

A trajetória do controle concentrado de constitucionalidade do orçamento e sua ultrapassagem como lei formal

Fernando Facury Scaff

Professor Titular de Direito Financeiro da USP. Professor Titular de Direito Financeiro e Tributário da UFPA. Sócio de Silveira, Athias, Soriano de Melo, Guimarães, Pinheiro & Scaff Advogados.

Francisco Sergio Rocha

Doutor em Direito pela UFPA. Professor Adjunto de Direito Constitucional da UFPA. Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região.

Resumo: Este trabalho analisa a distinção entre leis formais e materiais no âmbito do direito financeiro, que tem origem na doutrina de Paul Laband (1838-1918), exposta durante o processo de unificação alemã ocorrido no século XIX, sua aceitação pelo STF no controle concentrado de constitucionalidade do orçamento público brasileiro até as portas do século XXI e suas repercussões na contemporaneidade.

Palavras-chave: Orçamento. Controle de constitucionalidade. Leis formais e materiais. Paul Laband.

Sumário: **1** Breves notas sobre a evolução histórica do orçamento – **2** O orçamento lei em sentido formal – **3** A trajetória do controle concentrado de constitucionalidade do orçamento no Brasil – **4** Conclusões – Referências

1 Breves notas sobre a evolução histórica do orçamento

1. O instrumento que, mercê de determinado desenvolvimento histórico, veio a constituir o que atualmente chamamos de orçamento público está originalmente vinculado ao controle do poder pelos corpos representativos.

É possível identificar elementos de sua formação desde a Baixa Idade Média, quando a peculiar forma de organização política, resultante da fusão entre instituições romanas e germânicas, implicava a existência de ampla autonomia exercida pelos senhores feudais em relação à realeza,

possibilitando a criação de instrumentos para limitar o poder do monarca através do controle exercido na arrecadação dos impostos e outros direitos vinculados à liberdade, como o *habeas corpus*. No âmbito financeiro, a relação passou a favorecer a fluência de uma tributação em que o poder permanecia nas mãos dos senhores feudais, mantendo a realza por meio de um quinhão necessariamente limitado, cuja ampliação dependia da concordância dos estamentos.¹

A Magna Carta Inglesa de 1215, por exemplo, que estipulou limites à atuação da realza, inclusive no que concerne às hipóteses de taxação, é um exemplo da resistência à Coroa, com a previsão de limites ao poder de tributação do rei, desde que aprovado por tais estamentos.

2. Essa relação modifica-se com o advento do absolutismo monárquico,² onde o fortalecimento da Coroa em detrimento da nobreza³ decorreu de um conjunto de situações que principiam seu desenvolvimento a partir da segunda metade do século XIII, em algumas partes da Europa. A razão dessas alterações está no ressurgimento do comércio, propiciada pela reabertura do Mar Mediterrâneo, com o incremento das trocas comerciais, especialmente das cidades italianas,⁴ e a concentração de riqueza junto aos mercadores, que passam a financiar a atividade do monarca.⁵

Esse financiamento permite a afirmação do poder do rei sobre o sistema feudal e o surgimento de Estados Nacionais. O processo de definição do território nacional e a expansão ultramarina apenas foram possíveis a partir do financiamento levado a cabo por um Estado unificado e senhor das normas e da tributação exercida sobre o comércio e a produção. O Estado Nação demanda um direito nacional, sendo relevante para a

¹ Na França, a convocação por Luís XVI da reminiscência deste instituto feudal – os Estados gerais, cuja criação remonta ao ano de 1314, com a intenção de elevar a cobrança de impostos provoca a eclosão da Revolução Francesa e a conversão do terceiro Estado em assembleia constituinte (BALEIRO, Aliomar. *Uma Introdução à ciência das finanças*. Rio de Janeiro: Forense, 2004). Sobre o papel dessas assembleias feudais, especialmente na Espanha e Portugal, ver SAINZ DE BUJANDA, Fernando. *Hacienda y derecho*. v.1. Madri: Instituto de Estudios Políticos, 1962. p. 242 e seguintes.

² Sobre essa trajetória, ver SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento Republicano e Liberdade Igual*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, em especial o item 1.2.

³ Fernando Sainz de Bujanda (1962, p. 247) considera a existência de três fases em relação à vida do Estado moderno: o absolutismo monárquico, que compreende o sistema ocorrido nos países europeus nos séculos XVI a XVIII; o constitucionalismo liberal, que se desenvolveu do século XIX ao primeiro quartel do século XX; e o totalitarismo. Ver também HOBBSAWM, Eric. *A era das revoluções*. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1994

⁴ Para a análise do ressurgimento das cidades e a atividade comercial ver SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade do Estado por Intervenção no domínio econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

⁵ GALGANO, Francesco. *Historia del derecho mercantil*. Barcelona, 1980 e HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.

presente análise a construção de um direito financeiro, do qual se destacam dois elementos: soberania financeira e supremacia financeira.⁶

O questionamento ao absolutismo monárquico ocorre em vários países; no entanto, destacam-se as situações semelhantes, porém diferentes, que acontecem na Inglaterra e na França, onde o absolutismo foi substituído por um sistema de prevalência parlamentar.⁷ Os documentos de garantia dos direitos em face do monarca denotam a migração do controle da Realeza ao Parlamento.⁸ Tal processo se deu de forma diversa na Alemanha, com a prevalência da Realeza sobre o Parlamento, tendo sido Paul Laband o teórico que amparou tal movimento, como será exposto.

Assim sendo, é possível afirmar que a origem do orçamento está ligada à ideia de controle da atividade do Executivo pelo Parlamento, como meio de impor limites ao poder, em respeito ao direito dos cidadãos – embora, em seu início, tenha sido um pacto estamental.⁹ Parece nítida a noção do orçamento como instrumento para efetuar o controle das receitas e das despesas da administração pelos cidadãos ou pelos órgãos representativos, enquanto titular extremo dos poderes de soberania, embora na Alemanha o processo tenha tido trajetória distinta.

2 O orçamento como lei em sentido formal

3. A natureza e o alcance desse controle podem ser bem identificados pelo desenvolvimento da crise prussiana de 1861¹⁰ e pela teorização sobre

⁶ Para Fernando Sainz de Bujanda (1962), a soberania financeira constitui a expressão da soberania política, concebida como atributo e condição do Estado; e a supremacia financeira refere-se ao órgão que, dentro do Estado, corresponde à faculdade decisória da imposição de tributos e realização de gastos. Dessa situação surge a afirmativa de que o conceito de soberania financeira constitui o fundamento político da Fazenda Pública Moderna.

⁷ Para o processo como um todo, ver COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999. Para observar como a prevalência parlamentar leva a fixar no Parlamento o poder de legislar e criar tributos, assim como a obrigatoriedade da convocação anual do Parlamento para conhecer e aprovar os gastos, o que é identificado com a origem do orçamento público, ver SAINZ DE BUJANDA, Fernando, 1962.

⁸ Veja-se um trecho pertinente da Declaração de Direitos de 1689: “*That levying money for or to the use of the Crowne by pretence of Prerogative without Grant of Parliament for longer time or in other manner than the same is or shall be granted is illegal*”. No mesmo diapasão, vemos a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão – 1789: Art. 13º. Para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com suas possibilidades. Art. 14º. Todos os cidadãos têm direito de verificar, por si ou pelos seus representantes, da necessidade da contribuição pública, de consenti-la livremente, de observar o seu emprego e de lhe fixar a repartição, a coleta, a cobrança e a duração.

⁹ SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento Republicano e Liberdade Igual*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, em especial o item 1.2.1.

¹⁰ Curiosamente, essa não foi a única disputa entre Executivo e Legislativo concernente ao orçamento público. A história de José Manuel Emiliano Balmaceda Fernández – Presidente do Chile entre

a natureza do orçamento público, tal como realizado por Paul Laband.¹¹ A Alemanha foi um dos países europeus onde o processo de unificação territorial mais tardou. Enquanto Espanha e França realizaram o processo de unificação aproximadamente nos anos de 1493 (Conquista de Granada) e 1627 (Tomada de La Rochelle), respectivamente, a Alemanha completou o processo de unificação com a Guerra Franco-Prussiana (1871) e o realizou sob a liderança da Prússia, sob Guilherme I. Tratava-se de uma monarquia constitucional, na qual foi trilhado um peculiar caminho acerca do controle dos gastos públicos.¹²

No ano de 1861, surge um conflito entre o Imperador e o Parlamento, quando este se recusa a aprovar o orçamento que lhe havia sido encaminhado, discordando do programa de reformas militares e das despesas de guerra, ocasionando uma situação de impasse. O conflito representa um questionamento ao papel do Parlamento no Império Alemão e, na realidade, significa a disputa de quem terá a palavra final em situações de conflito de poder.

As disputas orçamentárias na Prússia e, por conseguinte, na Alemanha unificada tiveram por base lutas políticas sobre quem possuía o poder de ordenar as despesas durante o ocaso do absolutismo naquele país. Um episódio deitou raízes na doutrina orçamentária do final do século XIX e início do século XX. Trata-se da queda de braço entre o chanceler Otto von Bismarck e o Parlamento alemão acerca das autorizações para a realização de gastos militares.

Para a compreensão do ocorrido, é necessário recordar a figura das monarquias constitucionais, também conhecida por *princípio monárquico*, que foi uma fórmula jurídica utilizada para manter a realeza, porém com

1886 e 1891 – e a narrativa da crise ocorrida no Chile em torno da elaboração e implementação do orçamento, sem a concordância do Parlamento, está documentada na obra *Balmaceda* por NABUCO, Joaquim. Edições do Senado Federal. v. 14, 2ª reimpressão. Brasília: Senado Federal; Conselho Editorial, 2010.

¹¹ Paul Laband nasceu na região da Silésia, na cidade de Breslau, em 24 de maio de 1838. Sua origem prussiana é significativa para a compreensão das posições que assumiu posteriormente. Sua obra de referência sobre o orçamento é *El derecho presupuestario*. Madri: Instituto de Estudios Fiscales, 1979. Um destaque para o excepcional estudo preliminar da versão espanhola, efetuado por Rodriguez Bereijo.

¹² A revolução burguesa que implicou a afirmação de diferentes níveis de liberalismo político nos Estados europeus (França e Inglaterra) não teve o mesmo êxito na Prússia, ante a aliança conservadora que se formou entre a classe de nobres proprietários rurais (*junkers*) e a burguesia. A Constituição de 1850 é outorgada pelo governante e constitui a base do Estado alemão do período. Ver Bereijo (*Laband y el Derecho Presupuestario del Imperio Aleman*). Para verificar detalhes dessa especial concepção de monarquia constitucional, ver SOSA WAGNER, Francisco. *Maestros alemanes del derecho público*. Madri: Marcial Pons, 2005, e também o estudo preliminar acima citado, escrito por Rodriguez Bereijo.

poderes limitados pela Constituição e que deveria governar com a participação dos representantes do povo.¹³

Na Prússia, havia um Parlamento bicameral, composto pela *Câmara dos Deputados*, com representantes eleitos através do voto censitário (estabelecendo limites de renda e seletividade de profissões para o exercício do direito de votar e ser votado), e pela *Câmara dos Senhores*, que equivalia, na época, à Câmara dos Lordes inglesa e era composta por senhores de terras nomeados pelo Imperador. Esse Parlamento se reunia periodicamente para deliberar sobre as proposições enviadas pelo monarca. A principal dessas proposições era o orçamento público, que previa as receitas a serem auferidas e as despesas a serem realizadas, bem como o controle sobre sua execução.

O conflito orçamentário prussiano se iniciou em 1860, com o envio do projeto de lei orçamentária à Câmara dos Deputados para análise, debate e aprovação.¹⁴ Nele, o recém-entronado Rei Guilherme I propunha um programa de reformas militares de grande envergadura, que geraria muitos gastos. Na Câmara, dominada pelos liberais, o debate foi intenso, e o projeto de lei orçamentária foi retirado pelo monarca. O período de sessões legislativas de 1860 foi encerrado sem que o projeto fosse sequer reapresentado; porém, mesmo assim, os gastos com as reformas militares se iniciaram.

Em 1861, quando novo projeto de lei orçamentária foi enviado à Câmara, os deputados se negaram a autorizar a realização de gastos orçamentários ordinários com a reforma do exército. Ao final de 1861, ocorreram novas eleições parlamentares, vencidas pelos liberais. Em março de 1862, na reabertura das atividades parlamentares, foi exigido que o monarca enviasse um orçamento com rubricas específicas, e não contendo autorização global de gastos, a fim de permitir maior controle sobre

¹³ A teoria do “princípio monárquico” foi formulada pela primeira vez na Carta Constitucional Francesa de 1814, como uma fórmula para restabelecer o princípio da soberania do príncipe em um Estado constitucional, de modo a servir de obstáculo a futuras tentativas revolucionárias. Essa carta constitucional foi outorgada a partir da restauração monárquica resultante da derrota de Napoleão I e afirma a supremacia real como a verdadeira fonte de todo poder político. O Congresso de Viena articulou a tendência constitucional, que teve início com a carta outorgada por Luís XVIII e duraria até a Constituição de Weimar, com o surgimento de constituições que buscavam a preservação do poder da realeza pela afirmação do princípio monárquico. Ver CUNHA, Sérgio Sérulo da, na introdução à edição brasileira da obra *Jurisdição Constitucional*, de Hans Kelsen, 2007. Também CERQUEIRA, Marcelo. *A Constituição na história*. Revan, 1993 e também RODRÍGUEZ BEREJO no prefácio da obra *El Derecho Presupuestario*, p. XXII-XXIII.

¹⁴ RODRÍGUEZ BEREJO, Álvaro. Laband y en derecho presupuestario del Imperio Aleman, escrito à guisa de Introdução. In: LABAND, Paul. *El derecho presupuestario*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1979. p. XXX.

sua execução. O monarca dissolveu a Câmara dos Deputados e convocou novas eleições para o mês seguinte, mais uma vez vencidas pelos liberais, que então obtiveram ampla maioria. Estava formado o conflito entre os Poderes Legislativo e Executivo prussianos. Segundo relata Bereijo,¹⁵ o Rei chegou a manuscruver uma carta de abdicação, porém não enviada ao Parlamento. Em setembro de 1862, o Rei nomeou Otto von Bismarck como chanceler (cargo equivalente ao de primeiro ministro), que assumiu com o lema de “pelo Rei, contra a soberania do Parlamento”. Poucos dias depois, Bismarck retira da Câmara o projeto de lei orçamentária para 1863, que então estava em debate, o que ocasiona da parte dos deputados uma moção contrária ao Poder Executivo – o que equivalia quase a uma declaração de guerra política.

Bismarck então submeteu o projeto de lei orçamentária de 1863 à *Câmara dos Senhores* – que o aprovou – e determinou o encerramento das sessões parlamentares de 1862. Tal procedimento era inconstitucional, pois, em face da Constituição da Prússia, a aprovação das leis necessitava tramitar e ser aprovada por ambas as Casas do Parlamento, e não apenas por uma.¹⁶

A luta prosseguiu com a reabertura das sessões parlamentares em 1863. Bismarck comparece ao Parlamento e discursa expondo as razões pelas quais entendia que a Câmara dos Deputados não tinha o direito de modificar livremente o orçamento público. Em síntese, o discurso dizia que: 1) a não aprovação do orçamento era uma tentativa da Câmara de tomar o governo do Rei, pois estavam deliberando sobre gastos regulares dos ministérios, os quais eram subordinados ao Rei, diversamente do que ocorria na Inglaterra, onde os ministérios eram subordinados ao Parlamento; 2) se existiam três órgãos para deliberar sobre o orçamento – o monarca, a Câmara dos Senhores e a Câmara dos Deputados –, como resolver o impasse entre eles se a Constituição não estabelecia quem decidia nesse caso?

As palavras de Bismarck sobre esse aspecto soam ainda muito atuais:

O orçamento não foi estabelecido; este estado de coisas é sem dúvida irregular, mas a Constituição não indica uma solução. Na eventualidade do conflito que hoje divide o Governo e as Câmaras não tenha sido previsto; somente podemos nos colocar de

¹⁵ RODRÍGUEZ BEREIJO, Álvaro. Laband y en derecho presupuestario del Imperio Aleman, escrito à guisa de Introdução. In: LABAND, Paul. *El derecho presupuestario*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1979. p. XXXI.

¹⁶ RODRÍGUEZ BEREIJO, Álvaro. Laband y en derecho presupuestario del Imperio Aleman, escrito à guisa de Introdução. In: LABAND, Paul. *El derecho presupuestario*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1979. p. XXXII-XXXIII.

acordo com os meios de terminar com essa diferença. Muitas teorias foram formuladas para preencher esta lacuna: segundo uns, o orçamento anterior estaria vigente de pleno direito; segundo outros, seria preciso referir-se aos princípios do antigo direito, que consagravam a autoridade absoluta do Rei. Mas, o que importa a teoria quando a necessidade manda? O Estado existe, portanto é necessário assegurar a marcha regular dos serviços públicos.¹⁷

A Câmara não aceitou os argumentos, rechaçou o orçamento enviado em 1863 e, em janeiro de 1864, recusou autorização para um empréstimo visando ao rearmamento do país. Mais uma vez, Bismarck usa o expediente inconstitucional de submeter e obter aprovação da lei orçamentária apenas da Câmara dos Senhores, evitando o trâmite do projeto na Câmara dos Deputados.

Com o apoio da burguesia industrial e financeira alemã, a Prússia entra em guerra contra a Dinamarca em 1864, e contra a Áustria em 1865-1866 – vence ambas e segue o processo de unificação da Alemanha. Os conflitos orçamentários persistem, com o corte de verbas na Câmara dos Deputados, a aprovação da lei orçamentária *apenas* pela Câmara dos Senhores e o prosseguimento dos gastos militares pelo monarca.

Após a guerra e a tendo vencido, Bismarck convoca novas eleições com o prestígio em alta e consegue maioria parlamentar na Câmara dos Deputados, pondo fim ao conflito orçamentário. Em setembro de 1866, com a opinião pública a favor do governo, foi aprovado um *bill of indemnity*, chancelando de forma retroativa os gastos realizados à margem de deliberação orçamentária entre 1861 a 1866 e aprovando o orçamento para 1867. O passo seguinte foi a Guerra Franco-Prussiana (1870-1871), que culminou o processo de unificação alemã, mas o impasse orçamentário havia sido resolvido.

Observa Bereijo que, na Alemanha, o conflito foi resolvido em favor da Coroa, enquanto, em outros países europeus, ele foi favorável ao Parlamento.¹⁸

4. A teoria de Laband sobre o orçamento foi elaborada para justificar a atuação do Império no conflito mantido com o Parlamento em função da aprovação do orçamento de 1862. A concepção de Laband, que embasou a posição do Imperador, entendia que o orçamento não era um ato materialmente legislativo, mas, sim, um ato administrativo, independentemente do órgão que o emitisse. Sua concepção decorreu do modo

¹⁷ RODRÍGUEZ BEREIJO, Álvaro. Laband y en derecho presupuestario del Imperio Aleman, escrito à guisa de Introdução. In: LABAND, Paul. *El derecho presupuestario*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1979. p. XXXV.

¹⁸ Idem, p. XXXVII.

como via o direito, considerando que o orçamento não seria uma norma jurídica, pois esta só existiria quando houvesse aptidão de produzir efeitos diretos nas relações com os particulares.

A lei do orçamento estaria ligada ao duplo conceito da lei: lei em sentido material e lei em sentido formal. A lei em *sentido material* seria um ato jurídico que estabelecesse uma regra de direito, e a lei em *sentido formal* seria o ato jurídico que guardasse a aparência de lei, pois produzido como tal, porém não geraria aos particulares nenhuma obrigação. Logo, as leis em sentido formal são leis, pois sem nenhuma relação e eficácia para os particulares.

Desta feita, Laband, quando escreve em 1871 sua obra *Das Budgetrecht*, tem em mente o conflito constitucional entre o Rei e o Parlamento e procura transferir o conflito de sua origem política e social para um conflito sob o ponto de vista do direito. Buscou dissociar a teoria jurídica do orçamento de seus aspectos políticos, afirmando que o Parlamento não teria um direito ilimitado na tarefa de aprovação da autorização para a realização dos gastos públicos. Desta conclusão, buscava construir uma teoria jurídica abstrata sobre a natureza jurídica do orçamento, ignorando os pressupostos da realidade que haviam causado a crise institucional e a consequente possibilidade de paralisação da atividade administrativa, superada pelo ato de força da realeza prussiana.

A teoria dualista da lei, que a divide entre *formal* e *material*, é a peça fundamental da construção jurídica sobre a natureza do orçamento. Segundo essa teoria, existe uma dualidade de tipos de lei: as leis em sentido material, que significam uma norma jurídica, uma regra de direito emanada ou não do Poder Legislativo que tenha a possibilidade de afetar a esfera de direitos intersubjetivos privados, criando ou modificando direitos ou obrigações; e as leis em *sentido formal*, que expressam apenas a descoberta ou a exigência de um acordo entre o Rei e ambas as Casas do Parlamento, mas que materialmente não contêm qualquer manifestação da vontade do Estado para estabelecer ou declarar uma regra de direito. Tais leis, apenas *formais*, não possuiriam o condão de afetar a esfera de direitos individuais, possuindo alcance restrito ao funcionamento interno da Administração Pública.

Considerando essa concepção, a disposição da Lei Constitucional Prussiana, segundo a qual o orçamento do Estado era fixado anualmente por intermédio de uma lei,¹⁹ significava apenas que a elaboração do

¹⁹ A teoria dualista da lei possibilita a conclusão da existência de um texto aprovado pelo Parlamento, despido, porém de conteúdo de lei material: "*Sí aplicamos este resultado al art. 99 de la Ley*

orçamento estatal seria realizada anualmente, conforme a conjunção de vontade entre o Rei e as Casas Parlamentares, sem qualquer criação de norma jurídica nesse procedimento. Desse modo, excluía-se a possibilidade de significação de ordem material na elaboração do orçamento anual do Estado, pois a lei não possuiria conteúdo jurídico capaz de afetar o *status* dos possíveis destinatários da norma, sendo meramente *uma conta*, a qual não possui regras de direito, pois apenas registra as despesas e receitas a serem realizadas e apresenta expectativas, pelo que o orçamento não fundamenta qualquer obrigação jurídica.²⁰

Essa noção considera ser o orçamento uma mera *conta*, na qual estão contidas a demonstração numérica da previsão de receita e as despesas autorizadas, sendo, neste sentido, um ato administrativo, e não legislativo – embora aprovada por este último. Acresce que o orçamento não corresponderia a qualquer necessidade do direito, resultando apenas de uma imposição da economia; uma lei relacionada com a legislação vigente anterior, principalmente com as leis materiais que constituem a base jurídica das despesas e receitas públicas. A conclusão da tese de Laband é que a lei orçamentária não pode revogar ou alterar as leis que criam receitas e despesas, sendo-lhe defeso inovar através da introdução de novas normas legais.²¹

Dessa forma, com relação aos gastos estabelecidos em anterior deliberação do Parlamento, a liberdade de conformação orçamentária seria restrita, pois não se admitiria a supressão de um gasto público já instituído, a não ser por expressa conjunção de vontade entre o Parlamento e

Constitucional prusiana, que dice: "El Presupuesto del Estado se fijará anualmente por medio de una ley" es indudable que el sentido de dicho artículo no es otro que el siguiente: 'La fijación del Presupuesto del Estado se hará anualmente de conformidad entre la Corona y ambas Cámaras' (...) no se deduce, en modo alguno, que la fijación anual del Presupuesto por el Gobierno y la representación del pueblo sea un acto legislativo en el sentido material de la expresión" (LABAND, p. 17).

²⁰ *Vistas así las cosas, es de meridiana claridad que el Presupuesto no contiene, por lo regular, principios jurídicos y que, por tanto, no es una ley en el sentido material de la palabra. El Presupuesto es una cuenta y, por cierto, una cuenta que no se refiere a gastos e ingresos ya realizados, sino a los gastos e ingresos que se esperan en el futuro, constituyendo por tanto lo que se llama una estimación previa. Tiene su correspondencia plena con la cuenta que se ha de presentar anualmente, una vez concluido El ejercicio anual administrativo, sobre los ingresos y gastos efectivos. Una cuenta, sin embargo, no contiene reglas –y mucho menos reglas de Derecho–, sino hechos; una cuenta registra, por medio de breves indicaciones cuantitativas, los gastos e ingresos ya producidos o los que son de prever. Por lo general, el Presupuesto no fundamenta la obligación jurídica para obtener ingresos o realizar gastos, sino que, más bien, la presupone y se limita a recoger sus resultados financieros* (LABAND, 1979, p. 22-23).

²¹ RODRÍGUEZ BEREIJO, Álvaro. Laband y en derecho presupuestario del Imperio Aleman, escrito à guisa de Introdução. In: LABAND, Paul. *El derecho presupuestario*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1979.

o Executivo. Assim, Laband considerava existir uma força vinculativa nas despesas assumidas anteriormente pelo Parlamento em relação ao período continuado²² sem que o orçamento inovasse em sua relação. Haveria uma contradição no estabelecimento de um serviço público permanente, cujo funcionamento dependesse, a cada ano, da boa-vontade parlamentar, manifestada pela Lei do Orçamento.

Assim, o Parlamento não poderia deixar de proceder à aprovação das receitas e despesas estabelecidas pela legislação anterior. Desse modo, sendo negado ao Legislativo o direito de recusar orçamento, obtém-se o mesmo resultado prático, ou seja, impedir a cessação possível da atividade do Estado, que estabelece o orçamento como um ato de legislação materialmente vinculada, conforme expressão de G. Jellinek.²³

Afirmava Laband que a lei orçamentária é uma lei meramente formal, pois “não se pode dar o nome de lei a uma regra senão no caso desta ter um conteúdo jurídico, que afete de algum modo a esfera jurídica do indivíduo ou da comunidade política”.

Afinal, segundo aquele autor, era:

De meridiana clareza que o orçamento não contém, regularmente, princípios jurídicos e que, portanto, não é uma lei no sentido material da palavra. O orçamento é uma conta e, por certo, é uma conta que não se refere a despesas e receitas já realizadas, senão a despesas e receitas que se esperam no futuro, constituindo, portanto, em uma estimativa prévia. Uma conta, sem dúvida, não contém regras – e muito menos regras de direito – senão fatos; uma conta registra, por breves indicações quantitativas, as despesas e receitas já produzidas e as que são previstas. [...] A necessidade do orçamento não é consequência de uma determinada forma de regime político, senão do grande volume de recursos movimentados pelo setor público; o estabelecimento do orçamento não satisfaz nenhuma necessidade do Direito, apenas responde a uma necessidade da economia.²⁴

E por aí segue a obra de Laband desqualificando a participação dos representantes do povo na elaboração do orçamento, transformando-o em uma peça meramente formal – em uma *lei em sentido formal* – e concentrando poderes nas mãos do Executivo, em prol do princípio monárquico. Afinal, quem tem o controle do orçamento, tem o controle financeiro da sociedade.

²² *En efecto: de la misma manera que el Gobierno no puede crear unilateralmente nuevos establecimientos ni ampliar los existentes, el Parlamento tampoco puede suprimirlos unilateralmente ni restringir su envergadura tradicional o legal. Y está claro que si el Parlamento estuviera en condiciones, en virtud de los acuerdos tomados durante La discusión del Presupuesto, de negar los gastos indispensables para la continuación de estos establecimientos, tendría en sus manos cada año el poder de suprimirlos o de atrofiarlos e invalidarlos* (LABAND 1979, p. 85).

²³ JELLINEK, Georg. *Teoría general del estado*. Buenos Aires: Albatros, 1970.

²⁴ Estudo preliminar a versão espanhola da obra de Paul Laband *El Derecho Presupuestario* escrito por RODRÍGUEZ BEREIJO, Álvaro, p. 22-23.

5. A distinção existente entre atividade livre e atividade vinculada é também usada por Georg Jellinek como critério de classificação das funções dos órgãos estatais, considerando como atividade livre aquela que é primária e que constitui o fundamento de outras atividades. A atividade vinculada é realizada para satisfação de uma obrigação jurídica. Georg Jellinek aceita as proposições básicas da tese de Paul Laband: a) existem leis que possuem apenas o sentido formal; b) o orçamento, apesar de se revestir da forma de lei, é um plano de gestão; c) tem a natureza de um ato administrativo.

Dessa forma, defende²⁵ que a lei que aprova o orçamento é uma lei em sentido meramente formal, o que indica apenas uma participação do Legislativo e na necessidade da adoção de uma formalidade especial para sua aprovação. A aprovação do orçamento é um ato que interessa restritamente à Administração, apesar da participação dos corpos legislativos de participação popular na sua elaboração, na medida em que o ato de aprovação tem um alcance meramente formal. Assim, distingue o orçamento propriamente dito da lei que o estabelece e aprova, com a finalidade de ressaltar o caráter formal de sua aprovação.

Corresponde a esse raciocínio a noção de que os corpos legislativos possuem um alcance de atuação necessariamente restrito no processo de formação do orçamento, na medida em que a função do orçamento é concebida apenas como correspondente à necessidade de controle e vigilância sobre os atos governamentais. Sua tarefa seria apenas limitar a possibilidade de taxação dos governados pelo estabelecimento de um orçamento com ordenação de receitas e autorização de despesas, mas sem possuir uma autêntica função legislativa, no sentido da criação de regra de direito. Decorre dessa condição a impossibilidade da modificação formal da proposta orçamentária, cabendo ao corpo legislativo o ato de aprovar ou rejeitar a proposta oriunda do órgão que exerce a função executiva. Mesmo a possibilidade de rejeição resta consideravelmente limitada, pois conduziria a uma paralisação incompatível com a necessidade perene do desenvolvimento da atividade administrativa – os serviços públicos devem ser prestados independentemente da aprovação parlamentar do orçamento.

A competência dos corpos legislativos está reduzida a um mínimo de controle no que tange à elaboração ou confecção do orçamento, ao contrário do que acontece com relação à legislação ordinária, que possui a dupla natureza (formal e material) e pode ser considerada lei em seu

²⁵ JELLINEK, Georg. *Teoria general del estado*. Buenos Aires: Albatros, 1970.

sentido completo. O orçamento é materialmente um ato administrativo que assume a forma, mas não o conteúdo de legislação, pelo que o descumprimento da lei orçamentária não geraria uma responsabilidade da administração, e nem uma obrigação para a administração, em face dos que possivelmente fossem atingidos pela legislação citada. A natureza da responsabilidade é política pelo descumprimento da autorização legislativa, pois, conforme já enunciado, existe a obrigação do Executivo de solicitar a aprovação do orçamento ao Parlamento, inclusive para os gastos extraordinários que possa ter tido a obrigação legal de realizar.²⁶

A correspondência entre o agir e a autorização legislativa seria efetivada pelo controle numérico dos valores apostos no orçamento e resultaria de uma apuração matemática de conformidade entre a despesa efetivada e os valores postos à disposição pela legislação do orçamento. O cumprimento da tarefa de controle da responsabilidade política seria efetivado com o auxílio de uma corte de contas, que apresentaria um parecer sobre o orçamento executado, podendo questionar a atuação do Executivo sob três aspectos: a) correção aritmética de cada uma das contas; b) correção, sob o ponto de vista orçamentário, da efetivação da despesa; c) equívocos da administração que sejam mensurados no procedimento de revisão da conta.²⁷

Contudo, não haveria possibilidade de uma efetiva responsabilização jurídica da administração por infração à lei orçamentária, vez que a Constituição restringia essa possibilidade de responsabilização à ocorrência de: a) violação da Constituição, b) suborno ou c) traição. Afasta, assim, a possibilidade de responsabilização civil de um funcionário por violação à lei do orçamento, mercê da aprovação posterior de norma que responsabilize os ministros do governo por esse tipo de atuação.²⁸

6. A teoria do orçamento de Laband, que sustenta o caráter dualista da Lei Orçamentária, possui um fundamento básico que não é possível deixar de evidenciar para sua melhor compreensão. Assenta-se na necessidade da justificação política da atuação do Imperador no episódio da aprovação do orçamento e na busca da harmonia entre a atuação imperial e a Constituição, com fundamento no *princípio monárquico*.

A teoria da dupla natureza da Lei Orçamentária foi incorporada por pensadores dos mais diversos, nos mais diferentes Estados, que nada

²⁶ LABAND, 1979, p. 105-108.

²⁷ LABAND, 1979, p. 109-110.

²⁸ LABAND, 1979, p. 113.

tinham de equivalente com a situação da Prússia, cuja evolução histórica em nada correspondia à do Estado alemão, em que a teoria foi desenvolvida e aplicada. Compartilhamos a estranheza de Canotilho²⁹ quanto à possibilidade de aplicação de um instituto jurídico desenvolvido sob o pálio de uma conjunção de fatores em ambiente de conteúdo diverso dos fatores que levaram à sua criação.

De fato, é de usual percepção que os institutos jurídicos e políticos possuem uma vinculação com o ambiente histórico onde nascem e se desenvolvem. Desta feita, nascem vinculados a necessidades existentes em um específico tempo e lugar. Criados para cumprir uma finalidade, têm sua evolução determinada pelo modo de desenvolvimento histórico de cada povo ou nação. Não existe a produção de instituto jurídico neutral historicamente ou em cujo surgimento/desenvolvimento não exista um determinante histórico.

Todavia, em franca revolta contra essa concepção, a teoria de Paul Laband foi transferida para realidades que não possuem a mesma história de desenvolvimento das relações político-jurídicas, tendo sido amplamente acolhida a distinção entre lei em sentido *material* e *formal* e a fixada à natureza da lei orçamentária, situada mais sob o ponto de vista do ato administrativo do que sob a natureza de lei em seu amplo aspecto.

Fez escola em vários países essa concepção sobre a natureza jurídica da Lei Orçamentária de Paul Laband, entre lei *formal* e lei *material*, e sobre a relativamente nenhuma importância da participação popular e do Parlamento em sua concepção e votação.³⁰

Rodríguez Bereijo aponta como seguidores da teoria labandiana, indicando as obras por eles escritas,³¹ na *Alemanha*, G. Seidler, Georg Jellinek, H. Schulze, R. Gneist, von Gerber, Otto Mayer; na *França*, identificam-se com essa teoria, Gastón Jèze,³² Leon Duguit, A. Esmein; na *Itália*, seus seguidores são V. E. Orlando, A. Graziani e O. Ranelletti. Dessa ampla

²⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *A Lei do orçamento na teoria da lei*. Separata de: Boletim Especial da Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra, 1978.

³⁰ Para a análise mais detalhada de alguns autores, ver: HORVATH, Estevão. *O orçamento no século XXI: tendências e expectativas*. Tese apresentada ao concurso de professor titular na área de direito financeiro da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014, em especial o capítulo 3.

³¹ RODRIGUEZ BEREIJO, Álvaro. Laband y en derecho presupuestario del Imperio Aleman, escrito à guisa de Introdução. In: LABAND, Paul. *El derecho presupuestario*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1979. p. LX- LXI.

³² JÈZE, Gaston. *Cours de science des finances et de législation financière française*. Paris: Giard, 1922. E também *Principios generales del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1950. v. 4, 5 e 6 e *Traité de science des finances - Le budget*. Paris: Giard et Brière, 1910.

matriz europeia, essa teoria se espalhou pelo Brasil³³ e também por toda a América Latina³⁴ de forma acrítica, como apontado por Rodriguez Bereijo:

Alguns tratadistas se converteram em ardentes defensores da teoria lema sobre o orçamento, tentando trasladá-la ou adaptá-la, um tanto mecanicamente, a seus respectivos ordenamentos jurídicos. Sem levar em conta esses epígonos das profundas diferenças existentes entre o direito público de um Estado simplesmente constitucional e o de um Estado parlamentar; e sem perceber até que ponto a teoria alemã do orçamento, de Laband, por exemplo, com sua lei em sentido formal, estava intimamente ligada a uma época histórica determinada e à particular forma política de corte autoritário, da monarquia limitada constitucional, imperante na Alemanha do século XIX.

A migração da teoria de Paul Laband para o sistema francês ocorre sob os auspícios e encantamento de Jèze.³⁵ Este autor considera que o orçamento é, na sua essência, um ato político que representa um programa de ação política inerente a qualquer governo. Assim, assume uma singular importância política sua votação pelo Parlamento, pois equivale a um montante financeiro posto à disposição do partido político majoritário para a efetivação de sua proposta de ação governamental. A doutrina francesa desse autor ressaltou a ideia de que o orçamento é uma lei em sentido formal, possuindo a natureza material de ato administrativo, com intervenção e aprovação pelo Parlamento por razões de natureza jurídico-política, vinculadas à necessidade de controle dos atos estatais. Dessa forma, não é um ato de vontade popular, personificada pelo Parlamento que produz a lei. A norma pode ser criada de modo formal, conforme estabelecido pela Constituição e, ainda assim, não reunir a potencialidade material de uma lei. É necessário para tanto um processo de constatação que reconheça naquele ato a aptidão de produzir efeitos jurídicos típicos de uma legislação.

A consideração da natureza de lei formal do orçamento, além da enunciada verdade de que a natureza fundamental de um ato não pode variar segundo o órgão que o aprova, é trazida da doutrina prussiana para a doutrina francesa e, desta, para a doutrina brasileira. A doutrina do orçamento, assim exposta, é reproduzida até os dias de hoje, sendo admitida

³³ Nesse sentido, ver: VIVEIROS DE CASTRO, Augusto Olympio. *Tratado dos impostos: estudo theorico e pratico*. Rio de Janeiro, Impr. Nacional, 1910; BALEEIRO, Aliomar. *Uma Introdução à ciência das finanças*. Rio de Janeiro: Forense, 2004; TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário*. v. V – O orçamento da Constituição. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

³⁴ RODRIGUEZ BEREIJO, Álvaro. Laband y en derecho presupuestario del Imperio Aleman, escrito à guisa de Introdução. In: LABAND, Paul. *El derecho presupuestario*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1979. p. XXXVIII.

³⁵ JÈZE, Gaston. *Cours de science des finances et de législation financière française*. Paris: Giard, 1922. E também *Principios generales del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1950. v. 4, 5 e 6 e *Traité de science des finances, le budget*. Paris: Giard et Brière, 1910.

por autores como Aliomar Baleeiro³⁶ a natureza jurídica do orçamento como composto por atos-regra e ato-condição, sem conteúdo jurídico.

Enfim, na luta orçamentária entre a Câmara dos Deputados, representante do povo, e o monarca prussiano, este venceu; porém, a teoria jurídica do orçamento foi a grande derrotada, em face da irrazoada expansão da ideia de que a lei orçamentária é uma lei *formal*, sem conteúdo jurídico. Venceram a concentração de poderes e o autoritarismo, perderam a democracia e a república. Foi um nítido retrocesso social, que durou várias décadas para ser revertido.³⁷

Rodríguez Bereijo sintetiza com precisão o que ocorreu naquele período:

Em parte reconciliada com a política monárquico-conservadora da Prússia, pelos êxitos da política exterior de Bismarck a partir de 1864, em parte conquistada pelo extraordinário desenvolvimento econômico nos primeiros anos posteriores à fundação do Império, a burguesia se tornou o pilar do *Reich*. A tradição democrática-liberal de 1848 foi bloqueada, e o ano de 1848 caiu em descrédito como *o ano louco*.³⁸

7. O pensamento jurídico dos adeptos dessa visão formalista da lei orçamentária, iniciada por Laband, pode ser resumido nos seguintes pontos:

1. o direito se esgota nas normas jurídicas;
2. o jurista há de se ocupar apenas das formas jurídicas;
3. o fim do direito, o elemento teleológico, é algo metajurídico, *fora do mundo* do direito;
4. o direito é um sistema jurídico fechado, articulado logicamente em conceitos jurídico gerais, pois não admite lacunas.

Esses tópicos reúnem características meramente formais orçamentárias, e não substanciais, pois seriam algo fora do direito.

Essa concepção de que o orçamento é uma lei apenas em sentido formal não faz mais sentido na atualidade. É certo considerar que a lei orçamentária hoje tem essencial função gerencial-política, em especial com o surgimento e a adoção do orçamento-programa, após as crises capitalistas e o processo de sua superação a partir de 1929. Conformado, em termos de legislação brasileira a partir da edição da Lei nº 4.320/64, o

³⁶ BALEEIRO, Aliomar. *Uma Introdução à ciência das finanças*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

³⁷ DUARTE, Tiago. *A lei por detrás do orçamento – A questão constitucional da lei do orçamento*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 25 e ss.

³⁸ RODRÍGUEZ BEREIJO, Álvaro. Laband y en derecho presupuestario del Imperio Aleman, escrito à guisa de Introdução. In: LABAND, Paul. *El derecho presupuestario*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1979. p. XXXIX.

orçamento ganha natureza diversa da proposta na teoria alemã, por passar a conter não só limites de gasto e a estima de receita do Estado, mas os próprios fins da administração enquanto instrumento financeiro do Estado, suas diretrizes, objetivos e metas, como instrumentos para a consecução de seus objetivos. Ademais, com o advento de sistemática intervenção do Estado na economia, as funções orçamentárias passaram a se destacar nas relações privadas, alterando completamente a ótica privatística de *norma jurídica* que deu base a tal concepção.

Reproduzida por nossos doutrinadores, essa visão limitada da natureza jurídica da norma orçamentária manteve-se prestigiada em nossa doutrina e considerada até os albores do século XXI pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

3 A trajetória do controle concentrado de constitucionalidade do orçamento no Brasil

8. Tal teoria formalista, criada no século XIX por Laband, foi recebida pelo Supremo Tribunal Federal, que, até as últimas luzes do século XXI, enfrentou a questão relativa à apreciação judicial do conjunto de leis que formam o sistema orçamentário, evoluindo recentemente desse persistente alheamento até a possibilidade reconhecida de uma modalidade de controle da constitucionalidade do orçamento em face da Constituição Federal.

Claro que não se pode deixar de considerar que se trata de um conjunto normativo diverso, materializado pelo modo como a lei do orçamento foi disciplinada ao longo de nossa evolução constitucional.

Pode-se identificar três distintas etapas nessa trajetória. A primeira versa sobre a jurisprudência anterior à vigência da Carta Constitucional de 1988, quando passou a vigorar o controle concentrado de constitucionalidade no Brasil (e não apenas a *representação interventiva*, do sistema anterior) e busca traçar uma ligação entre o pensamento do STF e a construção de um entendimento a respeito da sindicabilidade da norma integrante do sistema orçamentário e da própria atuação do Poder Público na aplicação desse tipo especial de norma jurídica perante a Constituição.

Outra fase pode ser identificada já sob a égide da Constituição de 1988, porém sem o reconhecimento da aplicação do controle concentrado de constitucionalidade sobre as normas orçamentárias, até a paradigmática decisão na ADI nº 2.925, em 19 de dezembro de 2003, e sua influência na jurisprudência.

Outro momento pode ser considerado a partir de janeiro de 2008, pois reflete a atual composição do STF, com pontuais alterações. Dessa forma, busca-se uma apreciação da evolução dos julgados em comparação com a formação da Casa, observando o período das respectivas nomeações, pois, de fato, seis dos onze ministros que integram atualmente a Corte foram nomeados dentro desse terceiro período.

9. Na parte de decisões exaradas ainda na Primeira República,³⁹ destaca-se decisão proferida sob a égide da Constituição de 1946, consubstanciada no Recurso Extraordinário nº 34.581, proferido em 10 de outubro de 1957. As partes desse processo eram, como recorrente, a União Federal e, como recorrido, a Escola de Medicina e Cirurgia do Rio de Janeiro e discutia-se o ato do ministro da Educação de reduzir o valor dos recursos que a autora deveria receber, do montante de Cr\$1.000.000,00, constante do orçamento, pois só lhe havia sido transferida a metade da subvenção prevista, Cr\$500.000,00. O juiz *a quo* e o Tribunal Federal de Recursos haviam reconhecido o direito da autora em receber a integralidade da verba. Foi relator no STF o ministro Cândido Mota Filho, e presidente da Primeira Turma o ministro Barros Barreto. Estavam presentes também os ministros Ary Franco, Nelson Hungria e Luiz Gallotti. A ementa já dá o tom do amparo doutrinário adotado: “Conceito de lei orçamentária. O simples fato de ser incluída uma verba de auxílio, no orçamento, que depende de apreciação do governo, não cria direito a seu recebimento”.

A decisão unânime proferida pela Primeira Turma do STF serve de fundamento para as decisões posteriores e assenta o entendimento da preponderância da atuação da administração na execução orçamentária e a impossibilidade de acionar o Poder Judiciário para correção de ato administrativo em desacordo com a lei do orçamento.

10. A normatização advinda da Constituição de 1967/69 não altera o entendimento do STF e sua visão sobre a lei orçamentária. Prova cabal é o julgamento proferido no Recurso Extraordinário nº 75.908, julgado em junho de 1973, tendo por relator o ministro Oswaldo Trigueiro, presidida a 1ª Turma o ministro Luiz Gallotti, e a compunham também os ministros Aliomar Baleeiro, Djaci Falcão e Rodrigues Alckmin, com a seguinte ementa: “Orçamento. A previsão de despesa, em lei orçamentária, não gera direito subjetivo a ser assegurado por via judicial. Carência de ação. Recurso conhecido e provido”.

³⁹ *Habeas Corpus* nº 3.443, de 25 de outubro de 1913, e o Agravo de Petição nº 1.835, em 29 de janeiro de 1915.

Extrai-se o seguinte trecho do voto do relator:

O dispositivo de lei ordinária nem encerrava o poder de coagir os legisladores, de futuro, nem limitava o critério do Executivo, quanto ao atendimento da autorização orçamentária. De tal lei, à evidência, não nascem direitos subjetivos à obtenção de subvenções ou verbas, a favor da autora, a ser satisfeito em subseqüentes orçamentos do Estado.

Tal acórdão, também paradigmático para o período, indica a manutenção da teoria anterior na análise da constitucionalidade da lei orçamentária.

Observe-se que, nos dois casos acima mencionados, o debate ocorre sob uma ótica processual distinta, não sendo discutido controle de constitucionalidade difuso ou concentrado. Há uma busca por verbas consignadas no orçamento em favor dos autores que não foram adimplidas – entendimento que, neste particular aspecto, não foi modificado até os dias atuais.

11. Já sob a vigência da Constituição Federal de 1988, temos uma coerente sustentação original do STF, afastando a possibilidade de questionamento judicial. Os julgamentos dessa espécie de ação são todos da composição plenária do STF.

O julgamento que exemplifica essa posição está na apreciação da ADI nº 1.716/DF, julgada em 19 de dezembro de 1997, na qual foi reconhecido que a medida provisória questionada efetivamente violou a disciplina constitucional para alteração da lei do orçamento. Foi relator do feito o ministro Sepúlveda Pertence, sob a presidência do ministro Celso de Mello, tendo também participado os ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa e Nelson Jobim.

Na apreciação da ação, o relator afirmou que atos de legislação orçamentária – sejam os de conformação original de orçamento anual de despesa, sejam os de alteração dela, no curso do exercício – são exemplos de leis formais, isto é, de atos administrativos de autorização, por definição, de efeitos concretos e limitados, e que, por isso, o Supremo Tribunal tem subtraído da esfera objetiva do controle abstrato de constitucionalidade de leis e atos normativos.

Observe-se que a visão do STF sobre o orçamento não considera como espécie legislativa de conteúdo normativo, tendo-o apenas como uma modalidade de ato administrativo.

A tese labandiana exsurge no voto do relator neste trecho:

Sucede que tais atos de legislação orçamentária – sejam os de conformação original de orçamento anual de despesa, sejam os de alteração dela, no curso do exercício – são exemplos paradigmáticos de leis formais, isto é, de atos administrativos de autorização,

por definição, de efeitos concretos e limitados que, por isso, o Supremo Tribunal tem subtraído da esfera objetiva do controle abstrato de constitucionalidade de leis e atos normativos.

Nesse sentido, o ministro relator Sepúlveda Pertence subscreve a teoria de Hans Kelsen, transcreve trechos da obra *Teoria Geral das Normas* que o mestre austríaco deixou inclusa⁴⁰ e afirma:

Nesse sentido – que parece corresponder, na jurisprudência da Corte, à identificação do ato normativo susceptível à ação direta – parece evidente que, no caso, não se tem regra de direito, necessariamente dotada de generalidade, mas norma individual plúrima, isto é, que impõe aos destinatários determinados – os responsáveis pelos recursos que especifica – uma certa conduta individualista e única, a necessária à efetivação, no presente exercício ou ao cabo de seu balanço patrimonial, da destinação comum que impôs – a amortização da dívida pública federal – às correspondentes disponibilidades financeiras.

O ministro ainda afirmou que poderia eventualmente mudar seu entendimento no futuro, mas que, naquele momento, não tinha como “resistir-lhe ao comando”.

O fato é que, com essa paradigmática decisão unânime, na qual outros julgamentos esparsos haviam sido mencionados,⁴¹ consolidou-se a posição do STF sobre a inaplicabilidade do controle concentrado de constitucionalidade sobre as normas orçamentárias, tendo por base, como um dos argumentos, a teoria das leis formais, de Paul Laband, embora seu autor não tenha sido mencionado.

É curioso constatar que uma das obras de Hans Kelsen (1881-1973) escritas durante o período em que desempenhou funções administrativas no exército alemão tem um título que deixa vislumbrar a proximidade teórica com a tese de Paul Laband: *Parecer sobre a questão da força legal formal e material dos atos administrativos militares*.⁴²

12. Surge uma alteração substancial na jurisprudência do STF com a apreciação da ADI nº 2.925-8, julgada em 19 de dezembro de 2003. O STF considerou ser possível o controle concentrado de constitucionalidade de legislação orçamentária em típico ato anteriormente infenso a essa modalidade. Essa decisão se mostra paradigmática, pois, pela primeira vez, ocorre uma explícita manifestação do STF no sentido de rever

⁴⁰ Para informações sobre a obra, ver RINGHOFER, K.; WALTER, R. na Introdução à edição brasileira de *Teoria Geral das Normas*. KELSEN, Hans. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1986.

⁴¹ Inobstante essa consolidada posição, é possível encontrar julgamentos, alguns em sede de medida cautelar, que aceitam a discussão da validade das leis do orçamento (LDO e LOA) quando em debate ofensa à separação de poderes (ADI nº 1.911, ADI-MC nº 468, ADI-MC nº 810 e ADI nº 2.108-7).

⁴² Sobre essa obra, ver SOSA WAGNER, Francisco. *Maestros alemanes del derecho público*. Madri: Marcial Pons, 2005. p. 388.

sua jurisprudência e conhecer a possibilidade de controle concentrado de norma orçamentária.

A ministra Ellen Gracie, relatora do processo, propôs manter a jurisprudência consolidada e não conhecer da ação, afirmando que:

Entendo, na mesma linha do Procurador-Geral, estar-se diante de ato formalmente legal, de efeito concreto, portador de normas individuais de autorização.

Além dos precedentes trazidos pela autora, que identificaram, como normas de efeito concreto, comandos de lei orçamentária que destinaram determinada soma pecuniária ou porcentagem da receita prevista a uma certa finalidade/despesa ADI 1.640, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 03.04.98, ADI 2.057, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 31.03.2000 e ADI 2.100, Red. p/ o ac. Min. Nelson Jobim, DJ 01.06.2001 aponto outros julgados nos quais reafirmou-se, do mesmo modo, o entendimento de que as disposições constantes de lei orçamentária anual, ou de emenda à mesma, constituem atos de efeito concreto, insuscetíveis de controle abstrato de constitucionalidade, por estarem ligadas a uma situação de caráter individual e específica.

A divergência, suscitada pelo ministro Marco Aurélio, considerava ser dever do Tribunal examinar a questão pertinente à proteção da opção política consubstanciada na destinação especial de recursos prevista na Constituição, asseverando que a exclusão da lei orçamentária dessa verificação seria colocar a lei orçamentária acima da Carta da República.

A ação foi conhecida por maioria, vencida a relatora, que restou isolada. Votaram pelo conhecimento o presidente, Maurício Corrêa, e os ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Nelson Jobim, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto e Joaquim Barbosa.

Observa-se nítida mudança jurisprudencial a respeito do tema, entre o julgamento realizado em 19 de dezembro de 1997 (ADI nº 1.716, acima comentada) e este, realizado seis anos após, em 19 de dezembro de 2003 (ADI nº 2.925), fruto de dois distintos movimentos: mudança de entendimento de um grupo e renovação da composição da Corte. Mudaram seu entendimento acerca da matéria os ministros Maurício Corrêa, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio e Nelson Jobim. Já não compunham mais a Corte os ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches e Octavio Gallotti. Haviam ingressado na Corte e estavam presentes naquele julgamento os ministros Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Ellen Gracie e Joaquim Barbosa. Apenas a ministra Ellen Gracie manteve-se na linha jurisprudencial até então prevalente e ficou isolada.

Embora importante, deixa-se de analisar o *mérito* da causa, pois isso refoge ao escopo deste trabalho, registrando-se que se discutia a manutenção da referibilidade dos valores arrecadados a título de CIDE, de um

para outro exercício financeiro. O autor foi vencedor, tendo sido dada interpretação conforme a Constituição à norma atacada, por maioria mais apertada do que a obtida no julgamento sobre o conhecimento da ação. No bloco minoritário, ficou a relatora, ministra Ellen Gracie, e os ministros Joaquim Barbosa, Nelson Jobim e Sepúlveda Pertence.

As decisões posteriores mantiveram o afastamento do STF de sua posição anterior, sendo possível verificar um amadurecimento da jurisprudência da Corte no sentido de admitir uma amplitude maior para exame da legislação orçamentária através do controle concentrado de constitucionalidade.

13. Essa alteração jurisprudencial inicial, ocorrida com a ADI nº 2.925 em dezembro de 2003, foi reafirmada no julgamento da ADI-MC nº 4.048, julgada em 14 de maio de 2008, tendo por relator o ministro Gilmar Mendes.

A ação, movida pelo Partido da Social Democracia Brasileira, questionava o uso da Medida Provisória nº 405/2007 para abrir crédito extraordinário orçamentário. A petição inicial considerava que esse procedimento estava vinculado ao mandamento do artigo 167, §3º, da Constituição Federal, apenas podendo ocorrer na existência de despesas impreviáveis e urgentes, tais como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública. A linha de argumentação do autor sustentava que “não há como comparar – porque não têm a mesma densidade de gravidade, de imprevisibilidade e de urgência de uma guerra, de uma comoção interna ou de uma calamidade pública a abertura de crédito extraordinário para cobrir despesas com, por exemplo, custeio ordinário ou de ressarcimento ao gestor do Fundo Nacional de Desestatização”. A petição inicial criticava o entendimento tradicional do STF quanto ao não cabimento de ação direta de inconstitucionalidade contra normas de caráter orçamentário.

O voto do relator enfrentou a anterior jurisprudência do STF, que tinha considerado inadmissível a propositura de ação direta de inconstitucionalidade contra atos de efeito concretos, destacando os julgamentos anteriores, que prestigiaram este entendimento, porém, claramente, o considerou superado. Seu fundamento partiu do pressuposto de que, se a Constituição submete a lei ao processo de controle abstrato, até por ser este o meio próprio de inovação na ordem jurídica e o instrumento adequado de concretização da ordem constitucional, não parece admissível que o intérprete debilite essa garantia da Constituição, isentando um número elevado de atos aprovados sob a forma de lei do controle abstrato de normas. Destacou que muitos desses atos, por não envolverem situações

subjetivas, dificilmente poderiam ser submetidos a um controle de legitimidade no âmbito da jurisdição ordinária. Assim, a jurisdição constitucional abstrata seria o único e principal momento de verificação de sua compatibilidade com a Constituição.

A posição majoritária do STF foi no sentido de considerar necessária a reafirmação da jurisprudência, então incipiente, pois iniciada com a ADI nº 2.925, em tema de instauração de controle abstrato de normas veiculadoras de regras pertinentes à matéria de despesa pública ou de caráter orçamentário para admitir a possibilidade de controle. Ademais, a decisão mencionada não apenas reconheceu essa possibilidade, mas afirmou que o controle concentrado de constitucionalidade é o mecanismo mais bem estruturado para efetivar a defesa da ordem constitucional, inclusive quando se tem por objeto a apreciação, em tese, de legislação que dispõe sobre a provisão de receita, fixação de despesa ou autorização para abertura de créditos adicionais. A ação foi conhecida por maioria, vencido apenas o ministro Cezar Peluso.

Observa-se que a posição majoritária pelo conhecimento foi mantida, mesmo com a alteração na composição do STF entre dezembro de 2003 (julgamento da ADI nº 2.925) e maio de 2008 (julgamento da ADI-MC nº 4.048). Mantiveram seu entendimento os ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Menezes Direito, Carlos Britto e Joaquim Barbosa. Os “novatos” seguiram a posição do relator, admitindo o conhecimento do controle de constitucionalidade das normas orçamentárias: ministros Eros Grau, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski. Houve uma “troca cruzada de posições”, pois o ministro Cezar Peluso mudou de posição, não admitindo o conhecimento da ação, e a ministra Ellen Gracie, que antes não admitia, passou a fazê-lo – cada qual com posição divergente daquela adotada em dezembro de 2003 (ADI nº 2.925).

No mérito, a liminar foi deferida, tendo votado com o relator os ministros Eros Grau, Cármen Lúcia, Carlos Britto e Marco Aurélio. Estavam ausentes os ministros Celso de Mello, Menezes Direito e Ellen Gracie. Votaram contra o relator os ministros Ricardo Lewandowski, Cesar Peluso e Joaquim Barbosa.

A decisão de mérito considerou que o uso do mecanismo de crédito extraordinário tencionava subtrair da apreciação do Parlamento a prévia autorização para abertura de crédito suplementar e especial, evitando a necessidade da prévia tramitação legislativa para a aprovação dos valores, utilizando a medida provisória cujo efeito é imediato. Dessa forma, a decisão que reconheceu a ilegitimidade do uso da medida provisória para a abertura desse tipo de crédito e proclamou sua incompatibilidade

com a Constituição, inobstante sua posterior conversão em lei, agiu em defesa da prerrogativa parlamentar prevista na Constituição Federal e no direito dessas Casas de apreciar a matéria orçamentária amplamente, sem a imposição efetuada pela premência do Executivo e pelo ritmo ditado pela urgência constitucional.

Nesse julgamento e em outros que se seguiram,⁴³ o STF se posicionou em defesa da prerrogativa de deliberação do Congresso Nacional, que possui a missão constitucional de elaborar o orçamento, aprovando suas normas por direito próprio. A elaboração orçamentária é tarefa do Congresso Nacional, mediante apresentação de proposta do Poder Executivo, mas a deliberação é tarefa exercida pelo Parlamento. Dessa forma, a restrição à deliberação do Congresso Nacional na apreciação do orçamento foi refutada pelo STF.

Pode-se afirmar que, relativamente ao modo como a visão do STF tem evoluído no específico tema de aplicação, elaboração e controle do orçamento público, não é possível deixar de ressaltar a significativa, para dizer o mínimo, alteração da concepção tradicional de controle dos atos do Poder Público para o patamar traçado pelas linhas acima. É de notar gradual, porém, persistente abandono da concepção formalista no tema de controle do orçamento, levando a uma importante discussão a respeito da aplicação dos recursos públicos, cujo patamar de detalhamento não encontra correspondência nos anteriores julgamentos efetuados pelo STF, conforme exposto.

14. Por derradeiro, cabe destacar uma decisão que, de modo definitivo, proclama a possibilidade da revisão judicial da norma orçamentária. Porém, diversamente dos julgados anteriormente narrados, a atuação do STF não se pauta pela defesa da prerrogativa do Parlamento na conformação da Lei do Orçamento, mas na convicção de que é possível a revisão judicial, mesmo em desvalia da opção parlamentar materializada na lei orçamentária. Trata-se do julgamento da ADI nº 5.468, relatada pelo ministro Luiz Fux e julgada em 30 de junho de 2016.

Essa ação foi proposta pela Associação de Magistrados da Justiça do Trabalho e questionava a atuação parlamentar na elaboração da lei orçamentária para o ano de 2016. A alegação da inicial foi no sentido de que a Lei nº 13.255/2016 (LOA, 2016) seria inconstitucional por afronta ao princípio da divisão funcional de poderes e que a redução do orçamento da Justiça do Trabalho foi realizada com desvio de finalidade e que, ademais,

⁴³ ADI nº 4.049, ADI nº 2.855 e, muito especialmente, ADI nº 3.949, esta última sobre a sindicabilidade da Lei de Diretrizes Orçamentárias.

configuraria ato discriminatório, desproporcional e desarrazoado – uma espécie de “retaliação”. A inicial também consigna que a peça orçamentária anual estaria em desconformidade com o Plano Plurianual (PPA), estipulado para o quadriênio 2016 a 2019, com realce para a diretriz de “promoção do emprego com garantia de direitos trabalhistas e o fortalecimento das relações de trabalho”, o que macula a opção realizada pelo legislador da lei ânu.

O processo teve origem na construção do orçamento para o ano de 2016, quando os valores destinados ao custeio e investimento da Justiça do Trabalho foram dramaticamente reduzidos. Foram retirados R\$844 milhões da proposta orçamentária encaminhada, o que equivalia a 30% das verbas destinadas ao custeio e 90% das destinadas a investimentos. O fundamento utilizado pelo relator do projeto de orçamento de 2016⁴⁴ foi bem explícito na fundamentação para esse corte:

Estamos promovendo ajustes também nas despesas de custeio e investimento do Poder Judiciário. No caso da Justiça do Trabalho, propomos o cancelamento de 50% das dotações para custeio e 90% dos recursos destinados para investimentos. Tal medida se faz necessária em função da exagerada parcela de recursos destinados a essa finalidade atualmente. Na proposta para 2016 o conjunto de órgãos que integram a justiça do trabalho prevê gastos de R\$ 17,8 bilhões, sendo mais de 80% dos recursos destinados ao pagamento dos mais de 50 mil funcionários, o que demanda a cada ano a implantação de mais varas, e mais instalações. As regras atuais estimulam a judicialização dos conflitos trabalhistas, na medida em que são extremamente condescendentes com o trabalhador. Atualmente, mesmo um profissional graduado e pós-graduado, com elevada remuneração, é considerado hipossuficiente na Justiça do Trabalho. Pode alegar que desconhecia seus direitos e era explorado e a Justiça tende a aceitar sua argumentação. Algumas medidas são essenciais para modernizar essa relação, tais como: sucumbência proporcional; justiça gratuita só com a assistência sindical; e limite de indenização de 12 vezes o último salário. Atualmente as causas são apresentadas com valores completamente desproporcionais.

E mais adiante:

Tais medidas implicam alterações na legislação, mas é preciso que seja dado início a esse debate imediatamente. A situação atual é danosa às empresas e ao nosso desenvolvimento econômico, o que acarreta prejuízos aos empregados também. Nesse sentido, estamos propondo cancelamentos de despesas de maneira substancial, como forma de estimular uma reflexão sobre a necessidade e urgência de tais mudanças. O objetivo final é melhorar a justiça do trabalho, tornando-a menos onerosa e mais eficiente, justa e igualitária.

Parece nítido que o orçamento destinado à Justiça do Trabalho no ano de 2016 foi utilizado como instrumento⁴⁵ para, como diz o relatório,

⁴⁴ LOA 2016, Parecer da CMO – Relatório Deputado Ricardo Barros.

⁴⁵ No mesmo parecer, a restrição orçamentária aos demais ramos do Poder Judiciário foi de 15% para as despesas de custeio e 40% para as despesas de investimento.

“impor uma reflexão” sobre a forma de atuação dos magistrados que integram aquele ramo de Justiça.⁴⁶ Parece clara a opção política da restrição orçamentária imposta. Não se tratava de adoção de uma política pública pela limitação de crescimento, mas, sim, medida que pretendeu, ao justificar os cortes impostos à Justiça do Trabalho em média superior ao dobro dos cortes suportados por outros ramos do mesmo Poder, instar a magistratura do trabalho a “refletir sobre os entendimentos que alegadamente praticaria contra o patronato”.⁴⁷

A ADI nº 5.468 foi considerada improcedente por maioria de votos. O relator, ministro Fux, enfrentou a matéria pertinente à ilegitimidade do ato parlamentar apreciando-o em seu mérito, tendo afirmado que:

Embora a fundamentação apresentada pelo relatório final da Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização (CMO) do Congresso Nacional ostente, confessadamente, motivação ideologicamente enviesada, tal ato, per se, não vincula os parlamentares das Casas Legislativas do Parlamento Federal.

E mais adiante:

Dessarte, ainda quando se realiza a avaliação de cada um dos já subprincípios da proporcionalidade (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito), não se configura abuso do poder legislativo a redução do orçamento público destinado a órgãos e programas orçamentários em decorrência de contexto de crise econômica e fiscal. A mera possibilidade de controle da atuação parlamentar em matéria orçamentária não pode ser pressuposta, genericamente, como ilegítima. Há de se efetuar a análise, detalhada, da existência de excessos, ou não, quanto às modificações realizadas em matéria de programação orçamentária, as quais são intimamente dependentes do contexto socioeconômico do país num dado momento histórico.

A admissibilidade da ação foi acatada pelos ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso e Edson Fachin, vencido apenas o ministro Marco Aurélio, o que significou uma mudança de seu entendimento em face dos paradigmas anteriores. O Ministro Teori Zavascki esteve ausente.

Isso demonstra a aceitação da tese do controle concentrado de constitucionalidade de normas orçamentárias não só pelos ministros mais antigos, que já haviam sufragado a tese no julgamento da ADI-MC

⁴⁶ Em face do corte no orçamento, entidades da sociedade civil foram ao Supremo Tribunal Federal questionar a violação à regra da Separação de Poderes. A ADI nº 5.468 foi considerada improcedente por maioria de votos, valendo transcrever trecho do voto (vencido) do ministro Celso de Mello: “O Congresso Nacional incidiu em claro desvio de finalidade quando promoveu abusiva redução da dotação orçamentária da Justiça do Trabalho, fazendo-o, de modo arbitrário, em caráter de retaliação pelas decisões legitimamente proferidas por essa importantíssima instituição da República no estrito exercício de sua competência jurisdicional”.

⁴⁷ ADI nº 5.468, p. 127.

nº 4.048, em maio de 2008 (ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski), como dos mais recentes (ministros Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso e Edson Fachin). Mudou de posição o ministro Marco Aurélio.

No mérito, o voto do relator não apenas admitiu a possibilidade da existência do abuso da legislação, como examinou se, no caso, o abuso aconteceu, afirmando sua não ocorrência.⁴⁸ Esse posicionamento de mérito, sufragado pela unanimidade dos ministros do STF,⁴⁹ significa uma decisiva mudança em relação às decisões anteriormente citadas, com a aceitação do controle da norma orçamentária quanto ao seu conteúdo e admitindo a possibilidade de modificação desta por decisão judicial.⁵⁰

Nos debates que se seguiram ao voto do relator, a questão da possibilidade da investigação do desvio de finalidade foi debatida e qual seria a decisão do STF caso a viesse a pronunciá-la. Tudo indica que o STF, naquela composição, muito semelhante à atual, não possui dúvidas sobre sua competência para, em determinadas situações, realizar o controle da lei do orçamento em detrimento da opção realizada pelo Poder Legislativo. Para tanto, foi aprovado, como tese, o enunciado a seguir transcrito:

Salvo em situações graves e excepcionais, não cabe ao Poder Judiciário, sob pena de violação ao princípio da separação de poderes, interferir na função do Poder Legislativo de definir receitas e despesas da administração pública, emendando projetos de leis orçamentárias, quando atendidas as condições previstas no art. 166, §3º e §4º, da Constituição Federal.

Como consolidadora da discussão, a tese aprovada reflete a concepção da possibilidade da realização do controle judicial da lei orçamentária,

⁴⁸ Apesar de considerar improcedente o pedido, faz o que chama de “apelo ao legislador”, nos termos seguintes: “Não obstante a parte dispositiva acima enunciada, apresento como proposta adicional a esse provimento jurisdicional declaratório, que este STF lance mão da alternativa do ‘apelo ao Legislador’, para que se notifique o Congresso Nacional, acerca da premência e da relevância de que as dotações orçamentárias previstas para o corrente exercício financeiro de 2016, conforme a sistemática indicada pelo §5º do art. 99 da CRFB/1988). O objetivo é o de sinalizar ao Poder Legislativo federal acerca da observância da conveniência e da oportunidade das dotações ora vigentes possam ser eventualmente suplementadas, para fins de manutenção da regularidade das atividades básicas de prestação adequada e eficiente da atividade jurisdicional na seara trabalhista – um serviço público estratégico e de típica concreção da soberania e da cidadania (CRFB/1988, art. 1º, caput, incisos I e II) para a materialização do direito fundamental do acesso à Justiça”.

⁴⁹ A decisão foi por maioria de votos apenas quanto à ocorrência ou não do ato desviado de finalidade. Não houve contestação, com exceção de uma ressalva para discussão futura realizada pelo ministro Edson Fachin, acerca da possibilidade do exame do conteúdo próprio da escolha parlamentar pelo Poder Judiciário.

⁵⁰ O voto do relator, ministro Fux, possui o seguinte trecho: “Essa pré-compreensão normativa contempla, por óbvio, a possibilidade de controle de constitucionalidade quanto a situações graves e excepcionais em que haja típico desvio, ou abuso legislativo em relação às premissas constitucionais. O fator decisivo, a meu sentir, entretanto, é que esta não foi a situação da norma ora impugnada”.

desde que sob condições, o que representa uma considerável modificação na forma como era compreendida a norma do orçamento e os limites da atuação judicial para verificação de sua conformidade.

Contudo, a decisão deixou de aprofundar a discussão em tema absolutamente relevante. Trata-se da questão da compatibilidade material entre o PPA e a LOA,⁵¹ trazida com um dos fundamentos da inicial. O voto do relator considera a incompatibilidade, porém não afirma que isto promova sua invalidade. Sua posição está assim manifestada:

Não há, também quanto a essa última alegação de incompatibilidade com o PPA, qualquer fundamento constitucional decisivo que imponha a invalidação, em absoluto, da lei orçamentária já em vigor.⁵²

A posição esposada parece levar a crer que a compatibilidade afirmada na Constituição seria uma norma apenas para a confecção do orçamento e, se ignorada, não implicaria em invalidá-lo. O fato é que a posição do relator e dos demais ministros não está clara o suficiente para permitir considerar o posicionamento do STF neste ou naquele sentido sobre esta matéria.

Destaca-se que a composição atual da Corte,⁵³ praticamente idêntica com a do último julgamento analisado, permite considerar certa estabilidade jurisprudencial, salvo eventual modificação de posicionamento de algum ministro.

5 Conclusões

15. O entendimento jurisprudencial do STF a partir de 2003 sobre o controle concentrado de constitucionalidade das leis do sistema orçamentário indica o abandono da noção de lei formal e de lei material, ancoradas na teoria de Paul Laband, criada no apagar das luzes do século XIX. Parece incrível, mas somente no alvorecer do século XXI tais concepções formalistas foram abandonadas em definitivo pelo STF e, mesmo assim, com errático posicionamento de alguns ministros da Corte até os dias atuais.

⁵¹ Constituição Federal. Artigo 166, §3, I.

⁵² Voto do Ministro Luiz Fux, p. 47.

⁵³ Datas de ingresso no STF: José Celso de Mello Filho (17.08.1989); Marco Aurélio Mendes de Farias Mello (13.06.1990); Gilmar Ferreira Mendes (20.06.2002); Enrique Ricardo Lewandowski (16.03.2006); Cármen Lúcia Antunes Rocha (21.06.2006); José Antonio Dias Toffoli (23.10.2009); Luiz Fux (03.03.2011); Rosa Maria Pires Weber (19.12.2011); Luís Roberto Barroso (26.06.2013); Luís Edson Fachin (16.06.2015) e Alexandre de Moraes (22.03.2017). A mudança ocorreu com o ingresso do ministro Alexandre de Moraes na vaga aberta em razão do falecimento do Ministro Teori Zavascki, ocorrida em 10.01.2017.

A tese aprovada no julgamento da ADI nº 5.468 identifica a consolidação da admissibilidade do controle concentrado de constitucionalidade das normas orçamentárias, âmbito que, até então, estava afastado desse tipo de controle judicial e de qualquer sindicabilidade efetiva pelo Poder Judiciário.

Assente a admissibilidade do controle concentrado das normas orçamentárias, o próximo desafio acadêmico e jurisprudencial diz respeito ao mérito do que deve ser controlado.

Entende-se que o controle deve incidir sobre a política eleita pelos órgãos legitimados para a realização das escolhas políticas, que são o Poder Executivo e o Poder Legislativo. A opção da correção judicial do mérito das normas orçamentárias ocorre quando existe flagrante e manifesta violação da opção constitucional sendo implementada com desvio de finalidade, precipitando a negação do direito previsto na Constituição.

Desse modo, não existe a possibilidade da intervenção judicial de mérito para modificar a atuação do Estado se a política escolhida é compatível com a Constituição Federal, se o orçamento está formado em consonância com esta opção e, ainda, se a norma orçamentária está sendo cumprida corretamente pelos órgãos administrativos encarregados de sua execução.

Essa é uma nova etapa de estudos que se abre após a consolidação do entendimento jurisprudencial no STF acerca da admissibilidade do controle concentrado de constitucionalidade e a conseqüente ultrapassagem da tese labandiana, que considerava o orçamento como uma lei apenas em sentido formal.

Recebido em: 27.02.19.

Aprovado em: 14.06.19.

The trajectory of concentrated control of the constitutionality of the budget and its outsourcing as a formal law

Abstract: This paper analyzes the distinction between formal and material laws in public financial law, which originates from Paul Laband's doctrine (1838-1918), exposed during the German unification process of the nineteenth century, and its acceptance by the STF in the concentrated control of constitutionality of Brazilian public budget, which accepted it until the doors of the XXI century, and its repercussions in contemporaneity.

Keywords: Budget. Constitutionality control. Formal and material laws. Paul Laband.

Referências

- BALEEIRO, Aliomar. *Uma Introdução à ciência das finanças*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *A Lei do orçamento na teoria da lei*. Separata de: Boletim Especial da Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra, 1978.
- CERQUEIRA, Marcelo. *A Constituição na história*. Revan, 1993.
- CHRISTOPOULOS, Basile. *Orçamento Público e Controle de Constitucionalidade – Argumentação consequencialista nas decisões do STF*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- CUNHA, Sérgio Sérvulo da. Introdução à edição brasileira da obra “*Jurisdição Constitucional*” de Hans Kelsen, 2007.
- DUARTE, Tiago. *A lei por detrás do orçamento – A questão constitucional da lei do orçamento*. Coimbra: Almedina, 2007.
- FONSECA, Rafael Campos Soares da. *O Orçamento Público e suas emergências programadas*. Belo Horizonte: Editora D’Placido, 2017.
- GALGANO, Francesco. *Historia del derecho mercantil*. Barcelona, 1980.
- HORVATH, Estevão. *O orçamento no século XXI: tendências e expectativas*. Tese apresentada ao concurso de professor titular na área de direito financeiro da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014.
- HOBSBAWM, Eric. *A era das revoluções*. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1994.
- HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.
- JELLINEK, Georg. *Teoría general del estado*. Buenos Aires: Albatros, 1970.
- JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. v. 4, 5 e 6. Buenos Aires: Depalma, 1950.
- JÈZE, Gaston. *Cours de science des finances et de législation financière française*. Paris: Giard, 1922.
- JÈZE, Gaston. *Traité de science des finances, le budget*. Paris: Giard et Brière, 1910.
- LABAND, Paul. *El derecho presupuestario*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1979.
- NABUCO, Joaquim. *Edições do Senado Federal*. v. 14. 2ª reimpressão. Brasília: Senado Federal; Conselho Editorial, 2010.
- RINGHOFER, K.; WALTER, R. Introdução à edição brasileira de *Teoria Geral das Normas*. KELSEN, Hans. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1986.
- RODRÍGUEZ BEREIJO, Álvaro. Laband y el derecho presupuestario del Imperio Alemán, escrito à guisa de Introdução. In: LABAND, Paul. *El derecho presupuestario*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1979.
- SAINZ DE BUJANDA, Fernando. *Hacienda y derecho*. Madri: Instituto de Estudios Políticos, 1962.

SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento Republicano e Liberdade Igual*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade do Estado por Intervenção no domínio econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SOSA WAGNER, Francisco. *Maestros alemanes del derecho público*. Madri: Marcial Pons, 2005.

TORRES, Heleno Taveira. *Teoria da Constituição Financeira*. São Paulo: Ed. RT, 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário*. v. V – O orçamento da Constituição. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

VIVEIROS DE CASTRO, Augusto Olympio. *Tratado dos impostos: estudo theorico e pratico*. Rio de Janeiro, Impr. Nacional, 1910.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SCAFF, Fernando Facury; ROCHA, Francisco Sergio. A trajetória do controle concentrado de constitucionalidade do orçamento e sua ultrapassagem como lei formal. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 21, n. 115, p. 55-84, maio/jun. 2019.
