

**Ricardo Lobo Torres**

*Professor Titular de Direito Financeiro na Faculdade de Direito da UERJ e Professor de Direito Tributário nos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da PUC-Rio, UCAM-Ipanema, UGF e UNIG.  
Procurador do Estado do Rio de Janeiro (aposentado)*

**TRATADO DE DIREITO CONSTITUCIONAL  
FINANCEIRO E TRIBUTÁRIO**

**Volume V**

**O ORÇAMENTO NA CONSTITUIÇÃO**

2ª edição

Revista e atualizada até a publicação da  
Emenda Constitucional nº 27, de 21.3.2000, e  
da Lei de Responsabilidade Fiscal  
(Lei Complementar nº 101, de 4.5.2000)

**RENOVAR**

Rio de Janeiro • São Paulo  
2000

Todos os direitos reservados à  
LIVRARIA E EDITORA RENOVAR LTDA.  
MATRIZ: Rua da Assembléia 10/2.421 - Centro - RJ  
CEP.: 20011-000 - Tels.: (021) 531-2205/ 531-1618/ 531-3219 - Fax: (021) 531-2135  
LIVRARIA: Rua da Assembléia, 10 - loja E - Centro - RJ  
CEP.: 20011-000 - Tels.: (21) 531-1316/ 531-1338 - Fax: (21) 531-1873  
FILIAL RJ: Rua Antunes Maciel, 177 - São Cristóvão - RJ  
CEP.: 20940-010 - Tels.: (21) 589-1863/ 580-8596/ 860-6199 - Fax: (21) 589-1962  
FILIAL SÃO PAULO: Rua Santo Amaro, 257-A - Bela Vista - SP  
CEP.: 01315-001 - Tel.: (11) 3104-9951 / 3104-5849

<http://www.editoras.com/renovar> e-mail [renovar@ibm.net](mailto:renovar@ibm.net)

SAC: 0800-221863

*Conselho Editorial*

Arnaldo Lopes Süssekind — Presidente  
Carlos Alberto Menezes Direito  
Caio Tácito  
Luiz Emygdio F. da Rosa Jr.  
Celso de Albuquerque Mello  
Ricardo Pereira Lira  
Ricardo Lobo Torres  
Vicente de Paulo Barretto

**01534**

*Revisão tipográfica*  
M<sup>a</sup> Glória S. Carvalho  
Renato Carvalho Rosário

*Capa*

Ana Sofia Marinz

*Editoração Eletrônica*  
TopTextos Edições Gráficas Ltda.

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte  
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

T693t Torres, Ricardo Lobo, 1935-  
Tratado de direito constitucional financeiro e tributário, volume  
V: o orçamento na Constituição / Ricardo Lobo Torres. — 2. ed. rev.  
e atual. até a publicação da Emenda Constitucional n. 27, de 21.3.2000,  
e da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei complementar n. 101, de  
4.5.2000) — Rio de Janeiro: Renovar, 2000.  
519p. ; 23cm

ISBN 85-7147-192-4  
Inclui bibliografia.

1. Orçamento — Legislação — Brasil. I. Título.

CDD-343.81034

Proibida a reprodução (Lei 5.988/73)  
Impresso no Brasil  
*Printed in Brazil*

o princípio da legitimidade à questão da competência dos órgãos ou da validade da norma, sempre dependentes de uma norma superior do ordenamento<sup>63</sup>.

A Constituição de 1988, que contém inúmeros defeitos, possui pelo menos a grande virtude de declarar com clareza os direitos fundamentais e de proclamar princípios como os da moralidade e da legitimidade (art. 70). Com isso abriu novas perspectivas para a reflexão jurídica, que começa a se afastar da idéia de uma legitimidade apoiada na norma ou no fato social para buscá-la nos próprios valores.

De feito, a legitimidade do Estado moderno tem que ser vista sobretudo a partir do equilíbrio e harmonia entre valores e princípios jurídicos afirmados por consenso. A aceitação da norma e a obediência ao seu comando, que afinal de contas sintetizam a própria legitimidade, resultam do acordo social a respeito da sua adequação a valores éticos e princípios de direito em permanente interação. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que vem examinando com proficiência o tema da legitimidade e da moralidade, diz que a substância da legitimidade "está na axiologia que suporta um sistema juspolítico; o conjunto de valores que, accitos, é capaz de gerar um onímoto poder social que, até certo ponto, minimiza o exercício de sua expressão física — o poder"<sup>64</sup>.

Assim sendo, a legitimidade do Estado Orçamentário repousa na harmonia entre os valores e os princípios éticos e jurídicos afirmados por consenso, matéria que examinaremos no Capítulo III, e no próprio controle da legitimidade da execução orçamentária, objeto do Capítulo V.

### III. TEORIA DA CONSTITUIÇÃO ORÇAMENTÁRIA

#### 10. CONCEITO

A Teoria da Constituição Orçamentária compreende o conhecimento, a ciência, o conjunto de proposições sobre a Constituição Orçamentária, o discurso sobre si própria. Apresenta-se como siste-

---

<sup>63</sup> Ibid., p. 280.

<sup>64</sup> *Legitimidade e Discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 5.

ma orçamentário externo ou científico, de que a Constituição Orçamentária é o sistema interno ou objetivo, abrangendo as normas, a realidade e os conceitos orçamentários.

A Teoria da Constituição Orçamentária é *aberta*, porque, embora sistemática, não é inteiramente científica, voltada que está também para a filosofia e a ética. Demais disso, não se apóia em uma única orientação, senão que incorpora os vários métodos e admite o *pluralismo* das concepções. A abertura teórica não se circunscreve ao Direito Constitucional, pois representa orientação básica da Teoria das Ciências e da Teoria Geral do Direito.

O sistema científico do orçamento incorpora e explora as orientações da ciência normativa. Estuda a realidade e o dever ser axiológico. Absorve as considerações de política orçamentária, não se furtando às análises de *lege ferenda*, pois se reinclui no sistema científico do direito orçamentário a dimensão da *policy* e da apreciação teleológica, excluídas a ideologia trivial e a ação político-partidária. Aliás, a rigor, o sistema externo se aproxima muito mais da política e da arte que da ciência, coisa que ocorre igualmente com outras disciplinas jurídicas, normente o direito tributário, ao qual retorna o enfoque de *lege ferenda*<sup>65</sup>. Realmente, a possibilidade do enfoque científico do orçamento é exígua. Como se fazem as decisões básicas? A que serviço público (saúde, educação, justiça) e a que pessoas (ricos, pobres, remediados) se devem alocar os recursos orçamentários? Inexiste resposta científica apriorística, eis que a questão envolve valores e princípios éticos e jurídicos<sup>66</sup>. O financeiro americano V. O. Key Jr. disse, com precisão, que “a mais vantajosa

---

65 Cf. LANG, Joachim. “Das Steuerrecht als Fach einer rechtswissenschaftlichen Ausbildung”. *Steuer und Wirtschaft*: 80, 1976: “Como apenas se ensinou ao jurista alemão a aplicar a norma, mas não a elaborá-la, ele é capaz de praticar a subsunção, mas não a desenvolver os valores. Falta-lhe o apoio de um pensamento de *lege ferenda*, especialmente de um pensamento político-jurídico (possivelmente não ideológico) que equilibre as premissas da política jurídica (sociológica, econômica, cultural, etc.) com os princípios do Direito e que possa filtrar os elementos prejudiciais ao sistema jurídico, como a política do dia ou o projeto emotivo (v.g. a mudança do processo penal)”.

66 Cf. WILDAWSKY, Aaron. *The New Politics of the Budgetary Process*. Glenview: Scott, Foresman and Company, 1987, p. 4; SCHICK, Allen. “An Inquiry into the Possibility of a Budgetary Theory”. In: RUBIN, Irene S. *New Directions in Budget Theory*. New York: State University of New York, 1988, p. 60.

utilização de fundos públicos envolve uma questão de preferência valorativa entre fins que carecem de um denominador comum. Como tal, essa questão é um problema de filosofia política”<sup>67</sup>.

## 11. INTERDISCIPLINARIDADE

A Teoria da Constituição Orçamentária vive no ambiente da *interdisciplinaridade*. Comunica-se intensamente com os outros subsistemas da *Teoria da Constituição Financeira*, como sejam a Teoria da Constituição Tributária e da Constituição Monetária. Está em relação íntima com a Teoria da Constituição Econômica e da Política, até porque, como já vimos, o *superorçamento* contemporâneo recebe a influência direta dos sistemas econômicos e políticos<sup>68</sup>. Elabora em íntimo contacto com políticas sociais a teoria das despesas públicas, matéria com grande *déficit* científico. Enriquece-se com os resultados da *Filosofia da Justiça* e com a reflexão sobre os direitos sociais, assuntos sob a “reserva da lei orçamentária”<sup>69</sup>. Aproxima-se da *Ética*, que também recupera a sua importância nos últimos anos. Vive em permanente diálogo com a *Economia*, eis que aproximadamente 30% do PIB passam pelos orçamentos do Estado; novas disciplinas econômicas como a *Public Choice*, a *New Public Economic* e a *New Public Finance*, que se deixam também influenciar pelas considerações éticas, encontram na repartição dos custos dos serviços públicos e no controle dos gastos o seu tema principal<sup>70</sup>. A

---

67 “The Lack of Budgetary Theory”. *American Political Science Review* 34: 1137, 1940.

68 Vide p. 9.

69 Vide p. 18.

70 A *Public Choice* é vista por J. BUCHANAN (“A Contractarian Paradigm for Applying Economic Theory”. *The American Economic Review* 65: 229, 1975), que é um dos seus maiores entusiastas, como “subdisciplina embutida na ciência econômica e política”, como ciência contratual (*science of contract*), cabendo ao economista o papel de árbitro e não de “maximizer”. Para a exposição e crítica do método da *Public Choice*, cf. SPROULE-JONES, Mark. “Public Choice Theory and Natural Resources: Methodological Explication and Critique”. *The American Political Science Review* 76: 803, 1982; UDEHN, Lars. *The Limits of Public Choice. A Sociological Critique of the Economic Theory of Politics*. London: Routledge, 1996; CASAS PARDO, José and SCHNEIDER, Friedrich (Ed.). *Current Issues in Public Choice*. London: Edward Elgar Publishing, 1996. Para as relações entre a *Public Choice* e a ética: BUCHANAN, J.

sociologia e a ciência política desenvolvem relevantes pesquisas sobre a prática orçamentária, nomeadamente a respeito de problemas como os da predação da renda pública (*rent seeking*).<sup>71</sup> Importantíssimo também o relacionamento com a Ciência das Finanças, que “contempla a Fazenda Pública como *uma parte da economia nacional*”<sup>72</sup>.

Conseqüência da interdisciplinaridade é que a Teoria da Constituição Orçamentária e os estudos sobre o orçamento público devem ser feitos por juristas, economistas e sociólogos, em desejável integração. Aqueles se concentrarão nos aspectos principiológicos e sistêmicos do direito constitucional orçamentário; os economistas se preocuparão com o exame macroeconômico; os sociólogos estudarão a rede de interações sociais presente no processo orçamentário. Infelizmente nem sempre tem sido assim: os juristas abdicaram dos juízos de valor e da consideração *de lege ferenda* e se apegam

---

M. *Ethics and Economic Progress*. Norman: University of Oklahoma, 1994, p. 1: “Os constrangimentos éticos ou morais sobre o comportamento humano produzem importantes efeitos econômicos, medidos em valores econômicos positivos ou negativos; —. *The Economics and Ethics of Constitutional Order*. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1991, p. 154; CASAS PARDO, José and CONILL SANCHO, Jesus. “Does Ethical Proceduralism underlie James M. Buchanan’s Constitutional Contractualism?” In: J. CASAS PARDO and F. SCHNEIDER (Ed.), *op. cit.*, p. 115-128.

<sup>71</sup> A expressão “*rent seeking*”, que significa “procura da renda pública” ou “predação da renda”, vem sendo utilizada principalmente pelos economistas da *Public Choice*, para significar que o orçamento e os dinheiros públicos estão sujeitos a predação por parte de pessoas e corporações, que, adotando práticas que por si só não são ilegais, procuram desviar para os seus bolsos, mediante privilégios e fora das condições de mercado, o produto do esforço coletivo. Surpreendem-se atividades de *rent seeking* no lobby, inclusive advocatício, sobre o Legislativo e o Judiciário, sobretudo ao fito de obtenção de subvenções, isenções, subsídios, interpretações cavilosas e outras transferências governamentais. Para alguns autores as práticas fundadas em ilegalidades e corrupção, como as que se dão nas concorrências e nas entregas de bens e serviços à administração pública, também configuram *rent seeking*. Cf. KRUEGER, A. O. “The Political Economy of the Rent Seeking Society”. *American Economic Review* 64: 291-303, 1974; TULLOCK, G. *Rent Seeking*. Bookfield: Elgar Publishing, 1993; —. “Rent seeking and the Law”. In: J. CASAS PARDO and F. SCHNEIDER (Ed.), *op. cit.*, p. 179-188. Começa a ingressar no Brasil através da obra do sociólogos e cientistas políticos (vide p. 32).

<sup>72</sup> NEUMARK, Fritz. *Problemas Economicos y Financieros del Estado Intervencionista*. Madrid: Ed. Derecho Financiero, 1964, p. 252.

ram a posições positivistas inteiramente superadas; os economistas, sob a capa de uma pretensa neutralidade científica, passaram a decidir sobre os aspectos valorativos, assenhoreando-se do discurso constitucional e legal do orçamento, ditando as políticas governamentais e importando acriticamente os modelos estrangeiros; os sociólogos e cientistas políticos abandonaram as pesquisas de campo e se puseram a dissertar sobre as sínteses de filosofia política e social.

## 12. O PROBLEMA DA IDEOLOGIA

A Teoria da Constituição deve proceder à *crítica da ideologia*, ou melhor, da *ideologia trivial* ou do conjunto de idéias que não coincidem com a realidade, seja por insuficiência ou limitação, seja em virtude da falsa consciência (*falsche Bewusstseins; mauvaise foi*)<sup>73</sup>. Tornou-se crítica ao aceitar o desafio de se transformar em ciência normativa ou ciência com finalidade política<sup>74</sup>. Anota Bachof<sup>75</sup>, com toda a razão, que o sistema científico do Direito Constitucional, embora seja importante do ponto de vista heurístico e hermenêutico, deve ser objeto permanente de crítica, pois não é qualquer concepção teórica nova que se transforma em direito constitucional objetivo. Só o pluralismo das concepções teóricas, o debate permanente como “*complexio oppositorum*”<sup>76</sup> e a recusa de soluções globais perfeitas e acabadas minoram o caráter ideológico da Teoria da Constituição e lhe compatibilizam os postulados com a realidade constitucional.

Essas observações em torno da ideologia se projetam para o campo da teoria dos subsistemas constitucionais. Pode a Constitui-

---

73 Cf. TORRES, Ricardo Lobo. *Sistemas Constitucionais Tributários*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 134.

74 Cf. HESSE, Konrad. “Die normative Kraft der Verfassung”. In: FRIEDRICH, Manfred. *Verfassung*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1978, p. 39; HÄBERLE, Peter. “Verfassungstheorie ohne Naturrecht”. In: FRIEDRICH, Manfred, *op. cit.*, p. 440.

75 *Wege zum Rechtsstaat. Königstein*: Athenäum, 1979, p. 319.

76 HOLLERBACH, Alexander. “Ideologie und Verfassung”. In: MAIHOFER, Werner (Coord.). *Ideologie und Recht*. Frankfurt: Vittorio Klostermann, 1969, p. 54.

ção Econômica incorporar esta ou aquela corrente em voga na Teoria Econômica? Pode-se optar pelo modelo econômico sugerido pelos neoliberais, pelos monetaristas, pelos keynesianos ou por outras correntes de menor importância?<sup>77</sup> O. Holmes<sup>78</sup> dizia que não, pois a Constituição não adota teorias econômicas, nem favoráveis ao paternalismo, nem ao *laissez faire*; Krüger<sup>79</sup>, fiel à tese de que a Constituição Econômica não tem dignidade constitucional, recusa a possibilidade de que se possa optar por qualquer teoria econômica, do monismo ao pluralismo, da Economia Clássica à Escola de Friburgo; a Corte Constitucional Alemã (*Bundesverfassungsgericht*) firmou jurisprudência no sentido da neutralidade econômica da Constituição<sup>80</sup>. No outro pólo da discussão aparecem os autores de índole social democrata, destacando-se Nipperdey<sup>81</sup>, com a tese de que a Constituição optou pelo sistema da economia social de mercado (*soziale Marktwirtschaft*); Badura<sup>82</sup> diz que o Estado Social de Direito necessita de sistema adequado, sendo incompatível com o positivismo neutralista; Ehmke<sup>83</sup> observa que a neutralidade econômica apregoada por Krüger não é tão neutra assim, pois desemboca na defesa da metafísica do neoliberalismo. A saída, sem dúvida, consistirá na crítica permanente, no pluralismo científico e na coordenação entre as diferentes posições teóricas, vale dizer, na Teoria Aberta da Constituição.

---

77 Os juristas suíços debateram intensamente se o projeto de revisão constitucional poderia ou não incluir posições como a do paleo-liberalismo de Hayek, segundo informa BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. "Zur Diskussion um die Total Revision des schweizerischen Bundesverfassung". *AÖR* 106: 588, 1981.

78 Apud CORWIN, Edward S. *Liberty against the Government*. Baton Rouge: Louisiana State University, 1948, p. 151: "*The Fourteenth Amendment does not enact Mr. Herbert Spencer's Social statics... a Constitution is not intended to embody a particular economic theory, whether of paternalism and the organic relation of the citizen to the State or of laissez-faire*".

79 "Staatsverfassung und Wirtschaftsverfassung". *Deutsches Verwaltungsblatt* 1951, p. 363.

80 B Verf GE 4,7 (17-18), *DÖV* 1955, p. 20.

81 "Freie Entfaltung der Persönlichkeit". In: DENNINGER, E. (Coord.). *Freiheitliche demokratische Grundordnung*. Frankfurt: Suhrkamp, 1977, v. 1, p. 254.

82 *Verwaltungsrecht im liberalen und in sozialen Rechtsstaat*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1966, p. 23.

83 *Wirtschaft und Verfassung*. Karlsruhe: C. F. Müller, 1961, p. 44.



A Teoria da Constituição Orçamentária há que ser também crítica e aberta no combate às ideologias triviais. Mas não poderá, diante das rápidas mudanças na economia mundial e da necessidade de equacionamento orçamentário das políticas sociais, deixar de se impregnar de conteúdo ideológico. Aliomar Baleeiro<sup>84</sup>, que sofria a influência das idéias da Keynes, dizia que estava encerrado “o tempo das finanças *neutras*, as quais sucedem as finanças *ativas*”, afirmativa de que ulteriormente ele próprio passou a duvidar. Os ideólogos do Governo de Fernando Henrique Cardoso para as questões orçamentárias vêm importando as idéias liberais da *Public Choice* e os modelos normativos da Nova Zelândia e da Austrália; Bresser Pereira, que é um dos seus mais destacados representantes, se esforça, infrutiferamente, no sentido de demonstrar que a recepção do ideário liberal não implica a adesão ao neoliberalismo, pois se transforma em postulado da social-democracia brasileira;<sup>85</sup> essa ambiguidade ideológica, aliás, tem sido a característica marcante das emendas constitucionais aprovadas a partir de 1995. A reforma alemã de 1967/69 constitucionalizou alguns princípios da economia keynesiana, como adiante se verá<sup>86</sup>, e já foi reinterpretada pela doutrina e pela jurisprudência, que procuram afastar as projeções da ciência econômica para o corpo da Constituição Orçamentária. Nos Estados Unidos uma das grandes objeções para a aprovação da Emenda Constitucional que prevê o equilíbrio orçamentário é o de que implicaria adotar a visão neoliberal, impossibilitando futura opção pelos orçamentos

---

84 *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 401.

85 BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. “Gestão do Setor Público: Estratégia e Estrutura para um Novo Estado”. In: — e SPINK, Peter Kevin (Org.). *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998, p. 32: “Deve-se notar, porém, que a identificação do ajuste fiscal com conservadorismo ou neoliberalismo pode ter uma explicação histórica, mas não tem explicação lógica. O neoliberalismo surgiu de uma reação contra a crise fiscal do Estado e por isso passou a ser identificado com cortes nos gastos e com o projeto de reduzir o “tamanho” do Estado. Logo, porém, tornou-se claro para as administrações social-democratas que o ajuste fiscal não era proposta de cunho ideológico, mas condição necessária para qualquer Governo forte e efetivo”. A preocupação em escamotear a raiz ideológica das reformas financeiras aparece também na matéria divulgada pela Internet: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. “Stratégie et Structure pour un Nouvel État”. <http://www.oecd.org/puma>, 1996.

86 Vide p. 57.

anticíclicos e pelos *déficits* nas épocas de recessão<sup>87</sup>. O problema ideológico, que talvez seja o mais difícil tema da Teoria da Constituição, só poderá ser enfrentado no campo da interpretação<sup>88</sup>, afastando-se o jurista das ideologias triviais<sup>89</sup> e antidemocráticas e aproximando-se do pluralismo metodológico e científico.

#### IV — CULTURA, ÉTICA E DIREITO ORÇAMENTÁRIO

##### 13. CULTURA ORÇAMENTÁRIA

A *cultura constitucional* afirmou-se a partir da vitória do liberalismo. Compreende tanto as Constituições, com as declarações dos direitos humanos, as limitações do papel do Estado e a separação de poderes, quanto as idéias de filósofos, pensadores políticos e constitucionalistas.

Com o liberalismo surge também a *cultura administrativa*, corolário da *cultura constitucional*<sup>90</sup>. As limitações do poder do Estado são regulamentadas exaustivamente, a fim de que se garanta a plena liberdade individual. Os instrumentos da atividade administrativa vêm previamente descritos. O Estado expande os seus serviços. Dilarga-se a esfera do poder público, da *res publica*, da publicidade, com a expansão da burocracia profissional<sup>91</sup> e da “dominação ra-

87 Cf. AUERBACH, Alan J. “Taxes and Spending in the Age of Deficits: a View from Washington and Academie”. *National Tax Journal* 45(3): 240, 1992.

88 Cf. TORRES, Ricardo Lobo. *Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 146.

89 A expressão “ideologia trivial” (*Trivialideologie*) é de VIEHWEG, Theodor. “Ideologie und Rechtsdogmatik”. In: MAIHOFER, Werner (Org.) *Ideologie und Recht*. Frankfurt: Vitorio Klostermann, 1969, p. 96: “Certamente não é possível uma desideologização (*Entideologisierung*), mas apenas a redução a um mínimo ideológico (*auf ein ideologisches Minimum*)... colocando-se fora de questão a ideologia trivial (*Trivialideologie*)”.

90 HÄBERLE, Peter. *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*. Berlin: Duncker & Humblot, 1982, p. 20 considera a cultura constitucional e a cultura administrativa como conceitos paralelos, afirmando: “A boa cultura administrativa amolda a cultura constitucional, enquanto a má a destrói”. (*Gute Verwaltungskultur prägt die Verfassungskultur, mit, schlechte verdirbt sie.*)

91 Cf. UNGER, Roberto Mangabeira. *Law in Modern Society*. New York: The Free Press, 1976.