

**ORÇAMENTOS PÚBLICOS
E DIREITO FINANCEIRO**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Orçamentos públicos e direito financeiro / coordenadores José
Maurício Conti e Fernando Facury Scaff. – São Paulo : Editora
Revista dos Tribunais, 2011.

Vários autores.
ISBN 978-85-203-2980-1

1. Orçamentos públicos 2. Orçamentos públicos – Leis e legislação
– Brasil I. Conti, José Mauricio; Scaff, Fernando Facury.

11-08125

CDU-34:336.126.5(81)

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Orçamentos públicos :
Finanças públicas : Direito financeiro 34:336.126.5(81)

JOSÉ MAURICIO CONTI
FERNANDO FACURY SCAFF

Coordenação

ORÇAMENTOS PÚBLICOS E DIREITO FINANCEIRO

Adilson Abreu Dallari • Alexandra Katia Dallaverde • Alessandro Octaviani • Ana Carla Bliacheriene • André Castro Carvalho • Andressa Guimarães Torquato Fernandes Rêgo • Bruno Mitsuo Nagata • Carlos Otávio Ferreira de Almeida • Celso de Barros Correia Neto • Cesar Augusto Seijas de Andrade • César de Moraes Sabbag • Cleucio Santos Nunes • Cristiane Coelho • Eliana Franco Neme • Emerson Cesar da Silva Gomes • Eurípedes Gomes Faim Filho • Fabrício Motta • Fernando Facury Scaff • Flávio Rubinstein • Flavio Tudisco • Francisco Cañal • Francisco Sérgio Silva Rocha • Franselmo Araújo Costa • Gabriel Loretto Lochagin • Guilherme Bueno de Camargo • Guilherme Jardim Jurksaitis • Helio Martins Tollini • Horacio Guillermo Corti • Izaías José de Santana • James Giacomoni • João Ricardo Catarino • José Augusto Moreira de Carvalho • José Mauricio Conti • José Roberto R. Afonso • Kiyoshi Harada • Kleber Luiz Zanchim • Luciano Ferraz • Luís Felipe Valerim Pinheiro • Luiz Alberto David Araujo • Marcelo Guerra Martins • Márcio Ferro Catapani • Marco Antonio Hatem Beneton • Marcos Nóbrega • Maria de Fátima Ribeiro • Maria Elisa Cesar Novais • Maurício Barros • Moacir Marques da Silva • Nazaré da Costa Cabral • Raquel Cavalcanti Ramos Machado • Renato Jorge Brown Ribeiro • Rodrigo Oliveira de Faria • Sandoval Alves da Silva • Sérgio Assoni Filho • Ursula Dias Peres • Valmor Slomski • Vasco Valdez • Wallace Paiva Martins Junior

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

ORÇAMENTOS PÚBLICOS E DIREITO FINANCEIRO

Coordenação

JOSÉ MAURICIO CONTI

FERNANDO FACURY SCAFF

Adilson Abreu Dallari / Alexsandra Katia Dallaverde / Alessandro Octaviani / Ana Carla Bliacheriene / André Castro Carvalho / Andressa Guimarães Torquato Fernandes Rêgo / Bruno Mitsuo Nagata / Carlos Otávio Ferreira de Almeida / Celso de Barros Correia Neto / Cesar Augusto Seijas de Andrade / César de Moraes Sabbag / Cleucio Santos Nunes / Cristiane Coelho / Eliana Franco Neme / Emerson Cesar da Silva Gomes / Eurípedes Gomes Faim Filho / Fabrício Motta / Fernando Facury Scaff / Flávio Rubinstein / Flavio Tudisco / Francisco Cañal / Francisco Sérgio Silva Rocha / Franselmo Araújo Costa / Gabriel Loretto Lochagim / Guilherme Bueno de Camargo / Guilherme Jardim Jurksaitis / Helio Martins Tollini / Horacio Guillermo Corti / Izaias José de Santana / James Giacomoni / João Ricardo Catarino / José Augusto Moreira de Carvalho / José Mauricio Conti / José Roberto R. Afonso / Kiyoshi Harada / Kleber Luiz Zanchim / Luciano Ferraz / Luís Felipe Valerim Pinheiro / Luiz Alberto David Araujo / Marcelo Guerra Martins / Márcio Ferro Catapani / Marco Antonio Hatem Beneton / Marcos Nóbrega / Maria de Fátima Ribeiro / Maria Elisa Cesar Novais / Maurício Barros / Moacir Marques da Silva / Nazaré da Costa Cabral / Raquel Cavalcanti Ramos Machado / Renato Jorge Brown Ribeiro / Rodrigo Oliveira de Faria / Sandoval Alves da Silva / Sérgio Assoni Filho / Ursula Dias Peres / Valmor Slomski / Vasco Valdez / Wallace Paiva Martins Junior

© desta edição [2011]

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

ANTONIO BELINELO

Diretor responsável

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda
Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450
CEP 01136-000 – São Paulo, SP, Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código Penal), com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT
(atendimento, em dias úteis, das 8 às 17 horas)
Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor: sac@rt.com.br

Visite nosso site: www.rt.com.br

Impresso no Brasil [09-2011]

Profissional

Fechamento desta edição [31.08.2011]



ISBN 978-85-203-2980-1

O ORÇAMENTO PÚBLICO E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

CELSO DE BARROS CORREIA NETO

Doutorando em Direito na USP. Professor no Instituto Brasiliense de Direito Público. Advogado..

RESUMO: O texto discute o controle de constitucionalidade das normas orçamentárias no direito brasileiro e examina algumas das mais recentes decisões do STF que tratam do tema.

PALAVRAS-CHAVE: Controle de constitucionalidade – Orçamento público – STF.

ABSTRACT: The text deals with the budget judicial review through some of the most recent supreme court decisions addressing this issue.

KEYWORDS: Judicial review – Public budget – Supreme court.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O caso e o contexto – 3. O orçamento e o STF – 4. Caso 1: ADIn-QO 1.640/1998: 4.1 O orçamento é apenas lei formal – 5. Caso 2: ADIn 2.925/2003: 5.1 Orçamento não é *apenas* lei formal – 6. Caso 3: MC-ADIn 4.048/2008: 6.1 Despesas urgentes e imprevisíveis – 7. Três casos, três soluções – 8. “Leis meramente formais” e o controle abstrato – 9. Contrastes e coincidências – 10. Conclusão – 11. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Este texto trata do controle judicial do orçamento público no Brasil, especialmente o controle de constitucionalidade perante o STF. São examinadas decisões proferidas pelo Tribunal para, a partir delas, verificar as tendências atuais da Corte e os principais argumentos utilizados para negar a via do controle abstrato às leis orçamentárias.

A análise faz-se com base em três julgados do STF, mas a eles não se limita. Foram selecionadas as seguintes decisões: ADIn 1.640, ADIn 2.925 e ADIn 4.048. Os três casos tratam de matéria orçamentária e apresentam muitas das principais questões implicadas no debate acerca do controle judicial do orçamento público.

Da verificação pormenorizada de cada uma das decisões, pretende-se indicar os principais argumentos utilizados para afastar as normas orçamentárias do controle judicial e a recente tendência de alteração no posicionamento da Corte.

2. O CASO E O CONTEXTO

Observa-se, no Brasil, certa tendência de se trabalhar as decisões judiciais, nos fóruns e nas academias, desacompanhadas das circunstâncias, sejam essas sociais ou jurídicas, que motivaram sua prolação. Os enunciados são mencionados à maneira de uma máxima ou enunciado legal, despojados das circunstâncias concretas do caso julgado.

Tal postura, segundo Lenio Luiz Streck, faz parte da crise de paradigmas que tomou conta do direito nacional. Tem-se uma cultura jurídica de lugares-comuns, em que as decisões ou ementas são tratadas de maneira descontextualizada, fora do tempo e da história. Afirma o referido professor:

“Com um pouco de atenção e acuidade, pode-se perceber que grande parte das sentenças, pareceres, petições e acórdãos é resolvida a partir de citações do tipo: *Nessa linha, a jurisprudência é pacífica* (e seguem-se várias citações padronizadas de número e ementários), ou *Já decidiu que o Tribunal tal que legítima defesa não se mede milimetricamente (RT 604/327) (sic)*, ou ainda que *abraço configura crime de atentado violento ao pudor (...)*. São citados, geralmente, tão somente os ementários, produtos, em expressivo número, de outros ementários (ou da fusão destes). Raramente a ementa citada vem acompanhada de contexto histórico-temporal que cercou o processo originário”.¹

Tentaremos fugir dessa tendência, limitando este estudo à análise de três casos: a ADIn 1.640, a ADIn 2.925 e a ADIn 4.045. Cada uma das decisões traz à baila importantes argumentos e controvérsias que afetam os julgamentos em matéria

1. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p.87-88. Grifo original.

orçamentária. A proposta do texto não é apresentá-las como etapas sucessivas de um processo de evolução na orientação da Corte em matéria de controle de constitucionalidade do orçamento público. Fazê-lo, em certa medida, seria incorrer no mesmo erro que acima condenamos.

Ainda que as três ações tratem do tema do orçamento e todas tragam o debate sobre a natureza jurídica dessa lei, são diferentes quanto ao objeto, ao contexto de sua propositura e ao desfecho do caso. Para além das coincidências, o estudo dos casos que seguem ressalta as diferenças significativas entre as três decisões e, a partir delas, aspectos relevantes implicados no debate jurídico do controle judicial orçamentário.

3. O ORÇAMENTO E O STF

A Constituição Federal de 1988 trouxe mudanças significativas para o sistema orçamentário brasileiro, entre as quais a própria previsão da Lei de Diretrizes Orçamentárias, ausente do texto constitucional anterior. A reformulação estrutural no plano das finanças públicas foi tão ou mais profunda que a mudança realizada no sistema tributário, embora tenha merecido menor atenção.²

O STF, a princípio, não chegou a alterar a posição que adotava anteriormente quanto à natureza do orçamento e à (im)possibilidade de seu controle de constitucionalidade por ação direta.³ Para o Tribunal, o orçamento continuou sendo lei de efeitos concretos, ou seja, é lei apenas formal; não passível, portanto, de controle concentrado de constitucionalidade. Muitos são os precedentes nesse sentido. A restrição estendeu-se inclusive à Lei de Diretrizes Orçamentárias, que está abarcada no conceito de “normas” ou “leis” orçamentárias.

Com base nessa premissa, na maior parte dos casos que tratam de controle de constitucionalidade de norma orçamentária, o STF sequer conhecia as ações, extinguindo os processos por impossibilidade jurídica do pedido. A tabela abaixo ilustra essa afirmação. Entre os casos que inclui – e certamente não inclui todas as ações já propostas em matéria orçamentária perante o STF – é possível verificar que apenas poucas ações tiveram seu mérito, efetivamente, analisado.

2. AFONSO, José Roberto Rodrigues. Memória da Assembleia Constituinte de 1987/1988: as finanças públicas. *Revista do BNDES*. n. 11. jun. 1999.

3. O posicionamento antigo da Corte pode ser conferido no RE 17.184, de 1952, em que se discutia a possibilidade de lei orçamentária instituir tributo. À época, vigorava o princípio da anualidade tributária, que exigia a autorização anual para cobrança dos tributos instituídos. Decidiu-se, no caso, que, por tratar-se o orçamento de lei formal, seria necessária a existência de outra lei – esta, não formal, mas substantiva – que pudesse, de fato, instituir o tributo. O orçamento, por si só, não poderia produzir as relações jurídicas em questão no recurso.

PRECEDENTE	RELATOR	JULGAMENTO	OBJETO	RESULTADO
ADIn 1.496	Moreira Alves	21.11.1996	Medida provisória – Crédito extraordinário	Não conhecida
ADIn 1.640	Sydney Sanches	12.02.1998	Lei Orçamentária Anual	Não conhecida
ADIn 1.716	Sepúlveda Pertence	09.12.1997	Medida provisória	Não conhecida
ADIn 2.057	Maurício Corrêa	09.12.1999	Lei de Diretrizes Orçamentárias (Emen. Parlamentar)	Não conhecida
ADIn 2.100	Nelson Jobim	17.12.1999	Lei de Diretrizes Orçamentárias	Não conhecida
ADIn 2.108 – MC	Marco Aurélio	17.12.1999	Lei de Diretrizes Orçamentárias	Medida cautelar deferida
ADIn 2.484	Carlos Velloso	19.12.2001	Lei de Diretrizes Orçamentárias	Não conhecida
ADIn 2.925	Marco Aurélio	19.12.2003	Lei Orçamentária Anual	Procedente em parte
ADIn – MC 4.048	Gilmar Mendes	14.05.2008	Medida Provisória – Crédito Extraordinário	Medida cautelar deferida
ADIn – MC 3.949	Gilmar Mendes	14.08.2008	Lei de Diretrizes Orçamentárias	Medida cautelar indeferida

Tabela 1

Como se vê, boa parte dos precedentes que compõem a tabela teve desfecho semelhante: rejeita-se o controle de constitucionalidade de norma orçamentária. Na *ratio decidendi*, o fundamento é também similar em muitos casos. Por se tratar de lei formal, isto é, lei de efeitos meramente concretos, faltariam às leis orçamentárias os requisitos de generalidade e abstração eleitos como condições fundamentais para a viabilidade do controle de constitucionalidade abstrato, especialmente por ação direta de inconstitucionalidade. A tese abarcaria normas orçamentárias incluídas em quaisquer destes veículos normativos: Lei Orçamentária Anual, Lei de Diretrizes Orçamentárias, Plano Plurianual ou mesmo Medidas Provisórias.

Essas considerações, ainda que amplas e gerais, vêm a título de situar o debate quanto à negativa de submeter as leis orçamentárias ao controle concentrado de constitucionalidade por parte do STF. Adiante, passaremos à análise dos casos selecionados e, com base neles, das principais questões abarcadas no controle jurisdicional do orçamento.⁴

4. CASO 1: ADIn-QO 1.640/1998

A ADIn 1.640/1998⁵ oferece exemplo da compreensão tradicional da LOA, como lei meramente formal e de efeitos concretos. A ação foi proposta contra a Lei federal 9.438/1997, Lei Orçamentária Anual da União para o exercício financeiro de 1997. Os requerentes – PT, PC do B, PDT, PSB e PV – questionavam a aplicação de recursos arrecadados por meio da Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF), individualizados precisa e pontualmente, na petição inicial da ação, sob os respectivos Código de Fonte e Programa de Trabalho.

Haveria, no caso, tredestinação das receitas de contribuição social, tributo que, como se sabe, caracteriza-se por ter receitas afetadas à finalidade específica. No caso, por força do art. 74, § 3.º, do ADCT, as receitas deveriam ser integralmente destinadas ao Fundo Nacional de Saúde para o custeio de ações e serviços de saúde. A Lei 9.438/1997 teria violado a norma do art. 74, § 3.º, do ADCT, ao dar aos recursos decorrentes da CPMF destinação diversa.

O Tribunal, em votação unânime, não conheceu da ação por entender que a ação direta de inconstitucionalidade em questão não cuidava propriamente de ato normativo, “e sim de uma destinação de recursos, prevista em lei formal, mas de natureza e efeitos político-administrativos concretos”. O julgamento está fundamentado em diversos precedentes da corte, nos quais se nega a possibilidade de se submeter ao controle de constitucionalidade concentrado leis que não apresentem as características de generalidade e abstração. “O orçamento é lei formal, mas de natureza e efeitos político-administrativos concretos, hipótese em que (...) descabe o controle concentrado de constitucionalidade”, decidiu-se no julgamento.

4.1 O orçamento é apenas lei formal

A escolha da ADIn 1.640 para análise não aleatória justifica-se por duas razões: pelo teor da decisão, representativa do posicionamento tradicional da Corte, e pelo objeto impugnado na ação.

4. Para um exame amplo e aprofundado da jurisprudência do ST, ver ROCHA, Francisco Sérgio Silva. *Controle do orçamento público e o juízo de constitucionalidade: problemas na execução e na inexecução orçamentária*. Tese de Doutorado, Belém, Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2010.

5. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1640, Relator: Min. Sydney Sanches. Julgada em 12.02.1998.

O desfecho dado à Questão de Ordem na ADIn 1640 é exemplo de como o STF, tradicionalmente, enxerga a natureza do orçamento público – “ato de efeitos concretos” – e o afasta do controle abstrato de constitucionalidade. O orçamento público, em essência, não passaria de um “ato administrativo editado sob a forma de lei”, com objeto determinado e destinatário certo. E, na linha dos precedentes da Corte, “os atos estatais de efeitos concretos – porque despojados de qualquer coeficiente de normatividade ou de generalidade abstrata – não são passíveis de fiscalização, em tese, quanto à sua legitimidade constitucional”, segundo consta do voto do relator, Min. Sidney Sanches.

Há ainda uma particularidade que convém ressaltar. Trata-se do objeto da demanda. Como já se disse, estava em questão a destinação dos recursos da CPME. Questionava-se precisamente o Programa de Trabalho 13.008.0003.3202.7001, constante do Anexo 8 da Lei 9.438/1997. Daí concluir o relator que o que se pretendia não era “a declaração final de inconstitucionalidade de uma norma, mas de uma destinação de recursos, prevista em lei formal, mas de natureza e efeitos político-administrativos concretos”.⁶

Nos casos 2 e 3, que seguem, a norma impugnada é consideravelmente diversa da que se discute no caso 1, a ADIn 1.640. Esse é um aspecto que convém desde logo destacar. Ao que parece, tratou-se de aspecto fundamental para que as demandas tivessem desfechos diferentes.

5. CASO 2: ADIn 2.925/2003

A ADIn 2.925/2003 foi ajuizada pela Confederação Nacional dos Transportes (CNT) contra dispositivos da Lei Orçamentária Anual da União para o exercício financeiro de 2003, Lei 10.640/2003. Os dispositivos questionados foram o art. 4.º, I, *a*, *b*, *c* e *d*.

As disposições impugnadas autorizavam o Executivo federal a abrir créditos suplementares para complementação de dotações orçamentárias em cada subtítulo, respeitado o limite de 10% do respectivo valor. Os recursos seriam provenientes de três origens: (a) anulação parcial de dotações orçamentárias; (b) reserva de contingência; e (c) excesso de arrecadação.

As normas discutidas na ação direta de inconstitucionalidade teriam violado o art. 177, § 4.º, II, da CF, disposição incluída pela EC 33/2001. O § 4.º do artigo

6. Solução semelhante foi adotada no julgamento da ADIn 2.033-2, proposta contra a Lei 11.324, do Rio Grande do Sul (Lei de Diretrizes Orçamentárias). Neste caso, o requerente defendia a inconstitucionalidade da lei citada, sob o argumento de que teria estabelecido, em seus arts. 25 e 26, hipótese de vinculação de receita de imposto, o que é proibido pelo art. 167, IV, da CF. Também neste caso a ação não foi conhecida, com base, mais uma vez, na tese de que a LDO é lei formal apenas.

mencionado estabelece vinculação de recursos arrecadados com a contribuição de intervenção no domínio econômico relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível. As receitas arrecadadas por meio de tal Cide deveriam ser destinadas às seguintes atividades: (a) pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, gás natural e seus derivados e derivados de petróleo; (b) financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás; e (c) financiamento de programas de infraestrutura de transportes. Os créditos não poderiam exceder dez por cento de cada subtítulo, demonstrada, em anexo específico do decreto de abertura, a compatibilidade das alterações promovidas na programação orçamentária com a meta de resultado primário estabelecida no Anexo de Metas Fiscais da Lei de Diretrizes Orçamentárias 2003.

Os créditos suplementares⁷ estão previstos no art. 167, V, da Constituição, e objetiva reforçar destinações orçamentárias previamente existentes. Esse reforço, obviamente, dependerá também da efetiva existência de recursos que, no caso, deverão provir das fontes acima apontadas. Ao permitir, genericamente, a realocação de recursos por meio de créditos suplementares, sem excepcionar as receitas decorrentes da Cide-combustíveis, a Lei 10.640/2003 teria desrespeitado as finalidades constitucionais que vinculam as receitas auferidas por meio da referida contribuição, previstas no art. 177, § 4.º, II, da CF.

A ação foi julgada procedente em parte, por maioria de votos, para dar à Lei 10.640/2003 interpretação conforme a Constituição e, por conseguinte, assegurar que a abertura de crédito suplementar, quanto às receitas arrecadadas por meio da Cide, deve ser destinada exclusivamente nas finalidades enumeradas no art. 177, § 4.º, II, da CF. Ficaram vencidos, no mérito, os Ministros Joaquim Barbosa, Ellen Gracie (relatora originária), Nelson Jobim e Sepúlveda Pertence.⁸

5.1 Orçamento não é apenas lei formal

A ADIn 2.925/2003 não chega a romper com a linha de precedentes tradicional do STF. Não se pode afirmar que tenha havido propriamente revisão da orientação da corte no caso. Com efeito, no caso, abriu-se simplesmente uma exceção, sem que fossem revistas as premissas que fundamentam a posição tradicional da Corte. Tal como em situações anteriores, a natureza do orçamento é ainda apresentada

7. A Lei 4.320/1964 trata dos créditos adicionais – suplementares, especiais e extraordinários – nos arts. 41 a 46. Cf. CONTI, José Maurício. *Orçamentos públicos: a Lei 4.320/1964 comentada*. São Paulo: Ed. RT, 2008.

8. A ação foi julgada no dia 19.12.2003, na última sessão de julgamento do último dia do ano judiciário de 2003. Tratando-se de lei com vigência temporal predefinida e restrita a um ano, como são a LOA e a LDO, o julgamento nessas circunstâncias ameaça a própria viabilidade do pleito, tendo em vista o risco iminente de perda de objeto.

com fator impeditivo do controle concentrado de constitucionalidade. Contudo, sem o condão de obstar o conhecimento da ação, porque as normas questionadas não teriam conteúdo essencialmente orçamentário, isto é, não tratavam propriamente nem sobre a previsão de receitas, nem sobre a fixação de despesas.

O debate travado na ADIn 2.925 constrói-se em torno dos mesmos parâmetros que comandaram o julgamento da ADIn 1.640/1998. A diferença está no objeto da ação ou na maneira como este foi compreendido. A norma impugnada na ADIn 2.925 não cuidava, imediatamente, de destinação de recursos, dispunha sobre a autorização para abertura de créditos suplementares pelo Executivo federal por meio de decreto, independentemente da lei específica.

Os créditos suplementares são uma das espécies do gênero dos créditos adicionais, que também incluem os especiais e extraordinários. Apenas estes últimos escapam à exigência de prévia aprovação legislativa, todos os demais devem ser autorizados previamente por lei para que possam ser abertos pelo Executivo. Quando se trata de créditos suplementares, a autorização pode constar da própria lei orçamentária, como determina o art. 165, § 8.º, da CF.

A disposição impugnada na ADIn 2.925 cuida precisamente de autorização desse teor. Tinha-se, na hipótese, norma conferindo competência ao Executivo federal para, no exercício financeiro em questão, abrir créditos suplementares nas condições e limites impostas pela Lei 10.640/2003. A regra seria dotada do grau de abstração exigido pelo Tribunal para que fosse apreciável em controle abstrato justamente por consubstanciar “norma típica de competência”, como afirmou o Min. Cezar Peluso no julgamento. A conduta regulada (permitida), isto é, a abertura de créditos suplementares, não dizia respeito a uma ação historicamente determinada. Renovar-se-ia tantas vezes quantas fossem preenchidos os requisitos legais postos pela Lei 10.640/2003, durante o exercício financeiro. A nota de temporalidade, que, de fato, existiria, seria típica da lei orçamentária, não da ação regulada.

A partir desse ponto de vista, pode-se afirmar que não se discutia, no julgamento, a correção ou não da tese tradicional, que exclui do controle abstrato as normas orçamentárias. Argumentava-se apenas que o caso apreciado não estaria abarcado pela tese. A propósito, aduzia o Min. Marco Aurélio de Mello, no voto proferido na ADIn 2.925:

“Na hipótese, não se discute, quer receita, quer destinação de uma receita, considerada a discricção na elaboração da lei orçamentária. Quando o Tribunal proclamou não convir o controle concentrado relativamente à lei orçamentária, fê-lo a partir da premissa de que esta teria ficado no âmbito da opção política. Aqui, não é isso que ocorre”.

Nessa circunstância, seria “adequado o controle concentrado de constitucionalidade quando a lei orçamentária revela contornos abstratos e autônomos, em abandono ao campo da eficácia concreta”. Nas demais situações, permaneceria a rejeição do controle abstrato de constitucionalidade.

6. CASO 3: MC-ADIn 4.048/2008

O terceiro caso traz outras complexidades ao debate. A ação foi proposta pelo PSDB contra a MedProv 405/2007, posteriormente, convertida na Lei 11.658/2008, que abriu crédito extraordinário em favor da Justiça Eleitoral e de diversos órgãos do Poder Executivo, no valor total de R\$ 5.455.677.660,00.

O crédito extraordinário teria sido aberto fora das hipóteses autorizadas na Constituição Federal, violando os arts. 62, § 1.º, I, *d*, e 167, § 3.º. O art. 62, § 1.º, I, *d*, da Carta vigente, proíbe a edição de medida provisória que verse sobre planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares. Os créditos extraordinários escapariam, entretanto, à proibição. Nos termos do art. 167, § 3.º, da Constituição vigente, admite-se a abertura de crédito extraordinário para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública, observado o disposto no art. 62. As situações mencionadas no § 3.º – guerra, comoção interna ou calamidade pública – não são taxativas, mas serviriam ao propósito de conferir densidade normativa aos conceitos de “imprevisíveis” e “urgentes”. Em outras palavras, para justificar a abertura de créditos extraordinários, os fins a que se destinam os recursos devem ser tão imprevisíveis e urgentes, quanto o são os gastos implicados nas situações de guerra, comoção interna ou calamidade pública.

No julgamento da MedProv 405/2007, o Tribunal entendeu que não foram atendidos os requisitos constitucionais para abertura de crédito extraordinário, uma vez que os recursos teriam sido destinados a despesas de custeio. As situações abarcadas pela citada medida provisória eram de natureza variada. Algumas poderiam inclusive ser tomadas como graves, não “urgentes”, nem “imprevisíveis” o suficiente para justificar a abertura de crédito extraordinário.

O caso ainda não teve julgamento final, mas a medida cautelar foi deferida, suspendendo a vigência da Lei 11.658/2008, desde a sua publicação. A decisão aparentemente supera os fundamentos antes aplicados para se negar o controle abstrato de constitucionalidade às leis orçamentárias e chega a mencionar expressamente a ocorrência de revisão jurisprudencial.

6.1 *Despesas urgentes e imprevisíveis*

A análise do julgamento da ADIn 4.048 envolve dois aspectos importantes. Um deles relacionado à recorrente questão do cabimento do controle abstrato em relação às normas orçamentárias; o outro, à possibilidade de o STF examinar os pressupostos de abertura de crédito extraordinário. Em comum numa e noutra análise, os limites da jurisdição em face das chamadas “questões políticas”, isto é, questões que, por envolverem juízo de discricionariedade político-administrativa, estariam excluídas da apreciação judicial.

Quanto ao primeiro aspecto, a ementa da decisão menciona que teria havido revisão na orientação da corte para, finalmente, admitir “fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independentemente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato, de seu objeto”. Estaria, dessa forma, reconhecida a possibilidade de serem submetidas as normas orçamentárias a tal modalidade de controle.

Em verdade, o conteúdo concreto ou abstrato das normas veiculadas pela medida provisória, posteriormente convertida em lei, não chega a ser efetivamente analisado no julgamento. O caso não discute o conteúdo do crédito extraordinário em si, ou seja, a escolha política por trás da destinação dada aos recursos. O que está em questão é a forma ou procedimento adotado para a abertura do crédito, não seu conteúdo. A partir desse ponto de vista, saber se as normas essencialmente orçamentárias podem ou não submeter-se ao controle abstrato torna-se uma questão secundária.

O segundo item que destacamos no julgamento é o exame dos pressupostos da utilização de crédito extraordinário. Como já se disse, os créditos extraordinários podem ser abertos por meio de medida provisória, independentemente de prévia autorização legislativa. A autorização é dada pela própria Constituição, art. 167, § 3.º, c/c art. 62, § 1.º, I, d, mas subordinada aos requisitos de urgência e imprevisibilidade. Ao que parece, nenhum dos requisitos teria sido observado na edição MedProv 405/2007.

Os recursos alocados por meio da MedProv 405/2007 têm destinações variadas, algumas mais importantes, como a implantação do Programa Brasileiro para Enfrentamento da Pandemia da Gripe Aviária, outras menos, como implantação do centro de treinamento de canoagem *slalom*. Mas a “relevância” do gasto não se confunde com sua “urgência” e “imprevisibilidade” das medidas.

Havia despesas relevantes, nenhuma imprevisível. Segundo consta da decisão, as despesas sobre que versava a medida provisória em análise poderiam ser enquadradas como gastos ordinários, mostrando-se, portanto, incompatíveis com o instrumento do crédito extraordinário.

7. TRÊS CASOS, TRÊS SOLUÇÕES

À primeira vista, a leitura dos três casos poderia sugerir que fossem tomados como etapas de um gradativo processo de mudança no pensamento da Corte, em favor do cabimento do controle abstrato para normas orçamentárias. Ainda que essa alteração talvez venha a se consolidar, não é o sentido que aqui queremos dar ao exame dos acórdãos.

O que difere nos três julgamentos não é apenas o desfecho dado à matéria. Os próprios casos eram diferentes. Mais do que acentuar convergências, interessa-nos

aqui apontar as diferenças entre decisões e as questões que compõem o quadro de complexidades envolvido nos três julgamentos.

Os tópicos que seguem são dedicados à análise do conceito de lei formal e as razões que as afastam do controle abstrato de constitucionalidade e à comparação do posicionamento adotado pela Corte nos diferentes julgados.

8. “LEIS MERAMENTE FORMAIS” E O CONTROLE ABSTRATO

Em todas as decisões examinadas, há um dado comum: o orçamento é concebido como lei formal ou de efeitos concretos. Esta condição não é questionada nem mesmo na ADIn 4.048. Na ADIn 1.640, tal caracterização é suficiente para que se impeça o conhecimento da ação.

A via do controle abstrato seria, de acordo com essa tese, inadequada ao exame das leis orçamentárias. A razão para a negativa estaria relacionada ao conteúdo de tais diplomas legislativos e ao conceito de lei formal, que os tornaria incompatíveis com a natureza e finalidade do controle de constitucionalidade abstrato. Não há, contudo, nos acórdãos definição precisa do que se deve entender por lei formal. Tem-se genericamente a definição pela negativa: são leis⁹ que *não* possuem os caracteres de generalidade e abstração. Todas as demais seriam tidas como leis materiais: têm conteúdo próprio de lei. Às segundas seria adequado o controle abstrato, mas não às primeiras.

Na verdade, não há apenas duas classes, as individuais e concretas e as gerais e abstratas. Os caracteres de concretude/abstração e generalidade/individualidade combinam-se em quatro modalidades de normas: geral e abstrata, geral e concreta, individual e concreta, individual e abstrata. Os primeiros caracteres – concretude/abstração – referem-se a evento descrito na hipótese normativa. Os caracteres de generalidade/individualidade, por sua vez, dizem respeito aos destinatários da norma, isto é, aqueles sujeitos que compõem a relação jurídica estabelecida no consequente normativo.¹⁰

A lei diz-se “formal” quando lhe faltem ambos os caracteres essenciais (generalidade e abstração) ou apenas um desses elementos (generalidade ou abstração). São

9. “Fala-se de lei em sentido formal em contraposição à lei em sentido material. Esta compreende toda norma jurídica geral. Aquela abrange, quer toda e qualquer norma jurídica geral surgida na forma de lei, isto é, emitida pelo Parlamento e – de conformidade com as determinações típicas da maioria das contribuições – publicada por determinada maneira, quer, em geral, todo conteúdo que surja nesta forma. A designação ‘lei em sentido formal’ tem, portanto, várias significações.” Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 255.

10. BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 2. ed. Trad. Fernanda Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2003. p. 180-181.

estes dois possíveis alcances da noção de lei formal. Caberiam no conceito, além das leis orçamentárias, as que criam autarquias, autorizam a criação de empresa estatal, declaram utilidade pública ou interesse social de determinado imóvel para fins de desapropriação, criam novo Município e autorizam a alienação de bem público pelo Executivo. Para todas essas o controle abstrato de constitucionalidade seria, em princípio, inadequado.

A razão estaria na finalidade dessa forma de controle de constitucionalidade. O controle abstrato não se destina a tutelar direitos subjetivos, lesados ou ameaçados de lesão, volta-se à proteção da Constituição Federal em si. Nela não cabem rigorosamente os conceitos de pretensão, lide e partes, essenciais à noção de jurisdição ordinária. Não há conflito de interesses a ser solucionado, não se pede um provimento jurisdicional contra alguém, nem há partes em sentido subjetivo. “A ação direta de inconstitucionalidade presta-se antes para a defesa da Constituição”, explica Clémerson Merlin Clève.¹¹ “A coerência da ordem constitucional e não a tutela de situações subjetivas consubstancia a finalidade primeira (mas não exclusiva) da apontada ação. Por isso consiste em instrumento de fiscalização abstrata de normas, inaugurando ‘processo objetivo’ de defesa da Constituição.”¹²

Em princípio, a exclusão das leis formais estaria justificada por seu conteúdo, que tornaria inadequada ou desnecessária a via do controle abstrato. Às leis ditas formais, pelas características que ostentam, bastaria a tutela da jurisdição ordinária. Uma vez que, segundo sua definição, operam à maneira de atos administrativos e não disciplinam relações abstratas, sua nulidade poderia ser decretada em processo subjetivo, mediante provocação da parte que se viu prejudicada pela sua edição. Submetê-las ao controle abstrato equivaleria a usar desta via para tutelar, obliquamente, direitos subjetivos.

Na ADIn 4.048, esta tese é posta em xeque. Afastadas da fiscalização abstrata, certos tipos de leis dificilmente serão fiscalizados no âmbito da jurisdição ordinária, já que não envolvem diretamente situações subjetivas. Ficariam, por conseguinte, livres de qualquer forma de apreciação judicial, ainda que violem dispositivo da Constituição. A preocupação é exposta pelo Min. Gilmar Mendes no julgamento da ADIn 4.048 e em obras doutrinárias que tratam do tema. Segundo o Ministro:

“Não se discute que os atos do Poder Público sem caráter de generalidade não se prestam ao controle abstrato de normas, porquanto a própria Constituição elegeu como objeto desse processo atos tipicamente normativos, entendidos como aqueles dotados de um mínimo de generalidade e abstração. (...)”

“Outra há de ser, todavia, a interpretação se se cuida de atos editados *sob a forma de lei*. Nesse caso, houve por bem o constituinte não distinguir entre leis dotadas

11. CLÉVE, Clémerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000. p.142.

12. Idem, *ibidem*.

de generalidade e aquelas conformadas sem o atributo de generalidade e abstração. Estas leis formais decorrem ou da vontade do legislador ou do desiderato do próprio constituinte, que exige que determinados atos, ainda que de efeitos concreto, sejam editados sob a forma de lei (...)

“Ora, 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 e, muito provavelmente, de qualquer forma de controle”.¹³

O orçamento seria um desses casos nos quais a exclusão do controle abstrato de constitucionalidade provavelmente eliminaria toda e qualquer possibilidade de controle judicial efetivo. Uma vez que a lei orçamentária não cria, ela mesma, direitos ou deveres para os cidadãos, estes não estariam legitimados a questioná-la diretamente. Sofreriam as repercussões da lei, mas não poderiam discuti-la em juízo.

É essa a razão de se propor, no julgamento da ADIn 4.048, a revisão da tese que afasta as leis de efeitos concretos do controle abstrato de constitucionalidade, pelo menos no que diz respeito à lei orçamentária. As leis orçamentárias precisam do controle abstrato ou não serão controladas judicialmente de forma alguma.

9. CONTRASTES E COINCIDÊNCIAS

Os três julgamentos analisados são diferentes em muitos aspectos, não apenas no resultado. Há diferenças quanto ao objeto da ação, ao diploma impugnado e às questões de forma e de fundo trazidas à baila nas decisões.

O primeiro caso, a ADIn 1.640/1998, seria um exemplo de posicionamento tradicional do STF em matéria de controle judicial do orçamento. Em princípio, a decisão é semelhante a diversas outras proferidas pelo mesmo tribunal. O caso é particularmente ilustrativo por conta do dispositivo contra o qual a ação é proposta: crédito orçamentário, precisa e pontualmente, identificado sob os respectivos Código de fonte e Programa de Trabalho. Nesse julgamento, é possível afirmar que a ação foi proposta para anular especificamente uma destinação de recursos prevista na LOA, que se faz por meio de lei, como manda a Constituição Federal.

A hipótese versada na ADIn 2.925/2003 é sensivelmente diferente. O que está em jogo não é especificamente um crédito orçamentário, mas uma norma de competência que autorizaria, abstratamente, a abertura de créditos extraordinários nos limites e percentuais que determina. A disposição questionada seria, portanto, di-

13. MENDES, Gilmar Ferreira. Ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade. In: MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 373-374.

ferente da que foi impugnada na ADIn 1.640/1998. Há, no entanto, coincidência quanto à origem dos recursos, tributo da espécie contribuição, e quanto ao tipo de disposição violada, norma que trata da destinação de recursos.

A ADIn 4.048/2008, por sua vez, suscita questões de outra espécie. Diferentemente dos dois outros casos, a demanda não cuida de receitas vinculadas, mas do próprio processo legislativo orçamentário. Em grande medida, pode-se dizer que a discussão é eminentemente formal: refere-se à forma que deve ser adotada para abertura de créditos extraordinários.

Comparando o caso 1, ADIn 1.640, ao caso 2, ADIn 4.048, talvez não seja possível afirmar, de maneira peremptória, que tenha havido revisão no entendimento da corte, no que diz respeito à submissão de normas orçamentárias à jurisdição constitucional. O objeto das duas demandas tem natureza diferente, quer nas questões de forma, quer nas questões de fundo suscitadas.

A ADIn 1.640, no mérito, discute certa destinação de recursos, que teria violado a Constituição Federal. O vício apontado seria material e afetaria o conteúdo da norma orçamentária, no tocante à alocação de recursos. Na ADIn 4.048, a questão é outra. Examina-se, no mérito, a ocorrência ou não dos pressupostos autorizadores da utilização de créditos extraordinários; a título de preliminar, discute-se se caberia ou não ao tribunal a análise desses pressupostos. O vício é, portanto, de forma, incide no ato legislativo enquanto tal, a despeito de seu conteúdo.¹⁴ Fosse o crédito veiculado por lei, provavelmente não haveria defeito algum no ato.

Nos dois casos aqui analisados em que o STF ultrapassou a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido só se discutia indiretamente a questão alocativa, que é o aspecto central do orçamento. Na ADIn 2.925, questionava-se o alcance da norma de competência que autorizava a abertura de créditos suplementares. Na ADIn 4.048, estavam em questão os pressupostos dos créditos extraordinários. Das três decisões analisadas, apenas a ADIn 1.640 discutia diretamente uma norma de destinação de recursos, mas o caso, como se sabe, não chegou a ter seu mérito analisado.

Os julgados apresentados revelam decerto alguma tendência de alterar-se o posicionamento da Corte, mas não asseguram que a modificação venha a permitir o controle material ou de conteúdo das normas orçamentárias. Os casos mais recentes em que se afirmou a revisão de jurisprudência não chegam a discutir a destinação de recursos em si. Não se permitiu, até o momento, que normas estritamente orçamentárias – as que estimam receitas e autorizam gastos públicos – sejam objeto do controle abstrato de constitucionalidade quanto ao seu conteúdo. Para essas, é possível que ainda se apliquem todas as restrições próprias das chamadas “lei de efeitos concretos”.

14. RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 149.

10. CONCLUSÃO

A orientação tradicional do STF elimina uma importante ferramenta jurídica para o controle das contas públicas. Afastada a possibilidade de controle abstrato, a alternativa restante é questionar cada ato individualizado que infrinja disposição orçamentária nas instâncias processuais ordinárias, suscitando o controle concreto. O questionamento dos diplomas orçamentários, em nível abstrato, fica inviabilizado, desconstruindo-se, dessa maneira, rigoroso modelo orçamentário desenhado na Constituição Federal e afastando a lei de qualquer forma eficiente de controle judicial.

Ao que parece, pode-se hoje vislumbrar tendência de alterar-se a orientação predominante do STF. No entanto, o exame pormenorizado dos casos analisados neste estudo permite perceber que não apenas a orientação adotada em alguns casos foi diferente, mas também as circunstâncias do julgamento. E, em nenhuma das decisões, o Tribunal chegou a discutir diretamente a alocação de recursos e contrastá-la à Constituição Federal. Se as recentes decisões revelam alguma tendência de revisão no posicionamento da Corte, nenhuma delas assegura que a modificação veio para permitir o controle material ou de conteúdo das normas orçamentárias.

Há, no entanto, ao menos duas certezas. Existem muitas discussões abarcadas no debate sobre o controle judicial do orçamento, nem todas reduzias à questão meramente política. Para enfrentá-las, é necessário que existam mecanismos judiciais eficientes para o controle jurídico do orçamento, e a via do controle abstrato parece ser o instrumento mais adequado.¹⁵

11. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AFONSO, José Roberto Rodrigues. Memória da Assembleia Constituinte de 1987/1988: as finanças públicas. *Revista do BNDDES*. n.11, jun. 1999.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 2. ed. Trad. Fernanda Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2003.

15. Após o fechamento deste texto foram ajuizadas duas ações diretas de inconstitucionalidade para questionar a abertura de crédito extraordinário por meio de medida provisória. As Ações Diretas de Inconstitucionalidade 4602 e 4607 foram propostas pelo PSDB e pelo DEM, respectivamente, e questionam a constitucionalidade da MedProv. 515/2010, e da Lei 12.410/2011, que resulta de sua conversão, sob o argumento de que os créditos extraordinários abertos não observaram os pressupostos constitucionais necessários para tanto. Vale lembrar que o tribunal enfrentará a questão com nova composição: sem a Min. Ellen Gracie, já aposentada, e com os Min. Dias Toffoli e Luiz Fux, que não eram ministros do STF ao tempo do julgamento da ADIn 4.048. O julgamento dessas ações será oportunidade para verificar se o tribunal irá consolidar a alteração de jurisprudência ou rever seu posicionamento.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.640. Relator: Min. Sydney Sanches. Julgada em 12.02.1998.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.925. Relatora originária: Min. Ellen Gracie. Relator para o acórdão: Min. Marco Aurélio. Julgada em 19.12.2004.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.048. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgada em 17.12.1999.
- CLÉVE, Clémerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000.
- CONTI, José Maurício. *Orçamentos públicos: a Lei 4.320/1964 comentada*. São Paulo: Ed. RT, 2008.
- CORTI, Horacio G. *Derecho constitucional presupuestario*. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2007.
- FABRE-GOYARD, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. Trad. Simone Goyard-Fabre. São Paulo: Martins Fonte, 2002.
- HORBACH, Beatriz Bastide. A modernização do sistema federativo alemão: um estudo da reforma constitucional de 2006. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. vol. 16. p. 303-320. 2008.
- IVO, Gabriel. *Norma jurídica: produção e controle*. São Paulo: Noeses, 2006.
- _____. O processo de formação de lei orçamentária anual: a rejeição do projeto de lei e o princípio da inexauribilidade orçamentária. *Anuário da Procuradoria-Geral do Estado de Alagoas*. Maceió: Centro de Estudos da PGE/AL, 2002.
- JARACH, Dino. *Finanzas públicas y derecho tributario*. Buenos Aires: Cangallo, 1983.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade. In: MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes. *Curso de direito financeiro*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008.
- RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- ROCHA, Francisco Sérgio Silva. *Controle do orçamento público e o juízo de constitucionalidade: problemas na execução e na inexecução orçamentária*. Tese de Doutorado, Belém, Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2010.
- SCAFF, Fernando Facury. Como a sociedade financia o Estado para a implementação dos direitos humanos no Brasil. *Interesse Público*. ano 8. n. 39. p. 187-211. Porto Alegre, set.-out. 2006.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.