com a utilização de dois dos três modais deônticos, o permitido e o obrigatório, mas não com o proibido. Isso porque as normas que dispõem as despesas não

¹³⁶ MÜLLER, Friedrich. Ob. cit., p. 148.

precisam trazer nenhuma proibição, visto que ela estará sempre numa norma anterior de estrutura.

Segundo Gabriel Ivo:

A permissão decorre da proibição da inexistência do Estado. Negar a realização de despesas significa o mesmo que decretar a inexistência do Estado. Todavia, em outras situações, a despesa não é somente permitida, mas obrigatória.¹³⁷

Em regra, despesas proibidas são todas aquelas que não estão previstas no orçamento público. Portanto não está facultado aos administradores públicos realizar gastos que não passem pelo processo de positivação da lei orçamentária. Dessa forma, um empenho, que seria a primeira fase do processo de execução das despesas e que não se fundamenta numa dotação orçamentária, uma das disposições de despesa do orçamento, deverá ser invalidado. Assim ensina Ferreira Lapatza:

*Todo gasto público ha de estar autorizado en el presupuesto del ente que lo realiza. Todo gasto público ha de estar también disciplinado por una norma jurídica, encuadrada en el presupuesto, que fije sus límites y su objeto.*¹³⁸

Outro exemplo de despesa proibida é aquela que atente contra a moralidade pública ou simplesmente aquelas que não foram veiculadas por nenhuma norma que as autorizasse. Vê-se, pois, que em todos os casos a proibição para a realização da despesa não está propriamente na norma que a dispõe. Não faz sentido estabelecer uma despesa especificamente se esta não pode ser realizada. Sempre que o Estado dispõe uma norma de despesa pública, esta visa ser realizada, mesmo que não precise obrigatoriamente sê-lo, como no caso das normas que apenas autorizam a sua realização de uma despesa.

Com relação às normas que autorizam despesas, elas autorizam a sua realização de um gasto sem que haja necessariamente obrigatoriedade do administrador público na sua realização. E há um motivo para isso. O administrador público é eleito pela população para gerir o ente estatal. E gerir envolve em grande parte realizar os gastos necessários para realizar as obrigações constitucionais daquele ente. A escolha dos gastos que deve realizar é uma decisão política. Isto é, se há uma receita sempre finita, finitos serão sempre os gastos a ser realizados, e o administrador público, com base no orçamento, deve escolher as despesas que, de acordo com o seu planejamento, trarão as melhorias mais eficientes para a sua população.

¹³⁷ IVO, Gabriel . **Direito Tributário e Orçamento Público**, in Direito Tributário: homenagem a Paulo de Barros Carvalho. Luís Eduardo Schoueri (Org.). São Paulo: Quartier Latin, 2008, v. 01, p. 886.

¹³⁸ FERREIRO LAPATZA, José Juan. Ob. cit., p. 93.

Entretanto, a relação entre política e direito é constante. A política domina a produção jurídica e o direito regula as opções políticas. E as opções políticas do gasto público também merecem atenção do fenômeno jurídico. É bom que se tenha liberdade na escolha dos gastos que se devem fazer, mas essa liberdade não pode ser irrestrita, nem pode ser para todos os tipos de gastos.

O Orçamento Impositivo nada mais é, na maioria das vezes, do que uma tentativa de modificação do modal deôntico das normas que dispõem despesas de permitido para obrigatório. No entanto, a massificação de despesas obrigatórias em alguns casos seria benéfica, em outros traria desajustes graves na realização dos gastos, de forma que um Município seria obrigado a comprar medicamentos mesmo que suas farmácias estivessem completamente lotadas, gerando um prejuízo e a ineficiência das compras realizadas pelo Estado. Da mesma forma, as subvenções que o Estado concede também seriam de cumprimento obrigatório, o que poderia contrariar o interesse público em determinados casos. No entanto, algumas despesas devem ser obrigatórias.

No Município de Maceió, por exemplo, foi apresentada proposta de modificação da Lei Orgânica do Município visando a execução obrigatória do orçamento.¹³⁹ O artigo 74-A seria acrescentado à lei dispondo:

Art. 74-A - A programação constante da Lei Orçamentária Anual é de execução obrigatória, salvo se aprovada, pela Câmara Municipal, solicitação de iniciativa exclusiva do Prefeito do Município, para cancelamento ou contingenciamento, total ou parcial, de dotação.

§ 1º. – A solicitação que trata o *caput* deste artigo somente poderá ser formulada até cento e vinte dias antes do encerramento da sessão legislativa e será acompanhada de pormenorizada justificativa das razões de natureza técnica, econômico-financeira, operacional ou jurídica, que impossibilitem a execução.¹⁴⁰

Para algumas despesas, portanto, o ordenamento utiliza o modal deôntico obrigatório para a sua realização. Precisamos esclarecer primariamente o que se entende por despesa obrigatória.

A Constituição estabelece alguns percentuais mínimos de aplicação de recursos em áreas como saúde e educação. Entretanto, como veremos no item 2.7 deste trabalho, as despesas com saúde e educação não podem ser classificadas como obrigatórias apenas por este fato. Isso porque a Constituição não estabelece quais as despesas que devem ser realizadas e quais podem

¹³⁹ A proposta não foi aprovada pelo Legislativo municipal.

¹⁴⁰ ANEXO.

ser livremente alocadas. Além do que, há dúvidas se a obrigatoriedade restaria apenas na destinação em abstrato dos recursos, sem o efetivo gasto daquela despesa, como se o processo de positivação terminasse no orçamento público.

De qualquer forma, estar-se-ia confundindo aqui o conceito amplo de despesa, como aquele dos gastos do Estado como um todo, com o conceito estrito, que leva em consideração a despesa no final de seu processo de positivação. A despesa com pessoal, por outro lado, é obrigatória no sentido de que o Estado não pode deixar de pagar os seus servidores. Não há opção política de realizar ou não o gasto. Por isso mesmo a Constituição no artigo 169 estabeleceu que a despesa com pessoal não poderá exceder certos limites dos orçamentos dos entes públicos, sob pena de comprometer a realização dos demais gastos, limites estes que foram estabelecidos pela Lei de Responsabilidade Fiscal em seu artigo 18 e seguintes.

Outra grande confusão que normalmente se faz é a de pensar que os tributos que têm destinação vinculada são de realização obrigatória. Isto é, uma coisa é a norma que obriga a destinação de certa receita, como a das contribuições sociais, e outra é a obrigatoriedade de se realizar aquela despesa destinada pelo tributo. Por exemplo, caso se arrecade com contribuições sociais, só se poderá gastar com o motivo que ensejou a criação desses tributos, não podendo ser desviado o produto de sua arrecadação para outras áreas que não aquelas. Mas isso não quer dizer que tudo que foi arrecadado deve ser obrigatoriamente gasto, isto é, o governo pode contingenciar tais verbas, deixando o processo de positivação das normas financeiras inacabados. Dessa forma, o que a União arrecadava com a CPMF deveria ser gasto exclusivamente com saúde, mas não necessariamente seria gasto em determinado ano. A figura da DRU – Desvinculação de Receitas da União, por exemplo, não atacava a obrigatoriedade da execução das despesas, mas a vinculação que certas receitas possuem com relação ao seu destino final, ou seja, com seu gasto.

Por tudo isso, vemos que a construção da norma que dispõe a despesa pública, seja pelo administrador, seja pelo juiz, deve levar em consideração as disposições de outras normas, constitucionais e da legislação complementar, tendo em vista que o direito possui um processo de positivação e que cada fase do processo leva a marca das demais. Por isso, se a Constituição estabelece que certas ações devem ser tomadas com obrigatoriedade pelo administrador público, este não pode deixar de realizar as despesas relacionadas à área sem motivação, ou seja, sem um

motivo que justifique aquela inércia que poderá ser punida caso não esteja de acordo com os ditames constitucionais.

Em Portugal, J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira dividem as despesas obrigatórias em: obrigações decorrentes de leis ou de contrato; decorrentes de convenção internacional; e decorrentes de decisão judicial,¹⁴¹ o que parece se aplicar às despesas que o Estado realiza em nosso País.

Podemos ainda classificar as despesas obrigatórias em pendentes ou não de implemento de condição. Isso porque algumas despesas devem ser realizadas independentemente de qualquer fator como o fluxo de arrecadação, como as despesas com pessoal. Mesmo que o Estado de Alagoas diminua a sua arrecadação, deve continuar normalmente o pagamento dos servidores do ente. Outras despesas, no entanto, tornam-se obrigatórias em razão de outros fatores posteriores inclusive à positivação no orçamento. Como se pode considerar permissiva a norma que disponha a construção de um hospital, caso haja previsão da despesa no orçamento, a receita para aquele fim tenha sido arrecadada, e não existam outros impedimentos para a sua construção, diante de uma situação de calamidade pública em um dado município. Não se podem construir as normas que dispõem despesas sem ter em mente uma ordem constitucional vigente e os fatos que circundam a formulação de seus critérios. Nesse sentido, Friedrich Müller afirma que sua teoria busca “elucidar as estruturas da norma jurídica e da normatividade jurídica a partir dos problemas da concretização prática”.¹⁴² No sentido de que os fatos concretos interessam na formulação da norma no caso prático.

Se há despesas cuja realização é permitida, enquanto outras devem obrigatoriamente ser realizadas, é preciso pensar onde esse fator é alterado na estrutura dessa norma, que aparentemente diverge das demais, sem, contudo, perder aspectos fundamentais presentes em todas as demais. No próximo tópico, buscaremos desenvolver essa estrutura da despesa pública, com um referencial teórico delineado e tendo como fim a facilitação do entendimento de seu funcionamento.

¹⁴¹ CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Volume I. 4ª ed. Revista. Coimbra: Coimbra editora, 2007, p. 1107.

¹⁴² MÜLLER, Friedrich. Ob. cit., p. 222.

2.6 Regra-matriz tributária e regra-matriz da despesa pública

A grande diferença entre as normas das leis da natureza e as normas jurídicas é o dever-ser que interliga a hipótese de uma norma à sua consequência. Segundo Paulo de Barros Carvalho:

O *dever-ser* que une a hipótese e a consequência, na arquitetura lógica da norma jurídica, recebe o nome de *conectivo deôntico* ou *operador deôntico*, ou ainda *dever-ser interproposicional*, porque vem *entre* a proposição hipótese e a proposição consequente.¹⁴³

As normas possuem estruturas lógicas próprias que podem ser construídas por aqueles que interpretam o direito para facilitar o estudo e a própria tomada de decisões, visto que “a regra jurídica foi a criação mais eficiente do homem para submeter o mundo social e, pois, os homens, às mesmas ordenação e coordenação, a que êle, como parte do mundo físico, se submete”.¹⁴⁴

A regra-matriz tributária é um instrumento consagrado por boa parte da doutrina tributarista como um instrumento facilitador na descrição do objeto tributo. Essa regra-matriz tributária buscar explicar e elencar os elementos essenciais de uma norma que dispõe um imposto ou uma taxa.

Ela pode ser designada desta forma:

H: Cm (v + c) x Ce x Ct

NJT

C: Cp (Sa + Sp) x Cq (Bc + Al)

Dentro dessa estrutura, “H” seria a hipótese, ou a descrição fática do que deve ocorrer para incidir o tributo. “Cm” indicaria o critério material, composto pelo verbo mais o complemento, que representam a ação que se deve realizar para que ocorra a incidência do tributo. No caso do Imposto de Renda, apenas para exemplificar, o critério material é composto pelo verbo “auferir” mais o complemento “renda”. Comporiam ainda a hipótese o “Ce” (critério

¹⁴³ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 375

¹⁴⁴ PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. Parte geral – Tomo I. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 09.

espacial), que designa o local da ocorrência do fato gerador, e o “Ct” (critério temporal), que indica o tempo em que o fato deve ocorrer. Afirmo Paulo de Barros Carvalho que:

(...) hipótese, que pode ser conceituada como o conjunto de critérios para a identificação de fato que, acontecido, determina a incidência de certa consequência prevista na “apódose”. Esta, por sua vez, é o conjunto de critérios para a determinação de certa consequência, imputada à realização do fato previsto da “prótase”.¹⁴⁵

Dada a hipótese, deve ser a consequência, como em qualquer outra norma jurídica, de acordo com o exposto acima. Assim, o “C”, consequência, seria formado pelo critério pessoal, composto pelo “Sa” (sujeito ativo) ou aquele que deve cobrar o tributo, e o “Sp” (sujeito passivo) ou aquele que se submete à norma jurídica, tornando-se devedor do tributo. Por fim, o consequente é formado pelo “Cq”, denominado critério quantitativo, composto pela base de cálculo “Bc” e pela alíquota “Al”.

É possível o rechaço da regra-matriz por se entender que esse tipo de linguagem da ciência do direito complicaria mais do que facilitaria o estudo dos tributos. Não podemos, no entanto, concordar com esse tipo de afirmação, em virtude de que, uma vez entendida a simples estrutura da regra-matriz, têm-se em mãos todos os requisitos para a boa formulação de um tributo. Isto é, estando ausente qualquer um deles, ou positivado de forma inválida, todo o tributo é contaminado. Dessa forma, se um tributo não possui alíquota, ou se esta foi positivada por decreto quando deveria ter sido por lei, o tributo nem mesmo existe, por faltar elementos constitutivos da sua realidade.

Devemos lembrar novamente que:

Toda realidade pode ser objeto de conhecimento. Mas o conhecimento de uma realidade está sempre condicionado pelo *sistema de referência* do sujeito conhecedor.¹⁴⁶

Logo, só é possível rechaçar qualquer conhecimento dentro do mesmo sistema de referência, condição própria de qualquer ciência e, neste caso, também da ciência do direito.

Voltando à regra-matriz, assim como a tributária despreza a posterior realização do gasto, a regra-matriz da despesa necessariamente despreza qualquer aspecto anterior da

¹⁴⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. **Teoria da Norma Tributária**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 48.

¹⁴⁶ TELLES JUNIOR, Goffredo. **Direito Quântico**: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica. 8ª ed. Revista. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2006, p. 239.

arrecadação das receitas. Isso porque, por mais que receita e despesa tenham uma relação indiscutível no orçamento público, não é necessário em todos os ordenamentos que se arrecade o mesmo montante ou volume da disposição das despesas. E mesmo onde há essa limitação, não se pode dizer que as despesas públicas dependem em sua estrutura lógica da arrecadação de receitas, até porque não há, em regra, vinculação exata dos valores arrecadados. Isto é, o que o José paga de imposto de renda não é necessariamente uma parcela da ponte construída pelo governo federal. O dinheiro pago por ele pode ter sido utilizado em qualquer das destinações escolhidas pela União por meio do orçamento. Digamos ainda que José more em Maceió. A parcela paga por José a título de Imposto de Renda poderá ser utilizada para pagar o salário do servidor municipal em Cuiabá. Isso porque a União repassa parte de suas receitas para os municípios por meio do Fundo de Participação dos Municípios – FPM. Não há, pois, ligação direta entre as normas que dispõem receitas e as que dispõem despesas.

Não nos propomos a trazer nada de novo à regra-matriz tributária proposta por Paulo de Barros Carvalho. A proposta aqui será a de elaborar se não uma regra-matriz da despesa pública, um esboço de como ela pode vir a ser, tomando como critério a elaborada para o seu correlato, o tributo. Há de se fazer a ressalva de que não se está a diminuir o direito financeiro em face ao direito tributário, tendo em vista que este compõe aquele. Mesmo porque a despesa pública também é um dos aspectos do direito financeiro.

Em primeiro lugar cabe a definição do que seria dotação orçamentária, que, de acordo com José Afonso da Silva, seria a:

Consignação de recursos no orçamento para o atendimento de qualquer despesa e também para as despesas totais dos órgãos do Governo (Legislativos, Executivos e Judiciários) e da administração (Ministérios, organismos autônomos, departamentos etc.).¹⁴⁷

Como vimos afirmando desde o início, há duas formas de se conceber a despesa: uma ampla, que toma as despesas de um órgão ou ente em geral, e outra, estrita, que define a realização de um gasto específico.¹⁴⁸ Nesse sentido podemos afirmar que dotação orçamentária é a própria norma jurídica da despesa pública. E como tal, devem apresentar tais dotações os elementos que passamos a expor a seguir.

¹⁴⁷ SILVA, José Afonso da. **Orçamento-programa no Brasil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973, p.314.

¹⁴⁸ BALEEIRO, Aliomar. **Uma Introdução à Ciência das Finanças**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 180.

Essa regra-matriz da despesa pública deve levar alguns aspectos em consideração. Em primeiro lugar, o critério material dessa regra-matriz seria a disposição no orçamento que define o tipo de gasto que poderá ser realizado.

É trabalhoso, no entanto, para o intérprete do direito construir esse critério material da norma das despesas, porque as leis orçamentárias anuais não trazem enunciados comuns. Mas sim tabelas que designam valores de acordo com os órgãos que irão gastá-los, ou mesmo de acordo com o projeto a ser realizado. Apesar disso, quando alguém lê aquelas disposições nas leis orçamentárias anuais, formula um juízo de que é possível a realização daqueles valores pelos órgãos ali discriminados. As dotações, no entanto, não devem ser genéricas demais, para não permitir que qualquer tipo de gasto seja realizado com base na sua disposição. Mas, ao contrário do direito tributário, as formulações das dotações de despesas também não podem ser específicas demais, pois em certos casos isso inviabilizaria a administração pública. Logo, as dotações orçamentárias precisam ser bem pensadas pelos legisladores, de modo que não autorizem a realização de qualquer gasto dentro da mesma disposição, nem inviabilizem a realização do gasto com um tipo muito fechado.

Diferentemente dos tributos, que são normas que pretendem conformar o comportamento dos contribuintes, as despesas visam em regra conformar o comportamento dos agentes públicos. Seriam, dessa forma, sujeitos passivos da norma os órgãos receptores das verbas públicas, a quem caberia a avaliação da necessidade ou não da realização das despesas permitidas e a efetiva realização das despesas obrigatórias. Os sujeitos ativos, por sua vez, são a outra face da moeda da relação jurídica que compõe a despesa pública. Nesse caso, a sociedade é sujeito ativo cuja prestação da realização da despesa pode exigir. Tanto é que uma das possibilidades, talvez a principal delas, de ajuizamento de ação popular é a ofensa ao erário público, ou seja, a má utilização de despesas públicas. O conseqüente de sua regra-matriz, portanto, deve trazer ambas as realidades citadas.

Outra característica importante das normas que dispõem despesas públicas é a de que deve haver também um critério quantitativo. Isso porque as despesas sempre dispõem valores a ser realizados. Não pode haver dotações ilimitadas, isto é, que não especifiquem um valor limite de realização das despesas. De forma que o gasto é sempre limitado aos valores que são dispostos na dotação orçamentária. Porém, nesse caso não há base de cálculo nem alíquota, visto que seus

valores são sempre absolutos. Melhor seria falar, então, no valor da dotação orçamentária, que faria parte do conseqüente da norma da despesa pública.

Diante de tudo que foi exposto, podemos afirmar que a regra-matriz tributária não difere da regra-matriz da despesa pública no que diz respeito aos seus critérios, mas, tão somente, no conteúdo desses critérios, acrescentando a ela, ainda, o critério do functor deôntico, a seguir:

$$\mathbf{H: Cm(V + C) \times Ce \times Ct(Po)}$$

NJDP

$$\mathbf{C: Cp(Or) \times Cq(Vd) \times Fd(O/P)}$$

O critério material é disposto pelo **verbo** e **complemento**, que afirmam o tipo de gasto que pode ser realizado pelo órgão público. Temos como exemplo: “compra de materiais de escritório”, ou “aquisição de equipamentos de informática” etc.

Como tudo que ocorre se dá num espaço, o critério espacial define o local onde ocorre a incidência da norma, em regra o âmbito territorial do ente público que positiva a lei orçamentária.

O critério temporal é caracterizado pelo **período orçamentário** em que está autorizada uma despesa.

O critério pessoal é caracterizado pelo sujeito ativo, desempenhado nesse caso pela **sociedade**, destinatária dos recursos públicos, e pelo sujeito passivo, que seria o **órgão receptor** que está autorizado/obrigado a realizar o gasto.

E o critério quantitativo é representado pelo **valor da despesa** disposta.

Tais critérios são instintivamente construídos pelos administradores das verbas públicas quando realizam os gastos que o orçamento dispõe. Entretanto, cabe ainda tratar de mais uma questão. Onde entraria a análise da obrigatoriedade ou não das normas que dispõem despesas na regra-matriz orçamentária? Por tal motivo temos o critério do **functor deôntico**, que definirá se a despesa é **obrigatória** ou **permitida**.

Bem, cabe ao intérprete aferir na formação da regra-matriz a obrigatoriedade ou facultatividade da realização da despesa. Há despesas proibidas, mas elas não estão presentes nos orçamentos, visto que estes apenas trazem possibilidades de ações, e não vedações e omissões.

Como dissemos anteriormente, o functor deôntico que estabelece se a norma implicará uma obrigação, autorização ou proibição se localiza na tese ou consequente normativo, e se dá posteriormente (no sentido lógico) à incidência da norma sobre o fato. Logo, fica no consequente a avaliação pelo intérprete da obrigatoriedade ou permissividade da realização da norma.

Voltamos a dizer que não seria possível construir uma norma de despesa pública propriamente dita com um modal deôntico proibido. Isso porque as normas dessa natureza se propõem sempre a autorizar ou obrigar a realização de gastos públicos. Quando se fala em proibição, deve construir normas diversas das que dispõem despesas, podendo tais normas serem construídas com base em textos de leis ordinárias, complementares ou mesmo constitucionais.

2.7 Despesa pública na Constituição Federal: crítica às críticas das vinculações constitucionalmente estabelecidas

A Constituição brasileira resolveu estabelecer uma série de vinculações que disciplinam aquilo que deve ser disposto nos orçamentos.

Uma das mais importantes é a que estabelece percentuais mínimos de gastos com educação nas três esferas. Com relação à União o percentual mínimo é de 18% (dezoito por cento), no caso dos Estados, Distrito Federal e Municípios, 25% (vinte e cinco por cento) da receita auferida de impostos, inclusive as receitas transferidas recebidas por Estados e Municípios.

A Constituição dispõe ainda que a distribuição dos recursos deverá seguir o estabelecido no plano nacional de educação, que deve ser plurianual e contemplar: a erradicação do analfabetismo; a universalização do atendimento escolar; a melhoria da qualidade do ensino; a formação para o trabalho; e a promoção humanística, científica e tecnológica do País.

Essas vinculações, como se pode perceber com o exemplo da relacionada à educação, buscam que os entes públicos destinem percentuais razoáveis para áreas prioritárias no desenvolvimento do país e na qualidade de vida dos cidadãos. Esses 25% que Estados e Municípios devem destinar no orçamento para educação podem ser gastos com o salário de professores, construção de escolas, aquisição de equipamentos, além de muitas outras despesas essenciais para o desenvolvimento do Estado.

As chamadas vinculações constitucionais, no entanto, diferem das denominadas despesas obrigatórias. As vinculações constitucionais não visam obrigar o Estado a gastar com um determinado tipo de despesa, mas com qualquer tipo de despesa que tenha como objetivo satisfazer aqueles designados constitucionalmente.

Dessa forma, um exemplo de despesa obrigatória é aquela destinada ao pagamento com pessoal, desde que os cargos estejam providos. As obrigatórias, portanto, levam em consideração as despesas em sentido estrito. As vinculações, ao contrário, utilizam o conceito amplo de despesa, porque exigem percentuais do orçamento destinados a um determinado fim, sem obrigar especificamente à realização de um gasto como a compra de cadernos ou a construção de escolas.

Muitos confundem então, ao criticar as vinculações constitucionais, as suas diferenças em relação às despesas obrigatórias. É fundamental que, como vimos, elas sejam separadas. Isso porque as reconhecidas como despesas obrigatórias não o poderiam deixar de ser, pois ninguém em sã consciência pode defender que os salários dos servidores podem ser pagos ou não a depender da discricionariedade do administrador, assim como as demais legalmente ou constitucionalmente definidas.

O Estado de Alagoas é supostamente um dos grandes prejudicados pelas despesas obrigatórias. O economista Cícero Pércles afirma que:

O Tesouro Estadual, no primeiro semestre de 2005, dirigiu 88% de seus gastos totais (R\$ 1.340 milhões) para despesas obrigatórias (R\$ 527 milhões com o pessoal do poder Executivo, R\$ 195 milhões para o pagamento da dívida contratual, R\$ 152 milhões de transferências para os poderes legislativo e judiciário, R\$ 141 milhões de transferências constitucionais para os municípios, R\$ 71 milhões de *restos a pagar* e R\$ 65 milhões para o Fundef) e apenas 12% (R\$ 160 milhões) para custeio e investimento.¹⁴⁹

Acontece que boa parte dessas obrigações é resultante do papel desenvolvido por esse estado, em razão da ausência ou da pequena parcela de participação da iniciativa privada, e das más gestões que se sucederam por muitos e muitos anos, que elevaram enormemente a dívida do estado e o tornaram excessivamente empregador, o que por um lado movimentou a economia, mas por outro o impede de realizar investimentos. Veja-se, por exemplo, que quase 15% (quinze por cento) das chamadas despesas obrigatórias eram destinados ao pagamento de dívidas.

¹⁴⁹ CARVALHO, Cícero Pércles de. Ob. cit., p. 101.

A maior parte das despesas obrigatórias é constituída de despesas com pessoal. Se o ente deixa de realizar concurso público, ou se, melhor, extingue os cargos em comissão desnecessários, facilmente conseguirá economizar um pouco mais para realizar despesas de capital ou de investimento.

Não cabe afirmar que as vinculações “engessam” os orçamentos, dificultando a vida dos administradores públicos. Pois não são elas que impedem a livre destinação dos recursos no orçamento, porque mesmo somadas às vinculações com saúde e educação, ainda sobra todo o resto para investir nas outras áreas, como transporte, propaganda, além de outras despesas.

No caso da educação, há a exigência de que o governo federal gaste 18% da receita resultante de impostos com esta área. Ocorre que a despesa atual já é muito superior a esse limite mínimo. Em 2004, a União despendeu 39,4% da receita resultante de impostos com educação.¹⁵⁰

Além disso, há a Desvinculação de Receitas da União (DRU), que busca retirar a obrigatoriedade da destinação de certos tributos federais, aumentando a discricionariedade na disposição do gasto por meio dos orçamentos públicos. Isso porque todas as receitas são vinculadas a uma destinação após a disposição das leis orçamentárias; apenas algumas delas são obrigatórias antes mesmo destas definições.

A DRU, na verdade, foi estabelecida por seguidas emendas constitucionais, resultando na última delas, em 2007, de número 56. Diz o artigo 76 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias:

É desvinculado de órgão, fundo ou despesa, até 31 de dezembro de 2011, 20% (vinte por cento) da arrecadação da União de impostos, contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico, já instituídos ou que vierem a ser criados até a referida data, seus adicionais e respectivos acréscimos legais.¹⁵¹

Explica-se. A Constituição Federal estabeleceu uma série de tributos que possuem também “vinculações” quanto a sua destinação. Era o que acontecia com a CPMF, por exemplo, que deveria ser destinada ao financiamento da saúde. A DRU busca retirar desses tributos a obrigatoriedade da destinação prévia à decisão orçamentária, e, como afirma Fernando Scaff: “A

¹⁵⁰ VELLOSO, Raul. **Ajuste Fiscal Através da Redução de Despesas Obrigatórias**, in *Gasto Público Eficiente*: 91 propostas para o desenvolvimento do Brasil. Org. Marcos Mendes. São Paulo: Top Books, 2006, p. 118.

¹⁵¹ BRASIL. Constituição Federal, 1988.

consequência deste procedimento foi a possibilidade de redução dos valores gastos nas finalidades constitucionalmente estabelecidas”¹⁵².

Por que os administradores acham que suas prioridades políticas são mais importantes que as destinações que a Constituição escolheu como prioritárias? Eles devem atuar com base nas normas constitucionais que estabelecem tais limites, utilizando as demais verbas para imprimir suas ideologias e preferências políticas.

2.8 Despesa pública na Lei Complementar de número 101: limites estabelecidos para despesa com pessoal

Outro tipo de limitação à realização das despesas públicas, assim como as vinculações constitucionais, é a estabelecida pela Lei Complementar de número 101, chamada Lei de Responsabilidade Fiscal, que veio em maio de 2000 para preencher uma lacuna na legislação financeira estabelecendo metas, diretrizes e limites para a gestão fiscal dos entes públicos e que fixou limites máximos percentuais dos gastos dos entes públicos.

Os objetivos principais da referida lei são o estabelecimento do planejamento e transparência, a prevenção de riscos e o estabelecimento do equilíbrio nas contas públicas, além de limites e condições para a renúncia de receita e geração de despesas com pessoal, estabelecidos no parágrafo primeiro daquele documento normativo.

O artigo 169 da Constituição Federal estabelece a necessidade de limitação das despesas com pessoal por uma lei complementar que fixaria os percentuais de limites que cada ente público poderia comprometer de seu orçamento. Quando a Constituição estabelece limites à contratação de despesas com pessoal satisfaz uma exigência considerada liberal de limitação do tamanho da máquina pública. Entende-se, por este ponto de vista, que o Estado deve gastar o mínimo possível com a manutenção da máquina pública, onde o seu principal gasto é com pessoal, e a maior parte com investimentos que possibilitem o desenvolvimento econômico da região circunscrita ao ente público.

¹⁵² SCAFF, Fernando F. **Direitos Humanos e a Desvinculação das Receitas da União – DRU** in *Tributos e Direitos Fundamentais*. Coord. Octavio Campos Fischer. São Paulo: Dialética, 2004, p. 70.

Acontece que em muitos municípios o pagamento da remuneração dos servidores é fundamental na manutenção da econômica local, e nem sempre é verdadeira a expressão: diminuição do gasto com pessoal gera desenvolvimento econômico. De qualquer forma, as normas estabelecidas pela Lei Complementar, embora parcialmente criticáveis do ponto de vista político e econômico, visto que algum controle tem de ser realizado, são constitucionais e, dogmaticamente, merecem análise perfunctória neste item.

A referida lei impõe limites percentuais de contratação de percentual para União, Estados e Municípios. Cinquenta por cento da receita corrente líquida no primeiro caso, e sessenta por cento nos demais, conforme entendimento do artigo 19.¹⁵³ Ela é apurada levando em conta o mês da realização do gasto em referência aos onze meses anteriores e engloba não apenas as despesas com ativos, como também as realizadas com inativos, pensionistas, militares e terceirizados.¹⁵⁴ Ainda são trazidas repartições desses limites na União, Estados e Municípios, estabelecendo-se quanto cada Poder pode gastar dentro desse limite geral.

Ao atingir-se 95% daquilo que foi disposto pela Lei de Responsabilidade Fiscal como teto em seu artigo 20,¹⁵⁵ uma série normas com modal proibido é disposta. Como, por exemplo, a criação de cargos; alteração na estrutura que implique aumento de despesa; concessão de vantagem, aumento, reajuste, salvo se por sentença ou determinação legal ou contratual; contratação de hora extra, entre outras.

São impostas também sanções para aqueles entes que descumprem tais limites, isto é, quando a despesa realizada pelos entes públicos ultrapassa os 100% do estabelecido da lei de responsabilidade fiscal. A própria Carta no artigo 169, §3º, fixado pela emenda 19 de 1998,¹⁵⁶ estabelece a necessidade de redução em pelo menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança e, caso mesmo assim não volte ao limite estabelecido pela Lei Complementar, deve haver a exoneração dos servidores não estáveis, e posteriormente a dos estáveis.¹⁵⁷

¹⁵³ BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.

¹⁵⁴ Idem.

¹⁵⁵ Idem.

¹⁵⁶ BRASIL. Constituição Federal, 1988.

¹⁵⁷ Alguns autores defendem que os servidores estáveis devem ter a opção de ser colocados à disposição com remuneração proporcional, opinião da qual discordamos, por contrariar a norma que se extrai do texto constitucional, que é bastante claro. Para o entendimento contrário ao nosso, vide: FERRAZ, Luciano. **Lei de Responsabilidade Fiscal e Medidas para a Redução das Despesas com Pessoal**: perspectiva de respeito aos direitos dos funcionários

A Lei de Responsabilidade Fiscal proíbe ainda, enquanto perdurar o desrespeito aos limites ora expostos: o recebimento de verbas voluntárias, que atinge apenas Estados e Municípios, tendo em vista que a União não recebe verbas voluntárias; obter garantia, direta ou indireta, de outro ente, que possivelmente também só atinge a essas duas categorias de entes públicos; e a contratação de operações de crédito, ressalvadas duas hipóteses, que aí sim atinge tanto a União como os Estados e Municípios.¹⁵⁸

A sanção, portanto, é fundamental ao cumprimento do Direito. Bobbio afirma que:

A aplicação da sanção pressupõe um aparato coercitivo, e o aparato coercitivo pressupõe o poder, isto é, uma carga de força imperativa, ou se preferir, de autoridade, entre aquele que estabelece a norma e quem deve obedecê-la.¹⁵⁹

Considerando poder como a capacidade de produzir efeitos que envolvam diretamente outras pessoas,¹⁶⁰ entende-se a afirmação acima, do pensador italiano, no sentido de que o Direito existe para modificar e limitar a ação das pessoas, até porque nenhum direito pode ser exercido sem que outros se abstenham ou pratiquem atos desejados pelo direito. Isto é, não há propriedade sem que as pessoas se abstenham de se apoderar dos domínios dos demais. Não teria sentido um direito que não visasse justamente essa modificação do comportamento humano, a chamada adaptação social.

Limitação semelhante à despesa com pessoal é a do Projeto de Lei nº 205, de 2001, que busca limitar os gastos públicos com propaganda, fixando o percentual sobre a receita corrente líquida apurada no ano anterior em 0,2% (zero vírgula dois por cento) para a União Federal e em 1% (um por cento) para Estados, Distrito Federal e Municípios.¹⁶¹ Tal iniciativa merece aplausos por estabelecer um teto mais do que razoável para uma despesa de importância reduzida ante as demais.

públicos estáveis, *in* Aspectos Relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal. Org. Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo: Dialética, 2001.

¹⁵⁸ BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.

¹⁵⁹ *Idem*, p. 167.

¹⁶⁰ LASSWELL, Harold, e KAPLAN, Abraham. **Poder e Sociedade**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979, p. 110.

¹⁶¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/185509.pdf>>. Acesso em 20 de julho de 2009.

Capítulo 3. Execução das despesas públicas e o papel dos Poderes Executivo e Legislativo

- 3.1 Execução das despesas públicas
 - 3.1.1 Empenho
 - 3.1.2 Liquidação
 - 3.1.3 Pagamento
 - 3.1.4 Créditos adicionais
- 3.2 Importância da execução do orçamento na efetivação dos direitos constitucionalmente estabelecidos
- 3.3 O Executivo como gestor das finanças do Estado no Brasil
 - 3.3.1 Problemas na execução do orçamento
 - 3.3.1.1 Separação dos Poderes, limitação de empenho e o contingenciamento das despesas
- 3.4 O papel do Legislativo na construção do Orçamento e a execução orçamentária
 - 3.4.1 O controle das contas públicas pelos tribunais de contas

3.1 Execução das despesas públicas

Cabe, neste capítulo, fixar os principais conceitos da fase da execução das despesas públicas dispostas nos orçamentos públicos. Isto é, se antes vimos como a despesa pública, que tem suas linhas iniciais dispostas na Constituição, e nas três leis orçamentárias consecutivas, a saber, plano plurianual (PPA), lei de diretrizes orçamentárias (LDO) e lei orçamentária anual (LOA), veremos agora como o processo de positivação das despesas continua na fase pós-orçamentária. Desta forma, se antes a despesa que o Estado realizará se encontrava ainda abstratamente prevista no Orçamento, é por meio de sua execução que ela ganha força concreta, aproximando os desígnios constitucionais da realidade. Pode-se dizer então que, a cada passo do processo, ganha concreção a despesa pública. É um verdadeiro processo de positivação que é realizado por cada despesa que o Estado realiza.

Como disposto no primeiro capítulo, segue dessa forma o processo de positivação:

Constituição → Plano Plurianual → Lei de Diretrizes Orçamentárias → Lei Orçamentária Anual → Empenho → Liquidação → Pagamento

O importante é que se visualize o processo pelo qual as despesas têm de passar para, que possam ser realizadas. Expliquemos agora as três últimas fases desse processo.

3.1.1 Empenho

Empenho, segundo a disposição do art. 58 da Lei 4.320/64, é o ato que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição. Esse conceito formulado com base em um texto de 1964 merece revisão crítica. Isso porque, como vimos, nem sempre as normas que dispõem as despesas são normas meramente autorizativas. Há delas que em razão de mandamentos normativos constitucionais são obrigatórias mesmo antes da edição da norma que veicula o empenho. Pode-se dizer então que o empenho só cria a obrigação de realizar o gasto quando este for veiculado por norma autorizativa. Essa obrigação deve ser cumprida até o fim do ano financeiro, que coincide com o ano civil. Caso não seja efetivamente paga a despesa, vira resto a pagar no próximo ano.

O empenho, como todas as normas de conteúdo financeiro, serve para que o Estado possa controlar aquilo que ele gasta, como também para que se planeje sobre as medidas que poderá tomar. Sérgio Assoni Filho afirma que com os empenhos:

São colocados em evidência os compromissos assumidos pelo Estado-administração, os quais deverão ser adimplidos ao longo do exercício financeiro, sendo possível confrontá-los com os créditos orçamentários existentes nas dotações específicas e seus eventuais adicionais, devidamente autorizados na lei, ficando facilitada a análise da atividade financeira realizada pela Administração Publicam por parte de qualquer interessado, em particular, por aqueles que tenham intenção de firmar relações de caráter obrigacional com o Poder Público.¹⁶²

A natureza do empenho é de norma jurídica veiculada pela administração pública, seja no Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário. É o primeiro passo na execução orçamentária das despesas públicas, pois não pode haver a realização do pagamento sem que se tenha dado o empenho, e cabe à autoridade que autoriza o pagamento verificar se ocorreu tal procedimento, sob pena de responsabilizar-se pessoalmente pelo pagamento.

¹⁶² ASSONI FILHO, Sérgio. **Orçamentos Públicos**: a Lei 4.320/1964 comentada. Coord. José Maurício Conti. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 185.

O processo de positivação da despesa pública, portanto, iniciado na Constituição Federal, que passou também pelas três leis orçamentárias, é continuado pela execução do Orçamento. As normas que dispõem o empenho podem ser normas gerais e concretas ou individuais e concretas. Gerais, por se destinarem a todos indiferentemente, ou individuais, quando já estabelecem o destinatário das verbas públicas; e concretas, por se esgotarem uma vez realizadas. Isto é, uma vez empenhados aqueles valores, eles ficam comprometidos e não podem ser mais empenhados posteriormente.

O empenho, portanto, se submete ao que foi disposto no Orçamento. Por ser a primeira fase após o estabelecimento da lei orçamentária, os valores empenhados nunca poderão superar os valores das dotações designadas no Orçamento. Funciona da seguinte forma: há uma dotação orçamentária que autoriza uma despesa em uma determinada área. A nota de empenho retira parcela ou a totalidade dos valores dispostos na norma para serem realizados. Logo, nunca o valor do empenho pode superar o valor da dotação, visto que aquele apenas especifica este. Neste sentido, o valor do empenho se submete ao da dotação; caso o valor dos empenhos emitidos supere o valor das despesas dispostas no Orçamento, sua nota não poderá ser emitida.

Na fase do empenho ainda não se sabe quem será o credor das despesas que o Estado realizará, a depender do tipo de empenho que se efetivará. Isso porque as normas que dispõem empenhos são dirigidas ao Poder Público e à sociedade como um todo, sem individualizar ainda aquele que irá receber as verbas públicas. Essa individualização, no entanto, pode ocorrer, como veremos a seguir.

Há três modalidades de empenho. A primeira delas é o empenho-ordinário, emitido através de nota de empenho que possui credor determinado e que se refere a apenas uma única prestação, de valor indivisível.¹⁶³ Neste tipo de empenho não pode haver parcelamento do débito.¹⁶⁴ O segundo tipo é o empenho-global. Emite-se o empenho global nos casos em que há pagamentos parcelados relativos a um contrato. Nele, credores e obrigações também seriam perfeitamente definidos. Difere do ordinário, segundo João Angélico, também pelo seu histórico, que deve trazer a forma de pagamento. Normalmente se aplica aos contratos de prestações

¹⁶³ Nesse caso poderia haver dúvida se o credor teria ou não o direito de exigir os repasses públicos. Entendemos que, mesmo individualizados os credores pela norma do empenho, não se dá o direito de exigir que siga o processo de positivação, por meio da liquidação, nem mesmo pelo pagamento direto.

¹⁶⁴ ANGÉLICO, João. **Contabilidade Pública**. 8ª ed. São Paulo. Atlas, 1995, p. 60.

sucessivas e de mesmo valor, tais como aluguéis.¹⁶⁵ O último deles é o empenho-estimativa, em que é emitida a nota de empenho sem o valor real ou certo da despesa. Neste caso é requisito essencial que traga o seu nome na nota emitida. Assim como no empenho-global, no empenho-estimativa poderá haver parcelamento dos pagamentos, contudo o valor global apenas pode ser estimado, sendo os pagamentos parciais conhecidos após certo termo e realizados através de subempenhos.¹⁶⁶ Assim como acontece com o empenho em relação às dotações orçamentárias, o valor dos subempenhos, que são sempre vinculados a um empenho-estimativa, não pode superar seu valor, e em seu histórico é indispensável a referência ao número do empenho-estimativa respectivo.¹⁶⁷

Podem ainda ser anulados empenhos já emitidos através das respectivas notas, como também os subempenhos emitidos no empenho-estimativa. No primeiro caso, serão remetidos os valores às dotações orçamentárias de origem, e no caso dos subempenhos, os valores serão remetidos ao empenho-estimativa correspondente.¹⁶⁸ Isto é, as obrigações que estavam reservadas voltam à situação anterior, dependendo de novo processo de emissão de nota de empenho ou subempenho para que sigam seu caminho para o pagamento.

3.1.2 Liquidação

A liquidação constitui uma das fases da realização da despesa, posterior ao empenho e anterior ao pagamento. Segundo conceito da Lei 4.320, a liquidação “consiste na verificação do direito adquirido pelo credor, tendo por base os títulos e documentos probatórios do respectivo crédito”.¹⁶⁹ Ela também é uma norma jurídica administrativa e por meio dela a administração pública atesta o regular procedimento da execução do orçamento até o momento de sua disposição. Há uma espécie de homologação, portanto, da regular emissão da nota de empenho e de sua regularidade perante o orçamento. É aferido também se o serviço, obra ou bem foram efetivamente prestados pelo credor do poder público, bem como o valor exato, dado que nem sempre no momento do empenho se há condições de saber qual este seria. Nesse sentido:

¹⁶⁵ Idem, p. 61.

¹⁶⁶ ANGÉLICO, João. **Contabilidade Pública**. 8ª ed. São Paulo. Atlas, 1995, p. 61.

¹⁶⁷ Idem, p. 61

¹⁶⁸ Idem, p. 62.

¹⁶⁹ BRASIL. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, art. 63.

A fase da liquidação da despesa pública acaba se tornando “chave” em todo o desenrolar do processo, pois nela é que se verifica toda a documentação comprobatória, desde a autorização da reserva de valores na dotação orçamentária, visando ao atendimento de um anseio social reputado necessidade pública.¹⁷⁰

A função da liquidação é aumentada quando o empenho que a antecedeu estabeleceu condições de implemento. Isto é, obrigações que os credores devem realizar antes de possuírem o direito a receber as verbas do ente público. Porque então só poderá ser liquidada a despesa caso tudo tenha sido cumprido, devendo o ordenador emitir a liquidação, dando seguimento assim ao processo de execução das despesas.

3.1.3 Pagamento

O pagamento é última fase da realização da despesa. Dado o pagamento, a despesa dá-se como realizada. Diz o artigo 64 da Lei 4.320 que a ordem de pagamento é o despacho exarado por autoridade competente, determinando que a despesa seja paga. Pode-se dizer que é uma norma jurídica veiculada por um ato vinculado, no sentido de que a liquidação já criou o direito do credor de receber os valores nela constantes. Evidentemente que caso o serviço não venha a ser prestado, não deve ser emitida tal ordem de pagamento. Alguns autores afirmam ser quatro as fases da execução do empenho, dividindo a fase do pagamento em duas, a emissão da ordem do pagamento, e a do pagamento materialmente falando. Afirma José Juan Ferreiro Lapatza:

1. La gestión del Presupuesto de gastos del Estado se realizará a través de las siguientes fases:
 - a) Aprobación del gasto.
 - b) Compromiso de gasto.
 - c) Reconocimiento de la obligación.
 - d) Ordenación material del pago.
 - e) Pago material.¹⁷¹

A fase do pagamento possui dois momentos: o que se manda pagar, e o que se paga efetivamente. Não vemos razão em separá-los, pois a ambos pode se dar o nome de pagamento. Juridicamente, a mais importante é a ordem de pagamento, visto que é a última norma jurídica a

¹⁷⁰ ASSONI FILHO, Sérgio. Ob. cit., p. 188.

¹⁷¹ FERREIRO LAPATZA, José Juan. Ob. cit., p. 228. No mesmo sentido, ASSONI FILHO, Sérgio. Ob. cit., p. 188.

ser expedida pelo administrador público, sendo o pagamento mera realização daquilo que se mandou. É importante, no entanto, ressaltar que há momentos diferentes na fase do pagamento.

É importante também citar a autoridade competente, ou seja, o ordenador das despesas públicas:

Por autoridade competente, entenda-se o agente público conhecido como *ordenador de despesa*, considerado o detentor do poder final de decisão sobre a realização dos gastos por parte da Administração, incumbência esta originariamente atribuída ao chefe dos respectivos Poderes de cada esfera governamental, cuja competência é geralmente delegada a outro agente público de confiança do primeiro, mediante a expedição de decreto.¹⁷²

A importância da fixação da autoridade competente se revela na medida em que esta autoridade será responsabilizada por fraude ou erro cometido na expedição das ordens de pagamento ou mesmo nos pagamentos realizados sem as devidas ordens. De qualquer forma, cabe a ela o “controle e o acompanhamento do desembolso, não só no que concerne à análise do ‘merecimento’ do credor em recebê-lo, mas também por ser um ato jurídico que desonera a Administração Pública do compromisso antes assumido”.¹⁷³

O tema dos precatórios diz respeito justamente à forma de pagamento que o Estado adota quando da condenação de sua Fazenda Pública por sentença judicial. Nesse caso, eles devem ser pagos por ordem de apresentação e à conta dos créditos destinados especificamente para isso, sendo vedado pela Lei 4.320 a designação de casos ou pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para esse fim. No entanto, não nos cabe aqui tratar de assunto tão vasto que merece tratamento próprio e extenso.

A despesa pública também pode ser paga por outra autoridade pública em regime de adiantamento, e possui três condições: as espécies de despesa possíveis de ser adiantadas devem estar prévia e legalmente definidas, ou seja, nem todas as despesas podem ser adiantadas. Cabe hoje às leis de diretrizes orçamentárias fixar quais tipos são passíveis de tal procedimento; apenas deve ser utilizado em casos excepcionais, isto é, mesmo que a lei preveja despesas como passíveis de adiantamento, tal medida não pode virar regra na execução dos orçamentos públicos; além disso, a natureza da despesa ou a urgência para a sua realização não devem permitir o

¹⁷² ASSONI FILHO, Sérgio. Ob. cit., p. 191.

¹⁷³ Idem, p. 192.

processamento normal. Dessa forma, cumulados esses três requisitos e cumprida a exigência de prévio empenho, é possível o pagamento da despesa pública por adiantamento.¹⁷⁴

3.1.4 Créditos adicionais

Os créditos adicionais são a forma com que os Poderes remanejam as verbas orçamentárias, adaptando-as às realidades que se apresentam durante a sua execução. Nem sempre o que se previu no ano anterior será suficiente para satisfazer a necessidade pública, prevista no orçamento ou não. Ainda é possível que a verba prevista seja maior do que aquilo que o poder público efetivamente necessitará no ano a seguir.

Há três tipos de créditos adicionais. Uns que pretendem suplementar as verbas destinadas para uma dotação já existente, chamados créditos suplementares. Outros que objetivam direcionar verbas para dotações que ainda não existem, criando, assim, outra necessidade pública não prevista no orçamento, chamados créditos especiais. E, por fim, os chamados créditos extraordinários, que pretendem destinar gastos públicos para despesas urgentes e imprevistas, mas que apenas podem ser utilizados em caso de guerra, comoção intestina ou calamidade pública, nos termos do artigo 41 da Lei 4.320 de 1964, praticamente repetido pelo artigo 167, § 3º, da Constituição Federal.

A lógica é a mesma dos tributos. Se para criar um tributo é necessária a criação de uma lei, e a sua modificação também só pode ser feita por lei, no caso das dotações orçamentárias, qualquer modificação por créditos adicionais só poderá ser feita por autorização legislativa. Há a exceção dos créditos extraordinários que serão abertos por decreto do Executivo, que passará ao conhecimento imediato do Legislativo.

Outro pressuposto lógico dos créditos adicionais de maneira geral é a existência de recursos disponíveis. Isto é, se existe uma regra de equilíbrio orçamentário, só pode haver remanejamento de despesas no limite dos recursos existentes. Logo, ou deve haver um superávit de receitas que justifique a suplementação de uma verba ou a criação de um crédito especial, ou deve ser retirada a verba de uma destinação que a autoridade pública entenda desnecessária ou

¹⁷⁴ BRASIL. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964.

que possivelmente tenha se destinado a ela valor acima do necessário. Então devem ser indicadas as origens dos recursos que estão sendo objeto de abertura de créditos adicionais.¹⁷⁵

3.2 Importância da execução do Orçamento na efetivação dos direitos constitucionalmente estabelecidos

O orçamento, como afirmamos no primeiro capítulo deste trabalho, é fundamental na implementação dos direitos constitucionalmente garantidos. A Constituição escolheu positivar certos direitos que a sociedade escolheu à época como fundamentais para a satisfação das necessidades públicas. Essa característica de ser a Constituição comandante do Estado é no vernáculo chamada de Constituição Dirigente. Quem introduziu na doutrina pátria essa teoria que dizia ser função da Constituição dirigir os rumos e decisões legislativas, executivas e jurisdicionais do Estado foi um português, J. J. Gomes Canotilho.

A nossa Constituição de 1988 adotou essa teoria dirigente e dispôs uma série de direitos não só no artigo 5º como em vários outros dispositivos. Acontece que o principal defensor dessa teoria mudou de opinião e passou a criticar veementemente as Constituições que buscam ser instrumentos de luta pelos direitos dos cidadãos, chegando a afirmar que:

A Constituição dirigente, ou melhor, os textos constitucionalmente carregados de programaticidade – desde a velha Constituição Mexicana de 1917, até a Constituição Brasileira de 1988, passando pela magna carta portuguesa de 1976 – estão num “fosso” sob o olhar implacável de muitos escárnios e mal-dizeres.

(...)

Para além disso, a Constituição arrogar-se-ia o papel de alavanca de Arquimedes com força para transformar o mundo, mas sem atender ao facto de ela estar cercada por outros mundos.¹⁷⁶

¹⁷⁵ “Art. 43. A abertura dos créditos suplementares e especiais depende da existência de recursos disponíveis para ocorrer à despesa e será precedida de exposição justificativa.

§ 1º Consideram-se recursos para o fim deste artigo, desde que não comprometidos:

I - o superavit financeiro apurado em balanço patrimonial do exercício anterior;

II - os provenientes de excesso de arrecadação;

III - os resultantes de anulação parcial ou total de dotações orçamentárias ou de créditos adicionais, autorizados em lei;

IV - o produto de operações de crédito autorizadas, em forma que juridicamente possibilite ao Poder Executivo realizá-las”. BRASIL. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964.

¹⁷⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. “**Brançosos**” e **interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 104 e 109.

Diante de tais afirmações, muitos defendem o fim da Constituição Dirigente afirmando ser esta uma coisa do passado e que tais Constituições estariam perdendo sua força. Em primeiro lugar, é preciso ter em mente que a Constituição brasileira continua a mesma, salvo as emendas constitucionais aprovadas nesses 21 anos, mas que não mudaram a sua essência. Dessa forma, não se pode mudar a forma como as normas constitucionais estão sendo aplicadas por mudança de pensamento de um doutrinador, por mais importante que ele seja, afinal, a linguagem dos cientistas do direito é descritiva da realidade, e não prescritiva. Em segundo lugar, as afirmações do constitucionalista português apenas tentam modificar a formulação de normas constitucionais para o futuro, e seu único reflexo no Brasil seria o de fomentar uma nova Carta, revogando esta que temos hoje. Por fim, não se pode dizer que a Constituição brasileira não gerou avanços e que esse dirigismo foi prejudicial, muito pelo contrário. Temos, então, de pensar em mecanismos de aperfeiçoamento desse dirigismo, de forma a satisfazer as necessidades públicas contidas no documento fundamental de nosso país.

Com relação ao direito à saúde, a importância do Estado se mostra presente em quase todos os países do mundo. Com a exceção de países como Estados Unidos e Coreia do Sul, onde a participação da despesa pública não chega a cinquenta por cento, a média de gasto público com saúde nos países desenvolvidos ultrapassa os setenta por cento.¹⁷⁷ No Brasil, essa participação do Estado ainda é pequena, comparada a países como Alemanha, França e Irlanda, onde tal percentual supera os setenta e cinco por cento. De acordo com o IBGE, em 2005, enquanto o Poder Público teria consumido em torno de 66 bilhões de reais na Saúde, envolvendo as três esferas, as famílias, entre gastos com medicamentos e com planos de saúde, entre outros, teriam realizado despesas acima de 100 bilhões de reais.¹⁷⁸

Nesse contexto, um dos grandes problemas a serem aperfeiçoados é a execução do orçamento no que concerne às despesas públicas. Pois, se o Estado existe para satisfazer certas necessidades e desempenhar certas funções, as leis que fixam os recursos orçamentários e os gastos deles decorrente, podem não ser o único instrumento possível de veiculação, mas certamente se o orçamento público não é executado, não há possibilidade de satisfação dos direitos fundamentais básicos. Muito se discute a efetivação dos direitos estabelecidos na

¹⁷⁷ REZENDE, Fernando; CUNHA, Armando (orgs). Ob. cit., p. 112.

¹⁷⁸ IBGE. Disponível em: <http://www.ibge.com.br/home/estatistica/economia/economia_saude/economia_saude.pdf>. Acesso em 12 de julho de 2009, p. 38.

Constituição. Indaga-se se o Poder Judiciário pode ou não condenar o Executivo a certas prestações materiais, de forma a compelir o próprio Estado a efetivar esses direitos. É preciso que essa discussão leve em consideração o orçamento público e as despesas já dispostas em abstrato, em vez de restringir a discussão a despesas que ainda não foram previstas. É mais racional que o juiz continue o processo de positivação onde ele parou, do que criar novas despesas que não podem ser controladas pelo Executivo. No mínimo, deve haver prioridades nessa questão.

3.3 O Executivo como gestor das finanças do Estado no Brasil

Se o Estado Social é aquele onde se exigem mais do Estado prestações positivas e redistribuição de riqueza, é, portanto, nele que o Poder Executivo é mais chamado a responder às necessidades sociais. Nesse sentido, afirma Clèmerson Clève que “Por isso que, dos três poderes, o Executivo é o que vê enormemente ampliada a sua atuação”.¹⁷⁹

O sistema orçamentário atual prevê uma ordem em que o Executivo e o Legislativo, em comum acordo, ou pelo menos com a anuência de ambos, formulam as políticas públicas por meio de uma lei orçamentária que a ambos vincula, programando os exercícios financeiros subsequentes. No entanto, a formulação mesmo das leis cabe ao Executivo. É que o artigo 165 da Carta estabelece a exclusividade na iniciativa deste Poder, de forma que ele arquiteta a formulação do Estado na maior parte de seus recursos. Além disso, a maior parte dos projetos e os que possuem valores mais altos irão ser executados pelo Executivo, cabendo ao Legislativo e Judiciário apenas pequena parte do todo.

De todo o orçamento público federal, apenas 2,96% por cento em média¹⁸⁰ são dispostos pelo Poder Legislativo, e, após aprovado e executado, sofre o impacto de 1,82%, em razão das deliberações judiciais.¹⁸¹ Tais dados demonstram por um lado uma hipertrofia do Executivo sobre os demais poderes, e por outro a importância, hoje, do Judiciário nas decisões de gasto ante ao Legislativo, Poder completamente desprestigiado no plano federal em matéria orçamentária.

¹⁷⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 39.

¹⁸⁰ Números atualizados em 2007.

¹⁸¹ BITTENCOURT, Fernando M. R. e GRAÇA, Luís Otávio B. da. **Decisões Judiciais e Orçamento Público no Brasil: aproximação empírica a uma relação emergente in Direitos Fundamentais, Orçamento e “Reserva do Possível”**. SARLET, Ingo W. (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 229.

César Sabbag critica essa hipertrofia do Poder Executivo sobre os demais poderes, afirmando que:

Não é possível assegurar que a prática orçamentária atual facilite o compartilhamento do poder político ou contribua para o aperfeiçoamento das instituições democráticas. Tampouco o funcionamento do modelo, calcado em regras não muito claras de negociação política, contribui para o entendimento institucional e a transparência do poder decisório.¹⁸²

O sistema atual, então, embora abstratamente seja balanceado, quando de sua análise factual, demonstra uma prevalência de um poder sobre os demais. A LOA da União para o ano de 2009, por exemplo, estima para despesa do Ministério dos Transportes a quantia de R\$ 12.787.777.714,00 (doze bilhões, setecentos e oitenta e sete milhões, setecentos e setenta e sete mil e setecentos e quatorze reais), enquanto que para o Supremo Tribunal Federal a quantia destinada é de R\$ 576.702.523,00 (quinhentos e setenta e seis milhões, setecentos e dois mil e quinhentos e vinte e três reais). Evidentemente o primeiro órgão tem uma atuação institucional muito mais distribuída pelo território nacional do que o Supremo, que atua em regra apenas em Brasília. Acontece que tais valores mostram que o cargo de Ministro de Estado no Brasil é um cargo que dispõe de mais poder econômico do que o de Presidente do órgão julgador máximo de nosso país. A possibilidade que o Executivo possui, portanto, de dispor das verbas públicas é imensamente maior do que os demais poderes poderiam realizar.

Há uma desvantagem, porém, que o Ministro de Estado tem em relação ao Presidente do Supremo Tribunal Federal. É que ao Executivo cabe repassar aos demais Poderes as verbas destinadas no orçamento público por meio do duodécimo. Esse duodécimo seria de repasse obrigatório pelo Executivo aos demais poderes.

Diz a Constituição em seu artigo 168 que os recursos destinados aos Poderes Legislativo, Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública devem ser entregues até o dia 20 (vinte) de cada mês, em forma de duodécimos. Afirma Régis F. de Oliveira que:

A não liberação constitui exercício irregular do poder e, pois, habilita o órgão preterido a ingressar em juízo para obter os recursos públicos. No caso, o Executivo funciona apenas como órgão de arrecadação. A verba é do Judiciário,

¹⁸² SABBAG, César. Ob. cit., p. 136.

do Legislativo, do Ministério Público e da Defensoria Pública, sendo vedado ao Poder Executivo retê-la seja a que título for.¹⁸³

Essa obrigatoriedade no repasse de verbas se daria em razão de que tais entes possuem autonomia financeira, que, segundo José Maurício Conti, possuiria várias vertentes, entre elas, possuir: fonte própria de recursos; transferências de recursos constitucionalmente asseguradas; vinculações de receitas; participação na receita orçamentária; e administração de fundos especiais.¹⁸⁴ Isto é, dependendo de quais dessas vantagens os entes possuam, eles teriam maior ou menor autonomia financeira. Conti também afirma que o as verbas destinadas a tais entes autônomos não poderiam ser restritas, com o que concordamos, com a ressalva da hipótese do § 3º do artigo 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal, que trata da limitação de empenho e de que trataremos no tópico 3.3.1.1. Há decisões, inclusive, do Supremo Tribunal Federal, entre elas a do Mandado de Segurança 214503/160, em que o relator, neste caso o Ministro Octavio Galotti, afirma que o repasse duodecimal determinado no artigo 168 da Constituição Federal não estaria sujeito ao fluxo de arrecadação, ou seja, caso a receita arrecadada fosse bem menor que a prevista, o Poder Executivo não poderia deixar de remeter aos órgãos independentes do Estado a verba prevista na lei orçamentária. Apesar disso, neste caso o Executivo atua com responsabilidade exacerbadamente maior que as dos demais Poderes, sujeito aos sabores dos ventos e de certa forma protegendo os demais das oscilações econômicas tão comuns nos tempos atuais. “E se cabe aparelhar o Executivo para que ele possa responder às crescentes e exigentes demandas sociais, cumpre, por outro lado, aprimorar os mecanismos de controle de sua ação”.¹⁸⁵

3.3.1 Problemas na execução das despesas públicas

O orçamento pode ser mais bem utilizado como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais, em especial dos sociais, dado que estes têm tido maior dificuldade na sua implementação, dado justamente a sua amplitude de ações possíveis de realização. No entanto:

¹⁸³ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 346.

¹⁸⁴ CONTI, José Maurício. **A Autonomia Financeira do Poder Judiciário**. São Paulo: MP Ed., 2006, p. 146.

¹⁸⁵ TAMER, Sergio V. **Fundamentos do Estado Democrático e a Hipertrofia do Executivo no Brasil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 250.

A execução permanece um processo obscuro e antidemocrático, no qual faltam controles, transparência, eficiência e sobram instrumentos e disposições legais para conferir mais poder decisório ao Presidente da República e a órgãos administrativos.¹⁸⁶

Apesar da citação se referir apenas à União, nos Estados e municípios brasileiros o fenômeno se repete, talvez até com mais força, visto que ainda há um controle maior da mídia e da população sobre o orçamento federal, enquanto Estados e Municípios quase não sofrem esse tipo de controle.

Com relação à União, o modelo de Estado neoliberal, exigente de superávits primários cada vez maiores, faz com que o Executivo restrinja os recursos orçamentários com o intuito de atingi-los. Alguns projetos não receberam recurso algum no ano de 2003, entre eles o de expansão e melhoria do ensino médio, combate ao tráfico de entorpecentes, além de obras para contenção de enchentes e pesquisas sobre prevenção da AIDS e outras doenças sexualmente transmissíveis. E mais, naquele mesmo ano, mais da metade dos projetos aprovados pela lei orçamentária teria recebido menos da metade dos recursos previstos, e mais de um terço não teria sido contemplado com qualquer verba.¹⁸⁷

Quanto aos Estados, o pagamento da dívida junto à União, na maioria das vezes, engessa a possibilidade de investir e assim gerar desenvolvimento, ainda mais nos que se situam na região Nordeste. No caso de Alagoas:

O comprometimento da receita corrente líquida para o pagamento da dívida tem imposto sérios limites orçamentários, no tocante aos gastos com a máquina pública e investimentos próprios, que impedem a materialização dos planos governamentais. Nessa situação, o governo estadual é obrigado a fazer sérias restrições no tocante ao custeio, sem poder realizar os necessários investimentos fora das áreas nas quais o governo federal tenha participação.¹⁸⁸

Fica clara a necessidade de mudança nos critérios de execução do orçamento público no ordenamento jurídico brasileiro. No fim, a população acaba sofrendo por não saber se aquilo que foi previsto e muitas vezes divulgado nos meios de comunicação será efetivamente feito pelos seus governos.

¹⁸⁶ SABBAG, César. Ob. cit., p. 87.

¹⁸⁷ Idem, p. 92 e 93.

¹⁸⁸ CARVALHO, Cícero Pércles de. Ob. cit., p. 39 e 40.

No caso caótico do sistema penitenciário no Brasil, temos a notícia do sítio Contas Abertas de que em 2007 menos da metade das despesas previstas para o fundo que administra esse sistema foi destinada pelo governo federal. Ainda segundo o sítio: “Deixaram de ser aplicados R\$ 202,6 milhões em modernização do sistema penitenciário nacional no ano passado. A quantia seria suficiente para comprar, por exemplo, 6.753 viaturas ou para construir oito presídios de segurança máxima com capacidade para 200 pessoas”.¹⁸⁹

É inadmissível que diante de situações tão emergentes e com recursos públicos disponíveis o Estado simplesmente escolha não agir e não executar parte do orçamento. Neste sentido, Sabbag afirma que é preciso que a discricionariedade na gestão pública encontre *limites* nos princípios informadores do Estado de direito e nas diretrizes do orçamento.¹⁹⁰ Isto é, se os direitos sociais, como todos os direitos fundamentais, no dizer de Alexy, devem ser implementados na sua máxima potencialidade, não há razão para que os orçamentos não se executem nas áreas sociais onde há mais necessidades a ser satisfeitas.

3.3.1.1 Separação dos Poderes, limitação de empenho e o contingenciamento das despesas

A separação dos poderes é uma norma extremamente importante para o sistema orçamentário como um todo. Isso porque toda a concepção das leis orçamentárias está baseada na separação entre quem planeja/executa e quem aprova/controla. Essa divisão, no entanto, apesar de subsistir, não pode ser interpretada como absoluta em razão de que tal princípio foi projetado num momento histórico diferente do atual, pois, como afirma Clèmerson Clève, “o poder não pode ser estudado à margem da história. Cabe à história, afinal, demonstrar o sentido que os conceitos assumem em cada período”,¹⁹¹ além de outras razões que passaremos a expor.

¹⁸⁹ CONTAS ABERTAS. Disponível em: <http://contasabertas.uol.com.br/noticias/detalhes_noticias.asp?auto=2160>. Acesso em 7 de março de 2008.

¹⁹⁰ SABBAG, César. Ob. cit., p. 120.

¹⁹¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 19.

Paulo Bonavides afirma que na Grécia antiga, Aristóteles já esboçava uma Separação dos Poderes ao distinguir a assembleia geral do corpo de magistrados e do corpo judiciário, mas que apenas teria aparecido como princípio no século XVIII, e como dogma constitucional no século seguinte.¹⁹² Diz também que emergiu em quase toda a Europa continental, com ênfase na França, como resultado do desgaste dos sistemas políticos das monarquias absolutas,¹⁹³ portanto, como um dos ideais da Revolução daquele país em 1789.

A Separação dos Poderes então, consistiria numa técnica utilizada pelos constitucionalistas para proteger os direitos fundamentais do cidadão, e que, segundo Bonavides, resumiria “o princípio de maior voga e prestígio de toda a idade liberal”.¹⁹⁴

Kelsen critica a Separação dos Poderes como um princípio de organização política, ao afirmar que:

Ele pressupõe que os chamados três poderes podem ser determinados como três funções distintas e coordenadas do Estado, e que é possível definir fronteiras separando cada uma dessas três funções. No entanto, essa pressuposição não é sustentada pelos fatos.¹⁹⁵

Para ele não existiriam três funções, mas apenas duas: a de *criar* e a de *aplicar* o direito, e que seria indesejável reservar um poder a apenas um corpo separado de servidores.¹⁹⁶

A Separação dos Poderes clássica se funda no princípio de que todo homem que tem poder tende a dele abusar, e que a organização política de uma sociedade deve ter isso em vista, de tal modo que toda parcela de poder possa ser limitada por outra, trazendo assim a harmonia entre eles.¹⁹⁷

Portanto, para que o sistema funcionasse, deveria o poder ser limitado através da divisão de atribuições, permitindo um sistema de controle interno. A técnica que permitiria esse equilíbrio teria sido formulada por Montesquieu, que distinguiu “a faculdade de estatuir (*faculté*

¹⁹² BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10ª ed. 11ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 134 e 136.

¹⁹³ Idem, p. 134.

¹⁹⁴ Idem, p. 137.

¹⁹⁵ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 385 e 386.

¹⁹⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 386.

¹⁹⁷ MADISON, The Federalist. *Apud* BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10ª ed. 11ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 138.

de statuer) da faculdade de impedir (*faculté d'empêcher*)".¹⁹⁸ Ou seja, todos os três poderes por ele formulados deveriam ter o poder de estabelecer suas ações assim como o poder de limitar as ações dos demais.

Contemporaneamente, contudo, o princípio outrora supremo e basilar da doutrina liberal perde sua rigidez,¹⁹⁹ em virtude de que os valores que inspiraram sua criação já não mais existiriam.²⁰⁰ Diz Bonavides:

Numa idade em que o povo organizado se fez o único e verdadeiro poder e o Estado contraiu na ordem social responsabilidades que o Estado liberal jamais conheceu, não há lugar para a prática de um princípio rigoroso de separação.²⁰¹

Ora, já não há mais a ameaça do Estado absolutista monárquico, portanto, não se torna mais necessária a separação total de funções entre eles. Não há dúvidas de que deve haver controle, e sempre haverá necessidade de controle, contudo não mais nos moldes esboçados pelo liberalismo. Por isso Paulo Bonavides aduz que a separação dos poderes vale como técnica distributiva de funções distintas a órgãos separados ao menos relativamente, e com vistas à cooperação, harmonia, equilíbrio, e não à incomunicabilidade.²⁰²

Clèmerson Clève, no mesmo sentido, afirma que a missão dos juristas é a de adaptar a ideia de Montesquieu à realidade constitucional atual, cumprindo ainda aparelhar o Poder Executivo para que ele possa responder às crescentes demandas sociais, por outro lado, aprimorando os mecanismos de controle pelo Legislativo.²⁰³

A limitação de empenho constitui uma técnica financeira desenvolvida com o intuito de preservar os cofres públicos diante de certas situações.²⁰⁴ Seria uma vedação de assunção de novas despesas pelos entes estatais, e, portanto, na emissão de novas notas de empenho. Logo,

¹⁹⁸ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10ª ed. 11ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 140.

¹⁹⁹ Neste sentido: SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 109.

²⁰⁰ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10ª ed. 11ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 146.

²⁰¹ Idem, p. 146.

²⁰² Idem, p. 147.

²⁰³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 42.

²⁰⁴ Segundo Carlos Maurício C. Figueiredo, tem origem no direito americano do *Budget Enforcement Act*, criado em 1990, e conhecido por "*sequestration*". **Lei de Responsabilidade Fiscal** – o Resgate do Planejamento Governamental, *in* Aspectos Relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal. Lei de Responsabilidade Fiscal – o Resgate do Planejamento Governamental, p. 29.

difere da anulação de empenho conceituada anteriormente porque não há nota de empenho emitida e uma posterior anulação. Diz Régis F. de Oliveira:

A ser inteligente a lei, melhor seria falar em limitação de obrigações, uma vez que, se decorrentes a liquidação e o pagamento de obrigação legal ou contratual, não há como deixar de cumpri-la. O que se propõe, salvo engano, não é que não se realize a operação financeira, mas que se limite a possibilidade de vinculação pecuniária.²⁰⁵

A Lei Complementar n. 101 trouxe duas possibilidades de uso desta técnica. O artigo 9º dispõe a primeira, em que ao final de cada bimestre se verificará a arrecadação efetiva da receita e, caso se constate sua insuficiência para fazer frente às despesas, deve então haver a limitação do empenho.

A segunda possibilidade é encontrada no artigo 31, § 1º, II, que estabelece a possibilidade de uso da técnica quando for extrapolado o limite fixado para a dívida consolidada de determinado ente da Federação.

Surge uma questão importante: como se daria essa limitação de empenhos? A Lei de Responsabilidade Fiscal dispôs no *caput* de seu artigo 9º que caberá à Lei de Diretrizes Orçamentárias estabelecer os critérios pelos quais os Entes Públicos e seus Poderes poderão limitar os empenhos e assim reduzir os gastos de forma que se ajustem à nova realidade das receitas.

Nem todas as despesas, contudo, podem ser objeto de limitação através de seus empenhos. Isto é, as despesas denominadas obrigatórias, aquelas que os entes devem realizar por determinação constitucional ou legal não podem ser castradas para o ajustamento das contas públicas. Além do que, a própria LDO pode relacionar outras despesas insuscetíveis de limitação.

Todos os anos, pois, a LDO de cada Município, Estado, além da própria União, deve trazer os critérios de limitação dos empenhos. Apesar da aparente insegurança que a norma acarreta, por possuir critérios flutuantes, diante das diferenças estruturais e econômicas dos entes da federação brasileira e em face das mais variadas possibilidades de crises econômicas, a possibilidade de mudança de ano em ano dos critérios constitui importante instrumento que aqueles dispõem para superar as dificuldades que porventura venham a acontecer.

²⁰⁵ OLIVEIRA, Régis Fernandes. **Responsabilidade Fiscal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 27.

Há autores que defendem ser a limitação de empenho, em rigor, um desvirtuamento do orçamento²⁰⁶; no entanto, mesmo em orçamentos projetados de maneira séria e compromissada, pode haver a arrecadação de receitas insuficiente para a contrapartida das despesas a serem realizadas. Portanto, não constitui em regra desvirtuamento, embora possa ser usada diante de receitas superestimadas, de maneira irresponsável e leviana.

No entanto, o dispositivo do parágrafo 3º daquele artigo gera controvérsias quanto a sua aplicação.²⁰⁷ Há uma ADIn (Ação Direta de Inconstitucionalidade) de n. 2238-5, que imputa a vários parágrafos da Lei Complementar n. 101 desconformidade com a Constituição, inclusive o §3º do artigo 9º. Diz a petição:

Temos, assim, o Executivo erigido em superpoder, autorizado a intervir nos demais Poderes, a suprir administrativamente o que os demais Poderes deixarem de realizar voluntariamente, ou seja, a substituir estes em seus julgamentos de oportunidade e conveniência. A Lei de Responsabilidade Fiscal define a tutela de um superpoder, o Executivo, sobre os demais Poderes, vistos como possíveis irresponsáveis em sua ação administrativa.²⁰⁸

O Supremo Tribunal Federal, então, em decisão liminar publicada no dia 6/10/2000, suspendeu a eficácia do dispositivo do parágrafo 3º do artigo 9º da Lei Complementar de n. 101.²⁰⁹ Apesar disso, naquela oportunidade o relator cujo voto foi vencido argumentou:

O mal entendido é patente. O que se tem não é interferência do Poder Executivo nos outros Poderes, mas providência destinada a prevenir os efeitos de inobservância de limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, pelos meios suscetíveis de serem utilizados pelo primeiro, ou seja, a limitação de valores financeiros.²¹⁰

Em medida cautelar julgada em 2007, foi deferido o pedido de suspensão, confirmando a liminar julgada sete anos antes. Contudo, o mérito ainda não fora julgado pela Corte, restando ainda a possibilidade que o dispositivo volte a possuir eficácia, ou seja, possibilidade de ser aplicado.²¹¹

²⁰⁶ HORVATH, Estevão. **Aspectos Relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal**. A Constituição e a Lei Complementar nº 101/2000 (“Lei de Responsabilidade Fiscal”). Algumas Questões, p. 155.

²⁰⁷ § 3º No caso de os Poderes Legislativo e Judiciário e o Ministério Público não promoverem a limitação no prazo estabelecido no *caput*, é o Poder Executivo autorizado a limitar os valores financeiros segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias. BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.

²⁰⁸ STF. ADI 2.238/DF. Rel Min. Ilmar Galvão. Publicado em 28 de setembro de 2000.

²⁰⁹ Idem.

²¹⁰ STF. ADI 2.238/DF. Rel Min. Ilmar Galvão. Publicado em 28 de setembro de 2000.

²¹¹ STF. ADI 2.238-MC/DF. Rel. para o acórdão Min. Carlos Britto. Decisão de 9 de agosto de 2007.

José Maurício Conti critica o dispositivo da Lei de Responsabilidade Fiscal em análise afirmando não ser aceitável atribuir competência ao Poder Executivo para efetivar a redução das despesas do Poder Judiciário.²¹²

É evidentemente inócuo participar da elaboração de um orçamento que posteriormente não se cumpre, em face dos diversos mecanismos que permitem sua alteração. Portanto, todo e qualquer mecanismo que permita a alteração da proposta orçamentária, no que tange ao Poder Judiciário, não é compatível com o ordenamento jurídico vigente.²¹³

Como visto, partimos do pressuposto de que a norma jurídica não é o texto da lei, mas a interpretação que dele fazemos. Portanto, se o texto do dispositivo do artigo 9º, §3º, da Lei Complementar de número 101, apresentado na página anterior, não é a norma jurídica, qual seria?

- *Dada* a arrecadação insuficiente de receitas, *deve ser* a limitação de empenho.

- *Dada* a não redução da emissão de novos empenhos, *deve ser* a redução exercida pelo Poder Executivo.

Há autores, como visto, que defendem a inconstitucionalidade cabal do dispositivo²¹⁴, outros que não se pronunciam, entretanto inclinados para a sua constitucionalidade.²¹⁵ Contudo, ainda não há nenhum estudo dirigido para o tema.

Como dito anteriormente, o Princípio da Separação dos Poderes, supostamente atingido, não possui mais a rigidez de outrora. Bonavides chega a afirmar que há muito tempo a norma da Separação dos Poderes, imaginada por Montesquieu, perdeu toda a razão de ser, por ter sido moldada como meio de luta contra o absolutismo.²¹⁶ No mesmo sentido, Krell afirma que o referido princípio estaria produzindo um efeito paralisante às reivindicações de cunho social e que deveria ser reformulado para atender aos direitos fundamentais e combater as omissões estatais.²¹⁷

²¹² CONTI, José Maurício. **A Autonomia Financeira do Poder Judiciário**. São Paulo: MP Ed., 2006, p. 100.

²¹³ Idem, p. 101.

²¹⁴ Neste sentido: HOVARTH, Estevão. Ob. cit., p. 156.

²¹⁵ Neste sentido: FIGUEIREDO, Carlos Maurício. Ob. cit., p. 30.

²¹⁶ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10ª ed. 11ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 147.

²¹⁷ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002, p. 88.

Tendo em vista que o princípio nasceu com o propósito de impedir que o Poder Público restringisse a liberdade dos cidadãos, não se pode utilizá-lo para justificar a irresponsabilidade do gestor público que, diante de uma arrecadação de receita frustrada, continua a emitir notas de empenho de despesas não obrigatórias, deixando de utilizar a técnica financeiro-contábil da limitação de empenho. Ainda que se defenda a aplicação do Princípio da Separação dos Poderes nos seus termos clássicos, uma vez que ultrapassado, como vimos, não seria característica daquele princípio o controle dos Poderes por eles mesmos? A característica principal do Poder Judiciário não seria o controle das demais ações estatais? Por que então o Poder Executivo não poderia fiscalizar e controlar as ações dos demais poderes? Não há justificativa plausível.

Não haveria, como afirmado na petição que pediu a inconstitucionalidade do parágrafo, julgamento de oportunidade e conveniência. Os órgãos do Estado devem promover a limitação de empenho nos termos da LDO, e caso não promovam, seria dado ao Poder Executivo o poder-dever de limitar a emissão de novos empenhos pelos demais, também segundo os critérios fixados pela LDO. Seria um poder extremamente vinculado, e não discricionário.

Apesar de o Poder Executivo controlar as técnicas de arrecadação, outras causas, como visto no capítulo anterior, podem resultar na diminuição da arrecadação, não servindo, portanto, este como argumento contrário à possibilidade.

A norma em tela não concederia ao Poder Executivo um poder arbitrário sobre os demais Poderes, pelo qual aquele interferiria em seus gastos, podendo utilizar tal manobra como meio de obtenção de apoio político. Ao contrário, o Poder Executivo possuiria um poder extremamente vinculado pela Lei de Diretrizes Orçamentárias, que apesar de possuir sua iniciativa, poderia ser alterada pelo Poder Legislativo quando da sua aprovação. E quanto ao Poder Judiciário, ainda caberia a decisão no tocante a alguma execução arbitrária pelo Poder Executivo. Neste sentido, Régis F. de Oliveira:

Poder-se-ia entender estar havendo intromissão ou preponderância de um Poder sobre os demais. Não é o que parece. A norma encontra justificativa no fato de ser o Executivo o órgão que administra os recursos, arrecada-os e que tem o controle do orçamento. Por tal motivo é que não há intromissão de um dos Poderes nos dois outros e no Ministério Público.²¹⁸

²¹⁸ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Responsabilidade Fiscal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 36.

Outro argumento favorável, portanto, é o de que, se cabe ao Poder Executivo avaliar o cumprimento das metas fiscais, então nada mais lógico que ele possua o poder de controlar os demais Poderes e órgãos estatais quando estes descumprirem o orçamento.

Vê-se que a possibilidade/dever de o Executivo reduzir as emissões de novas notas de empenho, diante da norma apresentada, constituiria espécie de sanção normativa. Mesmo porque deixar de expedir ato determinando limitação de empenho enseja responsabilidade administrativa, conforme o artigo 5º, III, da Lei 10.028/2000.

Mesmo para aqueles que entendem o Princípio da Separação dos Poderes em seu arcabouço clássico, estariam satisfeitas as exigências de Montesquieu quanto à faculdade de estatuir (*faculté de statuer*) e à faculdade de impedir (*faculté d'empêcher*)²¹⁹, visto que caberia ao Executivo estatuir a limitação de empenho, ao Poder Legislativo o controle quando da tramitação da LDO, e ao Judiciário quando de alguma controvérsia no efetivo cumprimento. Inclusive o Ministério Público, com base na competência conferida pelo artigo 127 da Constituição Federal, pode intervir caso haja algum desvio de finalidade quando do procedimento da limitação de empenho dos demais pelo Poder Executivo.

Deve-se ainda ter em mente que o parágrafo 3º daria apenas ao Executivo o poder de controle, visto que o *caput* do artigo 9º disporia obrigação àqueles órgãos de realizar a limitação de empenho, e apenas quando houvesse descumprimento daquele preceito legal é que o Poder Executivo poderia limitar seus empenhos.

Há ainda uma situação interessante, que é a dos Municípios. Estes entes da Federação não possuem em seus orçamentos a figura do Poder Judiciário, nem mesmo Ministério Público. Menos ainda então se poderia falar em ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes, já que o único Poder que poderia ser prejudicado com a limitação de empenho seria o Legislativo, que possui a prerrogativa de votar a lei que estabelece os critérios a serem utilizados quando da limitação de empenho.

O Poder Executivo, portanto, se dado a ele o poder de limitar a emissão de novas notas de empenho pelos órgãos autônomos do Estado, funcionaria como fiscal da lei, controlando a despesa pública dos demais Poderes e órgãos que estiverem em descompasso com o estipulado pela LDO e pela LRF.

²¹⁹ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10ª ed. 11ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 140.

César Sabbag afirma que o conceito de contingenciamento é amplo e inclui até as limitações de empenho vistas nesse tópico. Para ele, “contingenciar uma dotação significa submeter a liberação dos recursos lá consignados ao implemento de condições relacionadas às metas fiscais”.²²⁰

O contingenciamento, por sua vez, do ponto de vista político, é uma técnica utilizada pelos gestores e administradores públicos na execução do Orçamento, que consiste basicamente em reservar parte dele para inexecução por um determinado tempo. Para o direito constitui norma que modifica a dotação orçamentária, limitando-a. É apontado por Sabbag como um dos grandes problemas na execução do orçamento, o que levaria a uma enorme discrepância entre o programado e o executado posteriormente. Isso tudo resultaria da ausência de critérios na liberação dos recursos e da debilidade do controle do fluxo financeiro, isto é, do que realmente se está arrecadando e gastando. Tais problemas causariam ainda uma falta de legitimidade na escolha dos gastos públicos, dado que deslegitimaria a escolha efetuada pelo Poder Legislativo em face das decisões do Executivo.²²¹

Nem sempre, no entanto, os chamados contingenciamentos são instrumentos deslegitimadores. Vimos que em algumas hipóteses as limitações de empenho são instrumentos idôneos para se evitar o desequilíbrio nas contas públicas. Mas outras vezes revelam um desejo de limitação da atuação do Estado, e por isso devem ser evitadas nos casos em que não forem exigidas pelas normas de direito financeiro.

Em razão desses contingenciamentos, é que problemas como o citado pelo sítio Contas Abertas de baixa destinação de verbas para o sistema penitenciário se tornam comuns gerando um sistema violento e pouco educativo no que diz respeito à ressocialização. É preciso pensar em percentuais mínimos de execução das despesas públicas em áreas de maior interesse do Estado, em outras áreas que não apenas saúde e educação. Porque o Estado é eficiente no momento de executar verbas destinadas à propaganda governamental e o não é na hora de destinar recursos para a construção de novos presídios, ou de novos hospitais? Nem tudo pode ficar na parcela de discricionariedade dos governos; nem todas as despesas podem ser apenas permissões para que o administrador as realize ou não.

²²⁰ SABBAG, César. Ob. cit., p. 169.

²²¹ SABBAG, César. Ob. cit., p. 165.

Há provas, no entanto, de que os contingenciamentos são realizados em áreas não prioritárias do governo com mais evidência do que naquelas consideradas centrais. No primeiro ano do governo do Presidente Lula, por exemplo, a política de combate à fome teve um percentual de contingenciamento de apenas 2% (dois por cento), enquanto a política para mulheres teve um contingenciamento de 83% (oitenta e três por cento).²²²

É preciso afirmar que os contingenciamentos não podem ser efetivados em despesas cuja limitação de empenho também é proibida. Abstraindo-se ainda mais, não se podem contingenciar despesas obrigatórias cuja realização, pois, independe da vontade política do executor das políticas públicas.

Os contingenciamentos, portanto, deveriam ter algum tipo de controle, preferencialmente feito pelo Legislativo, a quem cabe por direito fiscalizar a execução dos orçamentos públicos. Isso porque o Orçamento só tem sentido quando há efetivamente um controle de sua execução realizada pelo Executivo, tendo em vista que, se tal controle não existe, não seria necessária uma lei. A respeito disso, passaremos a tratar justamente do papel que deve ou deveria exercer o Legislativo na execução orçamentária.

3.4 O papel do Legislativo na construção do Orçamento e a execução orçamentária

“Muitas vezes as normas, justamente as constitucionais, não fornecem nada mais do que pontos de referência de concretizações possíveis”.²²³ Isto é, se as normas constitucionais não estabelecem mais do que pontos de referência inafastáveis, ao Legislativo caberia primordialmente fornecer elementos concretos para a concretização dos direitos. E se a decisão de gastar é uma decisão política, decorrente da escassez de recursos disponíveis, pois há tantas necessidades públicas e tão poucos recursos para supri-las, torna-se necessária a escolha, por estes que detêm a parcela do poder público, daquelas necessidades que irão ser satisfeitas com os recursos existentes.

²²² REZENDE, Fernando; CUNHA, Armando (Org). Ob. cit., p. 29.

²²³ MÜLLER, Friedrich. Ob. cit., p. 20.

Apesar disso, afirma Ana Paula de Barcellos que as escolhas em matéria de gasto público não são mais reservadas à deliberação política, porém, ao contrário, recebem incidência das normas jurídicas constitucionais.²²⁴ Ora, o fato de a política receber incidência das normas jurídicas constitucionais não exclui o seu caráter político, mesmo porque o magistrado pode ser classificado como um agente político. Afirma a autora que duas atitudes devem ser tomadas para o melhoramento da execução das despesas autorizadas pelo Estado: primeiramente, o acesso a informações reais sobre a efetiva aplicação dos recursos pelo ente público; e, em segundo lugar, a definição das consequências a serem atribuídas pelo descumprimento das normas constitucionais, ou para impedir o efeito contrário, ou para dar efeito ao resultado desejado.²²⁵ Contudo, o orçamento público no Brasil ainda é tratado com discricionariedade exacerbada, o que acaba ofendendo o princípio democrático, que não se esgota com uma maior participação popular na decisão do gasto público, mas numa diminuição da discricionariedade ou opção do administrador público quando da realização do gasto, com uma vinculação maior ao que foi votado nas leis orçamentárias, sob pena de desprestígio do Poder Legislativo.

No Brasil, historicamente, sempre se deu ênfase ao fenômeno tributário. Chegou o momento de os juristas voltarem suas atenções ao fenômeno da execução da despesa pública e suas imensuráveis inconseqüências tanto no plano fático quanto jurídico. Nesse sentido, Carlos Maurício Figueiredo afirma que sempre houve uma maior preocupação com a arrecadação do que com a realização das despesas, que destaca a eficiência estatal quando se trata de arrecadação tributária, sem a necessária preocupação quanto ao modo de realização das despesas públicas.²²⁶

O problema da falta de critérios rígidos na execução orçamentária da despesa pública acaba por causar sérios problemas à população. Nesse sentido:

Por decorrência, a sociedade tem permanecido distante do processo decisório, tornando-se espectadora e vítima de políticas públicas desajustadas com o desenvolvimento do país, no sentido que lhe empresta a Constituição.²²⁷

Ainda faltam critérios para a execução do orçamento público, o que gera dois tipos de problemas, segundo César Sabbag: “a enorme discrepância entre o valor constante da lei orçamentária e o ‘programado’ pelo executivo, após os ‘cortes’;”, além da “ineficiência da

²²⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. Ob. cit., p. 94.

²²⁵ Idem, p. 101.

²²⁶ FIGUEIREDO, Carlos Maurício C. Ob. cit., p. 27.

²²⁷ SABBAG, César. Ob. cit., p. 135.

alocação de recursos”.²²⁸ No primeiro caso, o autor citado se refere à diferença entre aquilo que o Legislativo prevê na Lei Orçamentária e ao que é planejado pelo Executivo no decreto que prevê a execução orçamentária. Isso descaracteriza a participação do Legislativo no processo democrático, aumentando a autonomia do Poder Executivo sem trazer um controle respectivo.

Um Estado que gasta mal, atua mal, porque toda atuação estatal pressupõe um gasto. É verdade que se pode argumentar que nem sempre que os gastos aumentam, há um aumento na efetivação dos direitos. Mas esse fenômeno só acontece quando os gastos são realizados sem o devido planejamento e controle dos órgãos competentes. Ao atuar mal, o Estado deixa de efetivar os direitos constitucionais que se propõe cumprir. Não basta que tais sejam protegidos por cláusulas pétreas se, no momento do gasto público, a administração é ineficiente, deixando de atender a população com toda a sua capacidade. Explica-nos Luiza Frischeisen:

Restou assentado que a realização dos direitos sociais presume uma ação positiva do Estado, criando um direito dos cidadãos a prestações positivas do Estado (as chamadas liberdades positivas) e para que tal direito seja eficaz, necessária se faz, em um primeiro momento, a criação de mecanismos para exigir do legislador ou do administrador a criação de normas para cumprimento da Constituição, responsabilizando-os pela omissão.²²⁹

Vimos, todavia, que não apenas os direitos sociais exigem ações positivas. Mas se a atividade financeira, no dizer de Souto Maior Borges, é a atividade orientada no sentido de obter os meios necessários para satisfazer necessidades públicas, ou do Estado,²³⁰ todo o seu sentido será perdido quando o gasto for ineficiente. O próprio Estado perde sentido. Segundo Baleeiro, é equivocado o argumento de que uma forte tributação empobrece a nação, pois se esta grande receita for convertida em despesas bem aplicadas, otimizando o gasto público, estas podem vir a se tornar o grande instrumento de transformação social.²³¹ Porém, com a expansão neoliberal que domina o campo político, e tendo a despesa essa dimensão política, cada vez mais cresce equivocadamente a preocupação com o seu aumento, principalmente com o gasto considerado não essencial, ou seja, o gasto com pessoal e manutenção do Estado, por exemplo, buscando-se o enxugamento deste.

²²⁸ SABBAG, César. Ob. cit., p. 94.

²²⁹ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. Ob. cit., p. 64.

²³⁰ BORGES, José Souto Maior. Ob. cit., p. 27.

²³¹ BALEEIRO, Aliomar. **Introdução à Ciência das Finanças**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 180.

Régis Fernandes de Oliveira afirma que, assim como no direito tributário há o princípio da justa tributação, há no direito financeiro o Princípio da Justiça no Gasto. Segundo ele, os recursos devem estar destinados aos fins almejados pelo Estado através da Constituição, e esta (em seu artigo 3º, I, e preâmbulo) estabelece a justiça como objetivo a ser alcançado pelo Estado.²³² Portanto, a preocupação não deve ser o enxugamento da máquina estatal ou a diminuição severa dos gastos públicos, mas a busca pela melhor distribuição da receita que o Estado compulsoriamente retirou dos cidadãos por meio da tributação.

Tal princípio também estaria em concordância com a isonomia, uma vez que este princípio estaria descumprido caso fossem as despesas distribuídas de forma que os que mais delas precisam não fossem privilegiados em relação às classes mais abastadas. Nesse sentido: “Se todos são iguais perante a lei, significa que o gasto deve privilegiar aqueles que estão distantes dos bens da vida”.²³³

Além de justo, o gasto deve ser eficiente. Em outras palavras, o gasto deve ser realizado com o máximo de aproveitamento dos recursos. Assim como disposto no artigo 74 da Constituição.²³⁴ Ao se falar em eficiência não se refere ao mau uso dos recursos somente, mas à decisão política em si, isto é, caso um governo decida adquirir ambulâncias para os hospitais públicos de uma determinada região, deve fazê-lo de maneira a gastar o mínimo possível, adquirindo, ao mesmo tempo, equipamentos que satisfaçam o fim ao qual a compra se propôs, mesmo nos casos em que a lei não exija a licitação. É o que Aliomar Baleeiro chama de máxima vantagem social, que seria um critério objetivo (técnico) pelo qual se classificariam as despesas pelo máximo de eficiência social com o mínimo de sacrifício pecuniário correspondente.²³⁵

Krell afirma que o grande problema em matéria de execução orçamentária seria a falta de vinculação legal das despesas, o que geraria uma discricionariedade exacerbada aos agentes

²³² OLIVEIRA, Régis Fernandes. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 262 a 270.

²³³ Idem, p. 267.

²³⁴ Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

(...)

II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à **eficácia e eficiência**, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

²³⁵ BALEEIRO, Aliomar. **Introdução à Ciência das Finanças**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 78.

públicos que não estariam obrigados a aplicar os recursos destinados às áreas sociais.²³⁶ É preciso se pensar na diminuição dessa discricionariedade do administrador público, para que se evitem problemas como o relatado anteriormente com relação ao fundo que administra o sistema penitenciário. Isso passa pela valorização da decisão tomada pelo Poder Legislativo, de forma que se criem critérios para que o que foi votado seja efetivamente realizado na sua maior parte, excepcionando-se apenas quando esse cumprimento não for possível ou absolutamente impróprio para os interesses do Estado. Isso se deve ao fato de que a Constituição brasileira criou obrigações para a Administração Pública, e seus gestores não podem considerar as disposições orçamentárias como meros conselhos, sem considerar que o interesse público deve sempre prevalecer. Mesmo que se admita que o Judiciário deva ficar fora da programação das políticas públicas do Estado, ele pode e deve limitar as escolhas dos administradores de forma que estas contrariem evidentemente a Constituição. Isto é, se um município possui verba destinada no orçamento para a construção de um hospital, e se pacientes morrem todos os dias nas filas dos postos de saúde daquela região, por que o juiz não poderia mandar o administrador cumprir o orçamento e realizar a obra designada? Não há razão para pensar que nesse caso o magistrado estaria formulando políticas públicas.

Há explicações históricas para essa falta de ação do Legislativo em matéria orçamentária no Brasil. Primordialmente, porque “ao longo do período militar, o Congresso Nacional teve fortemente cerceado seu papel na aprovação do orçamento, que por ali tramitava, sem que aos deputados e senadores fosse permitido fazer emendas”.²³⁷ Dessa forma, o Legislativo deveria buscar na proposta orçamentária erros e omissões que justificassem a reestimativa de receita, mudando assim também a destinação das despesas.²³⁸ Entretanto, na maioria das vezes, o Legislativo se limita a aprovar de acordo com a conveniência política e deixa de exercer tal controle, transferindo para o Executivo a liberdade incondicionada na elaboração e execução do Orçamento.

É criticado ainda o papel do Legislativo no controle das contas públicas, no sentido de que:

²³⁶ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002, p. 100.

²³⁷ REZENDE, Fernando; CUNHA, Armando (orgs.). Ob. cit., p. 55.

²³⁸ Idem, p. 55.

A sobreposição de órgãos para um mesmo fim é evidente e tem sido prejudicial ao exercício do controlo financeiro, pois todas elas possuem prerrogativas e poderes para fiscalizar e controlar, o que resulta na diluição do trabalho da fiscalização a cargo dos variados órgãos, sem contar com o facto, de que as Comissões Permanentes, sobrecarregadas com outras atribuições relativas ao processo legislativo, acabam por não dar prioridade ao trabalho relativo à fiscalização e ao controlo das contas públicas.²³⁹

Isso porque a necessidade de controle pelo Legislativo dos atos de execução do Orçamento são exigências diretas da separação dos poderes e decorrem da existência lógica desse próprio Orçamento. Se antes cabia ao Executivo a formulação e execução das políticas públicas, as leis orçamentárias surgiram com o intuito de que o Legislativo pudesse exercer um controle sobre os gastos do Estado.

Por isso o controle parlamentar das finanças de um modo geral foi afirmado na história do constitucionalismo como uma das funções do sistema de freios e contrapesos entre os Poderes, apesar de o seu papel e missão terem sido esquecidos pelos parlamentos, que possuem mecanismos postos à sua disposição para efetivá-los.²⁴⁰

No Brasil, em razão dessa incapacidade dos Poderes Legislativos, existem os Tribunais de Contas para auxiliá-los na fiscalização e controle do Orçamento. Alguns autores, como Ricardo Lobo Torres, defendem que os Tribunais de Contas auxiliam, na verdade, todos os Poderes, não apenas o Legislativo.²⁴¹ É evidente que os Tribunais eventualmente auxiliam o Judiciário e o Executivo na divulgação de relatórios e pareceres, mas parece que tal papel é secundário e que sua principal função é a de controlar as finanças públicas, papel esse que poderia ser executado pelo Legislativo, se este possuísse estrutura para desenvolver tal empreendimento.

A natureza das decisões proferidas por estes órgãos é administrativa, e cabe a eles a importante função de aprovar ou não as contas públicas. Por exemplo, com base nos documentos que as prefeituras enviam aos Tribunais de Contas dos estados, eles atestam se as despesas por elas realizadas seguiram corretamente o processo de positivação e se há algum vício na alocação

²³⁹ GAMEIRO, António Ribeiro. **Controlo Parlamentar das Finanças Públicas em Portugal**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 135

²⁴⁰ Idem, p. 93.

²⁴¹ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. Vol. V. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 487.

dos recursos. Ao Tribunal de Contas da União cabe uma série de competências, estabelecidas no artigo 71 da Constituição Federal brasileira.

Passaremos a tratar agora não mais do processo de positivação normal da despesa pública, isto é, do processo escolhido pela Constituição como regular para a realização de gastos, mas sim da possibilidade de controle do Poder Judiciário sobre a execução dessas despesas, que pode e deve ser utilizado caso haja imperfeições na sua realização. Há ainda no Brasil um grande anseio por limites dessa função controladora do Judiciário, como também expectativas de que essa atividade possa dar maior efetividade aos direitos, sem distorcer a ordem constitucional.

Capítulo 4. Controle jurisdicional das despesas públicas

4.1 Legitimidade das decisões judiciais na área do direito financeiro

4.2 Desconstrução do orçamento público como questão menor na efetivação dos direitos: análise do consequencialismo (ou da falta dele) nas decisões judiciais

4.3 Possibilidade de controle jurisdicional da execução do que já foi programado e o mito da reserva do possível

4.4 Razões da ineficácia do controle judicial sobre a execução das despesas: da autolimitação dos Tribunais ao princípio da periodicidade

O Poder Judiciário atua não apenas como julgador das políticas públicas, mas também como gestor delas. Faz parte da competência do Poder Judiciário, portanto, gerir as despesas realizadas pelo seu próprio poder que, embora tenham participação pequena no total realizado pelo Estado, são de grande importância e refletem na prestação jurisdicional prestada por esse Poder. Essas despesas não são realizadas pelo Executivo, mas pelo próprio Judiciário, que necessita de autonomia financeira para verdadeiramente possuir autonomia institucional. Entre as consequências dessa autonomia, José Maurício Conti ressalta a impossibilidade de o Executivo alterar a proposta encaminhada pelo Judiciário que esteja dentro dos limites fixados nas leis de diretrizes orçamentárias, e caso esse limite não exista, apenas o Legislativo poderia efetuar tais modificações, como também não poderiam ser impostas restrições de qualquer espécie à entrega tempestiva e integral dos recursos do Poder Judiciário na forma dos duodécimos.²⁴²

Mas o presente capítulo trata primordialmente do Judiciário como controlador dos orçamentos e das execuções desses orçamentos. Procuraremos estabelecer os limites dessa intervenção, bem como estabelecer critérios para que elas ocorram sem que o Judiciário substitua o Executivo ou o Legislativo no papel da formulação das políticas públicas.

4.1 Legitimidade das decisões judiciais na área do Direito Financeiro

Quando se trata de decisões na área do direito financeiro, em especial quanto à realização de despesas públicas, é preciso questionar a legitimidade de o Poder Judiciário decidir acerca dessa matéria, tendo em vista que, nos moldes clássicos, não caberia a tal Poder decidir sobre questões políticas. No entanto, cada País possui uma realidade diferente e é preciso

²⁴² CONTI, José Maurício. Ob. cit., p. 201 e 202.

encontrar os limites no direito positivo brasileiro de atuação do juiz para julgar questões dessa natureza.

Um dos questionamentos com relação à legitimidade da decisão dos magistrados em matéria de políticas públicas é o de que sua investidura seria vitalícia e as políticas formuladas por eles seriam imutáveis ou não sujeitas a controle da população pelo voto popular, como acontece com os demais Poderes. Krell afirma que:

Em princípio, a estrutura do Poder Judiciário é relativamente inadequada para dispor sobre recursos ou planejar políticas públicas. O Terceiro Poder carece de meios compulsórios para a execução de sentenças que condenam o Estado a cumprir uma tarefa ou efetuar uma prestação omitida; não há meios jurídicos para constringer o legislador a cumprir a obrigação de legislar.²⁴³

Veja-se que mesmo para os autores que defendem o papel do Judiciário como implementador das políticas públicas não escapam dificuldades na realização desses mecanismos. Acontece que negar completamente a participação desses Poderes não só não se amolda à Constituição Federal, como não é interessante do ponto de vista prático, tendo em vista que a participação do Legislativo no Brasil tem vícios profundos nem sempre idênticos aos sofridos pelo Judiciário, e que o Executivo é o grande gestor e formulador das políticas públicas por excelência. A solução, portanto, passa pela construção de mecanismos limitados de atuação judiciária, sujeita também a controle, em respeito à principal característica da Separação dos Poderes, qual seja a de freios e contrapesos.

Acontece que, como afirma Juan García Amado, há uma tripartição do que diria a Constituição entre: a) coisas que a Constituição claramente disse, para mandar, proibir ou permitir; b) coisas de que a Constituição não disse absolutamente nada; e c) coisas de que não sabemos se foi dito algo, e que dependem de como interpretamos seus enunciados.²⁴⁴ Na verdade tudo depende de interpretação, mas os textos podem efetivamente possuir tais características apontadas pelo autor, por serem os limites semânticos da interpretação. Da mesma forma afirma Friedrich Müller:

²⁴³ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002, p. 85.

²⁴⁴ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. **Derechos y pretextos**: elementos de crítica del neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). Teoría del neoconstitucionalismo – ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2008, p. 238.

A aplicação, de modo decisivo, vai além do texto normativo; não vai, porém, além da norma, cuja normatividade concreta deve justamente ser salientada apenas para o caso particular.²⁴⁵

Assim, a legitimidade do juiz para decidir acerca das coisas que a Constituição claramente disse é inegável, ou, ao menos, razoavelmente aceita. A questão é saber até onde poderia o magistrado ou tribunal quando a Carta nada disse, ou não o fez com clareza. No caso do direito financeiro, essa discussão ganha corpo no Brasil tendo em vista que a Constituição não disse claramente que o poder público deve custear, por exemplo, todos os tratamentos de saúde independentemente de seus custos. Apenas disse o texto constitucional que a saúde deve ser prestada pelo Estado, mas não firmou os limites, medidas e sacrifícios aos quais teremos de nos submeter para custear a saúde de todos. Essas questões deveriam ser resolvidas pelo Legislativo, a quem caberia num Estado Democrático e Republicano fixar tais limites e condições para a realização dos direitos. Acontece que no Brasil o Legislativo tem deixado a desejar, faltando no seu papel de construtor e fiscal das políticas públicas executadas pelo Estado. Muito embora no caso da saúde haja legislação definindo as competências administrativas, o que não acontece na área ambiental, por exemplo. Apesar disso, também não se pode dizer que o Estado tenha avançado satisfatoriamente na prestação do direito à saúde, nem que os órgãos estatais estão inertes e nada prestam à população.

Nesse contexto, o Judiciário é erigido ao cargo de realizador das políticas públicas. A maior parte dos autores passa a defender essa sua participação na formulação de escolhas políticas sem que, contudo, se estabeleçam limites a essa atuação. Isso porque todo órgão que realiza o poder estatal deve ter competência para executar esse poder, sendo ao mesmo tempo limitado no exercício da função por outros órgãos também estatais. Acontece que se um pressuposto do Orçamento e das próprias políticas públicas é de que os recursos são escassos, e que toda decisão de gasto é política, como se pode aceitar que os magistrados tomem essa decisão sem que eles possuam subsídios para decidir melhor do que o Executivo? A aceitação ou não dessa possibilidade se dá pelo questionamento das normas constitucionais. Isto é, se o intérprete entende que a Carta efetivamente mandou que se realizasse determinado programa, poderia o juiz determiná-lo. Se, por outro lado, a Constituição não mandou expressamente a realização deste mesmo programa, apenas o processo orçamentário seria capaz de possibilitar a sua realização.

²⁴⁵ MÜLLER, Friedrich. Ob. cit., p. 197.

Há certos casos, entretanto, em que a decisão política já está tomada. Isto é, quando algum documento normativo traz a obrigação de se realizar determinada ação dentro daquela política pública. Tal documento poderia ser desde uma lei orçamentária, até uma lei federal determinando a compra de um determinado remédio pelo poder público, por exemplo. Isso porque, se as verbas não foram destinadas no orçamento mesmo com um mandamento legal ou constitucional, houve imperfeição na sua formulação. São essas e outras questões que de certa forma atestam em determinados casos a legitimidade ou não do juiz para tomar a decisão. Pois, como aduz Juan Antonio García Amado:

En el constitucionalismo del siglo XX no está la novedad en la garantía judicial de la efectividad de las normas constitucionales. No es eso lo que se debate, pues tal control ningún positivista de hoy lo negaría. El objeto de la discusión es el alcance preciso del control judicial, y la respuesta a esto está determinada por lo que acabamos de decir sobre la visión lingüística o material, axiológica, de la Constitución.²⁴⁶

O que o autor pretende dizer é que não é novidade, mesmo para os positivistas, que o juiz seja garantidor da efetividade das normas constitucionais. O que se pode discutir é, portanto, justamente o alcance desse controle, que, segundo o autor, reside na sua concepção acerca da Constituição no que diz respeito à possibilidade de acesso ao conteúdo pré-linguístico que compõe a Carta, axiologicamente falando.²⁴⁷

Isto é, alguns acreditariam que é possível o acesso ao conteúdo pré-linguístico que faz parte da Constituição material ou axiológica – esses seriam chamados de neoconstitucionalistas; outros acreditariam que nas zonas de penumbra a Constituição estaria aberta, podendo ser concretizada de várias formas – estes os chamados de positivistas. Ou seja, para os neoconstitucionalistas a decisão seria meramente aplicativa, enquanto para os positivistas a decisão seria criativa, embora possível em alguns casos.²⁴⁸

Acontece que, segundo Paulo de Barros Carvalho, o intérprete constrói os conteúdos significativos e os ordena na forma estrutural de normas jurídicas, articulando essas entidades

²⁴⁶ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Ob. cit., p. 240.

²⁴⁷ Idem, p. 240.

²⁴⁸ Idem, p. 239 e 242.

para formar um domínio cujos vínculos de coordenação e de subordinação aparecem no momento mesmo da organização dessas regras de direito como sistema.²⁴⁹

Dessa forma, não há um conteúdo pré-compreensão. Toda norma apenas é construída no momento da sua interpretação com base no texto legal, que constitui seu limite semântico, ou seja, seu limite interpretativo. Por isso podemos afirmar que o juiz, mesmo quando não efetiva políticas públicas, cria direito. Afirmamos isso porque as sentenças são veículos normativos, assim como as leis. Apenas os conteúdos das normas que elas emanam podem e geralmente são diversos uns dos outros. Pois normas são “*expresiones usadas prescriptivamente para ordenar, prohibir o permitir uma cierta conducta o acción em determinadas circunstancias*”.²⁵⁰ Isso não dá ao magistrado, mais uma vez afirmamos, o poder de deixar de ter o texto como limite semântico, isto é, como limite de sua interpretação. Com base nisso, passaremos agora a responder a algumas questões relacionadas à possibilidade de o juiz controlar as políticas públicas do Estado, tendo em vista o desuso de uma separação rígida entre os Poderes, e a necessidade de se limitar todo poder concedido pelo Estado.

4.2 Desconstrução do orçamento público como questão menor na efetivação dos direitos: análise do consequencialismo (ou da falta dele) nas decisões judiciais

As decisões judiciais sempre tiveram como objeto de análise, em maior ou menor grau, as consequências das decisões proferidas. Haveria, ainda assim, dois tipos de teorias normativas: as que se centram nos resultados e as que têm como objeto principal as ações, sendo as primeiras chamadas de *consequencialistas* e as segundas de *deontológicas*.²⁵¹ Para as primeiras: “o critério máximo para a avaliação de um curso de ação ou de uma instituição é o valor de suas consequências globais – os benefícios menos os custos, para todos os afetados”.²⁵²

As teorias normativas deontológicas identificariam por meio de certos critérios os direitos individuais, as exigências da imparcialidade, a proibição das discriminações arbitrárias e

²⁴⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. **O Preâmbulo e a Prescritividade Constitutiva dos Textos Jurídicos**. Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas, v. 11, p. 17-34, 2009, p. 20.

²⁵⁰ BULYGIN, Eugenio. **Los Jueces ¿Crean Derecho?**, in Isonomia. Nº 18. Abril de 2003, p. 11.

²⁵¹ MURPHY, Liam, NAGEL, Thomas. Ob. cit., p. 57.

²⁵² Idem, p. 58.

prescreveriam “o que se deve e o que não se deve fazer de um modo que, pelo menos em parte, independente das consequências”.²⁵³

Evidentemente nenhuma teoria da norma é pura, no sentido de que todas elas experimentam aspectos das duas vertentes. É preciso analisar, no entanto, como as decisões que envolvem direito financeiro vêm sendo tomadas no Brasil. Aparentemente há uma exacerbação de aspectos deontológicos em detrimento das análises consequencialistas. Isso porque as decisões judiciais nessa área não estão levando em consideração os efeitos financeiros que a concessão de certos direitos possui. Argumenta-se que tais direitos não poderiam ser restringidos em face de um interesse financeiro menor ou secundário, sem levar em consideração que outros direitos podem estar sendo restringidos pela falta de recursos decorrente do cumprimento dessas decisões proferidas. As consequências podem e devem ser objeto de preocupação dos juristas, mas isso não exclui, evidentemente, a análise do que se pode ou não pode conceder em face dos textos constitucionais, uma análise deontológica, portanto.

Mas analisar o Direito sob o prisma consequencialista nada tem a ver, ou ao menos não tem a ver, exclusivamente, com a avaliação de consequências não jurídicas. As consequências devem, muito pelo contrário, ser analisadas em relação ao Direito, e nunca afastadas dele. Nesse sentido afirma Neil MacCormick:

Decidir um caso e justificar a decisão exige que essa decisão possa ser universalizada, ao menos implicitamente, e que possa ser comparada qualitativamente com os méritos de uma outra possível solução universal (ainda que pouco definida) que lhe seja rival.²⁵⁴

O juiz, portanto, ao tomar uma decisão jurídica deve supor que se todos os outros tomarem a mesma decisão, a consequência advinda do resultado proposto seria exequível e benéfica para a sociedade.

A questão não consiste em saber se qualquer pessoa irá de fato agir com base na regra contemplada, quer seja ela uma regra de permissão ou de obrigação. Trata-se de saber se alguém poderia concordar sinceramente com essa regra se ela fosse uma regra observada por todos – ou, na versão de Hare, de saber se alguém poderia prescrevê-la em termos universais (e seguir essa prescrição por si mesmo, ainda que ninguém mais o fizesse).²⁵⁵

²⁵³ Idem, 58.

²⁵⁴ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 137.

²⁵⁵ Idem, p. 138.

Evidentemente as consequências sociais são imprevisíveis a longo prazo. Até mesmo porque o cumprimento pelas pessoas das normas depende de uma série de fatores que não cabem aos juízes especular, uma vez que tais profissionais não possuem aparato técnico para dispor desses elementos em comparação aos Poderes Legislativo e, principalmente, Executivo.²⁵⁶ Aliás, os magistrados já utilizam o raciocínio consequencialista proposto pelo autor supracitado, quando concedem liminares. O requisito de que tais decisões avaliem os efeitos futuros como a possibilidade de reversão da medida concedida é consequencialista na medida em que não avalia puramente a existência ou não de um direito.

Neil MacCormick afirma que o próprio ato de justificação das decisões inclui a necessidade de mostrar que a decisão não contradiz regras jurídicas validamente estabelecidas e que, portanto, pressupõe razões universalizáveis.²⁵⁷

A decisão do Ministro Celso de Mello do Supremo Tribunal Federal é exponencial dessa afirmação:

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, *caput*) ou fazer prevalecer, contra esta prerrogativa fundamental, um **interesse financeiro e secundário do Estado**, entendo – uma vez configurado este dilema – que as razões de índole ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida.²⁵⁸ (Grifo nosso).

Mesmo Alexy afirma que “direitos fundamentais podem ter mais peso do que fundamentos de política financeira”.²⁵⁹ Nesta decisão, desconsiderou-se completamente a importância do Orçamento como instrumento de política fiscal e de planejamento estatal, além do que se separa erroneamente o interesse financeiro do próprio interesse estatal de prestigiar os direitos estabelecidos na Constituição. Isto é, não se pode partir do pressuposto de que o interesse financeiro do Estado é secundário e deve ser sempre deixado de lado, sob pena de serem cometidas injustiças em face dos demais cidadãos, que podem deixar de ter suas prestações atendidas devido à falta de recursos suficientes.

A única forma porque o Estado atua é através da realização das despesas que ele programa realizar em um determinado período. Porque toda ação estatal pressupõe um gasto,

²⁵⁶ Idem, p. 138.

²⁵⁷ MACCORMICK, Neil. Ob. cit., p. 139.

²⁵⁸ Agravo regimental no RE 393.175-0.

²⁵⁹ ALEXY, Robert. Ob. cit., p. 513.

mesmo que seja apenas com a manutenção do aparelho estatal por trás daquela ação. E todas as vezes que o Judiciário condena o poder público a realizar ações positivas que, portanto, demandam verbas, o poder público gasta o que poderia estar sendo utilizado para outro fim. Não se está defendendo aqui que o Poder Judiciário não possa condenar os demais poderes a realizar determinadas ações, mas deve-se levar em conta o interesse financeiro do Estado, que apesar de parecer um mero interesse de Governo, e não do Estado, não pode ser considerado secundário.

Michel Villey alerta para a crítica feita pelo filósofo italiano Croce, famoso liberal, aos direitos fundamentais, quando este afirma que o grande problema gerado por eles seria o excesso de promessas, e que “só com o direito de todo francês ‘à Saúde’, com o que esvaziar o orçamento total do Estado francês, e cem mil vezes mais!”.²⁶⁰ Isso, contudo, não pode servir de argumento para eliminar completamente o direito à saúde, mas deve ser levado em conta para que este possa justamente ser efetivado na sua máxima potencialidade.

E o orçamento público surgirá como grande instrumento para efetivação desses direitos constitucionais. Com a transformação do Orçamento em instrumento de política fiscal, os governos passaram a transparecer na peça aquilo que tinham como metas econômicas, isto é, as características de cada governo passaram a ficar impressas no Orçamento tais quais impressões digitais. De forma que se podem constatar quais são as prioridades de determinado governo observando as despesas que ele positiva no Orçamento.

Por isso há uma contradição nesse discurso de que os orçamentos são interesses secundários do Estado e que os direitos fundamentais devem ser implementados a todo custo. Isto é, como passar pelo discurso de efetivação e aplicação imediata dos direitos fundamentais, por exemplo, sem questionar o uso da despesa pública, que é o meio pelo qual o Estado se realiza? É necessária uma mudança de rumo para incluir a discussão orçamentária como principal meio para as finalidades da administração pública.

“A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende naturalmente dos recursos públicos disponíveis”.²⁶¹ Por isso, e porque a opção da alocação dos recursos é uma escolha política, é que todos os direitos são passíveis de ser implementados por diversos meios e alternativas. Então a própria concepção dos direitos que a Constituição garante

²⁶⁰ VILLEY, Michel. Ob. cit., p. 5 e 6.

²⁶¹ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002, p. 22.

pressupõe essa escassez de recursos e a ampla possibilidade de realizações, lógica própria do direito financeiro.

Não cabe, pois, negar mais a importância dos orçamentos públicos na efetivação desses direitos constitucionalmente fundados, pois, com relação a esses direitos, “O problema certamente está na formulação, implementação e manutenção das respectivas *políticas públicas* e na composição dos gastos nos orçamentos da União, dos estados e dos municípios”.²⁶²

Quando o juiz ou tribunal concede um medicamento numa ação, deve ter em mente que suas decisões condicionam de certa forma a ação das pessoas que normalmente, diante dessa decisão favorável, buscarão o mesmo direito em juízo. Por isso a necessidade de que fala Neil MacCormick, de universalização possível das decisões:

É, portanto, altamente provável que o resultado de certas decisões sobre o Direito seja a produção de comportamentos que ou se conformem ou tirem vantagens das oportunidades oferecidas por elas, ou, de outro modo, que ajustem os negócios e as práticas de sorte a se conformarem a elas.²⁶³

Isto é, quando o Supremo Tribunal Federal decide uma questão, as pessoas tendem a conformar suas atitudes de acordo com ela. Se fora decidido que um determinado tributo é inconstitucional, as pessoas tendem a não pagar mais tal tributo, mesmo que a decisão não tenha efeito *erga omnes*. Da mesma forma, quando o Poder Judiciário passa a condenar o próprio poder público a fornecer remédios indistintamente, isso pode gerar problemas nas licitações realizadas pelo poder público, isso porque os distribuidores de remédios preferem vender os remédios ao preço que bem quiserem diante de uma decisão judicial que manda adquirir o medicamento em vinte e quatro horas, do que participar de um pregão onde o preço do medicamento poderia se reduzir consideravelmente.

Outro aspecto de extrema relevância, ainda com relação a concessões judiciais na área de saúde, é com relação aos valores envolvidos. Se um magistrado condena o poder público a fornecer um tratamento médico no exterior para um paciente grave, pergunta-se: essa decisão poderia ser estendida a toda a população? Hoje o Estado brasileiro, ou mesmo um estado da federação ou um município, podem arcar com a universalização desse serviço? Certamente o

²⁶² Idem, p. 31 e 32.

²⁶³ MACCORMICK, Neil. Ob. cit., p. 147.

magistrado não tem condições de avaliar essas consequências. É por isso que Neil MacCormick afirma:

Não é uma tarefa adequada para as cortes perseguir ou implementar políticas, exceto quando as decisões sobre políticas tenham sido devidamente inseridas na legislação por legisladores autorizados a fazê-lo e de uma maneira consistente com os princípios constitucionais fundamentais que estabelecem direitos individuais.²⁶⁴

Evidentemente o autor trata de uma realidade extremamente diversa da brasileira. Pensamos que o Judiciário não está criando políticas públicas quando concede um remédio que deveria ter sido fornecido pelo Poder Executivo e não o foi; ao mesmo tempo, não caberia aos magistrados conceder remédios que não estão em listas oficiais de fornecimento ou mesmo que não foram avaliados pelas autoridades sanitárias brasileiras.

Em todo caso, é preciso que o Poder Executivo formule melhor as políticas públicas não só na área de saúde, como também nas demais áreas fundamentais ao desenvolvimento humano, de forma que o Judiciário atue apenas nos excessos e nas faltas daquele, e não como principal implementador das políticas públicas. É nesse sentido que dispõe a excelente decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

A execução de atividades de natureza administrativa, como a prestação de serviços públicos, que demandam a realização de despesa está subordinada à observância das normas financeiras e orçamentárias. Nos termos do artigo 165 da Constituição da República, as diretrizes, os objetivos e as metas da administração pública para as despesas de capital e outras devem constar do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, todos de iniciativa privativa do Chefe do Executivo. Em outras palavras, a definição das prioridades na universalização dos serviços públicos constitui-se em tarefa típica de governo.

Isso não quer dizer que desfrute o Poder Executivo de absoluta liberdade na definição das suas prioridades de ação. Com efeito, há normas constitucionais e legais que limitam a conduta administrativa, na medida em que retiram da esfera de escolha do governo os bens a serem tutelados. Entretanto, as aludidas normas prescrevem obrigação de fim e não obrigação de meios.

Da prova dos autos constata-se que o serviço de esgotamento sanitário no Município de São Jerônimo ainda não é universal, como, aliás, acontece em quase todas as cidades brasileiras. A ampliação da rede, contudo, como já dito, não depende apenas de mera atividade administrativa. É indispensável sua inclusão na lei de diretrizes orçamentárias e na lei orçamentária anual.

²⁶⁴ Idem, p. 159.

Nos serviços em apreço, nem a Constituição nem a lei fixaram os critérios objetivos para a concretização desta medida. Não pode, portanto, o Poder Judiciário assumir a prerrogativa própria do Poder Executivo de escolher o *modus de executar* sua função.²⁶⁵

A decisão parece ser contrária à concessão da tutela pelo Poder Judiciário na questão examinada, mas posteriormente afirma:

É que a omissão do Poder Público Municipal na prestação do serviço público gerou situação concreta urgente e de necessidade extraordinária que arrasta evidente risco à saúde da coletividade, que deve cessar de imediato. Nas circunstâncias do caso – esgoto a céu aberto invadindo residências – a omissão do Poder Público revela-se antijurídica e exige a intervenção do Poder Judiciário. Não é mais lícito esperar a canalização da rua Rafael Athanásio até sua inserção em programa de esgotamento sanitário. Tal não importa intromissão indevida e substituição da discricionariedade de planificação do Poder Executivo, mas de correção da omissão para garantir a mínima prestação do serviço público.²⁶⁶

Veja-se que não é necessária a substituição do Poder Executivo na formulação de políticas públicas para que o Judiciário atue. O papel deste Poder continua importante e inafastável no controle das ações dos demais Poderes na execução dessas políticas. No caso em tela, a urgência e o evidente risco à saúde pública autorizam o tribunal a conceder a tutela, obrigando o Executivo a tomar determinadas atitudes. Seria o mesmo caso das enchentes que alagam cidades. Não pode o Executivo se omitir na prestação de socorro, alegando a “reserva do possível”, já que o Município deve dispor de guardas municipais e agentes públicos que deverão resolver a situação emergencial.

Outra questão diferente é quando se verifica a legitimidade do juiz na concessão de remédios. Há leis determinando o fornecimento de remédios pelo poder público e especificando quais remédios podem ser concedidos. Há ainda no Brasil uma necessidade de que os remédios sejam aprovados pelo poder público para que possam ser comercializados no País. Quando uma norma estabelecida por lei dispõe que a compra de determinado remédio deve ser realizada pelo poder público federal, a sua omissão é passível de controle pelo Poder Judiciário, tendo em vista que a norma federal modificou o modal deôntico da norma jurídica, obrigando assim a compra de remédios dentro do que foi estabelecido na lei orçamentária. Caso as verbas não tenham sido suficientes, é preciso avaliar o que foi dito na LDO e no PPA sobre a compra de remédios e

²⁶⁵ TJ/RS nº 70024636144. Rel. Desª Maria Isabel de Azevedo Souza. Julgado em 24/7/2008.

²⁶⁶ Idem.

verificar se foi previsto um aumento nos recursos para tal finalidade em número maior do que foi positivado na LOA. Se foi previsto, então o juiz poderia conceder. Se não foi, seria mais complicado defender a necessidade de o administrador retirar verbas de outras destinações para realizar aquele gasto determinado.

É possível defender, no entanto, que as verbas destinadas ao contingenciamento, ou seja, aquelas destinadas a uma reserva com que o ente pretende pagar juros da dívida pública, poderiam servir nesse caso para suprir dotações a que não foram destinados recursos a contento. O grande problema seria, se o juiz numa única decisão acabar com a reserva, como o Estado poderia solver os juros da dívida pública? Além do mais, se outras despesas se revelam insuficientes para satisfazer determinadas ações, o que se poderia fazer? É preciso que o Estado, então, passe a possuir uma reserva maior de verbas para fazer frente às condenações pelo Judiciário, e isso significa a diminuição de verbas para outras áreas possivelmente tão importantes quanto. Isso também é fazer opção política. O juiz deve ao menos ter consciência de seu papel nesse momento, para que não produza normas inconsequentes.

No Brasil já se aceita que remédios sejam concedidos pelo Poder Judiciário, mas, como adverte Amaral, há outras ameaças à vida que não são saneadas por remédios apenas, pois exigem políticas públicas de outras naturezas,²⁶⁷ como a contratação de pessoal especializado e a construção de hospitais, por exemplo. E a falta de critérios para condenação do poder público à prestação de remédios pode prejudicar não só a organização das finanças públicas, como a prestação do próprio direito à saúde. Por isso, afirmar os direitos fundamentais como ilimitados e que devem ser implementados a qualquer custo apenas esconde ou camufla a opção política de toda prestação positiva do Estado.

Dado que o direito financeiro trabalha sempre com o binômio escassez de recursos e infinidade de possibilidade de gastos, tem-se que a escolha do que atender é também a escolha do que não atender, e por isso aplicar o recurso na compra de remédios, por exemplo, é decidir não avançar nos demais caminhos possíveis.²⁶⁸

²⁶⁷ AMARAL, Gustavo, e MELO, Danielle. **Há Direitos Acima dos Orçamentos?**, in *Direitos Fundamentais, Orçamento e “Reserva do Possível”*. SARLET, Ingo W. (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 95.

²⁶⁸ Idem, p. 101.

A questão é a seguinte: não se pode mascarar a opção política do magistrado ao decidir sobre prestações positivas que geram para o Estado, portanto, despesas ou custos que ele terá de suportar. Mas nesse caso, a compra de remédios quase sempre é indispensável à garantia dos direitos constitucionais dos tutelados jurisdicionalmente. Quando o efeito do tratamento ainda não for comprovado, ou quando só puder ser realizado no exterior, por exemplo, não é razoável que o poder público arque com esses gastos enquanto parte considerável da população ainda não possui acesso aos bens de primeira natureza.

É evidente que não há garantias de que se o tratamento no exterior, extremamente custoso, não for concedido, o poder público irá gastar as verbas na área da saúde ou mesmo se irá gastá-las, mas o sistema não comporta distorções dessa natureza. Há críticas, no entanto, no sentido de que o poder público sempre poderia justificar a não implementação dos direitos sociais com argumentos de política monetária, estabilidade, contenção de gastos, ou a exigência financeira dos demais órgãos do poder público.²⁶⁹

De toda forma, é importante que se tenha em mente que as consequências de uma decisão são fundamentais na avaliação do intérprete das normas orçamentárias e constitucionais. Pois o Judiciário só pode conceder um direito a alguém se este direito é extensível a todas as pessoas que se enquadram na mesma situação.

Analisemos neste momento outras decisões que exerceram controle sobre as políticas públicas. A primeira decisão analisada trata-se de um acórdão que determinou a duplicação de uma rodovia federal em Santa Catarina, em razão da responsabilidade do Estado devido às mortes e mutilações decorrentes de acidentes de trânsito.²⁷⁰ O juiz de direito não tem condições, neste caso, de saber se a duplicação de rodovias é eficiente na diminuição de mortes e mutilações, fundamento da decisão. É possível, por exemplo, que a duplicação das rodovias faça com que os motoristas tenham mais confiança e corram mais, causando assim mais acidentes. Agora, se o orçamento público já tivesse previsto a duplicação dessa rodovia, seria porque o Executivo e o Legislativo deliberaram sobre a construção desse empreendimento que, embora possa ainda assim não ser a melhor opção, foi a escolha realizada democraticamente. Caso a decisão tomada nestas condições seja ruim, as pessoas podem não votar no mesmo partido ou candidato no

²⁶⁹ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002, p. 53.

²⁷⁰ TRF 4ª Região, AGA 200404010145703, 4ª turma, Rel. Juiz Edgard Lipmann Júnior. DJU 4.8.2004.

mandato seguinte. O juiz, em regra, não pode dispor das verbas públicas sem que esteja embasado em alguma disposição que o autorize. E não basta nesse caso fundamentar tudo no princípio da dignidade da pessoa humana. Pois se pode afirmar, com base no mesmo princípio, que se evite que o dinheiro público seja gasto em algo não planejado, ou que o dinheiro que poderia ser gasto na saúde seja gasto em construção de rodovias. Além do que, se não há verbas para tal obra, como o magistrado indicará que verbas serão retiradas de que dotações para ser gastas naquilo que ele entendeu necessário?

A Constituição Federal estabeleceu um processo de positivação do orçamento que deve ser seguido pelos administradores. Essa foi a forma que a Carta entendeu como a melhor para assegurar a boa disposição daquilo que foi arrecadado. As regras orçamentárias, portanto, fundamentadas na Constituição não podem ser descumpridas sem que haja razões fortes para isso.

A segunda decisão condenou a União a exigir na rotulagem de todas as bebidas alcoólicas a expressão “o álcool pode causar dependência e em excesso é prejudicial à saúde”.²⁷¹ Evidentemente a primeira decisão causará gastos maiores ao Estado de forma direta. Isso porque, em verdade, a segunda decisão gerará mais gastos para a iniciativa privada, a quem caberá modificar os rótulos das embalagens de bebidas alcoólicas. Mas não se pode dizer que ela não gera custos para o ente estatal, nesse caso, a União. Isso porque caberá a ela gastar com o planejamento desta política pública, bem como com a fiscalização do que está sendo executado. Mas neste caso não é só importante o fato de que a decisão custará pouco para o poder público, é evidente que à atividade criativa do juiz não se pode negar a possibilidade de se manejar políticas públicas, principalmente quando estas não exigirem maiores estudos e planejamentos que apenas poderiam ser formulados pelo Legislativo e Executivo. Nosso ordenamento já dispõe o direito do consumidor de ter as informações claras e disponíveis, além do que, produtos similares, como o cigarro, já apresentam semelhantes limitações, e poderia ser interpretado analogicamente que a proibição de um deveria atingir o outro.

Não se pode dizer, portanto, que o juiz nunca poderá formular políticas. Mesmo porque os tribunais formulam suas próprias políticas, que dizem respeito ao acesso à Justiça e à modernização e expansão dos poderes judiciários. Em Alagoas, por exemplo, estão destinados no

²⁷¹ TRF 4ª Região, AC 478166, 3ª turma, Rel. Juíza Marga Inge Barth Tessler. DJU 27.5.2003.

ano de 2009, R\$ 10.950.000,00 (dez milhões, novecentos e cinquenta mil reais) à dotação “Modernização e Reparcelamento do Poder Judiciário de Alagoas”.²⁷² Dentro dessa rubrica o Poder Judiciário alagoano poderá formular políticas que melhor efetivem o acesso à Justiça pela população. Cabe ao referido Poder decidir, por exemplo, se parte deve ser gasta com a compra de automóveis ou de móveis. A necessidade maior deve ser escolhida, então, pelo chefe daquele Poder. Isso também não quer dizer que se estaria livre para destinar os recursos como se bem entender. Primeiro porque o critério material, “Modernização e Reparcelamento do Poder Judiciário de Alagoas”, já restringe o uso dessas verbas para a construção de novos fóruns, por exemplo, e em segundo lugar porque não poderiam ser comprados computadores de última geração sem que haja evidente necessidade para isso.

Foi possível demonstrar nesse tópico a importância da análise consequencialista no momento de positividade judicial, ao lado da análise deontológica, e como tais aspectos têm sido observados ou não em algumas decisões escolhidas para ilustrar o tema. Passaremos agora a investigar acerca da possibilidade de o magistrado condenar o poder público a realizar despesas que já foram previstas no Orçamento, bem como a criticar a chamada reserva do possível como teoria adequada para explicar o fenômeno financeiro no Brasil.

4.3 Possibilidade de controle jurisdicional da execução do que já foi programado e o mito da “reserva do possível”

As políticas públicas são efetivadas ou positivadas primordialmente por meio do Orçamento. As leis orçamentárias, portanto, são instrumentos jurídicos de positividade das opções políticas tomadas pelo legislador e pelo Poder Executivo nos diversos âmbitos. Por que razão os juízes estariam impedidos de prolatar sentenças mandamentais obrigando os Poderes a efetivar as opções orçamentárias?

Como vimos, uma das grandes preocupações da doutrina que estuda o direito financeiro é a falta de efetividade na execução dos orçamentos públicos. O entendimento de que estes seriam leis meramente autorizativas leva a um descrédito daquilo que é votado e decidido

²⁷² ALAGOAS. Lei 7.029, de 19 de janeiro de 2009.

pelo parlamento. Há muitas críticas dos doutrinadores nacionais e estrangeiros quanto à possibilidade de o juiz realizar políticas públicas. Os principais argumentos são de que estes não possuiriam conhecimentos técnicos nem legitimidade para decidir as políticas, tendo em vista a forma da investidura de seu cargo, o que impossibilitaria o controle sobre suas decisões.

No entanto, quando o magistrado ou tribunal decide com base no orçamento público, este não cria política pública, muito pelo contrário, dá efetividade e juridicidade àquilo que foi decidido pelos demais Poderes, Legislativo e Executivo, quando da confecção do Orçamento.

Com relação à Reserva do Possível, Krell esclarece que essa teoria surgiu na Alemanha para se estabelecer um limite à entrada de alunos nas Universidades alemãs e que teria sido erroneamente trazido para o Brasil como uma limitação orçamentária para restrição de direitos fundamentais, em especial dos de cunho social.²⁷³ No entanto, o que deve acontecer quando a administração não puder custear essas ações às quais o Poder Judiciário a condenou? O Poder Público estaria obrigado a realizar ações apenas quando dispusesse de verbas para tal? Régis F. de Oliveira afirma que o administrador público pode se esquivar de um mandamento judicial alegando a reserva do possível, contudo, com o dever de a autoridade pública explicar ampla e convincentemente sobre a impossibilidade material do cumprimento.²⁷⁴ Nesse sentido se pronunciou o STF:

Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.²⁷⁵

²⁷³ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002, p. 52.

²⁷⁴ OLIVEIRA, Régis Fernandes. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 260.

²⁷⁵ AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 410.715-5 SÃO PAULO. Rel. Min. Celso de Mello. 22/112005.

O poder público, de qualquer forma, deve buscar a eficiência na prestação dos serviços públicos, e o Orçamento é o instrumento de organização do Estado que mais pode oferecer critérios para a concessão de direitos, dando prioridade, portanto, aos que já foram previstos nas leis orçamentárias em detrimento dos que ainda não passaram pelo crivo do procedimento democrático. É bem verdade que não se deve questionar o papel do Judiciário como realizador dos fins estabelecidos nas normas constitucionais com base no Princípio da Separação dos Poderes, mas é preferível que ele atue como fiscalizador dessa efetivação e apenas atue onde os demais Poderes não tenham definido sua participação. Isto é, é preferível que se condene o poder público à execução do Orçamento não cumprido do que a uma prestação material da qual não se terá controle algum.

Fernando Scaff busca solucionar a questão da reserva do possível pela compreensão do que ele chama de sentença aditiva. Assim, seriam aditivas as sentenças que implicassem aumento de custos para o erário do Estado.²⁷⁶ Não seria sentença aditiva, para ele, a que condenasse à devolução de tributos pagos indevidamente, mas, por exemplo, a que reconhecesse aos servidores ser devido o pagamento de parcela remuneratória que o erário deveria ter-lhes pago e não o fez. O autor, apesar disso, não classifica como aditiva aquela que garante o exercício de um direito fundamental de liberdade. Segundo ele: “Embora existam custos públicos para garantir o exercício desses direitos, via de regra não implicam em um desembolso efetivo de recursos aos agentes privados envolvidos”.²⁷⁷ Ou seja, ao que nos parece, apenas seriam aditivas aquelas em que os bens fossem fruídos diretamente pelos cidadãos, caso fossem repassados a eles em dinheiro ou sob a forma de bens, remédios, por exemplo, desconsiderando assim o impacto financeiro-orçamentário, que nos parece o mais importante. Por fim, critica o referido autor a posição do STF de ordenador de despesas nesses casos de sentenças aditivas, considerando que programar políticas públicas requer um planejamento mais adequado pelo poder público.²⁷⁸

Ora, é evidente que o planejamento de políticas públicas requer uma adequação às situações fáticas, e, como vimos dizendo, o Orçamento deve ser o grande instrumento de

²⁷⁶ SCAFF, Fernando F. **Reserva do Possível, mínimo existencial e direitos humanos**, in *Direitos Fundamentais, Orçamento e “Reserva do Possível”*. SARLET, Ingo W. (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 149.

²⁷⁷ SCAFF, Fernando F. **Reserva do Possível, mínimo existencial e direitos humanos**, in *Direitos Fundamentais, Orçamento e “Reserva do Possível”*. SARLET, Ingo W. (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 150.

²⁷⁸ *Idem*, p. 152 e 153.

planejamento dessas ações estatais, não apenas por meio da Lei Orçamentária Anual, como também pela Lei de Diretrizes Orçamentárias e pelo Plano Plurianual. Mas não apenas as sentenças aditivas que, propostas, podem gerar esse desequilíbrio, senão qualquer uma que gere custos para o ente estatal. Por isso dizemos que essas diferenciações que são feitas separando os tipos de direitos estabelecidos pelo direito financeiro apenas buscam restringir a efetivação de parcela deles. Segundo o autor:

Proferir sentenças aditivas sob o impacto da pressão dos fatos, mesmo que dos fatos sociais mais tristes, como a possibilidade de perda de uma vida ou de falta de recursos para a compra de remédios, não é papel do Judiciário. Este não cria dinheiro, ele redistribui o dinheiro que possuía outras destinações estabelecidas pelo Legislativo e cumpridas pelo Executivo.²⁷⁹

No entanto, como afirmamos no primeiro capítulo sobre a teoria dos custos dos direitos, através dela busca-se conscientizar as pessoas para a realidade de que os direitos custam para a sociedade, sem necessariamente trazer um discurso de negação, mas, pelo contrário, afirmativo de direitos.²⁸⁰ Por isso não há direito que exija apenas abstenções. Inclusive direitos ditos de primeira geração ou dimensão, classicamente classificados como negativos ou de abstenção, geram custos para que possam ser efetivados em toda a sua essência.

Com isso, devemos dizer que não acreditamos na falta de competência do Judiciário para participar ativamente das decisões políticas sobre as despesas públicas, mesmo porque, como adverte Bonavides, não há lugar para a prática de um princípio rigoroso de Separação dos Poderes no estágio em que estamos, e que o Estado contraiu na ordem social responsabilidades que o Estado Liberal jamais conheceu.²⁸¹ Barroso, no entanto, afirma que a atividade do magistrado deve respeitar o que fora decidido pelos demais Poderes, de forma a agir apenas onde não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição, ou quando as referidas decisões não forem efetivamente cumpridas.²⁸² Os espaços, portanto, ainda estão em construção, e o direito brasileiro ainda não encontrou o seu ponto ideal entre a participação do Judiciário na efetividade dos direitos e a sua autolimitação necessária, sendo o Orçamento um dos elementos que precisam ser utilizados para esse fim.

²⁷⁹ Idem, p. 171.

²⁸⁰ HOLMES, Stephen, SUNSTEIN, Cass. Ob. cit., p. 24.

²⁸¹ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10ª ed. 11ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 95.

²⁸² BARROSO, Luís Roberto. **Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva**: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, *in* Revista Interesse Público, nº 46, nov/dez 2007, p. 31-61, 2007, p. 39.

4.4 Razões da ineficácia do controle judicial sobre a execução das despesas: da autolimitação dos Tribunais ao princípio (ou regra) da periodicidade

Como vimos, o Brasil criou um sistema orçamentário que comporta três leis orçamentárias em todos os níveis federativos. Sobre essas leis impera uma norma que estabelece a sua anualidade ou periodicidade. Isso porque, se essas leis estabelecem programações e buscam estabelecer as receitas e despesas para o Estado, não há por que supor que a sua vigência seria ilimitada. A periodicidade dessas leis, portanto, afeta o prazo de sua vigência, que deve ser limitado previamente, definindo o tempo pelo qual as leis regularão os fatos orçamentários.

Antes de tudo, portanto, cabe diferenciar os termos vigência e validade, próprios da teoria geral do direito. Adotamos validade como condição de pertinência ao sistema jurídico de uma norma, e vigência como o tempo em que a norma produz seus efeitos. Assim, uma norma pode ser válida e ainda não vigente, como no caso das leis no período da *vacatio legis*. Contudo, a norma pode ser vigente se não for válida, isto é, enquanto não tem sua invalidade declarada, ou melhor, constituída, pela decisão judicial.

Com relação às leis orçamentárias, sua validade é condicionada pelas demais. Pois, como afirmamos, o plano plurianual serve como fundamento de validade à lei de diretrizes orçamentárias, que por sua vez fundamenta a lei orçamentária anual, numa relação encadeada que tem início na Constituição e que apenas termina com o pagamento, última fase da execução da despesa pública.

A vigência das leis orçamentárias é, *a priori*, de quatro anos para o PPA, de um ano e meio para a LDO e de um ano para a LOA. Acontece que essa vigência é preestabelecida e será seguida caso não haja nenhum imprevisto na aprovação das leis posteriores. Isto é, o PPA tem por regra a vigência de quatro anos, mas se o próximo não for aprovado, aquele deve ter sua vigência prorrogada até que o próximo seja aprovado e passe a vigor. O mesmo acontece com a LDO e com a LOA. Gabriel Ivo propõe esta solução dentre três possíveis, sendo as demais a aprovação tácita do projeto como lei ou a necessidade de aprovação de créditos excepcionais a

cada realização de despesa.²⁸³ A primeira é rechaçada por ofender a regra da Separação dos Poderes, e a segunda por ser inviável, em resumo. O que importa aqui estabelecer é que essa regra da periodicidade pode ser descumprida como qualquer outra regra, alterando o período de vigência das leis orçamentárias no caso concreto.

Essa característica da periodicidade, condição de existência dos orçamentos, é também uma das maiores, senão a maior, razão para falta de eficiência de seu controle, especialmente, mas não exclusivamente, do controle jurisdicional. Isso porque um processo, pela sua própria natureza, demora um determinado tempo para ser julgado. Isto é, o juiz não pode julgar assim que apresentada a demanda, tendo de chamar as partes para apresentarem suas razões com prazos específicos para que se defendam. Além disso, o aumento da judicialização das relações sociais contribui para que o Judiciário seja demandado de forma excessiva, atrapalhando a celeridade dos processos que por lá tramitam. Enfim, uma série de razões, ontológicas, ao conceito de processo, e sociológicas, explicáveis por meio de pesquisas empíricas, fazem com que os processos demorem um prazo nem sempre satisfatório para o tipo de demanda que se quer dirimir.

Dessa feita, as leis orçamentárias, especificamente no que diz respeito à LDO e a LOA, têm o seu controle dificultado pela regra da periodicidade. Isso porque muitas vezes, quando o tribunal ou órgão jurisdicional competente vai julgar a demanda, a lei orçamentária já não é mais a vigente, sendo julgada prejudicada por perda do objeto. Veremos, tal posicionamento é inaceitável e é preciso encontrar outras formas de tentar solucionar os problemas decorrentes deste, sob pena de se eleger o Orçamento, ou melhor, as leis orçamentárias, como leis acima da Constituição e sem nenhuma relação umas com as outras.

Por exemplo: digamos que a lei orçamentária de um estado da federação seja aprovada no fim de dezembro de um determinado ano. Caso sua constitucionalidade seja questionada em fevereiro do ano seguinte, menos de dois meses depois da sua positivação, e o juiz seja extremamente eficiente no julgamento da demanda e tenha entendido que a lei orçamentária não feria a Carta apenas quatro meses após o ajuizamento da ação; tendo havido recurso para o Tribunal, já no meio, e este tenha demorado igual período de quatro meses para ser julgado pelo pleno, declarando também a constitucionalidade da lei do dispositivo em questão; caso o

²⁸³ IVO, Gabriel. **O Processo de Formação da Lei Orçamentária Anual**. Revista Trimestral de Direito Público. Ano 34/2001.

Supremo Tribunal Federal seja instado a decidir sobre a questão, já no fim do ano em que vige a lei orçamentária, mesmo que esta entenda constitucional, pouco se poderá fazer, dado que a lei perderá sua vigência em pouco tempo, se já não a perdeu. Essa não deveria ser a postura do nosso Supremo, uma vez que as decisões da Suprema Corte, embora façam efeitos nesse tipo de ação apenas para aquela lei específica, servem de base para a formulação dos próximos orçamentos, não só do mesmo ente, como dos demais entes públicos do país.

No tocante às questões orçamentárias, o Poder Judiciário no Brasil não aceitava o controle de constitucionalidade das suas normas por meio das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI). A principal argumentação era a de que as normas dispostas no Orçamento seriam normas de efeito concreto. Isto é, que uma vez realizada a sua hipótese, estariam esgotadas as hipóteses de incidência. No entanto, já foram controladas eventuais normas gerais dispostas no Orçamento, tais as que dispõem sobre a criação de créditos adicionais,²⁸⁴ como também vícios formais da elaboração da própria lei do Orçamento.

O Supremo já conheceu, em sede de ADI, o controle de despesas destinadas no Orçamento, afastando a justificativa de que os atos seriam de efeito concreto, afirmando que havia possibilidade de determinação dos destinatários da norma, o que não se confundiria com a individualização. Apesar da confusão da decisão entre normas gerais e abstratas, individuais e concretas, houve análise do vício formal na vinculação de impostos a uma despesa específica, qual seja a manutenção e conservação de escolas públicas estaduais.²⁸⁵

No entanto, a principal decisão acerca da matéria foi proferida na ADI 4.049-9 MC/DF, tendo como Relator o Ministro Carlos Britto,²⁸⁶ onde foi decidida a constitucionalidade de abertura de crédito extraordinário no que diz respeito à matéria tratada.

O crédito extraordinário deve ser utilizado apenas para despesas de caráter urgente e imprevisível. Mas a sua disposição é semelhante a qualquer disposição de despesa. E o voto do Relator diz que: “Medida provisória que abre crédito extraordinário não se exaure no ato de sua primeira aplicação. Ela somente se exaure ao final do exercício financeiro para o qual foi aberto o

²⁸⁴ Vide STF. ADI 2.925-8/DF. Tribunal Pleno. Por maioria. Rel. orig. Min. Ellen Gracie. Rel. para Acórdão Min. Marco Aurélio. Decisão em 11 de dezembro de 2003.

²⁸⁵ STF. ADI 820/RS. Rel. Min. Eros Grau. Publicado em 29 de fevereiro de 2008.

²⁸⁶ STF. ADI 4.049-9/DF. Rel Min. Carlos Britto. Publicado em 8 de maio de 2009.

crédito extraordinário nela referido”.²⁸⁷ A referida decisão ainda ressalta que a exigência de “densidade normativa” apenas deve se dar quando se trata de ato que não se reveste de lei em sentido formal, o que não acontece com as leis orçamentárias.

Segue afirmando o Relator:

E o ato em si da aprovação da lei orçamentária é seqüenciado por numerosos atos no período de um ano. Não é, portanto, um ato de efeito concreto senão na aparência, porque, para ser executada, a lei orçamentária reclama a edição de muitos outros atos, estes, sim, de efeitos concretos.²⁸⁸

Embora devamos reconhecer o avanço que traz a decisão do Supremo Tribunal Federal, o controle judicial exercido em sede de Ações Diretas de Inconstitucionalidade ainda se revela insuficiente no que diz respeito às normas que veiculam despesas públicas. Pois ainda não se reconhece a possibilidade de se controlar as dotações orçamentárias comuns, quando estas estabelecem despesas que não se coadunam com o texto constitucional, embora a decisão supracitada possa dar o primeiro passo desse caminho. Mas outros instrumentos estão dispostos para realizar o controle sobre os gastos que o Estado realiza, entre eles a ação popular, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a ação civil pública.

Com relação à arguição de descumprimento de preceito fundamental, chamada ADPF, esta foi positivada no Brasil pela Lei nº 9.882/99, que trouxe a possibilidade de controle pelo Supremo Tribunal Federal de lesão ou ameaça a preceito fundamental por qualquer ato do poder público, portanto não apenas quando veiculado por lei.

No entanto, ainda não há no Brasil instrumentos consagrados ou adequadamente projetados para que o fundamento de validade entre as leis orçamentárias e o devido processo de positivação das despesas públicas sejam controlados, o que dificulta a efetivação de um número sem fim de dispositivos da Constituição que elegeram os procedimentos orçamentários como aqueles próprios para satisfazer os direitos constitucionais.

²⁸⁷ STF. ADI 4.049-9/DF. Rel Min. Carlos Britto. Publicado em 8 de maio de 2009.

²⁸⁸ Idem.

Conclusão

Sendo o Orçamento o meio jurídico pelo qual as políticas do Estado são formuladas, viu-se no presente trabalho que as três leis orçamentárias não são, nem poderiam ser, neutras, no sentido de que necessariamente afetam econômica e socialmente a realidade, satisfazendo assim, quando bem planejadas, os direitos fundamentais. Há, portanto, relação direta entre o surgimento das gerações de direitos fundamentais e a atividade financeira desenvolvida pelo Estado em cada momento, embora se possa afirmar que essa classificação não tenha utilidade prática quando se trata de matéria orçamentária, apenas histórica.

Utilizou-se a teoria dos custos dos direitos, tendo em vista que por meio dela busca-se conscientizar as pessoas para a realidade de que os direitos custam para a sociedade, sem necessariamente trazer um discurso de negação, mas, pelo contrário, afirmativo de direitos.²⁸⁹

Ainda no primeiro capítulo tratou-se da conformidade e da relação de hierarquia entre as leis orçamentárias, apesar de sua condição análoga a de lei ordinária, no sentido que a lei orçamentária anual não pode se formar em contradição com o disposto na lei de diretrizes orçamentárias e no plano plurianual, nem a lei de diretrizes orçamentárias com o disposto no mesmo plano, além de que, obviamente, todas devem seguir as disposições constitucionais. Observou-se, em decorrência, que não há uma liberdade incondicional na formulação das leis orçamentárias, pois o Orçamento deve ser feito com base, principalmente, nas normas constitucionais que definem o processo de positivação das leis orçamentárias e que estabelecem desde já obrigações que devem constar nessas leis.

No segundo capítulo foi analisada a estrutura lógica das normas que dispõem despesas públicas, na tentativa de formulação de sua regra-matriz. Viu-se que há duas formas de se conceber o fenômeno da despesa realizada pelo Estado, uma ampla, onde se considerariam despesas públicas o conjunto de dispêndios de um órgão ou ente público, e outra estrita, que designaria a singularidade de um gasto público, representado por uma norma jurídica que o positivaria.²⁹⁰ Dessa forma, tem-se que as normas que dispõem despesas nos Orçamentos de forma estrita são normas jurídicas como as outras, e autorizam ou obrigam a realização de certos

²⁸⁹ HOLMES, Stephen, SUNSTEIN, Cass. Ob. cit., p. 24.

²⁹⁰ BALEEIRO, Aliomar. **Uma Introdução à Ciência das Finanças**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 65.

gastos, sendo impossível a sua construção sem a análise do texto constitucional e das leis complementares que lhes dão fundamento de validade.

Analisou-se, assim, o processo de positivação das leis orçamentárias que começa com a Carta Constitucional e que termina com os procedimentos executórios de empenho, liquidação e pagamento:

Constituição → Plano Plurianual → Lei de Diretrizes Orçamentárias → Lei Orçamentária Anual → Empenho → Liquidação → Pagamento

O papel do Executivo como administrador dos recursos no Brasil foi avaliado, e constatada uma hipertrofia deste Poder, que formula e executa as políticas públicas, muitas vezes em detrimento do que foi decidido pelo Poder Legislativo. Ficou clara também a necessidade de mudança nos critérios de execução do orçamento público no ordenamento jurídico brasileiro, pois a população acaba sofrendo por não saber se aquilo que foi previsto e muitas vezes divulgado nos meios de comunicação será efetivamente cumprido por seus governos. Com relação especificamente aos contingenciamentos e limitações de empenho realizados pelo Estado, apesar de a Separação dos Poderes não ter o mesmo significado e aplicação de quando foi idealizada, é preciso que o Legislativo passe a exercer um controle efetivo de sua execução, valorizando a decisão tomada na positivação da lei, de forma que o que foi votado seja efetivamente realizado na sua maior parte.

Por fim, em relação ao Poder Judiciário, viu-se que não apenas atua como gestor de suas próprias contas, como também desempenha a função de fiscal controlador do Orçamento e da execução das despesas dos demais órgãos do poder público. No último capítulo, buscou-se estabelecer critérios e avaliar a atuação jurisdicional desse Poder na área do direito financeiro, analisando o direito positivo, constituído pelas normas dispostas não só pelo legislador, como também pelos executores e julgadores, função principal da linguagem científica ora apresentada. Concluiu-se que as consequências podem e devem ser objeto de preocupação dos juristas, mas isso não exclui, evidentemente, a análise deontológica do que se pode ou não pode conceder em face dos textos constitucionais.

O objetivo deste trabalho, portanto, não foi apenas o de estabelecer critérios para que o juiz possa tomar as decisões diante de problemas que envolvam despesas públicas e efetivação de políticas públicas, mas também o de verificar o processo de positivação que leva a essa

despesa pública, desde a Constituição Federal até o efetivo pagamento, principal meio pelo qual o Estado atua.

Referências

AFTALION, Enrique, et al. **Introducción al Derecho**. 12ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

ALAGOAS. Lei 7.029, de 19 de janeiro de 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. e MELO, Danielle. **Há Direitos Acima dos Orçamentos?**, in *Direitos Fundamentais, Orçamento e “Reserva do Possível”*. SARLET, Ingo W. (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

ANGÉLICO, João. **Contabilidade Pública**. 8ª ed. São Paulo. Atlas, 1995.

ASSONI FILHO, Sérgio. **Orçamentos Públicos**: a Lei 4.320/1964 comentada. Coord. José Maurício Conti. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

BALEEIRO, Aliomar. **Uma Introdução à Ciência das Finanças**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

_____. **Uma Introdução à Ciência das Finanças**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas**, in *Revista de Direito Administrativo*, nº 240, p. 83-103, 2005.

BARROS, Marcus A. de F., **Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**: parâmetros objetivos e tutela coletiva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva:** direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, *in* Revista Interesse Público, nº 46, nov/dez 2007, p. 31-61, 2007.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário.** 3ª ed. São Paulo: Lejus, 1998.

BITTENCOURT, Fernando M. R. e GRAÇA, Luís Otávio B. da. **Decisões Judiciais e Orçamento Público no Brasil:** aproximação empírica a uma relação emergente *in* Direitos Fundamentais, Orçamento e “Reserva do Possível”. SARLET, Ingo W. (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função:** novos estudos de teoria do direito. Trad. Daniela B. Versiani. Barueri: Manole, 2007.

_____. **Teoria da Norma Jurídica.** 2ª ed. Bauru: Edipro, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **Ciência Política.** 10ª ed. 11ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** 8ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BORGES, José Souto Maior. **Introdução ao Direito Financeiro.** 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1998.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/185509.pdf>>. Acesso em 20 de julho de 2009.

BRASIL. Lei nº 11.653, de 7 de abril de 2008.

BRASIL. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964.

BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.

BRASIL. Constituição Federal, 1988.

BULYGIN, Eugenio. **Los Jueces ¿Crean Derecho?**, *in* Isonomia. Nº 18. Abril de 2003.

BURDEAU, Georges. **O Estado.** Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. **“Custos dos Direitos” e Reforma do Estado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris Editor, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Volume I. 4ª ed. Revista. Coimbra: Coimbra editora, 2007.

CARVALHO, Cícero Pércles de. **Economia Popular**. Uma via de modernização para Alagoas. Maceió: EDUFAL, 2005.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Teoria da Norma Tributária**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

_____. **O Preâmbulo e a Prescritividade Constitutiva dos Textos Jurídicos**. Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas, v. 11, p. 17-34, 2009.

CAVALCANTI, Arthur J. F. **A Estrutura Lógica do Direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

_____. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

CONTAS ABERTAS. Disponível em: <http://contasabertas.uol.com.br/noticias/detalhes_noticias.asp?auto=2160>. Acesso em 7 de março de 2008.

CONTI, José Maurício. **A Autonomia Financeira do Poder Judiciário**. São Paulo: MP Ed., 2006.

FERRAZ, Luciano. **Lei de Responsabilidade Fiscal e Medidas para a Redução das Despesas com Pessoal**: perspectiva de respeito aos direitos dos funcionários públicos estáveis, *in* Aspectos Relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal. Valdir de Oliveira Rocha (Org.). São Paulo: Dialética, 2001.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FIGUEIREDO, Carlos Maurício C. **Lei de Responsabilidade Fiscal** – o Resgate do Planejamento Governamental, *in* Aspectos Relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal. ROCHA, Valdir de Oliveira (Org.). São Paulo: Dialética, 2001.

FILELLINI, Alfredo. **Economia do Setor Público**. São Paulo: Atlas, 1994.

FRANCO, António L. de Sousa. **Finanças Públicas e Direito Financeiro**. 4ª ed. 11ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2007.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas**: a responsabilidade do administrador e do Ministério Público. São Paulo: Max Limonad, 2000.

FURTADO, Celso. **Formação Econômica do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

GAMEIRO, António Ribeiro. **Controlo Parlamentar das Finanças Públicas em Portugal**. Coimbra: Almedina, 2004.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2005.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. **Derechos y pretextos**: elementos de crítica del neoconstitucionalismo. *In*: CARBONELL, Miguel (Ed.). Teoria del neoconstitucionalismo – ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2008.

GIACOMONI, James. **Orçamento Público**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1986.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Trad. Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2009.

GUIBOURG, Ricardo A., ECHAVE, Delia T., e URQUIJO, María E. **Lógica, Proposición y Norma**. 4ª reimpressão. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995.

HOLMES, Stephen, SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights**. New York/London: W. W. Norton & Company, 1999.

HOVARTH, Estevão. **A Constituição e a Lei Complementar nº 101/2000 (“Lei de Responsabilidade Fiscal”)**: algumas questões *in* Aspectos Relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal. ROCHA, Valdir de Oliveira (Org.). São Paulo: Dialética, 2001.

IBGE. Disponível em: <http://www.ibge.com.br/home/estatistica/economia/economia_saude/economia_saude.pdf>. Acesso em 12 de julho de 2009.

IVO, Gabriel. **Norma Jurídica**: produção e controle. São Paulo: Noeses, 2006.

_____. **O Processo de Formação da Lei Orçamentária Anual**. Revista Trimestral de Direito Público. Ano 34/2001.

_____. **Direito Tributário e Orçamento Público**, in *Direito Tributário: homenagem a Paulo de Barros Carvalho*. Luís Eduardo Schoueri (Org.). São Paulo: Quartier Latin, 2008, v. 01, p. 871-889.

KANT, Immanuel. **Lógica**. 3ª ed. Trad. Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Teoria Geral das Normas**. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002.

_____. **Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2004.

LASSWELL, Harold, e KAPLAN, Abraham. **Poder e Sociedade**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979.

FERREIRO LAPATZA, José Juan. **Curso de Derecho Financiero Español**. 25ª ed. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2006.

LIMA NETO, Manoel Cavalcante de. **Direitos Fundamentais dos Contribuintes**: limitações constitucionais ao poder de tributar. Recife: Nossa Livraria, 2005.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da existência. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MENDONÇA, Eduardo. **Alguns pressupostos para um orçamento público conforme a constituição**, *in* Revista de Direito do Estado - v. 2, n. 7, jul/set de 2007.

_____. **Da faculdade de gastar ao dever de agir**: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas, *in* Revista de Direito do Estado - v. 3, n. 9, jan/mar de 2008.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MURPHY, Liam, NAGEL, Thomas. **O Mito da Propriedade**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Responsabilidade Fiscal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. Parte geral – Tomo I. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

REZENDE, Fernando; CUNHA, Armando (Org.). **O Orçamento Público e a Transição do Poder**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003.

RIBEIRO, José Joaquim Teixeira. **Lições de Finanças Públicas**. 5ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

SABBAG, César. **Orçamento e Desenvolvimento**. São Paulo: Millennium Editora, 2006.

SCAFF, Fernando F. **Direitos Humanos e a Desvinculação das Receitas da União – DRU** *in* Tributos e Direitos Fundamentais. Coord. Octavio Campos Fischer. São Paulo: Dialética, 2004.

_____. **Reserva do Possível, mínimo existencial e direitos humanos**, *in* Direitos Fundamentais, Orçamento e “Reserva do Possível”. SARLET, Ingo W. (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Orçamento-programa no Brasil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Sandoval Alves. **Direitos Sociais**: leis orçamentárias como instrumento de implementação. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

TAMER, Sergio V. **Fundamentos do Estado Democrático e a Hipertrofia do Executivo no Brasil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

TELLES JUNIOR, Goffredo. **Direito Quântico**: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica. 8ª ed. Revista. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2006.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. Vol. V. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **O Mínimo Existencial, os Direitos Sociais e os Desafios de Natureza Orçamentária**, *in* Direitos Fundamentais, Orçamento e “Reserva do Possível”. SARLET, Ingo W. (Org). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

VELLOSO, Raul. **Ajuste Fiscal Através da Redução de Despesas Obrigatórias**, *in* Gasto Público Eficiente: 91 propostas para o desenvolvimento do Brasil. Marcos Mendes (Org.). São Paulo: Top Books, 2006.

VILANOVA, Lourival. **As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo**. São Paulo: Noeses, 2005.

VILLEY, Michel. **O Direito e os Direitos Humanos**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.