

## Capítulo 9

# EFICIÊNCIA E LEGITIMIDADE

SUMÁRIO: 9.1 Eficiência – 9.2 Legitimidade – 9.3 Conclusão.

### 9.1 Eficiência

Pensamos que a eficiência está no bojo do planejamento, até porque este deve ser efetuado *para* atingir-se aquela e produzir seus reflexos no orçamento, razão pela qual teceremos aqui algumas considerações sobre este princípio.

O princípio da *eficiência* foi inserido no texto da Constituição da República por intermédio da Emenda Constitucional n. 19/98, com o que o art. 37, *caput* passou a ter a seguinte redação:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e *eficiência* e, também, ao seguinte: [...].

Após esta inclusão, a doutrina passou dedicar-se ao estudo do princípio em tela mais acentuadamente. Entretanto, a primeira indagação que se deve fazer é a de se este princípio teria de vir expresso ou se ele já existia, mesmo antes de passar a constar do texto da Constituição.

Para aqueles que preferem sempre encontrar um dispositivo expresso na legislação para só então aceitar a sua existência no mundo jurídico – não admitindo com muita facilidade o que não está escrito –, já o Decreto-Lei n. 200/67 referia-se à *eficiência*

*administrativa* (art. 26, III)<sup>662</sup> e previa a punição de servidor *ineficiente* (art. 100)<sup>663</sup>, por exemplo. Se isso foi ou está sendo observado na prática do dia-a-dia, é outro tipo de cogitação.

Como a lei não define o que é eficiência para os fins do art. 37 da Lei das Leis, a doutrina deve esforçar-se para conceituá-la, ainda que seja buscando elementos fora do Direito. No nosso entendimento, uma palavra ou expressão utilizada no texto constitucional – em certos casos isso se aplica à legislação infraconstitucional também – deve, para ser interpretada, buscar elementos na própria Constituição; se isso for inviável, desce-se à legislação infraconstitucional e, na impossibilidade de se encontrar aí também auxílio para a respectiva interpretação, ir-se-á buscar o significado daquele conceito fora do Direito, seja em outra ciência ou mesmo na linguagem vulgar.

Este modo de ver parece ser compartilhado também por Cintra do Amaral, como emerge do trecho seguinte:

Não vejo empecilho a que o cientista do Direito busque em outras ciências noções que lhe permitam aclarar determinados conceitos jurídicos. É preconceituosa a ideia de que o positivista jurídico, que vê o objeto da ciência do Direito como sendo as normas (postas) que compõem o ordenamento jurídico vigente em um determinado país, oponha-se necessariamente ao estudo interdisciplinar. Tal oposição seria de profunda indigência mental.<sup>664</sup>

<sup>662</sup> “Art. 26. No que se refere à Administração Indireta, a supervisão ministerial visará a assegurar, essencialmente:  
[...] III – A eficiência administrativa”.

<sup>663</sup> “Art. 100. Instaurar-se-á processo administrativo para a demissão ou dispensa de servidor efetivo ou estável, comprovadamente ineficiente no desempenho dos encargos que lhe competem ou desidioso no cumprimento de seus deveres”.

<sup>664</sup> Antônio Carlos Cintra do Amaral, O princípio da eficiência no direito administrativo, p. 3.

Superado este aspecto, outra questão que surge ao tratar da eficiência refere-se à diferenciação entre *eficiência* e *eficácia*, expressões que, para o leigo, podem ser equivalentes, mas para os estudiosos são coisas distintas.

No Dicionário Aulete, *v.g.*, numa das suas acepções eficiência é sinônimo de *eficácia*. Em outra, é equivalente a *produtividade*, como segue:

Eficiência:

1. Ação, força ou capacidade de produzir bem o efeito desejado ou realizar bem tarefas; EFICÁCIA [ antôn.: Antôn.: ineficiência. ]
2. Qualidade ou capacidade (de alguém, um dispositivo, um método etc.) de ter um bom rendimento em tarefas ou trabalhos com um mínimo de dispêndio (de tempo, recursos, energia etc.); PRODUTIVIDADE.

O mesmo Dicionário define *eficácia* como “capacidade de realização de tarefas com eficiência, com bons resultados”, o que termina por confirmar a identificação das duas palavras.

Já no Dicionário Houaiss, além de também ser equiparada a *produtividade* (produtividade econômica; rendimento), eficiência acaba sendo identificada com *eficácia*, porquanto um dos significados atribuídos a *eficiência* é o de “poder, capacidade de uma causa produzir um efeito real”, ao mesmo tempo em que contempla como um dos sentidos da palavra *eficácia* a “real produção de efeitos”.

Voltando ao Direito positivo, o texto original da Constituição de 1988, antes, portanto, da modificação do art. 37, já se referia à eficiência e à eficácia, por exemplo, no art. 74, II, que reza:

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.

Assim, a Administração Pública (*lato sensu*) ser pautada pela eficiência não constitui nenhuma novidade.

Aliás, se é o povo o criador do Estado, se “consente” em desviar parte do seu patrimônio a este para que se cumpram os fins que ele (povo) escolheu, e se deposita na mão de gestores circunstanciais a administração do que é público, é lógico e racional, sob qualquer ponto de vista, que esse gestor deve orientar a sua gestão aproveitando da melhor forma possível os recursos fornecidos pelo seu mandante (o povo).

Nessa linha de raciocínio, tendemos a compreender o vocábulo *eficiência* em outro sentido apontado pelo Dicionário Houaiss, como significando a “virtude ou característica de (uma pessoa, um maquinismo, uma técnica, um empreendimento etc.) conseguir o melhor rendimento com o mínimo de erros e/ou de dispêndio de energia, tempo, dinheiro ou meios”.

Algumas tentativas de aproximação sobre o que se deve considerar quando se fala de “eficiência” foram e estão sendo feitas pela doutrina, em geral, mais abundantemente pelos administrativistas. Não é o caso, aqui, de passarmos em revista toda a doutrina a respeito, pois a ideia é ligar o princípio em análise ao orçamento, tão só.

Assim, apresentamos, em primeiro lugar uma análise feita por Antônio Carlos Cintra do Amaral quem, adotando conceitos a Ciência da Administração, entende que a *eficiência* está relacionada aos *meios*, enquanto que a *eficácia* se reporta aos *resultados*.<sup>665</sup> Trazendo um exemplo muito representativo, referido

<sup>665</sup> Antônio Carlos Cintra do Amaral, O princípio da eficiência no direito administrativo, p. 4.

por Chiavenato, diz que ser *eficiente* é “jogar futebol com arte” e ser *eficaz* é “ganhar a partida”.<sup>666</sup>

Paulo Modesto, por sua vez, traz do direito comparado algumas expressões com as quais se costuma aludir à eficiência, tais como “exigência *de boa administração* (ou bom andamento da administração)”, “princípio da *eficácia*”, “princípio da racionalização administrativa”, “princípio da não burocratização”, “economicidade” etc.<sup>667</sup>

Este autor, corroborando o que dissemos um pouco atrás, entende que, mesmo antes da alteração efetuada com relação ao art. 37 da C.F., a Constituição nunca permitiu a ineficiência (isto é, o princípio da eficiência já estava nas entrelinhas da Lei das Leis). Ou, nas suas palavras:

Nunca houve autorização constitucional para uma administração pública ineficiente. A boa gestão da coisa pública é obrigação inerente a qualquer exercício da função administrativa e deve ser buscada nos limites estabelecidos pela lei. A função administrativa é sempre atividade finalista [...] O exercício regular da função administrativa, numa democracia representativa, repele não apenas o capricho e o arbítrio, *mas também a negligência e a ineficiência, pois ambos violam os interesses tutelados na lei.*<sup>668</sup>

Este mesmo autor chega a entender a eficiência como “*um requisito da validade jurídica da atuação administrativa*”.<sup>669</sup> Valendo-se das lições de Hely Lopes Meirelles, diz que o prin-

<sup>666</sup> Antônio Carlos Cintra do Amaral, O princípio da eficiência no direito administrativo, p. 4.

<sup>667</sup> Paulo Modesto, Notas para um debate sobre o princípio da eficiência, p. 3.

<sup>668</sup> Idem, ibidem, p. 7, grifou-se.

<sup>669</sup> Idem, p. 9-10. São as suas palavras: “[...] a necessidade de otimização ou obtenção da excelência no desempenho da atividade continua a ser um valor fundamental e um requisito da validade jurídica da atuação administrativa”.

cípio da eficiência pode ser equiparado ao princípio tradicional da *boa administração*.

Na administração prestadora, constitutiva, não basta ao administrador atuar de forma legal e neutra, é fundamental que atue com eficiência, com rendimento, maximizando recursos e produzindo resultados satisfatórios.<sup>670</sup>

Numa síntese bastante objetiva, Modesto aponta as características cravadas na obrigação de atuação eficiente, que seriam: ação idônea (eficaz); ação econômica (otimizada) e ação satisfatória (dotada de qualidade).<sup>671</sup>

É evidente que se a Administração Pública deve atuar norteada pela eficiência, isto também se aplica ao orçamento. A elaboração deste, bem como a sua execução devem (não somente podem) seguir o cânone da eficiência.

Ricardo Lobo Torres observa: “[...] mas o princípio da eficiência desborda o campo da Administração Pública para penetrar também no orçamento”.<sup>672</sup>

Alude ao artigo 31.2. da Constituição da Espanha, que prevê que “El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los *criterios de eficiencia y economía*”.

O citado autor pondera que o princípio da eficiência projeta-se diretamente “para a temática da gestão orçamentária, que também se deixa influenciar por novas técnicas gerenciais”, acrescentando que, em certo sentido, este princípio “se aproxima do da economicidade e, como esta, permite a abertura do controle orçamentário ao Judiciário e ao Tribunal de Contas”.<sup>673</sup>

<sup>670</sup> Paulo Modesto, Notas para um debate sobre o princípio da eficiência, p. 9.

<sup>671</sup> Idem, ibidem, p. 10.

<sup>672</sup> *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, v. 5: *O orçamento na Constituição*, p. 307.

<sup>673</sup> Idem, ibidem.

Mais do que saber com segurança a distinção entre eficiência e eficácia, o que se percebe incrustado nos comandos constitucionais que a elas se referem é a preocupação com a *otimização* do atuar público em tudo o que diz respeito aos recursos que vêm do povo.

Aqui, sim, se pode estabelecer um paralelo entre as finanças públicas e as finanças privadas. Todo cidadão tem o natural desejo de fazer valer o máximo possível os seus recursos financeiros, procurando sempre a melhor aplicação possível destes e o melhor gerenciamento que estiver ao seu alcance. No setor público, com muito mais razão, este deve ser o pensamento, pois, já de início, o administrador público age *em nome* do dono dos recursos e deve fazê-lo a favor deste, não desperdiçando recursos, aplicando-os da forma que leve à produção dos melhores frutos. A diferença está em que, no âmbito privado, o particular tem a liberdade de agir como bem lhe aprouver, ainda que, ao final, em seu desfavor, hipótese que não cabe no setor público, porquanto este tem a *obrigação*, por imposição constitucional, de atuar eficientemente.

Celso Antônio Bandeira de Mello imbrica o princípio da eficiência com o da legalidade, ou, nas suas palavras, esse princípio não pode ser concebido “senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência”.<sup>674</sup>

Na opinião do festejado mestre, como, de resto, também na nossa, o princípio da eficiência nada mais é do que o velho princípio da “boa administração”. Cita as lições de Guido Falzone, autor italiano de monografia sobre o tema, datada de 1953, para quem “boa administração” significa desenvolver a atividade administrativa “do modo mais congruente, mais oportuno e mais adequado aos fins a serem alcançados, graças à escolha dos meios e da ocasião de utilizá-los, concebíveis como os mais idô-

<sup>674</sup> *Curso de direito administrativo*, p. 125.

neos para tanto”.<sup>675</sup> Segundo Bandeira de Mello, ainda, trata-se de um dever *não somente ético* ou mera “aspiração deontológica”, mas de um dever “atual e *estritamente jurídico*”.<sup>676</sup>

Efetivamente, parece que a melhor forma de encarar a eficiência é no sentido apontado – como “boa governança” – e, ao mesmo tempo, ela é implícita na atividade administrativa. Exercer função pública *per se* implica fazê-lo com denodo e da melhor maneira possível.

O desempenho da função administrativa é uma delegação, uma procuração que o povo outorga, seja mediante eleições para o Legislativo ou para o Executivo, seja por meio de concurso público, ou, ainda, por alguma outra forma de “terceirização” autorizada por lei, mas sempre e em qualquer caso, consiste num assentimento para que a pessoa delegatária exerça essa função *em nome do povo*, que é o dono da coisa pública. Este simples fato já mostra, a nosso ver claramente, que aquele que exerce a função pública, *sob qualquer das suas possíveis roupagens*, tem de proceder como se a atividade que desenvolve fosse sua, ou seja, usando a mesma diligência que, presumivelmente, empregaria se gerisse a sua própria atividade, negócio ou quejandos.

No intuito de perseguir a eficiência foi criado, no âmbito federal, o “Sistema de Informações de Custos do Governo Federal – SIC”, que é “um banco de dados que se utiliza da extração de dados dos sistemas estruturantes da administração pública federal, tal como SIAPE, SIAFI e SIGPlan, para a geração de informações”. Tem ele por objetivo subsidiar decisões governamentais e organizacionais que conduzam à alocação mais eficiente do gasto público.<sup>677</sup>

<sup>675</sup> *Curso de direito administrativo*, p. 125.

<sup>676</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 125.

<sup>677</sup> Conforme registrado no site do Tesouro Nacional: <https://www.tesouro.fazenda.gov.br/pt/aprenda-com-o-tesouro/sistema-de-informacoes-de-custos>.

Nota-se, pois, que a eficiência constitui, também, a exemplo de outras categorias principiológicas, um *work in progress*, ainda longe de atingir os objetivos pretendidos, por certo, mas com um importante caminho já percorrido.

## 9.2 Legitimidade

Tema conexo também, a nosso ver, com o da *performance* orçamentária, num certo sentido, é o referente à legitimidade. Delimitemos o alcance da nossa preocupação.

A Constituição da República, no *caput* o art. 70, inclui a legitimidade como parte do controle externo a ser exercido sobre as contas públicas. É o seu teor:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, *legitimidade*, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Sempre pensamos que, uma vez que o Poder Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas (at. 71, *caput*), pode fiscalizar os entes públicos quanto à legitimidade, poderá julgar irregulares as contas pelo fato de elas serem ilegítimas.

Ocorre que a aparente simplicidade dessa conclusão implica passar por complexos questionamentos, começando pelo próprio significado da palavra “legitimidade” nesse contexto.

É praxe, nos estudos introdutórios de Direito, fazer-se o comparativo entre o “legal” e o “legítimo”.

Elías Díaz declara que “legitimar es justificar, tratar de justificar [...]”.<sup>678</sup> A princípio, nem tudo o que é legal é legítimo e vice-versa. O Dicionário Houaiss traz como um dos sentidos da palavra legítimo: “que é conforme ao direito positivo, que

<sup>678</sup> Elías Díaz, *De la maldad estatal y la soberanía popular*, p. 21.

está fundado e amparado em lei; legal”. Ou seja, na linguagem corrente podem-se confundir os dois conceitos (legalidade e legitimidade); no Direito, porém, sabemos que não é exatamente assim, ou que, pelo menos, não é sempre assim.

No seu *Dicionário Jurídico*, dentre as definições de “legitimidade”, Maria Helena Diniz aponta as seguintes:

*na Ciência política: [...] d) homologação do poder governamental pelo consentimento popular; e) adequação do poder à ideia de direito predominante na coletividade; na Teoria geral do direito: a) legalidade; [...] c) caráter do que está conforme à lei e à justiça etc.*<sup>679</sup>

Selecionamos aqui somente as acepções de que nos valeremos para encaminhar nosso raciocínio.

Comumente fala-se da legitimidade com relação ao poder do Estado, que pretende ser legítimo, *estar justificado*. A este respeito, transcrevemos as palavras de Elías Díaz:

[...] el Derecho en cuanto legalidad, expresión de un poder político [...] que institucionaliza la posibilidad de utilizar la coacción, incluso física, siempre pretende presentarse a sí mismo, y a esa coacción, incluso física, como legítimo, es decir –en mayor o menor grado– como algo necesario y justo. *Necesita, pues, justificar aquélla y justificarse él mismo.*<sup>680</sup>

Para Kelsen, a legitimidade acaba sendo identificada com a legalidade. Partindo da dedução do seu raciocínio sobre a “norma hipotética fundamental”, Kelsen assevera que

o princípio de que a norma de uma ordem jurídica é válida até a sua validade terminar por um modo determinado através essa mesma ordem jurídica, ou até ser substituída pela validade de uma outra norma desta ordem jurídica, é o princípio da legitimidade.<sup>681</sup>

<sup>679</sup> Maria Helena Diniz, *Dicionário jurídico*, verbete “legitimidade”.

<sup>680</sup> Elías Díaz, *De la maldad estatal y la soberanía popular*, p. 22, grifou-se.

<sup>681</sup> Hans Kelsen, *Teoria pura do direito*, p. 290.

Habermas, após traçar um quadro sobre a evolução do Direito, a formação da ideia de direito positivo, a evolução do Estado Democrático de Direito e outros assuntos afins, averba:

[...] a lo que apunto con todas estas consideraciones es a la idea de un Estado de Derecho con divisiones de poderes, que extrae su legitimidad de una racionalidad que garantice la imparcialidad de los procedimientos legislativos y judiciales.<sup>682</sup>

Para ele, a ideia de um contrato social é usada para justificar moralmente o poder exercido sob a forma de direito positivo, para justificar moralmente a “dominação legal-racional”, no sentido Weberiano.<sup>683</sup> Assim, um contrato que cada indivíduo celebra com todos os demais indivíduos (autonomamente) só pode ter por conteúdo algo que redunde no bem de cada um, fazendo, assim, com que somente sejam aceitáveis aquelas regras que possam contar com o assentimento não forçado de todos. Isso levaria a concluir que

a razão do direito natural moderno é essencialmente razão prática, razão de uma moral autônoma. *Esta exige que distingamos entre normas y principios y procedimientos justificatorios, procedimientos conforme a los cuales podemos examinar si las normas, a la luz de los principios válidos, pueden contar con el asentimiento de todos.*<sup>684</sup>

Percebe-se que, à exceção de Kelsen, cujo sistema teórico leva a possibilidade de identificar a legitimidade com a legalidade, a ideia prevalecente é a de que a legitimidade, de um modo ou de outro, pressupõe *consenso, aceitação*. A aceitação do poder do Estado, num Estado Democrático de Direito é exatamente o que o legitima.

<sup>682</sup> Jürgen Habermas, ¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?, p. 37.

<sup>683</sup> Idem, *ibidem*, p. 29.

<sup>684</sup> Idem.

Mesmo Kelsen, de uma certa forma traz à baila a ideia da aceitação, pois, a legitimidade de um sistema jurídico, ainda que confundida com a sua validade, também decorre da aceitação da “norma fundamental”, a partir da qual são deduzidas todas as demais, que lhe são inferiores e que a têm como o seu fundamento de validade (ou, da sua legitimidade).

Feita esta introdução, passemos a tratar da legitimidade tal qual posta no art. 70, *caput*, da Constituição Federal.

Se a ideia de que o Tribunal de Contas (e o Congresso Nacional) pode apreciar as contas públicas sobre o aspecto da legitimidade e se as entender ilegítimas, declará-las irregulares é verdadeira, resta saber qual é a “legitimidade” a ser contrastada.

Diante do que se expôs retro, parece que o gasto público somente pode ser considerado *legítimo* quando for dirigido às prioridades escolhidas pela sociedade.

Não sendo de fácil delimitação o conceito de “legitimidade”, o que salta aos olhos já na primeira leitura da Constituição de 1988 a esse respeito é que ela inovou, acrescentando, ao lado do controle quanto à legalidade, o controle quanto à legitimidade. É dizer: ainda que não se esteja seguro do que significa a legitimidade neste sentido, sabe-se, com certeza, que a mera legalidade já não basta. O simples fato de olhar à aplicação do dinheiro público para verificar se o que foi gasto se ajusta a autorização legislativa para a efetivação desse gasto já não é suficiente. A simples operação de subsunção já não é considerada satisfatória; ela é, ainda, imprescindível, mas não mais suficiente.

Para Regis de Oliveira, os termos *legitimidade* e *economicidade* devem ser interpretados à luz das competências explicitadas na Constituição.<sup>685</sup> Nas suas palavras, “a *legitimidade* tem a ver com a eficiência na aplicação dos recursos”.<sup>686</sup> Conforme o ilustre professor, a legitimidade é muito mais que a simples

<sup>685</sup> Régis Fernandes de Oliveira, *Gastos Públicos*, p. 170.

<sup>686</sup> Idem, *ibidem*, p. 170.

legalidade, referindo-se à circunstância de o gasto estar sendo dirigido para onde necessário. A conduta “legítima” do administrador público válida seria apenas aquela considerada como a melhor, aquela conduta com a qual ele irá atingir os interesses públicos. “Não é qualquer conduta, mas apenas aquela exigida pela norma”.<sup>687</sup>

A título ilustrativo trazemos o ocorrido na Espanha, por época da reforma da sua Constituição, para atender aos reclamos de obediência à estabilidade financeira exigida pela União Europeia.

Parte da esquerda daquele país entendeu que a modificação que acabava de ocorrer, no capítulo relativo à “Dívida Pública”, supunha um “ataque frontal” aos *fundamentos* do Estado democrático e social de Direito, na medida em que as

restrições draconianas ao gasto público que decorrem das limitações constitucionais ao déficit estrutural e ao endividamento público das Administrações Públicas [Estado central, Comunidades Autônomas e Corporações Locais] *tornam impossível manter os compromissos normativos que são consubstanciais ao Estado de Bem Estar que a Constituição reconhece*.<sup>688</sup>

Tendo como base a cláusula constitucional [da Constituição espanhola] relativa ao “Estado social e democrático de Direito”, que faz com que esse tipo de Estado se assente numa “crescente socialização das necessidades humanas e do modo de satisfazê-las”, afirma Rodríguez Bereijo, ao mesmo tempo gera um aumento das demandas e expectativas sociais “(nem sempre compatíveis entre si e possíveis de serem financiadas) que, na consciência dos cidadãos se consolidaram como uma espécie de direito adquirido da coletividade frente ao Estado e pressionam

<sup>687</sup> Régis Fernandes de Oliveira, *Gastos Públicos*, p. 170.

<sup>688</sup> Conforme relata Álvaro Rodríguez Bereijo, em *La reforma constitucional del artículo 135 CE y la crisis financiera del Estado*, p. 12.

(quando não impõem) aos poderes públicos [...] como compromissos sociais normativos de certo modo irreversíveis”.<sup>689</sup>

O ilustre professor tocou no ponto crucial da realidade vivida nos dias atuais por diversos países europeus e, por que não dizer, de certa forma, também o Brasil. Uma vez que a sociedade se habitua a gozar efetivamente de certos direitos, dificilmente se acostumará a deixar de possuí-los senão que, ao contrário, por tendência humana natural, desejará ampliá-los.

Ocorre que, para que possa o Estado conceder tais direitos, necessitará, como é elementar de recursos suficientes – que quase nunca existem – e, para ampliá-los, de maior número ainda de recursos financeiros.

Não se pode negar que o Brasil, embora a Constituição da República não traga expressamente a expressão “Estado *social e democrático de Direito*”,<sup>690</sup> é inafastável que a análise do seu conjunto leva a extrair o acentuado cunho social que o Estado brasileiro deve buscar. Tenha-se em mente, por exemplo, a referência aos *fundamentos* do Estado, explicitados no artigo 3.º, *verbis*:

Art. 3.º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II – garantir o desenvolvimento nacional;
- III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

<sup>689</sup> Álvaro Rodríguez Bereijo, *La reforma constitucional del artículo 135 CE y la crisis financiera del Estado*, p. 15.

<sup>690</sup> A Constituição Brasileira dispõe no seu art. 1.º: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]”.

No mesmo diapasão, no art. 5.º, ao prever a “função social da propriedade”(inciso XXIII – a propriedade atenderá a sua função social), logo depois de garantir esse direito (inciso XXII); os direitos sociais a que se refere o art. 6.º (“art. 6.º: são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”), além de todos aqueles enumerados no art. 7.º.

### 9.3 Conclusão

Assim, a legitimidade no gasto público tem estreita relação com aquilo que foi incorporado pelo Estado brasileiro como prioridades a serem atendidas. Dada a invariável escassez de recursos, estes somente podem ser destinados a fins *legítimos*, no sentido aqui apontado.

A aparente contradição entre eficiência, desempenho e legitimidade fica, no nosso sentir, somente na aparência. Vejamos.

A legitimidade funciona como um filtro na hora da elaboração do orçamento. Com base nela deverá ser decidido o destino do dinheiro público e, exatamente por ter de ser levada em conta a eficiência, a fim de propiciar que o maior número de prioridades seja atendido, deve-se cobrar os resultados durante e após a execução do orçamento.

Percebe-se, pois, que são elementos interdependentes e complementares.

— |

| —

— |

| —

## Capítulo 10

### O ORÇAMENTO E O STF – O CONTROLE JURISDICIONAL DAS LEIS ORÇAMENTÁRIAS

SUMÁRIO: 10.1 Introdução; 10.2 O controle da constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro; 10.3 Espécies de inconstitucionalidades; 10.3.1 Inconstitucionalidade por ação; 10.3.2 Inconstitucionalidade por omissão; 10.4 Formas de controle de constitucionalidade; 10.4.1 Controle de constitucionalidade preventivo; 10.4.2 Controle de constitucionalidade repressivo; 10.5 O sistema de freios e contrapesos de Montesquieu; 10.6 A judicialização da política; 10.6.1 A natureza jurídica das leis orçamentárias e o seu controle jurisdicional; 10.7 As leis orçamentárias e o Supremo Tribunal Federal; 10.7.1 Mudança de orientação; 10.7.2 Confirmação do atual posicionamento; 10.8 Conclusão.

#### 10.1 Introdução

O presente tópico versa sobre a possibilidade de as leis orçamentárias terem o seu controle constitucional submetido ao crivo do Poder Judiciário.

O tema em questão, embora aparentemente simples, é motivo de uma discussão que perdura no Brasil há décadas, e ainda nos dias atuais é objeto de estudo e questionamentos os mais diversos, por abranger vários institutos do Direito Constitucional que colidem, obrigando os operadores do direito a buscar mecanismos jurídicos e interpretações conforme o Texto Constitucional, valendo-se especialmente dos caminhos trilhados por

Robert Alexy,<sup>691</sup> que propugna pelo sopesamento dos desígnios constitucionais.

Impende salientar que essa “nova realidade” não significa que não existiam os adeptos da teoria contemporânea em momento anterior, propugnando que as leis orçamentárias, dada a sua natureza jurídica de *lei material*, poderiam e deveriam ter a sua constitucionalidade questionada e analisada pelo Poder Judiciário. O fato é que o Supremo Tribunal Federal sempre deu às normas orçamentárias interpretação na qual as colocava como lei meramente formal, o que impedia a análise de sua constitucionalidade, pois se trataria, sob esse ângulo, de ato administrativo do Poder Executivo, de cunho eminente político.

Não obstante, após muitos estudos e pesquisas no Direito comparado, a doutrina contemporânea trouxe elementos eficazes e de cunho absolutamente constitucional, que reforçam a tese acerca da natureza jurídica material das leis orçamentárias, e que, portanto, admitiriam o seu controle jurisdicional.

A lume da “nova” forma de vislumbrar as leis orçamentárias e com a inovação do quadro de Ministros do Supremo Tribunal Federal nos últimos anos, houve uma significativa mudança de posicionamento do Pretório Excelso sobre o tema, pelo qual se passou a aceitar o controle constitucional das leis orçamentárias com o fito de garantir os desígnios constitucionais.

Não há como falar, porém, de controle jurisdicional das leis orçamentárias, sem proceder-se à análise, ainda que breve, de alguns pontos relacionados ao tema. É o que se fará a seguir.

## **10.2 O controle da constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro**

Em nosso país, como se sabe, dois são os sistemas de controle de constitucionalidade da norma jurídica.

---

<sup>691</sup> Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*.

O primeiro deles, o controle “concentrado”, também denominado pela doutrina e pelo Supremo Tribunal Federal de controle “abstrato”, ou principal, ou direto, ou objetivo, ou por via de ação, ou, ainda, fechado. Trata-se de um controle efetuado em tese, e não sobre um caso concreto, cujo objetivo é retirar do ordenamento jurídico a lei ou o ato normativo contrários à ordem constitucional. É um controle exercido exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal, e que somente pode ser provocado em ações específicas, em que os legitimados são pessoas e órgãos enumerados de forma taxativa na Constituição Federal. Os efeitos da decisão proferida nessa sede são *erga omnes* e vinculantes (art. 28 da Lei 9.868/1999), podendo ser *ex nunc* ou *ex tunc* conforme entendimento do órgão, nos termos da lei.<sup>692</sup>

<sup>692</sup> Art. 27 da Lei 9.868/1999. A respeito averba Gilmar Mendes: “Coerente com a evolução constada no Direito Constitucional comparado, a presente proposta permite que o próprio Supremo Tribunal Federal, por uma maioria diferenciada, decida sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, fazendo um juízo rigoroso de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional, de um lado, e os postulados da segurança jurídica e do interesse social, de outro (art. 27). Assim, o princípio da nulidade somente será afastado *in concreto* se, a juízo do próprio Tribunal, se puder afirmar que a declaração de nulidade acabaria por distanciar-se ainda mais da vontade constitucional. Entendeu, portanto, a Comissão que, ao lado da ortodoxa declaração de nulidade, há de se reconhecer a possibilidade de o Supremo Tribunal, em casos excepcionais, mediante decisão da maioria qualificada (dois terços dos votos), estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, proferindo a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* ou *pro futuro*, especialmente naqueles casos em que a declaração de nulidade se mostre inadequada (v.g.: lesão positiva ao princípio da isonomia) ou nas hipóteses em que a lacuna resultante da declaração de nulidade possa dar ensejo ao surgimento de uma situação ainda mais afastada da vontade constitucional” (Gilmar Ferreira Mendes, Processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal: uma proposta de projeto de lei. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/revista?Rev\\_6/processo\\_julgamento.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/revista?Rev_6/processo_julgamento.htm)>).

O segundo é chamado de controle “difuso”, também conhecido como controle “concreto”, ou incidental, ou indireto, ou subjetivo, ou por via de exceção, ou, ainda, aberto (diluído). Trata-se de um controle realizado no caso concreto, cabendo a qualquer juiz ou tribunal investido da função jurisdicional. A decisão, em geral, é *inter partes*<sup>693</sup> e seus efeitos são *ex tunc*.<sup>694</sup>

### 10.3 Espécies de inconstitucionalidades

No sistema de controle de constitucionalidade, há duas espécies de inconstitucionalidades: por ação e por omissão.

#### 10.3.1 Inconstitucionalidade por ação

É aquela encontrada nos atos legislativos ou administrativos contrários ao Texto Constitucional.

O fundamento dessa inconstitucionalidade situa-se no princípio da supremacia da Constituição, do qual resulta o da *compatibilidade vertical* das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior – em último grau, a Constituição.

As que não forem com ela compatíveis são inválidas, pois a *incompatibilidade vertical* resolve-se em favor das normas

<sup>693</sup> Todavia, essa regra é excepcionada pela previsão do art. 52, inciso X, da Constituição Federal que permite ao Senado da República suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão normativa do Supremo Tribunal Federal. Nesse caso, o caso concreto levado a apreciação do STF poderá ter efeito *erga omnes*, após a suspensão do Senado Federal acerca do cumprimento da norma.

<sup>694</sup> Cumpre observar que o STF já entendeu que, mesmo no controle difuso, poder-se-á dar efeito *ex nunc* a uma decisão. O caso concreto foi o julgamento do RE 197.917, em que o STF reduziu o número de vereadores do Município de Mira Estrela de 11 para 9 e determinou que a aludida decisão só atingisse a próxima legislatura (cf. íntegra do voto em inf. STF 341, Rel. Min. Maurício Corrêa).

de grau mais elevado, que funcionam como fundamento de validade das inferiores.<sup>695</sup>

A inconstitucionalidade *por ação* pode ser formal ou material (de conteúdo, substancial ou doutrinário). O aspecto formal da norma está atrelado ao processo legislativo, à competência da autoridade que a instituiu e à obediência às formalidades e procedimentos estabelecidos no Texto Constitucional. Já o aspecto material diz respeito ao conteúdo da lei ou do ato normativo, podendo ser total ou parcial conforme a extensão do vício.

#### 10.3.2 Inconstitucionalidade por omissão

A inconstitucionalidade *por omissão* decorre da falta de norma regulamentadora das normas constitucionais de eficácia limitada. Referida inconstitucionalidade pode ser total, também denominada *pura*, quando da ausência da regulamentação, e *parcial* quando existe a norma, porém não é suficiente para atender o interesse constitucional.

### 10.4 Formas de controle de constitucionalidade

Quanto às formas de controle de constitucionalidade, encontramos dois tipos: a preventiva e a repressiva.

#### 10.4.1 Controle de constitucionalidade preventivo

O controle de constitucionalidade preventivo é aquele exercido durante o processo legislativo. Em um primeiro momento, esse controle é feito pelo Poder Legislativo, que analisa os projetos levados a exame na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJC), nas duas casas.<sup>696</sup> Posteriormente, cabe ao

<sup>695</sup> José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 47, na esteira de Enrique A. Aftalión, Fernando García Olano e José Vilanova.

<sup>696</sup> Conforme art. 32, IV, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, o controle será realizado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (Res. da CD 20, de 204 – DCD, Suplemento, 18.03.2004, p.

Poder Executivo, por intermédio do Presidente da República, vetar projetos que considere violarem a Constituição Federal ou não atender interesse público.<sup>697</sup> Cumpre observar que nessa fase pode também o Judiciário fazer o controle preventivo. Isto ocorrerá se, durante a apreciação das proposições, for praticado ato que viole diretamente norma constitucional sobre processo legislativo, hipótese em que qualquer parlamentar federal, dotado de direito público subjetivo ao devido processo legislativo,

---

3), enquanto no Senado Federal o controle será exercido pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), de acordo com o art. 101 de seu Regimento Interno. Ressalve-se que o plenário das duas casas poderá verificar a inconstitucionalidade do projeto de lei, o mesmo podendo ser feito durante as votações.

<sup>697</sup> O Chefe do Executivo poderá vetar o projeto de lei por duas razões: a primeira quando julgá-lo inconstitucional e a segunda quando for contrário ao interesse público. Sendo aquele denominado veto jurídico e este, veto político. Tal conduta encontra-se prevista no art. 66, § 1.º, da Constituição Federal, que assim dispõe: A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. § 1.º Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto. A Constituição do Estado de São Paulo adota a mesma sistemática constitucional no que toca ao controle da Constitucionalidade. Conforme artigo 28, § 1.º, da Constituição do Estado de São Paulo, o Governador (Chefe do Executivo) poderá vetar projeto de lei aprovado pelo legislativo em razão de inconstitucionalidade. Já no que concerne ao controle judicial concentrado, a Constituição Estadual inclui na Competência do Tribunal de Justiça do Estado (nos termos do disposto no art. 74, VI), processar e julgar representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal. Declarada a inconstitucionalidade, caberá à Assembleia Legislativa, ou Câmara Municipal, suspender a execução da lei ou ato normativo, como prevê o inciso XIII do art. 20 e do § 3.º do art. 90 da Constituição Estadual. O controle judicial difuso encontra-se previsto no § 6.º, art. 90, da Constituição do Estado de São Paulo.

poderá propor ação judicial perante o Supremo Tribunal Federal para questionar o caso concreto.<sup>698</sup>

#### 10.4.2 Controle de constitucionalidade repressivo

O controle de constitucionalidade repressivo é aquele exercido após a publicação da lei – findado o processo legislativo –, ainda que a norma esteja no período de *vacatio legis*.

No Brasil, embora eminentemente judicial,<sup>699</sup> o controle repressivo pode ser exercido pelo Poder Legislativo em duas situações: *a*) art. 49, V, da CF/1988, quando prevê que o Congresso, mediante decreto legislativo, poderá sustar os atos do Executivo que extrapolem os limites do seu poder regulamentar;<sup>700</sup> e *b*) art. 62 da CF/1988, que permite ao Congresso rejeitar medida provisória em razão de inconstitucionalidade.

<sup>698</sup> O direito público subjetivo de participar de um processo legislativo hígido é exclusivo aos membros do Poder Legislativo. Esse é o entendimento em que se consolidou a jurisprudência do STF, no sentido de negar a legitimidade *ad causam* a terceiros, que não parlamentar, ainda que invoquem a sua potencial condição de destinatário da norma, sob pena de indevida transformação em controle preventivo de constitucionalidade em abstrato, inexistente em nosso sistema constitucional (RTJ 136/25-26, Rel. Min. Celso de Mello, RTJ 139/783, Rel. Min. Octávio Gallotti, e MS 21.642/DF – MS 21.747/DF – MS 23.087/SP – MS 23.328/DF) (Pedro Lenza, *Direito constitucional esquematizado*, p. 164).

<sup>699</sup> O controle de constitucionalidade no Brasil, determinado pelo próprio Texto Constitucional, é o jurisdicional, baseado no modelo norte-americano, e, segundo as lições de José Afonso da Silva, tal controle é “a faculdade que as Constituições outorgam ao Poder Judiciário de declarar a inconstitucionalidade de lei e de outros atos do Poder Público que contrariem, formal ou materialmente, preceitos ou princípios constitucionais” (José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 49).

<sup>700</sup> É o caso de lei delegada que viole os limites fixados pelo Congresso, no momento que autorizou o Presidente legislar.

Parte da doutrina entende que o Poder Executivo também exerce o controle repressivo ao anular ato da administração por motivo de inconstitucionalidade.

Em defesa dessa teoria, Lucia Valle Figueiredo averba:

Se a única defesa do contribuinte for a de não ter pago determinado tributo por entendê-lo inconstitucional, quer seja por bitributação, por existência de isenção não respeitada, ou, porque haveria imunidade que, inconstitucionalmente, não está sendo respeitada – nesse caso, se dissermos que, por exemplo, os Conselhos podem não apreciar este tipo de defesa, estaremos assumindo que eles não estarão cumprindo o inciso LV do artigo 5.º do Texto Constitucional. [...] estes tribunais administrativos seriam sem utilidade, ou quase sem utilidade, se determinada lei, que primasse pela inconstitucionalidade – e, infelizmente para nós, o país vem primando pela inconstitucionalidade – não pudesse ser tida *para aquele caso concreto* como inaplicável. E, isso, dá, evidentemente, ao Judiciário uma sobrecarga de trabalho desumana.<sup>701</sup>

Também já nos manifestamos a propósito:

[...] se o ordenamento jurídico faculta o julgamento de questões administrativas em geral (nestas incluídas as de ordem tributária) se a lei disciplina a matéria, atribuindo competência ao julgador individual ou ao órgão colegiado correspondente para decidir o caso submetido à análise, tais pessoas são colocadas como se no Judiciário estivessem. Devem, então, apreciar os fatos, as provas e o *Direito* aplicável ao caso concreto como se juízes fossem. [...] Em outras palavras, não há como aplicar o Direito desconsiderando a Constituição, que é norma que funda o próprio Estado.<sup>702</sup>

<sup>701</sup> Lucia Valle Figueiredo, Processo administrativo e controle de constitucionalidade pelos Tribunais administrativos. Mesa de debates G: (apresentado no XII Congresso Brasileiro de Direito Tributário, p. 151-161 (grifos no original).

<sup>702</sup> Estevão Horvath e Pedro Satiro, Apreciação de inconstitucionalidade por órgão julgador administrativo fiscal, p. 99.

Como se vê, embora os três Poderes Estatais (Legislativo, Executivo e Judiciário) sejam independentes e harmônicos entre si, existem plenas possibilidades de um interferir nas atribuições do outro, desde que seja com a finalidade única de garantir os desígnios constitucionais, que revelam a vontade do constituinte originário, o povo.

Ao contrário do que poderia se cogitar, essa interferência não afronta a cláusula pétreia prevista no art. 60, § 4.º, III, que garante proteção à separação dos poderes, inspirada nos ensinamentos seculares de Aristóteles e Montesquieu.

Vemos na antiga e ao mesmo tempo atual ideia pregada por Montesquieu o principal fundamento a autorizar o controle jurisdicional das leis orçamentárias no Brasil.

### 10.5 O sistema de freios e contrapesos de Montesquieu<sup>703</sup>

Um dos objetivos principais que regiam o pensamento de vários filósofos, teóricos e pensadores desde a Antiguidade sempre foi o de encontrar uma forma, um modelo de Estado onde o poder não se centralizasse somente nas mãos de uma pessoa ou de um pequeno grupo e/ou instituição.

Preocupados em encontrar uma forma de governo que não favorecesse tiranias nem absolutismos, de maneira a obter uma igualdade de direitos entre todos e um Estado justo e democrático, esses pensadores, a partir de Platão e Aristóteles, e chegando ao século XVI, no ápice do iluminismo, com John Locke, apontavam como forma de obter uma sociedade mais justa uma divisão entre os tipos de poderes.

A concepção de Três Poderes que temos hoje é gerada a *partir do século XVII*, após um árduo trabalho de análise social de pensadores ainda anteriores a este século e que com o ilumi-

<sup>703</sup> O trecho que segue, tratando de expor o essencial da doutrina da separação de poderes, foi elaborado com base na obra clássica de Montesquieu, *De l'Esprit des lois*.

nista Montesquieu, em 1748, vem a ser elaborada de maneira mais clara e definitiva.

Todo Estado tido como democrático ou não absolutista tem em sua estruturação a identificação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, mesmo com defasagens possíveis ou mesmo nomenclaturas diferentes.

Montesquieu (Charles-Louis de Secondat, Baron de La Brède et de Montesquieu) nasceu no período do absolutismo francês, governado pelo rei Luís XIV, em que o monarca tinha poderes absolutos. Na época, a França vivia seus melhores momentos, pois era uma potência ultramarina e o maior centro cultural do mundo. E isso graças ao envolvimento em diversas guerras, que demandaram muitos gastos, e, no final do século XVII, esse país começou a ter problemas de ordem econômica.

Com a morte de Luís XIV, assumiu o trono o rei Luís XV, com apenas cinco anos de idade. Em seu governo, Luís XV trouxe mais gastos à França, mostrando-se um péssimo governante, e com isso promovendo o descontentamento da população francesa, o que mais tarde provocou a Revolução Francesa.

Foi nessa situação, aliado ao surgimento da monarquia constitucional inglesa, que Montesquieu começou a escrever sobre política.

A fase do iluminismo colocava em pauta o incentivo ao pensamento livre, à crítica ao sistema vigente, o questionamento dos costumes. Dessa perspectiva, não havia espaço para uma monarquia absolutista, comandada por um rei controlador de todas as coisas que envolviam a vida francesa.

A Revolução Francesa pôs um fim a esse tipo de governo, promovendo, por intermédio da Assembleia Constituinte, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, com base no lema dos revolucionários: “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”.

Montesquieu, inspirado nas obras de Aristóteles (*Política*) e de John Locke (*Segundo Tratado do Governo Civil*), escreveu

*O espírito das leis*, que trata da Teoria dos Três Poderes. Buscou a essência, a natureza de cada tipo de poder estabelecido nas sociedades e comparou as relações que as leis da época tinham com a natureza em si.

Ele desenvolve uma ideia que dá o parâmetro do constitucionalismo, ou seja, do conjunto de leis contidas em uma Constituição. É o tipo de regência mais comum em quase todos os tipos de governos de hoje e que busca de maneira democrática designar as autoridades competentes em cada âmbito da sociedade, a fim de evitar o autoritarismo, a arbitrariedade e a violência, comuns na maioria das monarquias absolutistas da época.

A partir dessa concepção de constitucionalismo, Montesquieu começa a traçar um pensamento de modo a dividir os poderes dentro de um governo. Inspirado pela Constituição inglesa da época – em que pese o fato de que esta não possuía essa divisão clara em sua estruturação –, Montesquieu separou de maneira cuidadosa e detalhada, para os moldes de sua época, os três poderes em Executivo, Legislativo e Judiciário. Em rigor, trata-se de Poder (um), subdividido em três.

A ideia central da teoria dos três poderes é a de que um Poder, em suas atribuições típicas, equilibraria a autonomia e interviria quando necessário no outro, propondo uma harmonia e uma maior organização na esfera governamental de um Estado.

Trata-se de um regime em que o poder é limitado e equilibrado pelo poder, ou seja, na célebre frase cunhada pelo próprio Montesquieu, “só o poder freia o poder”, o que ele chama de “sistema de freios e contrapesos”. Nenhum dos três poderes tem autonomia absoluta sobre a sociedade, nem sobre os outros tipos de poderes, mas sim um, com o outro, deveria reger o Estado de maneira a exercer uma igualdade social e governamental.

Um dos objetivos de Montesquieu era evitar que governos absolutistas voltassem ao poder. Para isso, em sua obra, escreve sobre a necessidade de se estabelecerem a autonomia e os limites de cada poder.

Na sua visão, cada Poder teria uma função específica como prioridade, ainda que pudesse exercer também funções dos outros Poderes dentro de sua própria administração. O sistema de “freios e contrapesos” consiste no controle do poder pelo próprio poder, e cada Poder teria autonomia para exercer sua função, porém seria controlado pelos outros poderes. Isso serviria para evitar que houvesse exagero no exercício de poder por qualquer um dos Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário).

A título de exemplo, o Poder Judiciário, ao declarar inconstitucionalidade de uma lei, exerce um freio ao ato legislativo que poderia conter uma arbitrariedade, a ponto de o contrapeso ser o fato de todos os poderes possuírem funções distintas, fazendo assim com que não haja uma hierarquia entre eles, tornando-os poderes harmônicos e independentes.

É exatamente esse sistema de *checks and balances* que justifica o controle jurisdicional das leis orçamentárias (não só, mas também) brasileiras, no sentido de que, embora as leis orçamentárias sejam aprovadas pelo Poder Legislativo, devem respeitar os cânones constitucionais, devendo ser contrastadas judicialmente caso isso não ocorra dessa forma.

Ainda que o processo legislativo orçamentário – em sentido amplo – seja imbuído de um cunho político mais acentuado que o processo das demais leis em geral e que as leis orçamentárias comportem um grau de discricionariedade de grau elevado, especialmente no que concerne à aplicação das receitas do Estado, é certo que essas escolhas se submetem ao controle constitucional por órgão jurisdicional, quando estiverem em desacordo com os propósitos da Constituição. E isto porque nenhum dos três poderes é absoluto e prevalece sobre os outros em face da ordem constitucional.

É irrefutável a influência do Poder Judiciário para a garantia do Estado Democrático de Direito no Brasil, pois, não obstante tal instituição não possuir um caráter eminentemente político, é de profunda importância para o funcionamento do sistema. Responsável por tratar da interpretação das leis e de seu cumpri-

mento, é também o interlocutor entre a origem (Legislativo) e o fim (Executivo).

O Poder Judiciário, não somente por meio de ações diretas de inconstitucionalidade, mas pela formação da jurisprudência, influencia claramente no processo de produção legislativa. Além disso, ações de descumprimento de preceito fundamental, mandados de segurança e semelhantes relativos a atos e atividades do Poder Executivo são parte do dia a dia do Poder Judiciário.

### 10.6 A judicialização da política

Há muito vem se discutindo o papel do Judiciário no palco político. Por certo, a ideia de “judicialização da política” ou ainda da “politização da justiça” tem se afirmado entre diversos doutrinadores. A possibilidade de o Judiciário não apenas influir, mas muitas vezes dirigir certos momentos do processo político-democrático, merece ser discutida mais a fundo.

No nosso sentir, a atividade judicial, nesse âmbito, não se revela como uma usurpação de funções, mas como um controle exercido entre os poderes, pautados na teoria dos “freios e contrapesos”, com o fito de assegurar os desígnios constitucionais. Assim, seria na realidade uma formulação favorecida pelo processo democrático e, além disso, uma resposta à impossibilidade de mobilização social herdada do regime autoritário.<sup>704</sup>

O fortalecimento do Judiciário com a Constituição de 1988 veio acompanhado, segundo alguns, do enfraquecimento do Legislativo diante do Executivo e da ultrapassagem do Legislativo pelo Executivo no tocante à produção normativa. Tal fato seria fruto do descasamento entre a atividade política e o plano social. Com efeito:

O próprio Legislativo parece estar consciente dessa contingência, uma vez que é dele, desde a Constituinte, que têm partido

<sup>704</sup> Eduardo Monteiro Lopes Jr., *A judicialização da política no Brasil e o TCU*, p. 39.

as iniciativas de reforçar as funções de *checks and balances* do Poder Judiciário e de instituir [...] uma modalidade de esfera pública que medre em torno da representação funcional.<sup>705</sup>

Cada vez mais percebe-se a viabilidade jurídica do controle dos atos dos três Poderes, fundada na teoria do sistema de freios e contrapesos, sempre pautada pelo atendimento dos ditames constitucionais.

Resta-nos agora analisar se, diante da natureza jurídica das leis orçamentárias, é possível o seu controle jurisdicional no atual regime jurídico brasileiro.

#### *10.6.1 A natureza jurídica das leis orçamentárias e o seu controle jurisdicional*

Em capítulo próprio deste trabalho cuidamos especificamente do tema relativo à natureza jurídica das leis orçamentárias. Nesse momento, trata-se de comprovar que o entendimento pela lei orçamentária como lei *material* ou *formal* teve repercussão quanto a se admitir o questionamento sobre a sua constitucionalidade. Enxergando essa lei como meramente *formal*, o seu contraste pelo Poder Judiciário no que tange à sua constitucionalidade não seria cabível, sucedendo o contrário no caso de ela enquadrar-se como lei *material*.

A nosso ver, sob esse aspecto, qual seja o da possibilidade da impugnação da lei orçamentária quanto à sua constitucionalidade, é irrelevante se se cuida de lei *em sentido material* ou se é lei *em sentido formal* somente. Temos para nós que é muito clara a dicção constitucional que outorga competência ao Supremo Tribunal Federal para guardar a Constituição e julgar ações diretas de inconstitucionalidade, no art. 102:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

<sup>705</sup> Luiz Werneck Vianna, *A democracia e os Três Poderes no Brasil*, p. 15.

I – processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal [...].

A eventual inconstitucionalidade de uma lei orçamentária afetará todo o Estado e toda a sociedade. Partilhamos do entendimento de José Afonso da Silva, quando rechaça a possibilidade de considerar a lei orçamentária como mero ato administrativo, ou como simples autorização:

Em verdade, o orçamento somente adquire valor jurídico depois de sua aprovação pelo Poder Legislativo. Constitui inegavelmente um sistema de limites de atuação do Poder Executivo. Ora, se fosse materialmente ato administrativo, certamente que o Executivo poderia modificá-lo, sem autorização legislativa, desde que mantivesse o montante dos dispêndios originariamente fixado. É certo que os funcionários administrativos devem cumprir as metas previstas na programação orçamentária, e não o podem fazer livremente, mas nos termos e limites fixados na lei de orçamento. Não podem deixar de cumprir as atividades e projetos constantes na lei de orçamento, sem razão justificativa para tanto, ou com a simples justificativa de que não eram obrigados a executá-los, porquanto a lei não lhes dá mais do que uma autorização para isso, ficando sua efetivação dependendo da vontade exclusivamente.

Por isso mesmo se exige que o Executivo preste contas da execução das leis orçamentárias ao Legislativo. Se se tratasse de ato administrativo ou ato-condição, essa exigência seria descabida.<sup>706</sup>

Canotilho aponta critérios constitucionais para a caracterização de lei e seu significado:

Desde a Constituição francesa de 1791 que o conceito de lei se identifica com um conceito constitucional de lei que, por

<sup>706</sup> José Afonso da Silva, *Orçamento-programa no Brasil*, p. 272.

sua vez, se reconduz a normas nas quais o povo participa. [...] Desta forma, não se poderia falar de leis meramente formais, porque toda a deliberação emanada sob a forma legislativa do Parlamento constitui uma norma superior de direito. Numa palavra: os actos legislativos das assembleias representativas têm força e valor de lei. Daí que hoje a doutrina tenda a considerar superado o duplo conceito de lei e opte por uma delimitação do acto legislativo, ancorada em dados sobretudo formais, como intuía Haenel que, ao opor-se ao conceito labandiano de lei, considerava já que todo o acto revestido da forma de lei leva em si mesmo um conteúdo jurídico.<sup>707</sup>

O dinamismo do direito e a realidade contemporânea jurídica fizeram com que doutrinadores percebessem a necessidade de trazer modificações na teoria de clássica de Laband. Na concepção de Cabral Moncada, por exemplo:

Findo o período weimariano, começou a doutrina a pôr em evidência as incapacidades da dogmática clássica para traduzir a riqueza de manifestações da moderna atividade administrativa, sobretudo daquela que se traduz na atribuição de prestações económicas e sociais aos cidadãos em geral através de uma vasta rede de serviços públicos, desenvolvendo uma função de curadoria da existência individual e social com tanta importância para a situação do cidadão como as formas tradicionais da atividade administrativa. [...] O conceito tradicional de *Rechtsatz* não se mostrava apropriado para fazer abarcar pelo âmbito da norma jurídica de origem parlamentar tão vastas e complexas atividades cujo conteúdo nada tinha que ver com aquele que tradicionalmente se imputava à lei. Desde cedo que a doutrina foi colocada perante a seguinte encruzilhada; ou alargar o conceito de lei, nela incluindo as noveis direcções e modalidades da atividade dos poderes públicos ou remetê-las pura e simplesmente para a esfera do Executivo constituindo-o a breve trecho no mais poderoso poder estadual. A estrutura constitucional alemã não comporta a segunda solução. Daí que a orientação dominante tenha sido no sentido da primeira;

<sup>707</sup> José Joaquim Gomes Canotilho, *A Lei do Orçamento*, p. 553.

alargar o conceito de lei (parlamentar) de modo a fazê-la abarcar o essencial das novas modalidades da ação administrativa, fazendo jus ao modelo político de predominância parlamentar que a nova constituição alemã consagra.<sup>708</sup>

O fato é que, atualmente, a clássica teoria dualista de Laband está fragilizada. Como destaca Canotilho, “as objeções à fiscalização da constitucionalidade da lei do orçamento radicam [...] na sobrevivência encapuzada ou não, dos dogmas conceitualistas da teoria do duplo conceito de lei”.<sup>709</sup>

Nas palavras do eminente constitucionalista:

Um primeiro argumento contra a admissibilidade de fiscalização constitucional da lei do orçamento é este: a lei do orçamento é uma lei simplesmente formal e como o controle da constitucionalidade é um controle sobre normas, ficaria arredado, *in limine*, que leis não normativas pudessem ser objeto de um controle da constitucionalidade. A restrição da fiscalização constitucional às leis materiais, pressupõe, como facilmente se intui, a relíquia doutrinal da teoria da norma jurídica e da doutrina do duplo conceito de lei.<sup>710</sup>

E prossegue:

Os textos constitucionais positivos não estabelecem qualquer graduação dos actos legislativos que assegure uma base minimamente objectiva para a distinção entre leis normativas, sujeitas a controlo de inconstitucionalidade, e leis formais, isentas desse controlo.<sup>711</sup>

Como se vê, os diversos autores referidos demonstram em seus argumentos a fragilidade da teoria clássica – a qual vislumbra a lei orçamentária como lei meramente formal –, em razão

<sup>708</sup> Luís S. Cabral de Moncada, *A reserva de lei no actual direito público alemão*, p. 105.

<sup>709</sup> José Joaquim Gomes Canotilho, *A Lei do Orçamento*, p. 577.

<sup>710</sup> Idem, *ibidem*, p. 578.

<sup>711</sup> Idem, p. 578.

de rechaçar uma característica importante do orçamento, qual seja a existência de preceito jurídico em seu conteúdo.

É do conteúdo jurídico da lei orçamentária a vinculação aos fins a que se destina; dessarte, as finalidades incorporadas à Lei de Orçamento se caracterizam por revelarem determinações dirigidas aos administradores públicos. Nesse sentido, os objetivos estratégicos, fiscais e programáticos incorporados à Lei Orçamentária se mostram obrigatórios.

Considerando que o ordenamento jurídico brasileiro atualmente abarca um incontestável viés de Orçamento por Resultados, a ordem e a proibição contidas na lei orçamentária não podem ser aferidas à vista de critérios meramente formais. Por tudo isso, a teoria clássica acerca da natureza jurídica orçamentária já não mais faz sentido no ordenamento jurídico brasileiro neste século XXI e a própria Suprema Corte brasileira mudou o seu posicionamento sobre o tema em seus recentes julgados, os quais passamos a analisar.

### **10.7 As lei orçamentárias e o Supremo Tribunal Federal**

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal considerava até há pouco tempo inadmissível a propositura de ação direta de inconstitucionalidade contra atos de efeito concreto, sob o argumento de que esta é o meio pelo qual se procede, por intermédio do Poder Judiciário, ao controle da constitucionalidade das normas jurídicas *in abstracto*. Não se presta ela, portanto, ao controle da constitucionalidade de atos administrativos que têm objeto determinado e destinatários certos, ainda que esses atos sejam editados sob a forma de lei – as leis meramente formais, porque têm forma de lei, mas seu conteúdo não encerra normas que disciplinem relações jurídicas em abstrato.<sup>712</sup>

<sup>712</sup> ADIn 647-9/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 27.03.1992, p. 252. Veja-se também: ADIn 2.100; ADIn 2484.

O Supremo Tribunal Federal, na década de 1990, posicionou-se pela impossibilidade de conhecer de ação direta de constitucionalidade quando o ato normativo tiver apenas efeitos concretos, ainda que editados sob a forma de lei, conforme comprovam os acórdãos adiante mencionados:

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei n. 9.264/96, que dispõe sobre a reorganização da carreira policial civil do Distrito Federal e fixa a remuneração de seus cargos. Alegada ofensa ao princípio da irredutibilidade dos vencimentos, à garantia da intangibilidade das situações jurídicas consolidadas e ao postulado da isonomia. Juízo de constitucionalidade dependente da prévia análise de atos estatais infraconstitucionais. Impossibilidade de realização desse cotejo em sede de controle normativo abstrato. Ação direta não conhecida. Não se legitima a instauração do processo de fiscalização normativa abstrata sempre que o juízo de constitucionalidade depender, para efeito de sua formulação, de prévio confronto entre o ato estatal questionado e o conteúdo de outras normas jurídicas infraconstitucionais editadas pelo Poder Público. A ação direta não pode ser degradada em sua condição jurídica de instrumento básico de defesa objetiva da ordem normativa inscrita na Constituição. A válida e adequada utilização desse meio processual exige que o exame *in abstracto* do ato estatal impugnado seja realizado, exclusivamente, à luz do Texto Constitucional. A inconstitucionalidade deve transparecer, diretamente, do próprio texto do ato estatal impugnado. A prolação desse juízo de desvalor não pode nem deve depender, para efeito de controle normativo abstrato, da prévia análise do diploma estatal objeto da ação direta, examinado em face de outras espécies jurídicas revestidas de caráter meramente infraconstitucional. Precedentes (STF, Tribunal Pleno, ADI 1419/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 24.04.1996, *DJ* 07.12.2006, p. 34; *Ement.* 02259-01, p. 87; *RT*, v. 96, n. 859, p. 155-162, 2007).

Vê-se nesse acórdão e em diversos outros (por exemplo, naqueles proferidos no julgamento das ADIns 283, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 12.03.1999; ADIn 647, Rel. Min. Moreira Alves,

*DJ* 27.03.1992) que o Pretório Excelso professa o entendimento, consubstanciado nas suas próprias palavras, de que os atos estatais de efeitos concretos, porque despojados de qualquer coeficiente de normatividade ou de generalidade abstrata, não são passíveis de fiscalização, em tese, quanto à sua legitimidade constitucional.

Em um julgamento envolvendo uma lei estadual do Amapá, que autorizava a doação de imóveis, o relator, Ministro Gilmar Mendes, averbou:

No caso, conforme ressaltado pelo Procurador-Geral da República, trata-se de ato materialmente administrativo, de efeitos concretos, editado, por imperativo constitucional, sob a forma de lei estadual. *Possui, assim, objeto determinado* (doação de dois imóveis localizados na sede do Município de Porto Grande – Estado do Amapá, sendo o primeiro situado à Avenida Joaquim Frazão de Araújo, n. 513, confluência com a Rua Padre Davi, e o segundo situado na confluência das Ruas 8 de Agosto com a 13 de Setembro) e *destinatário certo* (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente – IBAMA – AP). A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reafirmado a impropriedade da utilização do controle abstrato de constitucionalidade para a averiguação da validade de tais atos, destituídos de um coeficiente mínimo de generalidade, abstração e impessoalidade, conforme entendimento firmado nos seguintes julgados: ADI n. 1.716/DF, Pleno, unânime, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 27.03.1998; ADI-QO n. 1.640-UF, Pleno, unânime, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJ* 03.04.1998; ADI-MC n. 2.057/AP, Pleno, unânime, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* 31.03.2000; ADI n. 1.496/DF, Pleno, unânime, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* 18.05.2001; ADI-MC n. 2.484/DF, Pleno, maioria, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* 14.11.2003; ADI n. 3.487/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* 17.05.2005; ADI n. 3.709/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, *DJ* 15.05.2006 (grifamos).

Negou-se seguimento a essa ação pelas razões expostas (ADI n. 3181/AP, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25.09.2006, *DJ* 09.10.2006, p. 28).

A ADIn 2.980 assentou<sup>713</sup> que lei ou norma de caráter ou efeito concreto já exaurido não pode ser objeto de controle abstrato de constitucionalidade, em ação direta de inconstitucionalidade. O orçamento é concebido como lei formal, ou lei de efeitos concretos, e tal caracterização, por si só, é suficiente para que se impeça o reconhecimento desse tipo de ação pela Suprema Corte pátria.

Esses são alguns dos diversos julgados da Suprema Corte que demonstram um posicionamento no qual restava obstado o controle jurisdicional da constitucionalidade por ação direta, em razão de a lei orçamentária ter efeitos concretos, ou seja, seria lei apenas formal, não passível, portanto, de controle concentrado de constitucionalidade. Por se tratar de lei formal, isto é, lei de efeitos meramente concretos, faltariam às leis orçamentárias os requisitos de generalidade e abstração eleitos como condições fundamentais para a viabilidade do controle de constitucionalidade abstrato, especialmente por ação direta de inconstitucionalidade.

#### *10.7.1 Mudança de orientação*

Entretanto, recentes decisões do Pretório Excelso apontam para uma alteração desse entendimento. O acórdão que provocou tal mudança foi prolatado na ADIn 2.925-8/DF,<sup>714</sup> de relatoria originária da Ministra Ellen Gracie, depois cedida ao Ministro Marco Aurélio. Pelo voto da maioria dos Ministros, a disposição orçamentária passou a ser objeto de controle de constitucionalidade pela via da ação direta.

O debate começou com a observação do Ministro Marco Aurélio de que o texto da lei orçamentária não poderia ficar sem

<sup>713</sup> Plenário, j. 05.02.2009, Rel. Min. Cezar Peluso, *DJE* 07.08.2009. No mesmo sentido: ADIn 2.333/MC, Plenário, j. 11.11.2004, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* 06.05.2005.

<sup>714</sup> ADIn 2.925-8/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* 04.03.2005, p. 112.

controle. Os demais ministros alteraram os seus pontos de vista e corroboraram esse entendimento.

No mencionado acórdão, como se disse, o posicionamento do STF começou a mudar ao reconhecer o caráter normativo das leis orçamentárias, como no caso da Lei Orçamentária Anual da União (Lei n. 10.640/2003), em 2003:

Processo objetivo—Ação direta de inconstitucionalidade—Lei orçamentária. Mostra-se adequado o controle concentrado de constitucionalidade quando a lei orçamentária revela contornos abstratos e autônomos, em abandono ao campo da eficácia concreta. Lei orçamentária – Contribuição de intervenção no domínio econômico – Importação e comercialização de petróleo e derivados, gás natural e derivados e álcool combustível—CIDE—Destinação—Artigo 177, § 4.º, da Constituição Federal. É inconstitucional interpretação da Lei Orçamentária n. 10.640, de 14 de janeiro de 2003, que implique abertura de crédito suplementar em rubrica estranha à destinação do que arrecadado a partir do disposto no § 4.º do artigo 177 da Constituição Federal, ante a natureza exaustiva das alíneas *a*, *b* e *c* do inciso II do citado parágrafo.

Na oportunidade, a Corte conheceu e julgou procedente a ação direta de inconstitucionalidade para dar interpretação conforme à CF/1988, no sentido de que os recursos referentes à abertura de crédito suplementar prevista na LOA da União fossem destinados às finalidades enumeradas no art. 177, § 4.º, II, da CF/1988,<sup>715</sup> quais sejam:

<sup>715</sup> O mérito da questão posta, secundário para os nossos efeitos, embora de fundamental importância no que respeita à destinação do produto da arrecadação das contribuições, pode ser assim resumido: o art. 4.º da aludida lei orçamentária federal autorizava o Poder Executivo a abrir os créditos suplementares para complementar outras dotações, distintas daquelas despesas vinculadas pelo Texto Constitucional quando da instituição da CIDE-combustíveis.

Alegou a Autora, Confederação Nacional do Transporte – CNT, que a aplicação literal do art. 4.º, I, “a”, “b”, “c” e “d” da Lei 10.460/2003

- a) ao pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, gás natural e seus derivados e derivados de petróleo;

afronta o quanto determina o art. 177, §4.º, II da Constituição Federal, o qual dispõe sobre as finalidades a serem atingidas com os recursos da Cide-Combustíveis.

Segundo os argumentos da autora, o art. 4.º, I, alíneas “b” e “c”, da LOA daquele ano, ao determinar que a abertura de créditos suplementares para reforço de dotação se dê até um teto de 10% dos recursos disponíveis, impediria a destinação de toda a arrecadação da Cide às finalidades constitucionais.

Ademais, argumenta que o art. 4.º, I, alíneas “b” e “d”, impõe limitação de 10% à suplementação do valor de cada subtítulo ou elemento de despesa, determinando que esta suplementação seja proveniente de anulação parcial de dotações, da reserva de contingência ou do excesso de arrecadação, o que retiraria do art. 177, § 4.º, II, da Constituição Federal sua máxima eficácia, uma vez que impediria o cumprimento da destinação de receita estabelecida nesse dispositivo constitucional. A autora argumenta, ainda, que o teto de suplementação impede que todos os recursos da Cide contingenciados (e aqui aponta que para o exercício de 2003 mais de 40% dos recursos da Cide foram atribuídos a “Reserva de Contingência”) sejam efetivamente destinados às suas finalidades constitucionais, o que leva à inconstitucionalidade da norma.

Alega que as alíneas “a”, “b”, “c” e “d” do mesmo dispositivo, ao possibilitarem que créditos suplementares possam ser abertos com a anulação de dotações, com o remanejamento de reserva de contingência ou com o aproveitamento de excesso de arrecadação, poderiam desvirtuar recursos da Cide-Combustíveis das suas finalidades constitucionais, para suprir despesas estranhas às destinações deste tributo.

Nesse sentido, a autora requer que o art. 4.º, I, alíneas “a”, “b”, “c” e “d”, seja declarado inconstitucional, sem redução de texto, no que refere aos recursos da Cide-Combustíveis, de modo a: (i) em relação ao art. 4.º, I, “b” e “c”, da Lei 10.460/2003, impedir que subsista qualquer limitação a abertura de créditos suplementares quando se tratar de recursos e finalidades da Cide-Combustíveis; (ii) e, em relação às alíneas “a”, “b”, “c” e “d” do mesmo dispositivo, impedir que sejam anuladas dotações, remanejados recursos da reserva de contingência ou aproveitados recursos do excesso de arrecadação em finalidades outras que não as constitucionalmente referidas pelo art. 177, § 4.º, II.

- b) ao financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás;
- c) ao financiamento de programas de infraestrutura de transportes.

Ao julgar a ação, a Ministra Ellen Gracie não a conheceu, sob o entendimento de que a norma impugnada teria efeitos concretos, diante do que não seria possível arguir sua constitucionalidade pela via concentrada.

A Ministra confere a todas as normas orçamentárias as mesmas características, ou seja, “ausência de abstração, generalidade e impessoalidade”, atos formalmente legais, de efeitos concretos, portadores de normas individuais de autorização. Faz alusão aos acórdãos prolatados nas ADI 1.640/1998, ADI 2.057/2000, ADI 2.100/2001, ADI 2.484/2003 e ADI 1.716/1998, para confirmar a tese contrária à intenção da parte, de que a norma arguida não teria abstração e generalidade necessárias ao controle concentrado.

Assim, entende a relatora que, mesmo assumindo o argumento de tratar-se de norma programática, ou de estrutura, ela necessariamente incidirá sobre as situações abrangidas pela lei, tendo, portanto, destinação específica, o que inviabilizaria o controle concentrado.

Ademais, entende que não caberia ao STF conferir interpretação conforme, atendendo à pretensão da parte, pois assim “modificaria o sentido e o alcance da autorização concedida pelo Legislativo por meio da presente lei formal”, ou violaria o “princípio basilar da separação de Poderes”, entendendo que o STF estaria atuando como “legislador positivo”, em vez de manter-se no seu papel de “legislador negativo”.

Esse voto foi vencido, o que a levou a examinar mais uma vez o caso, dessa vez devendo adentrar no mérito da pretensão da autora.

Depois disso, todos os demais Ministros presentes conhecem da ação direta de inconstitucionalidade, e o fazem por

entender que ela discute *dispositivo de caráter geral e abstrato, sujeito ao controle concentrado de constitucionalidade*. Para o Ministro Marco Aurélio, a generalização que afasta por completo a possibilidade de controle concentrado de toda e qualquer norma orçamentária, se aceita, coloca-a acima da própria Constituição. Ou seja, a premissa de que a lei orçamentária teria ficado no âmbito da opção política e, portanto, não estaria sujeita ao controle concentrado deve ser examinada caso a caso.

Para o Ministro Gilmar Mendes, a norma atacada não guardaria qualquer relação com as normas típicas de caráter orçamentário, estando dotada de generalidade e abstração gravada pela temporalidade. O Ministro Sepúlveda Pertence, por sua vez, fala ainda que é necessário fazer “algum distinguo”, senão estar-se-ia dando “carta de indenidade a toda a legislação orçamentária”.

Aponta este Ministro que os precedentes quanto ao tratamento dado pela Corte à arguição concentrada de constitucionalidade da lei orçamentária o teriam “inquietado” nos últimos tempos, até causado remorso quanto ao tratamento conferido à ação direta de inconstitucionalidade na qual se discutiu a autorização para destinar parte da arrecadação da CPMF a cobrir débitos do Ministério da Saúde, que não foi conhecida segundo os precedentes.

O Ministro Carlos Ayres Britto expressa o seu pensamento no sentido de que seria a lei orçamentária, logo abaixo da Constituição, a norma mais importante, que não poderia ser blindada do controle abstrato de constitucionalidade. O dispositivo discutido, aponta o Ministro, não determina receita e despesa, mas uma renovação duradoura entre a hipótese de incidência da norma e a sua consequência.

Para o Ministro Cezar Peluso, por seu turno, a norma seria típica norma de competência, guardando todas as características de generalidade e abstração que a sujeitam ao controle concentrado.

O Ministro Maurício Corrêa também acompanha o entendimento da maioria, considerando a carga de abstração da norma que afastaria a jurisprudência vigente da Corte. Segundo ele, “estamos vivendo novos tempos”.

A Corte, portanto, conhece da ação, vencida a Ministra Ellen Gracie em relação ao posicionamento dos Ministros Maurício Corrêa, Sepúlveda Pertence, Gilmar Mendes, Carlos Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Cezar Peluso, Marco Aurélio, Carlos Velloso e Celso de Mello. Ausente o Ministro Nelson Jobim.

O câmbio de orientação no entendimento do STF se confirmou em outros acórdãos, dos quais ressaltamos os proferidos: ADIn 4048, MC, Tribunal Pleno, j. 14.05.2008, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJe* 21.08.2008; ADIn 4049, MC, Tribunal Pleno, j. 05.11.2008, Rel. Min. Carlos Britto, *DJe* 07.05.2009; e ADIn 3949, MC, Tribunal Pleno, j. 14.08.2008, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJe* 07.08.2009.

Neste último julgado em referência, o Ministro Gilmar Mendes asseverou:

[...] houve por bem o constituinte não distinguir entre lei dotada de generalidade e aquelas outras, conformadas sem o atributo da generalidade e abstração. Essas leis formais decorrem ou da vontade do legislador ou do desiderato do próprio constituinte, que exige que determinados atos, ainda que de efeito concreto, sejam editados sob a forma de lei (v.g., lei de orçamento, lei que instituiu empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia e fundação pública).<sup>716</sup>

Nessa toada ficou assentada a possibilidade de aferição da constitucionalidade das leis orçamentárias:

O Supremo Tribunal Federal deve exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia

<sup>716</sup> Medida Cautelar em ADIn 3.949-1-MC/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJe* 148, 07.08.2009, p. 259-260.

constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto. Possibilidade de submissão das normas de diretrizes orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade.<sup>717</sup>

Nota-se, assim, que a sobrevivência dos dogmas conceitualistas da teoria do duplo conceito de lei, como destacado por Canotilho, parece cada vez mais perder força. A possibilidade de fiscalização da constitucionalidade das leis orçamentárias e o reconhecimento do seu caráter normativo de disposições contidas em seu corpo corroboram com esse fato.

Como se vê, a jurisprudência anterior parece ter sido brevemente revista, e seu alcance, limitado. A tese consolidada da lei orçamentária como “lei formal” parece, de fato, ter sido flexibilizada, diante do que restou, nesse caso, como a *ratio decidendi* na análise do conhecimento da ação: a lei orçamentária também pode ser abstrata e geral, portanto, nesses casos, objeto de controle concentrado de constitucionalidade.

Esse é o novo entendimento do STF sempre que há dúvida concernente à interpretação da lei orçamentária atacada em face de dispositivo peremptório da Carta, sem que implique interferência do Judiciário na escolha das políticas públicas.

#### 10.7.2 *Confirmação do atual posicionamento*

Recentemente, no julgamento da medida cautelar na ADIn 4048, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o STF voltou a admitir o controle de constitucionalidade das leis orçamentárias. A questão discutida é a da abertura de crédito extraordinário por medida provisória. O teor da sua Ementa é suficientemente claro e amplo. O que interessa aqui salientar é o aspecto concernente à admissibilidade de apreciação à lei orçamentária, mas não podemos deixar de fazer referência à questão de mérito da ação que

<sup>717</sup> Medida Cautelar em ADIn 3.949-1-MC/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJe* 148, 07.08.2009, p. 259-260.

tem a ver com a edição de medida provisória para a abertura de crédito extraordinário.

A Constituição da República é de clareza meridiana quando prevê que

A abertura de crédito extraordinário somente será admitida para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública, observado o disposto no art. 62 [uso de Medida Provisória] (art. 167, § 3.º).

O que tem acontecido com frequência, como foi a hipótese de que trata o acórdão analisado, é a utilização de medida provisória para a abertura de crédito extraordinário *sem obediência aos requisitos constitucionais* retromencionados. Felizmente a Corte Suprema disse o que tinha de dizer, ou seja, que isso não é possível. Vamos, porém, à Ementa:

Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Medida Provisória n. 405, de 18.12.2007. Abertura de crédito extraordinário. Limites constitucionais à atividade legislativa excepcional do Poder Executivo na edição de medidas provisórias.

I. Medida provisória e sua conversão em lei. Conversão da medida provisória na Lei n. 11.658/2008, sem alteração substancial. Aditamento ao pedido inicial. Inexistência de obstáculo processual ao prosseguimento do julgamento. A lei de conversão não convalida os vícios existentes na medida provisória. Precedentes.

II. Controle abstrato de constitucionalidade de normas orçamentárias. Revisão de jurisprudência. *O Supremo Tribunal Federal deve exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto. Possibilidade de submissão das normas orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade.*

III. Limites constitucionais à atividade legislativa excepcional do Poder Executivo na edição de medidas provisórias para abertura de crédito extraordinário. Interpretação do art. 167, § 3.º c/c o art. 62, § 1.º, inciso I, alínea “d”, da Constituição. Além dos requisitos de relevância e urgência (art. 62), a Constituição exige que a abertura do crédito extraordinário seja feita apenas para atender a despesas imprevisíveis e urgentes. Ao contrário do que ocorre em relação aos requisitos de relevância e urgência (art. 62), que se submetem a uma ampla margem de discricionariedade por parte do Presidente da República, os requisitos de imprevisibilidade e urgência (art. 167, § 3.º) recebem densificação normativa da Constituição. Os conteúdos semânticos das expressões “guerra”, “comoção interna” e “calamidade pública” constituem vetores para a interpretação/aplicação do art. 167, § 3.º, c/c o art. 62, § 1.º, inciso I, alínea “d”, da Constituição. “Guerra”, “comoção interna” e “calamidade pública” são conceitos que representam realidades ou situações fáticas de extrema gravidade e de consequências imprevisíveis para a ordem pública e a paz social, e que dessa forma requerem, com a devida urgência, a adoção de medidas singulares e extraordinárias. A leitura atenta e a análise interpretativa do texto e da exposição de motivos da MP n. 405/2007 demonstram que os créditos abertos são destinados a prover despesas correntes, que não estão qualificadas pela imprevisibilidade ou pela urgência. A edição da MP n. 405/2007 configurou um patente desvirtuamento dos parâmetros constitucionais que permitem a edição de medidas provisórias para a abertura de créditos extraordinários.

IV. Medida cautelar deferida. Suspensão da vigência da Lei n. 11.658/2008, desde a sua publicação, ocorrida em 22 de abril de 2008 (grifou-se).

Como dissemos, as razões a justificar a decisão no mérito são extremamente importantes, consoante revela a leitura do item III acima. Não obstante, nesse momento trouxemos esse acórdão a título ilustrativo para reforçar o aspecto da relevância da admissibilidade de ação de inconstitucionalidade de uma lei orçamentária, superando entendimento anterior que não o fazia.

Nesse caso, após direcionar solidamente o entendimento da Corte pela possibilidade de controle abstrato de constitucionalidade das leis orçamentárias, revisando a jurisprudência anterior, o julgamento da medida cautelar terminou por suspender a Lei n. 11.658/2008 (conversão da MP n. 405/2007).

A fundamentação da medida cautelar contempla a análise de vícios inconstitucionais relacionados à edição da medida provisória, de modo que, a despeito de ela ter sido convertida na lei que foi suspensa, o STF entende que a sua transformação posterior não convalida os vícios existentes no momento em que foi editada aquela espécie normativa.

No caso examinado pela Colenda Suprema Corte, foi editada medida provisória para autorizar o Executivo a abrir crédito extraordinário destinando R\$ 5.455.677.660,00 (cinco bilhões, quatrocentos e cinquenta e cinco milhões, seiscentos e setenta e sete mil, seiscentos e sessenta reais) a diversos setores e atividades estatais, sem observar a necessidade de imprevisibilidade e urgência para adotar a medida, como nos casos de guerra, comoção interna ou calamidade pública, tal qual previsto no art. 167, § 3.º, da Constituição da República. Esse dispositivo merece ser transcrito: “art. 167. [...] § 3.º A abertura de crédito extraordinário somente será admitida para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública, observado o disposto no art. 62”.

Como se vê, a própria Carta dá parâmetros para que o intérprete delimite o alcance da norma. É dizer: somente nos casos de eventos extremamente graves (guerra, calamidade pública), capazes de afetar a ordem social e a paz, que será possível a abertura de crédito extraordinário e, para tal fim, poder-se-á utilizar o veículo da medida provisória, o que foi flagrantemente desrespeitado pelo Chefe do Executivo. Nessa hipótese, o constituinte foi de clareza solar ao exigir a presença de uma situação realmente extraordinária para permitir a abertura de crédito que leva esse mesmo nome. Esta “extraordinariedade” já está suficientemente caracterizada pelo texto da Constituição (“para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as de-

correntes de guerra, comoção interna ou calamidade pública”). Da mesma sorte, nesse mesmo cenário, a Constituição já disse o que entende por “relevância e urgência” (art. 62, *caput*) quando se trata da abertura de crédito extraordinário.

### 10.8 Conclusão

Seja como for, é inegável uma clara alteração no posicionamento da Corte Excelsa sobre o tema. Cada vez mais, o STF vem emprestando à Carta caráter determinante em relação à realidade do gerenciamento do orçamento público no Brasil, a fim de conformar esses atos até então incontrolláveis, ao quanto dispõe o Texto Magno.

Portanto, diante da nova concepção [pelo STF] das leis orçamentárias, o seu controle jurisdicional é algo juridicamente possível e recomendável, pois, em que pese haver alguns óbices relativos à discricionariedade do administrador e à potencial violação ao princípio da separação dos poderes, o fato é que, ao julgar um caso concreto, deve o Supremo relativizar preceitos e sopesar princípios para interpretar a melhor forma de aplicar a Constituição Federal às leis do orçamento.

Por último, quer-se frisar que, em rigor, a questão de fundo é a mesma que ocorre em inúmeros outros setores que não do Direito Financeiro. Com receio de “invadir” a competência de outro Poder, o Judiciário relutou por muito tempo em permitir examinar o denominado “mérito” do ato administrativo; ocorre que muitas vezes a inconstitucionalidade está exatamente no mérito daquele ato. Foi somente com o passar do tempo que os juízes – alguns, pelo menos – admitiram, em certas circunstâncias ao menos, aferir se o ato não viola a Constituição.

O mesmo se passa com a lei orçamentária. Pelo fato de que por meio dela se repartem os recursos arrecadados entre as dotações escolhidas pela manifestação conjunta – pelo menos em tese – dos Poderes Executivo e Legislativo, o Judiciário teme apreciar essa lei imaginando-se acusado de invadir a esfera de outro Poder. Sucede, então, o mesmo que ocorreu com o ato administrativo: se uma eventual inconstitucionalidade está no bojo da lei orçamentá-

ria, como é que se poderá declarar inconstitucional esse ponto da lei se não for possível sequer admiti-la à análise?

Em dois dos acórdãos acima referidos, como se faria valer a determinação constitucional de que todo o produto da arrecadação da denominada Cide-Combustíveis vá para as finalidades previstas no art. 177, § 4.º, II, da Constituição Federal, atrás transcritas, se a lei orçamentária não pudesse ser contrastada quanto à sua constitucionalidade pela via de ação direta? Se esse tributo somente pode ter a sua arrecadação dirigida às finalidades que autorizaram a sua instituição, é óbvio que está proibida a sua destinação à outra coisa que não sejam as hipóteses previstas no dispositivo acima aludido, por exemplo, a abertura de crédito suplementar em rubrica estranha àquela destinação.<sup>718</sup>

Da mesma forma, como se faria cumprir a determinação constitucional de que a abertura de crédito extraordinário somente pode acontecer “para atender a *despesas imprevíveis e urgentes*, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública [...]” (art. 167, § 3.º), se não se permitir apreciar a questão em sede de ação direta de inconstitucionalidade?

Não se trata de “interferir” em outro Poder, nem de “invadir” a competência constitucional desse outro Poder; trata-se pura e simplesmente de fazer cumprir a Constituição, *que não deveria ser descumprida por esse “outro” Poder*.

<sup>718</sup> Não aprofundaremos o estudo da destinação da arrecadação dessa contribuição de intervenção no domínio econômico para não nos desviarmos do tema central deste trabalho. Adiantamos somente que, a nosso ver, é também inconstitucional a alínea *c* do § 4.º do art. 177 da Constituição Federal, acrescentado por Emenda Constitucional (EC 33/2001), quando destina recursos da Cide-Combustíveis “ao financiamento de programas de infraestrutura de transportes”, por exemplo, já que isso nada tem a ver com a finalidade para a qual foi instituída (intervir no setor de combustíveis, e não reparar estradas). Tratamos do assunto em nosso *Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico*, São Paulo: Dialética, 2009, para o qual remetemos o leitor eventualmente interessado.