

## 8. Legalidade do Gasto Público

“Ser a despesa legal significa que é conforme aos critérios constantes nas leis financeiras, reguladoras em todos os sentidos da relação jurídica financeira, sejam eles relativos ao cabimento, à inscrição, à contabilização, à efectivação da despesa e à fiscalização financeira, em qualquer das suas modalidades”  
(José Ricardo Catarino)

No ordenamento jurídico brasileiro, diversos dispositivos de status legal ou constitucional fazem menção à legalidade da despesa pública.

O art. 10, inciso IX, da Lei nº 8.429/92 (lei de improbidade administrativa) tipifica a ação de *“ordenar ou permitir a realização de despesa não autorizada em lei ou regulamento”* como ato de improbidade administrativa que causa dano ao erário.

O art. 359-D do Código Penal (incluído pela Lei nº 10.028/2000) tipifica a conduta de *“ordenar despesa não autorizada em lei”* como crime contra as finanças públicas.

O art. 1º, inciso V, do Decreto-lei nº 201/1967 (Responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores), dispõe que é crime de responsabilidade do Prefeito Municipal, *“ordenar ou efetuar despesas não autorizadas por lei, ou realizá-las em desacordo com as normas financeiras pertinentes”*.

O art. 11 da Lei nº 1.079/1950 define como crime contra a guarda e legal emprego dos recursos públicos a conduta de *“ordenar despesas não autorizadas por lei ou sem observância das prescrições legais relativas às mesmas”*.

O art. 71, inciso VIII, da CF/88, dispõe que compete aos Tribunais de Contas aplicar aos responsáveis as sanções previstas em lei em caso de *“ilegalidade da despesa”*. Segundo a Constituição Federal, compete ainda ao Tribunal de

Contas “*assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade*”, nos termos do art. 71, IX, CF/88.

É possível, ainda, encontrar a expressão “*gestão ilegal*” na Lei Orgânica do TCU. O conceito de “*gestão ilegal*”, mais amplo que o de “*despesa ilegal*”, é uma hipótese em que o Tribunal poderá julgar irregulares as contas do responsável, consoante art. 16, inciso III, alínea b, da Lei nº 8.443/92 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União).

Não faz parte do escopo deste trabalho interpretar a “*ilegalidade da despesa*” em cada um destes dispositivos supramencionados<sup>146</sup>. Os dispositivos sugerem que a expressão pode assumir diferentes sentidos, mormente, se considerarmos que várias leis disciplinam a despesa pública no ordenamento brasileiro (*vide fontes do direito dos gastos públicos*).

Quando se fala em ilegalidade da despesa, por razões históricas, o primeiro sentido que vem à mente é o da legalidade orçamentária. Mas, este não é o único sentido possível, pois leis de diversas naturezas, temporárias ou permanentes, disciplinam o gasto público, especialmente se este for considerado na sua concepção ampla.

Examinando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ com a expressão de pesquisa “*ilegalidade prox despesa*”, é possível observar diversos julgados que fazem referência à violação de outros diplomas que não a lei orçamentária anual<sup>147</sup>.

Com efeito, no AgrRg no Resp nº 1237139/PE e na Ação Penal 480/MG, foi levantada a questão da ilegalidade da despesa em decorrência de inobservância dos arts. 62 e 63 da Lei nº 4.320/64. No caso concreto, não foi atestada

<sup>146</sup> Desvendar o sentido e alcance dos supramencionados dispositivos, majoritariamente do direito sancionatório, envolvem outras considerações que fogem do escopo desta obra. Para a tipificação da conduta do réu como incurso nos atos de improbidade administrativa, por exemplo, faz-se necessário comprovar, além da ilegalidade da despesa, o dolo (elemento subjetivo) na prática do tipo previsto no art. 10, IX, da Lei nº 8.429/92. A propósito, em diversos Acórdãos do STJ examinados, tendo por objeto a ilegalidade da despesa, o tema não é tratado com o devido detalhe e a ação é considerada improcedente em razão de ausência de comprovação deste elemento subjetivo do tipo.

<sup>147</sup> Nem sempre o STJ resolveu a questão da legalidade ou não da despesa, no caso concreto. O que se pretende evidenciar aqui é que a ilegalidade da despesa, referida no Acórdão, não está relacionada somente ao cumprimento da lei orçamentária anual, ou seja, à existência ou não de autorização orçamentária para a realização daquela despesa.

a adequada prestação do serviço contratado antes de ter ordenado o pagamento.

No Resp nº 1145001/RS e no MS nº 13.750/DF, a legalidade da despesa estava relacionada à legalidade de ato normativo ou de ato administrativo de remoção de agente público, a qual dava origem à despesa pública.

No Resp nº 1090707/SP, a legalidade da despesa estava ligada à nomeação e posse de servidores públicos dentro do prazo de 180 dias antes do término do mandato do prefeito, violando o art. 21, parágrafo único, da LRF. Tratava-se de recurso especial em ação popular que condenava o prefeito ao ressarcimento aos cofres públicos dos valores atinentes aos salários dos servidores e ao déficit orçamentário apurado.

No AgRg nos EDcl no Resp nº 727.966/SP, a legalidade estava relacionada à violação de norma disciplinadora do procedimento licitatório. O processo abordou o fracionamento de despesas com a construção de moradias, cujo total não autorizava a modalidade mais simples, mas sim concorrência, despontando, assim, a ilegalidade.

No Resp nº 37.275/SP, o STJ constatou ilegalidade e imoralidade de atos administrativos que autorizavam e determinavam o pagamento de despesas de viagem ao exterior de prefeito e sua esposa. A viagem oficial deveria ter sido somente à China e apenas do prefeito. Entretanto, o município fez o pagamento integral das despesas de toda a viagem, que incluiu, também, os Estados Unidos, Coreia do Sul e Japão.

Portanto, o que se observa destes julgados é que a ilegalidade da despesa pode estar relacionada ao **descumprimento do procedimento previsto na Lei nº 4.320/64** (liquidação da despesa), pode estar relacionada ao **descumprimento do procedimento licitatório prévio à contratação (Lei nº 8.666/93)**, ou ainda, a ilegalidade da despesa pode estar relacionada ao **ato administrativo que dá suporte à realização da despesa**.

Em Portugal, Antônio Luciano Souza Franco refere-se a duas modalidades de legalidade da execução da despesa pública: a legalidade substancial e a legalidade processual (FRANCO, 2003).

A legalidade substancial “*resulta do respeito pelo acto ou actos que integram o orçamento (lei e orçamentos de serviço) e por todos os outros actos praticados pela Administração; tanto como leis sobre a organização e funcionamento da Administração (...)*” (FRANCO, 2003, p. 429).

A legalidade processual corresponde ao processo de execução das despesas que, segundo o autor, é bastante complexo já que são necessários vários requisitos e formalidades. Este processo estaria fundado numa legislação

arcaica de contabilidade pública, cujo princípio básico é o da separação dos poderes financeiros, e seria composto das seguintes etapas (FRANCO, 2003):

- a) autorização para realização da despesa;
- b) processamento;
- c) verificação (legalidade e cabimento);
- d) liquidação;
- e) autorização de pagamento;
- f) pagamento da despesa (ato real de despesa).

Na visão de Souza Franco, a execução do orçamento deve respeitar as leis em geral (legalidade genérica) e o próprio orçamento (legalidade específica). O cabimento orçamental seria uma forma específica de legalidade da despesa pública, que diz respeito à conformidade do ato gerador da despesa e o orçamento<sup>148</sup> (FRANCO, 2003).

Maria d'Oliveira Martins, por sua vez, afirma que o princípio da legalidade aplicável à despesa pública significa que todo fato gerador de despesa deve respeitar às normas legais aplicáveis (normas orçamentais, da contabilidade pública, de procedimento, normas de direito administrativo, substantivas ou procedimentais) (MARTINS, 2012).

Segundo Martins, classicamente, o princípio da legalidade da despesa pública estava associado à verificação do cumprimento da tipicidade qualitativa e quantitativa a que as mesmas despesas estão sujeitas. Ou seja, *“a verificação do cabimento orçamental consumia toda a verificação da legalidade da despesa pública”*. Atualmente, o princípio da legalidade vai além, já não se aplicando mais à despesa pública tão-só através do instituto do orçamento do Estado (MARTINS, 2012).

Em Portugal, a conjugação do art. 105º, nº 2, da Constituição Portuguesa<sup>149</sup> com o artigo 42º, nº 6, da Lei de Enquadramento Orçamental (LEO)<sup>150</sup> e

<sup>148</sup> O autor afirma que o cabimento corresponde à legalidade específica, por ser uma forma específica de legalidade. Nesta obra, adotamos sentido diverso à expressão “legalidade específica”. Nesta obra, a legalidade específica a que o autor se refere corresponde, parcialmente, à legalidade orçamentária.

<sup>149</sup> “O Orçamento é elaborado de harmonia com as grandes opções em matéria de planeamento e tendo em conta as obrigações decorrentes de lei ou de contrato”.

<sup>150</sup> “Nenhuma despesa pode ser autorizada ou paga sem que, cumulativamente:

a) o facto gerador da obrigação de despesa respeite as normas legais aplicáveis;

com o artigo 44º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC) aponta claramente para a sujeição da despesa pública à um princípio da legalidade autónomo (MARTINS, 2012).

Em síntese, aponta a autora que (MARTINS, 2012, p. 208):

“(…) a verificação do princípio da legalidade da despesa pública corresponde hoje, em concreto, ao cumprimento da legalidade genérica, ao cumprimento das normas legais aplicáveis ao caso (legalidade financeira), ao cabimento orçamental (legalidade orçamental), ao respeito das regras de contabilidade e à verificação da economia, eficiência e eficácia”.

José Ricardo Catarino, na mesma linha, informa que a ilegalidade da despesa pode decorrer tanto da sua desconformidade com as normas orçamentais, procedimentais ou de contabilidade pública que deveria respeitar, como do procedimento ou ato administrativo estabelecido para a sua realização (CATARINO, 2011).

Segundo o autor, o conceito de legalidade financeira atualmente se estende para além do seu âmbito tradicional e deve ser visto agora não apenas na perspectiva da estrita conformidade com a lei, mas também aplicado às questões do respeito pelas normas de contabilidade pública e de adequação aos critérios de boa gestão, correção, eficácia e eficiência financeira (CATARINO, 2011).

Concluindo, esclarece que (CATARINO, 2011, p. 215):

“Ser a despesa legal significa que é conforme aos critérios constantes nas leis financeiras, reguladoras em todos os sentidos da relação jurídica financeira, sejam eles relativos ao cabimento, à inscrição, à contabilização, à efectivação da despesa e à fiscalização financeira, em qualquer das suas modalidades”.

Na Espanha, José Juan Ferreiro Lapatza esclarece que o gasto público está disciplinado em parte por normas estáveis e permanentes, que regulam o conteúdo, a formação, a execução e o controle da execução do orçamento, e, por outra parte, pelo próprio orçamento que determina, periodicamente, com

- b) a despesa em causa disponha de inscrição orçamental, tenha cabimento na correspondente dotação, seja adequadamente classificada e obedeça ao princípio da execução do orçamento por duodécimos, salvo, nesta última matéria, as excepções previstas na lei;
- c) a despesa em causa satisfaça o princípio da economia, eficiência e eficácia”.

caráter de norma jurídica, as quantidades a serem gastas e as finalidades do gasto (LAPATZA, 2004).

Neste capítulo, defende-se a tese de que o princípio da legalidade aplicado à despesa pública opera-se em diversos planos: legalidade orçamentária, legalidade global ou agregada, legalidade procedimental e legalidade específica (ou reserva legal das prestações pecuniárias). Cada uma dessas categorias disciplina um determinado aspecto da despesa pública:

- a) a **legalidade orçamentária** refere-se à autorização orçamentária para a realização da despesa e, no Brasil, ao respeito às demais normas de natureza orçamentária, incluindo as contidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias e no Plano Plurianual;
- b) a **legalidade procedimental** refere-se à disciplina do procedimento de realização da despesa pública;
- c) a **legalidade global ou agregada** refere-se à disciplina da despesa pública considerada no seu aspecto agregado (não individualmente considerada);
- d) a **legalidade específica** (reserva legal em matéria de prestações pecuniárias) refere-se às normas que instituem direitos subjetivos de natureza pecuniária perante o Estado.

A maioria das normas legais que disciplinam a despesa pública podem ser enquadradas nestas categorias. Nada obstante, esta categorização não é exaustiva. Em geral, as vedações materiais à realização de despesas, tais como as previstas na legislação eleitoral (art. 73, incisos VI, alínea *a*; VII e VIII, da Lei nº 9.504/1997), não podem ser inseridas em nenhuma das categorias supramencionadas. Por outro lado, algumas normas que disciplinam os gastos públicos podem se encaixar em mais de uma categoria, como é o caso das relativas à limitação de empenho e movimentação financeira (legalidade global e procedimental).

Nossa divisão em quatro categorias, ainda que imperfeita, serve para evidenciar a existência de diversas outras normas disciplinadoras do gasto público que não as de natureza orçamentária, reforçando a tese de que o direito dos gastos públicos não pode ser considerado apenas um mero capítulo do direito orçamentário.

O gasto público só atende ao princípio da legalidade se atender simultaneamente às quatro formas de legalidade apresentada, quando aplicáveis ou cabíveis no caso concreto.

## 8.1. Legalidade Orçamentária

Este trabalho sustenta a tese de autonomia do direito dos gastos públicos em relação ao orçamento público, sem deixar de reconhecer que o orçamento público, ou melhor, que as leis de natureza orçamentária, condicionam a realização da despesa pública. Estas condicionalidades correspondem ao que aqui se denomina legalidade orçamentária.

A legalidade orçamentária é o primeiro enfoque que vem à mente do leitor quando se fala em legalidade da despesa pública. No Brasil, **a legalidade orçamentária compreende a aderência da despesa pública às regras e demais condicionalidades presentes na lei orçamentária anual, na lei de diretrizes orçamentárias e no plano plurianual (leis de natureza orçamentária)**. Corresponde, por exemplo, ao respeito aos créditos orçamentários concedidos e às categorias de programação presentes na lei orçamentária anual e nos diplomas que autorizam a abertura de créditos adicionais.

A legalidade orçamentária está expressa no art. 167, incisos I, II, VI e § 1º da Constituição Federal. Segundo estes dispositivos, é vedado “*o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual*”, é vedada “*a realização de despesa ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais*”, é vedada “*a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa*”. Ademais, “*nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia inclusão no plano plurianual, ou sem lei que autorize a inclusão, sob pena de crime de responsabilidade*”.

Ademais, a lei de diretrizes orçamentárias, seja por via direta ou indireta, incide sobre a fase de realização da despesa, também impondo condicionantes à realização da despesa. Sua importância como fonte do direito dos gastos públicos é cada vez maior, mormente no plano federal, em que a LDO é muito detalhista, haja vista a ausência de lei complementar prevista no art. 163, I c/c art. 165, § 9º, da Constituição Federal, que devia estabelecer normas gerais de finanças públicas, em caráter permanente (item 6.4.).

### 8.1.1. Que tipo de despesas estão sujeitas à legalidade orçamentária?

Feitas estas considerações iniciais, cabe indagar quais despesas estão sujeitas à legalidade orçamentária.

Como regra geral, exige-se autorização orçamentária das despesas realizadas pelos órgãos e entidades públicas integrantes do orçamento fiscal e da

seguridade social, ou seja, os órgãos da administração direta, as autarquias e fundações públicas e as empresas estatais dependentes. Por sua vez, no orçamento de investimentos das empresas estatais (não dependentes), constam apenas as despesas de capital e não as despesas operacionais.

O art. 6º da Lei nº 12.709/2012 (LDO 2013) dispõe acerca das entidades que devem ser incluídas no orçamento fiscal e da seguridade social (no orçamento relativo ao exercício de 2013):

“Art. 6º Os Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social compreenderão o conjunto das receitas públicas, bem como das despesas dos Poderes e do Ministério Público da União, seus fundos, órgãos, autarquias, inclusive especiais, e fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, bem como das empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto e que dela recebam recursos do Tesouro Nacional, devendo a correspondente execução orçamentária e financeira, da receita e da despesa, ser registrada na modalidade total no SIAFI.

Parágrafo único. Excluem-se do disposto neste artigo:

I – os fundos de incentivos fiscais, que figurarão exclusivamente como informações complementares ao Projeto de Lei Orçamentária de 2013;

II – os conselhos de fiscalização de profissão regulamentada, constituídos sob a forma de autarquia; e

III – as empresas públicas ou sociedades de economia mista que recebam recursos da União apenas em virtude de:

- a) participação acionária;
- b) fornecimento de bens ou prestação de serviços;
- c) pagamento de empréstimos e financiamentos concedidos; e
- d) transferência para aplicação em programas de financiamento, nos termos do disposto na alínea “c” do inciso I do *caput* do art. 159, e no § 1º do art. 239, da Constituição.”

Portanto, mesmo caracterizando-se como autarquias, não estão abarcadas pela lei orçamentária anual as despesas realizadas pelos Conselhos de Fiscalização Profissional (*vide* item 5.1.5.).

Apenas as empresas estatais dependentes deverão integrar o orçamento fiscal. No caso das empresas estatais não dependentes, suas despesas de investimentos constam do orçamento de investimentos das estatais (*vide* item 5.1.3.).

Além disso, as entidades paraestatais, tais como, as integrantes do Sistema “S”, e as entidades de colaboração, tais como, as Organizações Sociais e as

OSCIPs também não estão sujeitas à legalidade orçamentária, ainda que recebam recursos provenientes de alguma dotação orçamentária da LOA (*vide* item 5.1.4.).

Importante mencionar, ainda, a despesa fiscal ou gasto tributário não necessita ser autorizada pela lei orçamentária anual. O art. 165, § 6º, da Constituição Federal, prescreve, no entanto, que “*O projeto de lei orçamentária será acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia*”. Assim sendo, o gasto tributário e os benefícios de natureza creditícia só integram a LOA a título de informações complementares.

A legalidade orçamentária abarca, também, as normas constantes da LDO, as quais podem apresentar diretrizes para o gasto tributário e para os benefícios creditícios (item 6.4.2.). De fato, dentre as funções constitucionais da LDO, encontram-se as de dispor sobre as alterações na legislação tributária e sobre a política de aplicação das agências oficiais de fomento (art. 165, § 2º, CF/88).

### **8.1.2. Ampliação do escopo da legalidade orçamentária**

O escopo da legalidade orçamentária também acompanhou a evolução do orçamento público, ampliando-se até o advento do orçamento-programa. Esta ampliação está relacionada com a utilização de novas classificações orçamentárias que condicionam a despesa de forma mais detalhada. No caso brasileiro, a LDO, inovação da Constituição de 1988, incidindo sobre a execução da despesa pública é um outro fator que contribuiu para ampliação desse escopo.

Conforme leciona Aliomar Baleeiro, nos seus primórdios, o orçamento foi um instrumento político para a defesa dos contribuintes contra os governos. Era, sobretudo, um dique para conter as despesas e conseqüentemente deter o apelo à tributação. Em razão disso, estava a grande preocupação com a manutenção do equilíbrio orçamentário. Havia um justificado horror às despesas públicas nos séculos XVII e XVIII. Afinal, nenhum proveito os contribuintes recebiam do funcionamento da “*opressora e parasitária máquina do governo*” (BALEIRO, 1995, p. 395).

O orçamento público surgiu como instrumento formalmente acabado na Inglaterra em 1822, época em que o liberalismo estava em pleno desenvolvimento. É a época dos regimes constitucionais. A função principal do

orçamento público era a de controle político sobre o executivo, sendo um instrumento cuja preocupação principal era manter equilíbrio financeiro e evitar ao máximo a expansão dos gastos. À época, os impostos eram autorizados anualmente, o que permitia uma verificação crítica das despesas a serem custeadas com a receita dos tributos. James Giacomoni atribuiu a esta fase da evolução do orçamento público a denominação “*orçamento tradicional*” (GIACOMONI, 2005).

No orçamento tradicional, eram adotadas classificações orçamentárias apenas para instrumentalizar o controle das despesas, destacando-se as classificações por unidades administrativas (classificação institucional, ou seja, pelos órgãos responsáveis pelos gastos) e as classificações por objeto ou item de despesa (pessoal, material, etc.) (GIACOMONI, 2005).

O orçamento evoluiu acompanhando a evolução do Estado Liberal para o Estado do Bem Estar Social, que passou a ter outras funções de intervenção na ordem econômica e social. Com efeito, o orçamento passa a ser, além da função clássica de controle do Poder Executivo, um instrumento de administração, expressando um plano de ação do governo. O orçamento moderno não constitui, portanto, um mero demonstrativo contendo previsão de receitas e autorização de despesas.

Na América Latina, a Organização das Nações Unidas difundiu uma idealização de orçamento moderno chamado de orçamento-programa, cuja concepção básica foi extraída do “*performance budget*” americano. Trata-se de um sistema em que se presta particularmente mais atenção às coisas que o um governo realiza do que às coisas que adquire. Neste sentido, são elementos essenciais do orçamento-programa: os objetivos e propósitos perseguidos pela instituição e para cuja consecução são alocados os recursos, os programas, os custos dos programas e as medidas de desempenho com a finalidade de medir as realizações e os esforços despendidos na execução dos programas (GIACOMONI, 2005).

Esta concepção reflete-se nas classificações, nos indicadores e em outros elementos utilizados no orçamento-programa. De fato, a discriminação ou especificação da despesa no orçamento-programa é muito mais detalhada que no orçamento tradicional, que se limitava a determinar quanto cada órgão gastaria e em qual objeto de despesa.

A propósito, com a Portaria MPOG nº 42, de 14/4/1999 e com o Decreto 2.829, de 29/10/1998, são diversas as classificações da despesa utilizadas no orçamento público federal brasileiro: classificação institucional, classificação funcional, classificação por programas, classificação segundo a natureza da

despesa (por categorias econômicas, por grupos, por modalidade de aplicação e por elementos de despesa). Além disso, são utilizados no orçamento federal metas, produtos e outros indicadores.

No tocante à LDO, conforme já mencionado, sua importância cresceu ainda mais ante a ausência de lei complementar prevista no art. 163, I c/c art. 165, § 9º, da Constituição Federal, que devia estabelecer normas gerais de finanças públicas, em caráter permanente. No item 6.4. deste trabalho, aborda-se a LDO como fonte do direito dos gastos públicos, esclarecendo as matérias que vem sendo disciplinadas por esta espécie legislativa.

### **8.1.3. Caráter normativo e informativo das classificações orçamentárias**

A Lei Orçamentária Anual contempla normas jurídicas que autorizam as unidades orçamentárias a realizar determinadas despesas. Esta autorização está sujeita a limitações de caráter temporal (exercício financeiro), de caráter quantitativo e de caráter qualitativo ou finalístico.

No orçamento-programa, as autorizações são concedidas por intermédio dos programas de trabalho, escritos na linguagem das classificações orçamentárias, que condicionam a realização da despesa pública, determinando, especialmente, a sua finalidade.

A classificação institucional responde quem é o responsável pela ação orçamentária. Ela reflete as estruturas organizacional e administrativa e compreende dois níveis hierárquicos: o órgão orçamentário e a unidade orçamentária (UO). As dotações orçamentárias são atribuídas às unidades orçamentárias, que são as responsáveis pela execução das ações (BRASIL, 2013).

A classificação funcional da despesa é formada por funções e subfunções e busca identificar em que área de despesa a ação será realizada. A função é o maior nível de agregação das diversas áreas de atuação do setor público, tais como, educação, saúde, defesa, legislativa, energia, etc. A subfunção é o nível de agregação imediatamente inferior à função, tais como, educação superior, educação infantil, transporte rodoviário, etc. (BRASIL, 2013).

A classificação por programas informa o tema da política pública em que a despesa será realizada. O programa é o elo entre a Lei Orçamentária Anual e o Plano Plurianual, sendo estruturado para o alcance de determinados objetivos. Segundo o art. 5º, inciso I, da LDO 2013, programa é *“o instrumento de organização da ação governamental visando à concretização dos objetivos pretendidos, sendo mensurado por indicadores estabelecidos no plano plurianual”*.

No atual Plano Plurianual da União (PPA 2012-2015, Lei nº 12.593/2012), os programas são divididos em programas temáticos e programas de gestão, manutenção e serviços ao Estado. **Programa Temático** é aquele “*que expressa e orienta a ação governamental para a entrega de bens e serviços à sociedade*” e o **Programa de Gestão, Manutenção e Serviços ao Estado** é aquele “*que expressa e orienta as ações destinadas ao apoio, à gestão e à manutenção da atuação governamental*” (art. 5º, incisos I e II). No PPA 2012-2015, a cada programa temático são associados objetivos, indicadores, valor global e valor de referência e para cada objetivos são associados um órgão responsável, metas e iniciativas (art. 6º).

Na Lei Orçamentária Anual, o Programa é composto por ações orçamentárias, que contribuem para atender ao objetivo do programa. As ações orçamentárias podem ser projetos, atividades ou operações especiais. Projeto é o “*instrumento de programação utilizado para alcançar o objetivo de um programa envolvendo um conjunto de operações, limitadas no tempo, das quais resulta um produto que concorre para a expansão ou o aperfeiçoamento da ação de governo*” (BRASIL, 2013, p. 52). A atividade difere do projeto por tratar-se de “*um conjunto de operações que se realizam de modo contínuo e permanente, das quais resulta um produto ou serviço necessário à manutenção da ação de Governo*” (BRASIL, 2013, p. 51). Por fim, as Operações Especiais são “*despesas que não contribuem para a manutenção, expansão ou aperfeiçoamento das ações de governo, das quais não resulta um produto e não geram contraprestação direta sob a forma de bens e serviços*” (BRASIL, 2013, p. 52). Importante mencionar que, no orçamento federal, as ações orçamentárias dispõem de vários atributos: título, subtítulo, descrição, tipo, base legal e produto.

As autorizações de gasto são atribuídas às ações orçamentárias e são compostas pela programação física e financeira. A programação física compreende as metas físicas, ou seja, “*a quantidade de produto [da ação] a ser ofertado por ação, de forma regionalizada, se for o caso, num determinado período e instituída para cada ano*”.

A “*programação financeira*”<sup>151</sup> para cada ação orçamentária compreende a natureza da despesa, o indicador de uso, o identificador de doação e de

<sup>151</sup> Não confundir a “*programação financeira*” da lei orçamentária com a prevista na LRF ou com a “*programação da despesa*” prevista na Lei nº 4.320/1964, que estão relacionadas à legalidade procedimental. Na LRF ou na Lei nº 4.320/1964, a programação financeira busca

operação de crédito e a classificação da despesa por indicador de resultado primário<sup>152</sup>.

A natureza de despesa engloba:

- a) a categoria econômica da despesa (despesas correntes ou despesas de capital);
- b) o grupo natureza de despesa – GND (pessoal e encargos sociais, juros e encargos da dívida, outras despesas correntes, investimentos, inversões financeiras ou amortização da dívida);
- c) a modalidade de aplicação, que indica se os recursos serão aplicados diretamente ou mediante transferência financeira para outros níveis de governos ou para entidades privadas sem fins lucrativos;
- d) o elemento de despesa, que corresponde aos objetos de gasto;

O indicador de uso (IDUSO) visa “*completar a informação concernente à aplicação dos recursos e destina-se a indicar se os recursos compõem contrapartida nacional de empréstimos ou de doações ou destinam-se a outras aplicações*” (BRASIL, 2013, p. 85).

O identificador de doação e de operação de crédito (IDOC) identifica as doações de entidades internacionais ou operações de crédito contratuais alocadas nas ações orçamentárias, com ou sem contrapartida da União (BRASIL, 2013).

Por fim, o indicador de resultado primário (RP) tem por finalidade auxiliar na apuração do resultado primário previsto na LDO (BRASIL, 2013).

O que se observa destas diversas classificações orçamentárias (e demais itens da estrutura do orçamento) é que algumas têm caráter normativo, ou seja, constituem normas que autorizam a realização do gasto, mas condicio-

assegurar às unidades orçamentárias em tempo útil a soma de recursos necessários e suficientes a melhor execução do seu programa anual de trabalho, mantendo, durante o exercício, na medida do possível, o equilíbrio entre a receita arrecadada e a despesa realizada (art. 48 da Lei nº 4.320/1964).

<sup>152</sup> Segundo o art. 7º, *caput*, da LDO 2013, “Os Orçamentos Fiscal, da Seguridade Social e de Investimento discriminarão a despesa por unidade orçamentária, com suas categorias de programação detalhadas no menor nível, com as respectivas dotações, especificando a esfera orçamentária, o grupo de natureza de despesa, o identificador de resultado primário, a modalidade de aplicação, o identificador de uso e a fonte de recursos”.

nando a despesa ao atendimento de determinada finalidade. Neste contexto, o que as classificações fazem é auxiliar na discriminação desta finalidade.

Por outro lado, existem classificações que não tem o caráter normativo, mas apenas informativo. São classificações que servem para auxiliar a apuração de indicadores ou prover outras informações para os usuários da contabilidade pública.

Para este livro, é importante identificar quais classificações têm caráter normativo e quais classificações tem caráter meramente informativo.

Em regra, pode-se afirmar que as classificações (e demais itens do orçamento público) que discriminem a finalidade da despesa tem caráter normativo, tais como, os atributos das ações orçamentárias (título, descrição, produto, etc.) e as próprias metas físicas atribuídas para cada ação.

Por outro lado, a LDO costuma estabelecer algumas classificações que, para serem alteradas, independem autorização legislativa. É o caso do art. 37 da LDO 2013, o qual dispõe que:

“Art. 37. As classificações das dotações previstas no art. 7º poderão ser alteradas de acordo com as necessidades de execução, mantido o valor total do subtítulo e observadas as demais condições de que trata este artigo, nos casos de:

- I – Esfera Orçamentária;
- II – Fonte de Recursos;
- III – Modalidade de Aplicação – MA;
- IV – Identificador de Uso – IU; e
- V – Identificador de Resultado Primário – RP”.

A modalidade de aplicação, por exemplo, deve ser alterada diretamente no sistema SIAFI pela unidade orçamentária (art. 37, § 4º, LDO 2013). As demais classificações podem ser alteradas por portaria da Secretaria de Orçamento Federal do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, no que se refere aos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social, ou por portaria do Departamento de Coordenação e Governança das Empresas Estatais, no que se refere ao Orçamento de Investimento (art. 37, § 2º, incisos I e II, LDO 2013).

As classificações que dispensam autorização legislativa para serem alteradas possuem, via de regra, um caráter meramente informativo. Caso contrário, tal dispensa poderia representar uma invasão à competência do Poder Legislativo em matéria orçamentária (art. 48, II, da CF/88).

## 8.2. Legalidade Procedimental

A legalidade procedimental (ou legalidade processual, segundo o Professor Souza Franco) corresponde à aderência ao procedimento legal previsto para a realização da despesa pública. O vício neste procedimento pode conduzir à ilegalidade da despesa pública<sup>153</sup>.

A concretização do gasto público não se restringe à fase de desembolso dos recursos públicos. Como instrumento de uma política pública, o gasto público em sentido amplo se insere num processo que se inicia com a identificação de um problema de interesse público e termina com a execução de ações que visem suprimir as causas críticas ou, pelo menos, mitigar os efeitos do problema identificado<sup>154</sup>. No modelo apresentado no capítulo 3, parte-se dos objetivos fundamentais da República, dos direitos fundamentais e das competências dos entes (nível das funções de Estado), passando pelas políticas públicas até chegar à despesa pública propriamente dita.

Nesta linha, o gasto público propriamente dito não prescinde de um ato administrativo, de um ato normativo, de um contrato, de um convênio, de um procedimento administrativo e/ou de uma lei que, previamente, dê suporte ao desembolso de recursos públicos. E o direito dos gastos públicos não pode ficar restrito à fase final deste processo.

Nos manuais de direito financeiro costuma-se fazer referência tão somente às etapas da realização da despesa previstas na Lei nº 4.320/64, quais sejam, as fases de empenho, liquidação e pagamento (arts. 58 a 65).

No âmbito federal, este procedimento não se aplica às entidades e operações não sujeitas à legalidade orçamentária, tais como, o gasto tributário e os benefícios creditícios. Às empresas estatais não dependentes, não se aplica o disposto na Lei nº 4.320/1964, por força do que dispõem as LDOs. No caso de despesas operacionais destas estatais, nem faria sentido exigir o empenho, uma vez que não é necessário crédito orçamentário para a realização da despesa.

<sup>153</sup> Vide, por exemplo, os julgados no AgRg no Resp 1237139/PE e na Ação Penal 480/MG, ambos do Superior Tribunal de Justiça.

<sup>154</sup> Infelizmente, nem todo este processo de formulação de políticas públicas é disciplinado por regras jurídicas expressas. Inúmeros problemas na implementação, tais como, erros de cobertura, ineficiência na utilização dos recursos públicos, etc. são decorrentes de falhas no design das políticas.

Estas fases também não se aplicam à despesa orçamentária no âmbito do chamado “regime de adiantamento”, também conhecido por suprimento de fundos<sup>155</sup>. Este regime consiste na “*entrega de numerário a servidor, sempre precedida de empenho na dotação própria para o fim de realizar despesas, que não possam subordinar-se ao processo normal de aplicação*” (art. 68 da Lei nº 4.320/1964). Neste regime, há uma inversão das fases de pagamento e liquidação, mas não se dispensa o prévio empenho. O regime de adiantamento pode ser concedido para atender despesas eventuais que exijam pronto pagamento, despesas sigilosas e despesas de pequeno vulto, conforme dispõe o art. 45 do Decreto nº 93.872/1986, *verbis*:

“Art. 45. Excepcionalmente, a critério do ordenador de despesa e sob sua inteira responsabilidade, poderá ser concedido suprimento de fundos a servidor, sempre precedido do empenho na dotação própria às despesas a realizar, e que não possam subordinar-se ao processo normal de aplicação, nos seguintes casos:

I – para atender despesas eventuais, inclusive em viagens e com serviços especiais, que exijam pronto pagamento;

II – quando a despesa deva ser feita em caráter sigiloso, conforme se classificar em regulamento; e

III – para atender despesas de pequeno vulto, assim entendidas aquelas cujo valor, em cada caso, não ultrapassar limite estabelecido em Portaria do Ministro da Fazenda”.

No caso de despesas atinentes a obras, serviços compras e locações, a Administração Pública deve realizar um procedimento prévio à contratação, o procedimento licitatório, ou realizar a contratação direta, mediante dispensa ou inexigibilidade de licitação. Este procedimento é disciplinado, principalmente, pela Lei nº 8.666/1993, Lei nº 10.520/2002 (Pregão) e o Regime Diferenciado de Contratação (Lei nº 12.462/2012). Nos dois primeiros casos, trata-se de normas gerais de licitação e contratos aplicáveis, portanto, a todos os entes federados.

<sup>155</sup> As despesas com o Cartão de Pagamento do Governo Federal (CPGF), conhecido vulgarmente por “Cartão Corporativo” estão sujeitas à mesma disciplina do regime de adiantamento ou suprimento de fundos. *Vide*, a propósito, o Decreto nº 5.355/2005, que disciplina a utilização do CPGF pelos órgãos e entidades da administração pública federal, direta, autárquica e fundacional.

Mesmo no tocante à contratação direta, hipóteses em que é dispensada a licitação ou em que a licitação é considerada inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666/1993, preconiza-se a adoção de um procedimento voltado à seleção do contratante, conforme leciona Marçal Justen Filho (JUSTEN FILHO, 2005, p. 228):

“A contratação direta submete-se a um procedimento administrativo, como regra. Ou seja, **ausência de licitação não equivale a contratação informal, realizada com quem a Administração bem entender, sem cautelas, nem documentação. Ao contrário, a contratação direta exige um procedimento prévio, em que a observância de etapas e formalidades é imprescindível.** Somente em hipóteses-limite é que a Administração estaria autorizada a contratar sem o cumprimento dessas formalidades. Seriam aqueles casos de emergência tão grave que a demora, embora mínima, pusesse em risco a satisfação dos valores a cuja realização se orienta a atividade administrativa.

Nas etapas internas iniciais, a atividade administrativa será idêntica, seja ou não a futura contratação antecedida de licitação. Em um momento inicial, a Administração verificará a existência de uma necessidade a ser atendida. Deverá diagnosticar o meio mais adequado para atender ao reclamo. Definirá um objeto a ser contratado, inclusive adotando providências acerca da elaboração de projetos, apuração da compatibilidade entre a contratação e as previsões orçamentárias. Tudo isso estará documentado em procedimento administrativo, externando-se em documentação constante dos autos. **A diferença residirá em que, no momento de definir as fórmulas para contratação, a Administração constatará a inaplicabilidade das regras acerca de licitação.**” (grifo nosso).

Renato Geraldo Mendes, nesta linha, entende que a própria contratação pública é uma realidade ampla vista como um processo (MENDES, 2012, p. 25):

“Falar em contratação pública é falar em processo administrativo. Há uma estreita relação entre os dois. A contratação pública é inserida na ideia de processo, pois é por meio dele que ela é estruturada, desenvolvida, aperfeiçoada e atinge o seu fim”.

O processo de contratação pública é definido como (MENDES, 2012, p. 25):

“(…) o conjunto de fases, etapas e atos estruturado de forma lógica para permitir que a Administração, a partir da identificação precisa da sua necessidade e demanda, possa definir com precisão o encargo desejado, minimizar seus riscos e selecionar, isonomicamente, se possível, a pessoa capaz de satisfazer a sua necessidade pela melhor relação custo benefício”.

Embora, nos dias atuais, as licitações e os contratos da administração pública constem dos compêndios de direito administrativo, antes do advento da Constituição de 1988, permanecia a dúvida se o tema deveria ser analisado à luz do direito administrativo ou do direito financeiro.

A dúvida tinha sua razão de ser, pois a definição da natureza jurídica das licitações determinava a competência para legislar sobre a matéria. Se fosse matéria de direito financeiro, a competência para elaborar normas gerais seria da União, consoante art. 8º, inciso XVII, alínea c, da Emenda Constitucional nº 1, de 17/10/1969<sup>156</sup>. Se fosse matéria de direito administrativo, caberia a cada um dos entes federados legislar sobre o tema.

Segundo Roberto Ribeiro Bazilli e Sandra Julien Miranda (BAZILLI; MIRANDA, 1999, p. 21):

“O assunto era polêmico. Havia sérias divergências doutrinárias. Sobre a questão formaram-se duas grandes correntes. Os adeptos da primeira consideraram a licitação instituto de direito financeiro e os da segunda defenderam a sua inclusão no direito administrativo. E para estes a licitação é um ato-condição ou um procedimento administrativo. No direito pátrio, juristas como Ruy Barbosa Nogueira, Nascimento Franco, Barros Júnior e outros sustentavam ser a licitação um instituto de direito financeiro.”

A segunda corrente era defendida por autores como Celso Antônio Bandeira de Mello, José Afonso da Silva e Geraldo Ataliba (BAZILLI; MIRANDA, 1999).

A questão foi contornada com a Constituição Federal de 1988, que estabelece a competência privativa da União para dispor sobre normas gerais de licitações e contratos (art. 22, XXI).

**De qualquer forma, é importante reconhecer que a licitação e a execução dos contratos são procedimentos disciplinados em lei que, quando cabíveis, antecedem a realização da despesa pública, fazendo parte da “legalidade procedimental”.**

<sup>156</sup> Art. 8º. Compete à União:

(...)

XVII – legislar sobre:

(...)

c) normas gerais sobre orçamento, despesa e gestão patrimonial e financeira de natureza pública; de direito financeiro; de seguro e previdência social; de defesa e proteção da saúde; de regime penitenciário;

Convém mencionar que a própria Lei nº 4.320/1964 dispõe o respeito ao “*princípio da concorrência*” na aquisição de material, o fornecimento e a adjudicação de obras e serviços (art. 70) e este tópico é tratado em conjunto com o procedimento de realização da despesa pública.

O procedimento previsto nas leis de licitações e contratos não se aplica, também, às despesas de pessoal, às transferências voluntárias e às transferências de recursos para o setor privado.

No caso destas duas últimas despesas, ainda que o art. 116 da Lei nº 8.666/1993 determine a aplicação subsidiária desta lei aos convênios, ajustes ou instrumentos congêneres, o procedimento licitatório só é possível quando houver viabilidade de competição. Ademais, o critério de menor preço, técnica e preço, maior lance não se aplicam às situações em que há interesse mútuo entre os convenientes. A seleção pode ser necessária, em alguns casos, como no de entidades sem fins lucrativos para assegurar a isonomia e a impessoalidade, mas esta seleção não deve ser feita segundo os parâmetros da lei geral de licitações e contratos, que é mais adequada para a seleção de empresas privadas. Os artigos 23 a 32 da Lei nº 13.019/2014, ainda não em vigor, dispõem sobre o chamamento público para a seleção de Organização da Sociedade Civil (OSC) que deverá celebrar termo de colaboração ou de fomento com o Poder Público.

No caso das despesas de pessoal, a seleção do agente público, mediante concurso público ou processo seletivo simplificado, ocorre apenas uma vez, e as despesas com os seus vencimentos se protraem no tempo.

O procedimento previsto na Lei nº 4.320/1964 (empenho, liquidação e pagamento) também não é rigorosamente aplicável às despesas supramencionadas, especialmente, quanto à fase da liquidação. As despesas de pessoal não costumam ser tratadas de forma individualizada (por agente público) pelo órgão ou entidade pagadora, mas de forma agregada. Desta forma, o empenho é feito para a folha de pagamento como um todo e não um empenho para cada agente, ou seja, são vários credores. A eventual “liquidação” da despesa de pessoal pode ser feita antes do próprio empenho, por meio de controle de frequência ou pela avaliação de desempenho, antes da elaboração da folha de pagamento.

No tocante às despesas relativas às transferências, não é feita a liquidação prévia, uma vez que os repasses são feitos antes de o conveniente executar o objeto pactuado.

Merecem destaque, por fim, as normas procedimentais constantes da Lei de Responsabilidade Fiscal.

No art. 16, a LRF estabelece um procedimento simplificado para a criação, expansão ou aperfeiçoamento da ação governamental, do qual decorra aumento de despesa. A criação, expansão ou aperfeiçoamento da ação governamental devem ser precedidos de estimativa de impacto orçamentário-financeiro (no exercício corrente e nos dois exercícios financeiros seguintes) e de declaração de adequação orçamentário-financeira firmada pelo ordenador de despesas, quanto à compatibilidade do aumento com a LOA, LDO e PPA (art. 16, incisos I e II, LRF). O atendimento a estes requisitos é condição prévia para o “*empenho e licitação de serviços, fornecimento de bens ou execução de obras*” e para a “*desapropriação de imóveis urbanos a que se refere o § 3º do art. 182 da Constituição*” (art. 16, § 4º, LRF).

A LRF também dispõe sobre um procedimento, ainda que simplificado, para a realização do gasto tributário ou renúncia de receitas. Segundo o art. 14 da LRF:

“A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições:

I – demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias;

II – estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no *caput*, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.

Na hipótese de compensação prevista no art. 14, II, da LRF, a concessão ou ampliação do benefício fiscal só poderá entrar em vigor, quando implementadas as referidas medidas de compensação.

Importante lembrar que só mediante lei específica é que se pode conceder a maior parte dos benefícios fiscais dos quais resultem renúncia de receita, consoante dispõe o art. 150, § 6º, da CF/88.

Os artigos 18 a 30 da Lei nº 8.313/1991, Lei Rouanet, dispõem sobre aspectos procedimentais relativos à despesa fiscal atinente ao incentivo a projetos culturais previstos nesta lei. Dentre tais aspectos procedimentais, pode-se citar a obrigatoriedade de submissão de proposta de captação de recursos ao Ministério da Cultura e da aprovação deste Ministério, o depósito e movimen-

tação dos recursos em conta corrente específica, o respeito ao prazo de validade para a captação, etc.

Feito este panorama, pode-se concluir que, no direito dos gastos públicos, o aspecto procedimental do gasto público é o que apresenta maiores variações, quando se leva em conta os diferentes tipos englobados pelo conceito amplo apresentado. Não é, portanto, um aspecto que viabilize o tratamento unitário do direito dos gastos públicos.

### 8.3. Legalidade Global ou Agregada

A legalidade global ou agregada refere-se às normas legais que disciplinam a despesa pública sob o seu ponto de vista agregado. Não se trata, portanto, da disciplina de uma despesa singularmente considerada, mas do somatório de despesas de um mesmo grupo ou da despesa total realizada por determinado ente federado, órgão ou Poder.

Em regra, as normas que disciplinam a legalidade agregada visam atender recomendações da ciência econômica, mais especificamente, da macroeconomia, motivo pelo qual é fundamental o conhecimento deste ramo da ciência pelo operador do direito.

Estas normas buscam proteger a **equidade intergeracional e a sustentabilidade das finanças públicas e do crescimento econômico**. E a preocupação com este aspecto agregado da despesa passou a ganhar mais espaço no direito financeiro com o advento da Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

O princípio da equidade intergeracional (ou equilíbrio intergeracional), segundo o Professor Joaquim Freitas da Rocha<sup>157</sup>, é exigência de **um direito financeiro responsável**, significando que (ROCHA, 2013):

“atores e decisores jurídico-financeiros devem ser dotados de uma visão temporal de longo prazo, que ultrapasse o momento decisório e permita projectar positivamente os efeitos da decisão num âmbito temporal alargado, abrangendo sujeitos que não tomaram partido da decisão”.

Alerta o autor que, do ponto de vista positivo, torna-se imperativo que os bens públicos e semi-públicos produzidos no presente sejam aptos a projectar

<sup>157</sup> Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho em Braga/Portugal.

as suas utilidades em momentos futuros temporalmente afastados, de modo a que as gerações vindouras possam retirar vantagens da sua efetivação. Neste sentido, deve-se dar prioridade a despesas de capital e de natureza reprodutiva, potenciadoras de proveitos em momentos temporalmente diferidos, colocando em plano secundário, na medida do possível, as despesas correntes e aquelas cuja utilidade se esgota no próprio período financeiro ou no ciclo de curto-prazo (ROCHA, 2013).

Do ponto de vista negativo, exige-se que “*as gerações futuras não sejam desproporcionalmente oneradas com encargos inerentes à satisfação das necessidades coletivas da geração presente*” (ROCHA, 2013).

Não seria constitucionalmente aceitável, por exemplo, que sejam contraídos empréstimos a longo prazo com o objetivo de custear investimentos presentes pouco reprodutivos. Nesta hipótese, os contribuintes integrantes do horizonte sociológico futuro deverão pagar por bens relativamente aos quais retiram pouco proveito ou vantagem (ROCHA, 2013).

Feitas estas considerações, cabe, agora, discutir as principais normas no direito financeiro brasileiro que disciplinam a despesa de forma agregada.

A disciplina das despesas de pessoal, ativo e inativo, do Estado é um dos principais campos de atuação da legalidade agregada. Seu controle é um dos pressupostos da responsabilidade na gestão fiscal (art. 1º, § 1º, LRF).

Os gastos com pessoal representam um dos principais itens da despesa primária dos governos, sendo consideradas “quase-obrigatórias” (item 13.2.). As despesas são rígidas, pois os governos dispõem de pouca flexibilidade para a dispensa de empregados e servidores públicos.

Ademais, este item de despesa apresenta um considerável crescimento vegetativo, uma vez que os estatutos e os planos de carreira dos servidores públicos costumam garantir vantagens pecuniárias (adicionais, gratificações, etc.) que são incrementadas periodicamente, tais como, anuênios, quinquênios, mudança de padrões/classes na carreira (promoções), etc.<sup>158</sup>. O cresci-

<sup>158</sup> Convém lembrar que, no âmbito federal, foram adotadas diversas medidas para conter o crescimento vegetativo da folha de pagamento, no bojo da reforma administrativa promovida no final dos anos 1990. Por exemplo, a Medida Provisória 2.225-45/2001 extinguiu o adicional de tempo de serviço prestado à União, suas autarquias e fundações públicas. A Lei nº 9.527/1997 extinguiu a incorporação das gratificações por exercício de função comissionada, por ano de exercício da função. A Emenda Constitucional nº 19/1998 também dispõe que “os acrés-

mento das despesas de pessoal ocorre independentemente da concessão de aumentos nos vencimentos.

Desta forma, despesa de pessoal é um item apto a comprometer parcela importante do orçamento público, limitando os recursos que podem ser alocados para investimentos e outras despesas destinadas à manutenção dos serviços públicos.

A preocupação com o assunto já vem de longa data<sup>159</sup>, mas somente com o advento da LRF e da Lei nº 10.028/2000, que instituiu sanções pessoais à violação dos preceitos da LRF, estas normas ganharam eficácia, devido aos mecanismos de “*enforcement*” criados por estes diplomas e à estratégia de repartição dos limites de pessoal entre órgãos e Poderes da República dotados de autonomia financeira (arts. 18 a 20 da LRF).

cimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados para fins de concessão de acréscimos ulteriores” (art. 37, XIV).

<sup>159</sup> A Constituição de 1967 já abordava o tema no art. 66, § 4º, prescrevendo que “A despesa de pessoal da União, Estados ou Municípios não poderá exceder de cinquenta por cento das respectivas receitas correntes”. A Emenda Constitucional nº 1/1969, por sua vez, remeteu à Lei Complementar o estabelecimento dos limites no art. 64 (“Lei complementar estabelecerá os limites para as despesas de pessoal da União, dos Estados e dos Municípios”). Nada obstante, o dispositivo não foi regulamentado, não tendo, portanto, aplicabilidade. O art. 169, da CF/88, também remeteu à Lei Complementar o estabelecimento dos limites para as despesas com pessoal ativo e inativo. Entretanto, enquanto esta lei não fosse promulgada, deveria valer a regra constante do art. 38 do ADCT/88, o qual previa que a União e os entes subnacionais não poderiam despendar mais de 65% das suas receitas correntes com pessoal ativo e inativo. Além disso, quando a despesa de pessoal excedesse o limite de 65%, o ente deveria retornar àquele limite, reduzindo o percentual excedente à razão de um quinto por ano. O art. 169 da CF/88 foi regulamentado pela Lei Complementar nº 82/1995, a Lei Camata I, tendo sido estabelecido o limite de 60% da receita corrente líquida, vedando reajustes ou adequações da remuneração em caso de descumprimento dos limites. A Emenda Constitucional nº 19/1998 alterou o art. 169 da CF/88 prevendo mecanismos de “*enforcement*”, tais como, a suspensão de repasses voluntários federais ou estaduais, para aqueles que não observassem os limites. Além disso, estavam previstas as medidas sequenciais para o ajustamento aos limites, tais como, a redução de, pelo menos, 20% das despesas com cargos em comissão e funções de confiança, a exoneração de serviços não estáveis e a perda de cargo de servidores estáveis. Foi editada a Lei Complementar nº 96/1999, Lei Camata II, regulamentando a alteração constitucional, reduzindo o limite global da União para 50%, com a inclusão dos instrumentos para tornar efetiva a aplicação da lei. A Lei Camata II foi revogada pela LRF (DIAS, 2009).

As normas que disciplinam a despesa de pessoal no seu aspecto agregado, contidas na LRF e na Lei nº 10.028/2000, envolvem:

- a) o estabelecimento de limites à despesa de pessoal, ativo e inativo, como percentuais da Receita Corrente Líquida do ente federado em questão, limites que são repartidos (distribuídos em sublimites) por Poder ou por órgão com autonomia financeira (arts. 19 e 20 da LRF);
- b) mecanismos de controle e transparência da despesa total com pessoal (art 22, da LRF – verificação quadrimestral dos limites; art. 55, I, a, da LRF – Relatório de Gestão Fiscal e art. 59, § 1º, II e § 2º – alerta dos Tribunais de Contas quando do atingimento de 90% do limite);
- c) estabelecimento de medidas administrativas para a recondução da despesa total com pessoal aos limites estabelecidos (arts. 22 e 23, da LRF);
- d) previsão de “sanções institucionais” aos entes/órgãos que descumprirem os limites estabelecidos (art. 23, § 3º, LRF).

Além das disposições da LRF, convém mencionar que a Emenda Constitucional nº 25/2000 incluiu o art. 29-A na Constituição Federal o qual estabeleceu limites à despesa total do Poder Legislativo Municipal, conforme a população do município. Além disso, estabeleceu que “*A Câmara Municipal não gastará mais de setenta por cento de sua receita com folha de pagamento, incluído o gasto com o subsídio de seus Vereadores*” (art. 29-A, § 1º).

Um outro aspecto da legalidade agregada diz respeito ao estabelecimento das metas fiscais de resultado, primário e nominal, visando o equilíbrio das contas públicas. As metas fiscais buscam evitar ou, pelo menos, controlar o déficit público. Desde a edição da LRF, observa-se que a União busca realizar superávits primários<sup>160</sup>. Entretanto, está fora de cogitação o atingimento de um superávit, ou até mesmo, um equilíbrio nominal<sup>161</sup>.

<sup>160</sup> O resultado primário corresponde à diferença entre as receitas e as despesas não-financeiras do Estado. Exclui-se, portanto, do cálculo do resultado primário os gastos e recebimentos de juros.

<sup>161</sup> Diante dos déficits primários da União registrados em agosto e setembro de 2013, com características inéditas, Mansueto F. de Almeida Jr., economista do IPEA, aponta que a expectativa do Governo Federal de alcançar o déficit nominal zero frustrou-se. Nas palavras do autor

É importante ressaltar que, neste caso, a norma não disciplina diretamente a despesa pública considerada em seu conjunto, mas o resultado entre receitas e despesas.

A importância da questão é esclarecida por Joseph Eugene Stiglitz, que aponta as principais consequências econômicas do déficit público (STIGLITZ, 2000):

- a) o déficit público afeta o equilíbrio intergeracional, pois parcela da obrigação/responsabilidade (*burden*) das despesas atuais é transferida para as gerações futuras;
- b) a emissão de títulos, utilizadas para fazer face ao déficit, pode acarretar o decréscimo do investimento (privado) e prejudicar indiretamente as futuras gerações;
- c) o endividamento externo pode aumentar com o déficit, reduzindo os padrões de vida no futuro.

O déficit público vai de encontro, portanto, ao equilíbrio intergeracional.

Retornando ao direito brasileiro, a LRF preconiza que a execução financeira e orçamentária deverá atender a metas fiscais de resultado, primário e nominal, que devem ser estabelecidas pela Lei de Diretrizes Orçamentárias. Para o cumprimento destas metas, a LRF estabelece mecanismos preventivos, tais como, o anexo de riscos fiscais na LDO, a reserva de contingência na LOA e as regras para a geração de despesa, para a criação ou aumento de despesas obrigatórias de caráter continuado. Além disso, há instrumentos corretivos, tais como, a limitação de empenho e movimentação financeira (art. 9º).

A legalidade agregada contempla, ainda, as normas que disciplinam a aplicação de recursos mínimos em ações e serviços de saúde e em manutenção

(ALMEIDA JR., 2013): “Alguns economistas do governo esperavam que, em 2014, a taxa de juros real no Brasil fosse de 2%, uma Selic entre 7% e 8% ao ano. Essa expectativa é cada vez mais distante e a tão esperada economia com os juros que traria a despesa com juros da dívida pública para um valor inferior a 4% do PIB não ocorrerá, dado o crescimento da dívida bruta e a alta da Selic. Adicionalmente, **a piora do primário mata a esperança de, no futuro próximo, alcançarmos um déficit nominal zero, a não ser que haja um forte crescimento da carga tributária. Assim, falar em déficit nominal zero é ‘wishful thinking’ ou coisa de mágico.** A dura realidade é que o resultado fiscal piorou. Ponto” (grifo nosso).

e desenvolvimento do ensino, uma vez que também são normas que disciplinam despesas em conjunto. Neste caso, entretanto, não se está buscando proteger a equidade intergeracional ou a sustentabilidade das finanças públicas. O que estas normas revelam é a prioridade concedida pelo legislador constituinte, originário ou derivado, às funções educação e saúde. Este tópico será abordado em maior detalhe no capítulo relativo às despesas obrigatórias (capítulo 13).

A legislação ordinária também pode contemplar, eventualmente, normas que disciplinam a despesa no seu aspecto agregado. Um exemplo é a legislação eleitoral que veda a realização, em ano de eleição, antes dos três meses que antecedem o pleito, a realização de despesas com publicidade que excedam a média dos gastos nos últimos 3 anos que antecedem o pleito ou do último ano imediatamente anterior à eleição (art. 73, inciso VII, da Lei nº 9.504/1997).

#### **8.4. Legalidade Específica ou Reserva Legal das Prestações Pecuniárias**

A legalidade específica ou a reserva legal das prestações pecuniárias impõe que direitos subjetivos relativos a prestações pecuniárias do Estado sejam estabelecidos em lei, a qual deverá estabelecer o valor da prestação ou a sua forma de cálculo, os beneficiários, os requisitos para a concessão e as hipóteses de extinção, se for o caso.

Em razão disso, veda-se a criação de direitos subjetivos de natureza pecuniária por meio de atos normativos infralegais ou a concessão de prestações pecuniárias que não tenham fundamento em lei.

Apesar da denominação, convém mencionar que não se exige, necessariamente, lei específica para todos os casos de criação de direitos subjetivos, mas apenas lei formal. Também não há que se confundir com a “legalidade específica” de Antônio Luciano de Souza Franco, que corresponde ao que definimos por “legalidade orçamentária”. O autor português prefere utilizar a expressão “leis definidoras de direitos” para se referir ao princípio exposto no presente item.

A exigência de lei formal assume ainda mais relevância quando a prestação pecuniária implicar o **tratamento diferenciado entre os cidadãos** ou quando não houver contraprestação do beneficiário. Neste sentido, a lei formal é uma condição necessária de legitimidade da prestação, mormente se considerarmos que a despesa pública deve buscar atender, prioritariamente, necessidades gerais da coletividade.

Não é, portanto, condição suficiente, uma vez que leis que estabeleçam prestações para determinadas categorias, grupos sociais ou agentes públicos desvinculadas do interesse público ou que vão de encontro aos objetivos fundamentais da República ou aos princípios constitucionais padecem de inconstitucionalidade por ilegitimidade.

É o caso, por exemplo, do art. 37 e seguintes da Lei nº 12.663/2012 (Lei Geral da Copa), que estabelecem prêmios de R\$ 100.000,00, isentos da incidência de imposto de renda, aos jogadores, titulares ou reservas, das seleções brasileiras campeãs das copas mundiais masculinas dos anos de 1958, 1962 e 1970. Ademais, é estabelecido um auxílio especial mensal para jogadores sem recursos ou com recursos limitados, que pode chegar até o valor máximo do salário benefício do Regime Geral de Previdência Social (art. 42)<sup>162</sup>.

Os direitos subjetivos a prestações pecuniárias correspondem aos aos *entitlements* do direito americano, que, segundo James Giacomoni (GIACOMONI, 2011, p. 350):

“Trata-se da obrigação legal estabelecida por meio de legislação que determina o pagamento de benefícios a qualquer pessoa ou unidade do governo que atenda aos requisitos definidos pela lei. Os que cumprem esses requisitos são, assim, intitulados para receber o benefício”.

<sup>162</sup> O referido comando legal teve sua inconstitucionalidade questionada perante o Supremo Tribunal Federal pelo Procurador-Geral da República (ADI 4976). Segundo o PGR, “As vantagens concedidas são de índole estritamente privada, não envolvendo nenhum projeto de interesse do povo. A situação concreta relacionada com o fato de ser jogador, titular ou reserva, das seleções brasileiras campeãs das copas mundiais masculinas da Fifa nos anos de 1958, 1962 e 1970 não é justificativa suficiente para autorizar o pagamento, a custo do erário, de valores em benefício de determinadas ou determináveis pessoas”. No tocante ao auxílio mensal, o PGR afirma que “Os artigos 39, 43 e 44 da Lei Geral da Copa deixam clara a natureza previdenciária do benefício, que está atrelado ao orçamento da seguridade social do Estado. Não há indicação da fonte de custeio total dos benefícios, mas a simples remissão à figura genérica do Tesouro Nacional (artigo 47), de modo que o benefício foi criado sem anterior previsão financeira” (cf. <http://www.stf.jus.br>. Notícia de 18/6/2013). Infelizmente, em 7/5/2014, o STF julgou improcedente a ADI. Os Ministros do STF não vislumbraram inconstitucionalidade na concessão das vantagens pecuniárias aos jogadores (<http://goo.gl/HHXAnK>).

Segundo Allen Schick, “*entitlement*” é uma determinação da lei que estabelece um direito subjetivo aos recursos públicos. Segundo o autor, o direito pode ser atribuído a um indivíduo, a uma família, ou a qualquer outro beneficiário. Usualmente, a lei estabelece os requisitos de elegibilidade e um calendário de pagamentos ou fórmula pela qual os pagamentos são computados. Geralmente, a lei não especifica ou limita a despesa total com *entitlements* (SCHICK, 2009).

Nos Estados Unidos, a obrigatoriedade do atendimento dos “*entitlements*” dispensa até mesmo a prévia existência dos créditos orçamentários (GIACOMONI, 2011).

Ante o que foi exposto, deve ser exigida lei formal para:

- a) instituir programas assistenciais de transferência de renda;
- b) concessão de subvenções econômicas;
- c) concessão, pela via administrativa, de indenizações a vítimas de ações do Estado;
- d) instituição de prêmios;
- e) fixação de remuneração, incluindo gratificações, adicionais e outras vantagens, e subsídios de agentes públicos.

Entretanto, no dia a dia da administração pública, esta exigência é muitas vezes desrespeitada, uma vez que é fácil instituir, por meio de atos infralegais, benefícios, privilégios ou regalias a autoridades, agentes públicos ou ainda a grupos, associações ou movimentos que possuam ligações políticas privilegiadas no setor público. Tais atos não estão sujeitos à discussão e tramitação pública no parlamento.

Ademais, outros direitos subjetivos não pecuniários, mas que podem vir a ser traduzidos em dinheiro, também são comumente instituídos por meio de Decretos, Portarias ou outros atos normativos que não são submetidos à aprovação parlamentar<sup>163</sup>. Estes direitos subjetivos também estão sujeitos à reserva legal, pelas mesmas razões que os direitos a prestações pecuniárias.

<sup>163</sup> Vide, a propósito, o art. 27 do Decreto nº 71.733/1973 (regulamenta a Lei nº 5.809/1972), que foi alterado pelo Decreto nº 2.809/1998 e pelo Decreto nº 3.643/2000, regulando a concessão de passagens aéreas no âmbito do Poder Executivo para agentes públicos, civis ou militares, colaboradores, e pessoas designadas pelo Presidente e pelo Vice-Presidente da República. A Lei nº 5.809/1972, que dispõe sobre a remuneração de pessoal em serviço no exterior, não faz

Qual o fundamento da exigência de lei formal para definir direitos subjetivos a prestações pecuniárias?

O princípio da reserva legal em matéria de direitos a prestações pecuniárias pode ser inferido por meio do processo lógico de indução.

Leva-se em conta, por exemplo, os seguintes dispositivos:

- a) o art. 37, inciso X, da Constituição Federal, alterado pela Emenda Constitucional nº 19/1998, que exige que a fixação da remuneração de servidores públicos e do subsídio de agentes públicos só poderá ser feita mediante lei específica, observada a iniciativa privativa de cada caso;
- b) o art. 26, *caput*, da LRF, que dispõe que “*A destinação de recursos para, direta ou indiretamente, cobrir necessidades de pessoas físicas ou débitos de pessoas jurídicas deverá ser autorizada por lei específica*”;
- c) o art. 28, *caput*, da LRF, que dispõe que salvo mediante lei específica, não poderão ser utilizados recursos públicos, inclusive de operações de crédito, para socorrer instituições do Sistema Financeiro Nacional,

nenhuma distinção quanto à categoria da passagem aérea a que deteria direito o agente público, não podendo, portanto, o Decreto efetuar tal distinção ou conceder tal direito subjetivo.

“Art. 27. A passagem aérea, destinada ao militar, e ao servidor público civil e aos seus dependentes será adquirida pelo órgão competente, observadas as seguintes categorias:

I – primeira classe: Presidente e Vice-Presidente da República e pessoas por eles autorizadas, Ministros de Estado, Secretários de Estado e os Comandantes do Exército, da Marinha e da Aeronáutica;

II – classe executiva: titulares de representações diplomáticas brasileiras, ocupantes de cargos de Natureza Especial, Oficiais-Generais, Ministros da Carreira de Diplomata, DAS-6 e equivalentes, Presidentes de Empresas Estatais, Fundações Públicas, Autarquias, Observador Parlamentar e ocupante de cargo em comissão designado para acompanhar Ministro de Estado; e  
III – classe econômica:

- a) demais militares e servidores públicos não abrangidos nos incisos I e II deste artigo e seus dependentes; e
- b) acompanhante de que trata o art. 29, § 1º, alínea “a”, da Lei nº 5.809, de 10 de outubro de 1972, do servidor público civil ou do militar designado para missão permanente ou transitória, com mudança de sede, por período superior a seis meses.

Parágrafo único. Aos ocupantes dos postos de Capitão-de-Mar-e-Guerra, Coronel, Conselheiro da Carreira de Diplomata e de cargos de DAS-5 e 4 e equivalentes poderá ser concedida, a critério do Secretário-Executivo ou de titular de cargo correlato, passagem da classe executiva nos trechos em que o tempo de voo entre o último embarque no Território Nacional e o destino for superior a oito horas”.

- ainda que mediante a concessão de empréstimos de recuperação ou financiamentos para mudança de controle acionário;
- d) o art. 19 da Lei nº 4.320/1964, que dispõe que a Lei de Orçamento não consignará ajuda financeira, a qualquer título, a empresa de fins lucrativos, salvo quando se tratar de subvenções cuja concessão tenha sido expressamente autorizada em lei especial.

Além disso, o STF, no RE nº 405.386/RJ, já decidiu que:

“Há matérias a cujo respeito a disciplina não pode ser conferida por ato administrativo, demandando a edição de lei, ainda que em sentido meramente formal. É o caso das pensões especiais”.

Outro fundamento do princípio da legalidade específica tem a ver com o disposto no art. 150, § 6º, da CF/88, segundo o qual, qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição.

Como o gasto tributário pode ser desdobrado em duas etapas fictícias, uma receita e uma despesa em sentido inverso tendo por beneficiário o contribuinte, se admitirmos que as prestações pecuniárias possam ser instituídas por atos infralegais, o comando constitucional contido no art. 150, § 6º, da CF/88 poderia ser facilmente burlado, bastando instituir, por meio de ato normativo, a devolução ao contribuinte do montante correspondente ao gasto tributário.

Por fim, o mais importante fundamento da reserva legal em matéria de direitos subjetivos a prestações pecuniárias é o próprio princípio da legalidade da administração pública (art. 37, *caput*, CF/88).

Segundo dispõe Paulo Modesto (MODESTO, 2010, p. 119):

“É de domínio comum a afirmação segundo a qual, ao contrário do que sucede aos particulares, para a Administração Pública a lei não é um limite, mas um pressuposto de atuação. A Administração Pública somente pode atuar e prosseguir os fins previstos em lei. Os particulares podem fazer, ou omitir, desde que a lei não os obrigue ou proíba o contrário. Nessas fórmulas resume-se parte relevante do saber convencional sobre o assunto”.

Atualmente, o princípio da legalidade da administração pública não se confunde com o do art. 5º, II, da CF/88, que dispõe que “ninguém será obri-

*gado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*". Melhor dizendo, não se restringe à intervenção restritiva nos direitos fundamentais (*Eingriffsverwaltung*).

No âmbito do Estado Liberal, o princípio da legalidade da administração pública confundia-se com o contido no art. 5º, II, da CF/88, uma vez que, no âmbito do Estado mínimo, o essencial era limitar a interferência do Estado nos direitos individuais.

Neste sentido, Hartmut Maurer salienta que (MAURER, 2006):

“a limitação da reserva de lei à administração de intervenção está antiquada. O desenvolvimento da democracia parlamentar, o significado crescente da administração de prestação e a penetração jurídico-constitucional em todos os âmbitos estatais pela Lei Fundamental exigem sua extensão”.

Conclui que: *“as decisões fundamentais e importantes para a coletividade assim como para o cidadão particular devem ser tomadas pelo dador de leis e ser por ele respondidas”* (MAURER, 2006).

Segundo Paulo Modesto, a extensão da competência legislativa no Brasil é de tal ordem que somente a lei ou atos com força de lei podem introduzir inovações primárias na ordem jurídica, especialmente, no plano das situações jurídico-subjetivas. Em situações de normalidade institucional, afirma que os atos administrativos podem *“detalhar, densificar, operacionalizar direitos, deveres, situações jurídicas previamente consentidas em lei”* (MODESTO, 2010).

Ainda segundo o autor, os regulamentos, no Brasil, são expressamente preordenados a dar fiel execução à lei (regulamentos executivos), podem, ainda, em matéria de organização reordenar, reintegrar, sem criar direito ou dever individual novo, a partilha de atribuições e o funcionamento de órgãos administrativos previamente criados por lei, são os chamados regulamentos organizativos (MODESTO, 2010).

Com a inovação trazida pela Emenda Constitucional nº 32/2001, passou-se a admitir o chamado “regulamento autônomo” ou “regulamento independente”, mas em matérias extremamente restritas, conforme se observa do art. 84, inciso VI, da CF/88, com a referida alteração:

“Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

VI – dispor, mediante decreto, sobre:

- a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;
- b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos”.

Portanto, mesmo com a alteração trazida pela EC nº 32/2001, não há espaço para a edição de decretos, e muito menos outros atos normativos infralegais, que estabeleçam direitos subjetivos a prestações pecuniárias.

No direito alemão, costuma-se desdobrar o princípio da legalidade da administração pública (*Gesetzmäßigkeit der Verwaltung*) em dois princípios ou componentes:

- a) o princípio da primazia da lei (*Vorrang des Gesetzes*);
- b) o princípio da reserva de lei (*Vorbehalt des Gesetzes*).

O **princípio da primazia da lei** proíbe que a administração pública atue contrariamente à lei. Aplica-se a quaisquer atos da administração pública. É expresso no artigo 20, parágrafo 3, da Lei Fundamental (Artikel 20, Absatz 3, Grundgesetz): “*O poder executivo está vinculado à lei e ao Direito*”<sup>164</sup>.

Por sua vez, o **princípio da reserva de lei** exige uma base legal para a atuação da administração pública (“*Kein Handeln ohne Gesetz*”). No caso de omissão da lei, não haveria espaço para a atuação da administração pública<sup>165</sup>.

A reserva legal tem por fundamento o princípio do Estado de Direito e o princípio democrático. Entretanto, o âmbito de aplicação do princípio da reserva legal é controverso.

Convém destacar, preliminarmente, que uma reserva legal total (*Totalvorbehalt*), significando um total controle da administração pública pelo Parlamento, não é admitida no direito administrativo alemão, por tornar qualquer administração impossível.

Aplica-se, principalmente, à intervenção administrativa restritiva de direitos individuais (*Eingriffsverwaltung*). A dúvida surge quanto à aplicação do princípio à administração de prestações (*Leistungsverwaltung*). Neste caso, a jurisprudência alemã não tem reconhecido uma validade geral para o princípio da reserva legal<sup>166</sup>.

<sup>164</sup> “die vollziehende Gewalt (...) sind an Gesetz und Recht gebunden”.

<sup>165</sup> Segundo Verônica Schweikert, o princípio da reserva legal dispõe que a administração só poderá atuar, quando para isso for autorizada por lei (“*die Verwaltung darf nur tätig werden, wenn sie dazu durch Gesetz ermächtigt worden ist*”). Vide Notas de Aula de Direito Administrativo Geral (Allgemeines Verwaltungsrecht) na Universidade de Bonn disponível em <http://www.jura.uni-bonn.de>.

<sup>166</sup> Nota de Aula do Professor Ulrich Stelkens, da *Deutsches Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer*, sob título “Administrative Law and State Liability – § 4 Legality of Administration”. Disponível em <http://www.dhv-speyer.de>.

A Corte Constitucional Federal Alemã (*Bundesverfassungsgericht*) desenvolveu a chamada Teoria da Essencialidade (*Wesentlichkeitstheorie*), segundo a qual, o legislador deve, em todos os ramos normativos fundamentais, especialmente no campo do exercício dos direitos fundamentais, tomar, eles próprios, todas as decisões fundamentais, não sendo permitida a delegação desta decisão para a administração pública<sup>167</sup>.

Desta forma, o princípio da reserva legal no direito alemão tem validade não apenas no âmbito da intervenção estatal nos direitos individuais, mas também sobre **todas as decisões essenciais para o exercício dos direitos fundamentais e ainda para todas aquelas que tenham um significado fundamental para a comunidade**<sup>168</sup>.

Convém mencionar, ainda, que, no direito alemão, os direitos e deveres em matéria de prestações sociais devem estar previstos em lei, consoante § 31 do *Sozialgesetzbuch* (SGB):

“§ 31 – Reserva Legal. Direitos e Deveres no ramo das prestações sociais só podem ser fundamentos, criados, modificados ou retirados à medida que uma lei o impor ou permitir” (tradução livre)<sup>169</sup>

Se importarmos a teoria da essencialidade ao direito brasileiro, a prestação pecuniária estatal deverá estar sujeita à reserva legal. A prestação pecuniária é, por vezes, um mecanismo para exercício de alguns direitos sociais, e, em qualquer caso, é uma decisão de importância fundamental para a sociedade, especialmente, porque trata, do ponto de vista formal, os cidadãos de forma desigual (ainda que, eventualmente, para o atendimento de uma isonomia material).

Neste contexto, a reserva legal não deverá limitar-se às prestações pecuniárias, mas deve estender-se a outras prestações em benefício de determinados

<sup>167</sup> Cf. Verônica Schweikert (op. cit.). “Der Gesetzgeber muss in grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung, alle wesentlichen Entscheidungen selber treffen” (BVerfGE 40, 237, <249f>).

<sup>168</sup> Cf. Notas de Aula do Professor Andreas Funke, segundo o qual, “Der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes gilt nicht nur für Eingriffe, sondern auch für Entscheidungen, die wesentlich für die Grundrechtsausübung oder sonst von grundlegender Bedeutung für das Gemeinwesen sind (Wesentlichkeitstheorie)”. Disponível em <http://www.jura.uni-freiburg.de>.

<sup>169</sup> “§ 31 Vorbehalt des Gesetzes. Rechte und Pflichten in den Sozialleistungsbereichen dieses Gesetzbuchs dürfen nur begründet, festgestellt, geändert oder aufgehoben werden, soweit ein Gesetz es vorschreibt oder zulässt”.

indivíduos, autoridades ou grupos sociais às custas do Erário (por exemplo, as viagens de autoridades em aviões da Força Aérea Brasileira).

Tendo em vista que os recursos públicos são escassos, conceder direitos de natureza pecuniária a determinadas categorias, grupos de pressão, etc. implica dispor de menos recursos para o atendimento das necessidades gerais da coletividade. A lei formal é um fator de legitimidade do direito subjetivo às prestações pecuniárias ou não-pecuniárias que onerem os cofres públicos.

### 8.5. Síntese

No direito brasileiro, o princípio da legalidade do gasto público assume contornos próprios, não se resumindo à mera fixação da despesa na lei orçamentária.

A legalidade incide sobre diversos aspectos do gasto público, podendo ser desdobrada em:

- a) a legalidade orçamentária refere-se à autorização orçamentária para a realização da despesa e, no Brasil, ao respeito às demais normas de natureza orçamentária, incluindo as contidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias e no Plano Plurianual;
- b) a legalidade procedimental refere-se à disciplina do procedimento de realização da despesa pública;
- c) a legalidade global ou agregada refere-se à disciplina da despesa pública considerada no seu aspecto agregado (não individualmente considerada);
- d) a legalidade específica (reserva legal em matéria de prestações pecuniárias) refere-se às normas que instituem direitos subjetivos de natureza pecuniária perante o Estado.

Este desdobramento é mais um argumento que reforça a tese de que o direito dos gastos públicos não pode ser considerado um mero capítulo do direito orçamentário.