

PATRÍCIA DA FONSECA DOS SANTOS

Natureza jurídica do orçamento público e o
controle da execução das despesas previstas na lei orçamentária.

CURITIBA
2009

PATRÍCIA DA FONSECA DOS SANTOS

**Natureza jurídica do orçamento público e o
controle da execução das despesas previstas na lei orçamentária.**

Monografia apresentada para
conclusão do Curso de Direito da
Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Luís
Kanayama.

Curitiba
2009

Poucas constituições no mundo democrático têm essa presença direta e atuante da sociedade na elaboração dos preceitos de império em seu ordenamento jurídico. O Brasil será, assim, uma república representativa e participativa. Teremos a convivência e a fiscalização de mandante e mandatários a serviço da sociedade.

Ulysses Guimarães

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	5
2. BREVE HISTÓRICO ACERCA DO ORÇAMENTO PÚBLICO	7
2.1. Origens	7
2.2. O orçamento na atualidade	9
2.2.1. O Orçamento na Constituição de 1988	11
3. A QUESTÃO DA NATUREZA JURÍDICA DO ORÇAMENTO PÚBLICO	12
3.1. A teoria de Paul Laband : orçamento público como lei formal	12
3.2. O orçamento como ato-condição	17
3.3. A teoria da lei “sui generis”	19
3.4. O orçamento como lei material	20
3.5. O orçamento no Direito espanhol	23
3.6. O orçamento no Direito português: a natureza do plano	23
3.7. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal	28
3.8. Conclusão do Capítulo	33
4. A ANÁLISE DA NATUREZA JURÍDICA DO ORÇAMENTO PÚBLICO A PARTIR DAS DESPESAS	37
4.1. O orçamento fixa despesas	37
4.2. O problema do orçamento estático e a solução de Eduardo Mendonça: a vinculação prima facie e a Motivação.	41
5. EFEITOS DA CONCEPÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA DO ORÇAMENTO COMO LEI E A VINCULAÇÃO DO PODER EXECUTIVO À LEI ORÇAMENTÁRIA: A NECESSIDADE DE MOTIVAR	43
5.1. O princípio da separação dos Poderes	43
5.2. O respeito à dignidade constitucional do orçamento	45
5.2.1. A valorização da democracia no processo orçamentário: a real transparência da execução orçamentária	46
5.2.2. O controle do orçamento público pela sua legitimidade	47
7. CONCLUSÃO FINAL	49
8. REFERÊNCIAS	50

1.INTRODUÇÃO

O Estado, no desenvolver de suas atividades, sempre depara-se com a escassez dos recursos (receitas) frente às inúmeras e crescentes demandas sociais, tornando-se imperioso o manejo responsável do orçamento público, por meio aproveitamento máximo das receitas auferidas com o fim de realizar serviços públicos essenciais (Educação, Saúde, Transporte e etc).

No entanto, atualmente, em nosso país, as formas de controle externo do Administrador na gerência do orçamento não são suficientes, visto que as previsões de gastos contidas na lei orçamentária são comumente descumpridas ao mero arbítrio da Administração.

Tal atitude arbitrária é convalidada pela doutrina predominante que concebe o orçamento público como mera lei formal, considerando que esta teoria resulta na concepção de que a lei orçamentária tem caráter meramente autorizativo no tocante às despesas e às receitas, desta forma pode-se deixar de cumprir o planejado sem justificativas ou motivação.¹

Isso gera distorções no desenho constitucional do orçamento, uma vez que a Carta comanda a participação do Legislativo na instituição e execução do orçamento, bem como trata este pela denominação de lei, e ainda prevê o crime de responsabilidade do Presidente da República em relação aos atos que afrontarem a Constituição, pois em faces dessas considerações é possível visualizar a lei anual como instrumento rígido pelo qual a Administração deve-se pautar.

De outra banda, a tese de que a lei orçamentária seria só lei no sentido formal é oriunda de um contexto histórico completamente diverso do atual, em razão de que foi forjada no auge do liberalismo clássico do século XIX, momento em que não se entendia as funções do Estado como hoje.

Assim, urge a análise do debate doutrinário acerca da natureza jurídica do orçamento e as implicações práticas de tais posições, principalmente no tocante a questão da vinculação e responsabilização da Administração Pública no cumprimento da lei orçamentária.

¹Considerando-se atos motivados como aqueles "justificados pela Administração Pública de maneira a indicar seus pressupostos fáticos e jurídicos" (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 2ª. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.p 62)

No presente trabalho, será realizado um breve histórico do orçamento público, para após passar-se à análise das teorias acerca da natureza jurídica do orçamento, e então serão traçados alguns aspectos da natureza do orçamento em face das despesas, bem como o efeitos deste viés.

2. BREVE HISTÓRICO ACERCA DO ORÇAMENTO PÚBLICO

2.1. Origens

Apontamentos acerca das “origens” do orçamento público têm fundamental importância para analisar pressupostos históricos que nortearam o início do controle das receitas e despesas do Estado. Cabe aduzir que não se pretende investigar, neste tópico, eventual evolução do orçamento como instituto jurídico, mas o contexto em que surgiu a prática da orçamentação.

Assim, tal investigação não tem como fim único dar introdução ao tema do presente trabalho, pois, como se verá, para a determinação da natureza jurídica do *presupuesto*² há que se observar os preceitos históricos e sociais em que este instituto está ou foi inserido, sob pena de cometer anacronismos, de conceber a continuidade do sentido de “palavras” e objetos do passado, impondo a visão do presente ao pretérito.³

Ou seja, para cada momento e espaço territorial existe uma forma de conceber “as contas” do Estado. Hodiernamente, no Brasil, necessitamos construir as *nossas* concepções acerca da lei ânuia.

Assim, ao buscar a origem do controle da atividade financeira do Estado, mais do que apenas enxergar prelúdios de sua influência no Direito, é importante verificar o contexto histórico-político do exegese desta idéia.

Realizadas as ressalvas supras, retomando o fim essencial do presente tópico, têm-se que na sociedade europeia da Idade Média, quando o Príncipe necessitava de recursos extraordinários, para situações supervenientes, que não podiam ser satisfeitas pelos recursos “habituais”, este deveria buscar o

² Denominação do orçamento no Direito espanhol.

³Sobre a perspectiva crítica da história do direito leciona Antônio Manuel Hespanha: “(...)a missão da história do direito é antes a de *problematizar o pressuposto implícito e acrítico das disciplinas dogmáticas*, ou seja, o de que o direito dos nossos dias é *racional, o necessário, o definitivo*. A história do direito realiza esta missão sublinhando que o direito existe sempre “em sociedade” (situado ou localizado) e que, seja qual for o modelo usado para descrever as suas relações com os contextos sociais (simbólicos, políticos, económicos, etc.), as soluções jurídicas são sempre contingentes em relação a um dado envolvimento (ou *ambiente*). São, neste sentido, sempre locais. (HESPANHA, **Antônio Manuel. Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milênio** – Florianópolis: Fundação Boiteux.2005. p.21.)

consentimento de seus principais vassalos para a obtenção desta renda extra, ainda que fossem sacrificados apenas os vilões e os plebeus, vez que estes contribuía diretamente para os senhores feudais ⁴, os quais reuniam-se em assembléias para consentir ou não com o aumento ou a criação de tributos.

No decorrer do tempo, tais assembléias tornaram-se permanentes, e não mais extraordinárias, dando origem aos atuais parlamentos ⁵, bem como a idéia original do princípio da auto-imposição do Direito Tributário, visto que só poderiam ser exigidas as contribuições extraordinárias com o aval dos representantes daqueles que haveriam de aprová-las.

O maior exemplo histórico das assembléias mencionadas, é o Conselho Comum do Reino, na Inglaterra, do qual os soberanos saxões deveriam obter o consentimento para o levantamento de tributos, conforme se fez constar na Magna Carta de 1215, assinada por João Sem Terra. Este conselho transformou-se no Parlamento, que após a revolta de Simon de Monfort contra o Rei Henrique III ⁶, foi dividido em duas Câmaras a dos Lordes e a dos Comuns, tornando-se esta última casa a responsável pelas deliberações políticas e fiscais. ⁷

Outros modelos semelhantes, ainda, foram as *Cortes de Castilla*, na Espanha, os *Estados Gerais*, na França, e as *Vereanças*, em Portugal e no Brasil.

Quanto ao contexto lusitano, Aleomar Baleeiro leciona que, após a reconquista do território na península ibérica, então dominada pelo Império Turco-Otomano, foram formados municípios, com o fito de reorganizar o território outrora invadido. Nestes, eram elegidas as *Vereanças*, órgãos responsáveis pela administração local e pela decretação de tributos para a realização de despesas de interesse público comum, as quais, como nos outros exemplos mencionados, respeitavam o *princípio da representação* e o da *tributação consentida*. Assim,

⁴BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução a Ciência das Finanças**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.p. 389.

⁵No obstante, desde épocas muy anteriores es posible registrar antecedente de la institución presupuestaria, remontándose incluso a las primeras asambleas medievales reunidas para votar, a petición de la Corona[...]. No es exagerado por eso afirmar que el Presupuesto se halla en el origen de los actuales parlamentos[...].(QUERALT, Juan Martín; Carmelo Lozano Serrano; Gabriel Casado Ollero e; José Manuel Tejerizo López. **Curso de Derecho Financeiro y Tributario**. 7ed.Madri: Tecnos,1996.p. 673)

⁶Parlamento Britânico . Histórico. Disponível em: < <http://www.parliament.uk/about/livingheritage/evolutionofparliament/birthofparliament/overview/firstparliaments.cfm>>. Acesso em: 11/08/2009.

⁷ BALEEIRO,...*Op. cit.*,p. 391.

conjuntamente com as *Cortes*, as Câmaras municipais analisavam as solicitações de recursos, tributos extraordinários, pelo Rei.

Estas instituições municipais foram “exportadas” para o Brasil, em nosso solo, também, tivemos contato com os primórdios da modulação das finanças públicas como entendemos hoje. Isso porque, a idéia do consentimento para a exigência de tributos é o início do controle do patrimônio público e da limitação do poder de ingerência na esfera econômica dos cidadãos. Não sendo tão somente a precursora da atividade orçamentária, mas também da delimitação dos Poderes do Estado e da noção de representação.

De outra parte, analisando os aspectos históricos e sociais deste período temos o seguinte: a) a sociedade era eminentemente agrária e feudal⁸; b) não havia uma única autoridade que exigia “tributos” e “prestações”

Depois da ascensão do Absolutismo, cada vez mais os poderes periféricos foram enfraquecendo e as assembleias representativas foram obscurecidas conjuntamente com os parlamentos.

Neste período, o Estado é o Monarca, reinando absoluto em tudo que dizia respeito às matérias estatais. Assim, no que concernia ao orçamento público, não houve considerável “evolução”, o que só ocorreu após as revoluções constitucionais.

Após estas reformas podemos dizer o orçamento passou a ser moldado conforme o desenvolver das novas formas de Estado, qual seja o liberal, o Estado Social etc. E com a instituição dos governos representativos constitucionais é que o orçamento passa a ser mais detalhado, bem como passam a ser produzidas técnicas diferentes para uma performance de acordo com os objetivos visados.

2.2. O orçamento na atualidade

No Estado contemporâneo, o orçamento depara-se com duas situações, a primeira seria a de que este no decorrer dos séculos agigantou-se, expandindo a sua intervenção na vida cotidiana e suas finalidades, demandando, por conseqüência, um crescimento constante dos gastos públicos, surgindo a lei

⁸Com as devidas ressalvas ao contexto lusitano, uma vez que não é unânime entre os historiadores portugueses a existência do feudalismo no território Português, porém não sendo contestável a característica ruralista da sociedade portuguesa na Idade Média.

orçamentária como instrumento hábil para a regulação destes dispêndios. Por outro lado, nas democracias ocidentais, o Poder Executivo foi adquirindo uma certa preponderância frente às competências legislativas, dificultando a realização da lei ânuia, pois esta limitava a atuação da Administração.⁹

Ainda, com a instituição da planificação econômica, surgiu a necessidade de determinar a natureza jurídica do orçamento e da lei do plano, em razão de que a lei orçamentária poderia negar os créditos necessários para a realização dos planos.

Na França, foi onde cristalizaram-se variadas posições sobre a natureza da Lei do Plano, seguindo-se o mesmo raciocínio realizado para o orçamento. Contudo, na visão mais difundida, considerou-se o plano como lei em sentido verdadeiro, logo não se poderia conceber que a lei orçamentária o violasse. Assim, passou-se a defender que a lei ânuia tratava-se de mera autorização ao poder Executivo, sendo esta subordinada a Lei do Plano.

Contudo, em que pese as controvérsias sobre os efeitos da lei orçamentária, é certo que hoje este instituto está presente na grande maioria dos países, inclusive recomendado pela ONU – Organização das Nações Unidas, que reiteradamente promove campanhas e ações para o desenvolvimento da lei orçamentária, foi assim em 1996, na Conferência de Istambul, Habitat II, quando-se reconheceu o Orçamento Participativo, praticado em Porto Alegre, como "Prática Bem Sucedida de Gestão Local" e, também, em relação adoção do *"performance budget"*¹⁰ para a concepção do serviço público, através da Comissão Econômica para a América Latina (CEPAL).

2.2.1. O Orçamento na Constituição de 1988

⁹QUERALT, Juan Martín; Carmelo Lozano Serrano; Gabriel Casado Ollero e; José Manuel Tejerizo López. *Curso de Derecho Financiero y Tributario*. 7ed.Madri: Tecnos,1996

¹⁰Orçamento de desempenho.

No Estado brasileiro, com a promulgação da Constituição de 1988, a participação democrática foi privilegiada na elaboração da lei orçamentária, foi prestigiada a função da Comissão Mista de Orçamento¹¹, resgatando-se a atuação do Poder Legislativo na questão orçamentária, dando a permissão para este apresentar emendas ao projeto de lei do Executivo, após anos de renegação ao Parlamento de sequer verdadeiramente discutir a lei orçamentária, em razão da regime ditatorial que se encontrava o Brasil.

Ainda, conforme leciona Ricardo Lobos Torres, se o orçamento for interpretado de acordo com os axiomas presentes na CR/88, a lei orçamentária poderá conduzir ao *“equilíbrio orçamentário, ao desmonte do patrimonialismo e do cartorialismo[...], à transparência dos gastos e à moralidade no emprego do dinheiro público”*¹²

Assim, em nosso país, há pouco tempo resgatamos o orçamento público como um instrumento democrático, apenas com o advento da Constituição de 1988 é que se pôde vislumbrar a lei orçamentária como instrumento capaz de cumprir os objetivos do Estado, como o de erradicar a pobreza, o de fomentar e planejar a economia e etc.

3. QUESTÃO DA NATUREZA JURÍDICA DO ORÇAMENTO PÚBLICO

3. 1. A teoria de Paul Laband : orçamento público como lei formal.

¹¹Art. 166. Os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais serão apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum.

§ 1º - Caberá a uma Comissão mista permanente de Senadores e Deputados:
(...)(**Constituição**)

¹²TORRES, Ricardo Lobo. **O orçamento na Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.p.6.

A polémica acerca da questão da natureza jurídica do orçamento público é de longa data, mas hodiernamente adquiriu maior relevância em face das mudanças em relação à concepção das funções do Estado.

O embate sobre a natureza jurídica do *presupuesto* é simultâneo à evolução do conceito de Estado. Tal discussão teve início no século XIX, quando, na Alemanha, Paul Laband afirmou que o orçamento era lei meramente formal, classificado com *lei* apenas em razão do processo legislativo que lhe era imposto, sendo o seu conteúdo desprovido materialidade, tratando-se de mera autorização do Poder Legislativo ao Governo para a prática de atos eminentemente administrativos. Assim, LABAND inaugurou uma teoria que iria ecoar pela história do Direito Financeiro, para além da Constituição Imperial de 1871, que era o seu contexto¹³.

Conforme é afirmado por QUERALT, SERRANO, OLLERO e LÓPEZ, juristas espanhóis, a teoria elaborada por Paul Laband teve como base dois pilares: uma Monarquia Constitucional (a Prússia) e; a filosofia liberal do século XIX.¹⁴

¹³Assim escreve Francisco Campos acerca da repercussão da teoria de Laband: “*Tamãha, porém, foi a autoridade conquistada por Laband entre os especialistas do Direito Público na Alemanha, que aniquiladas as instituições imperiais, e instaurado o regime democrático, mediante uma nova Constituição, em que se procurava realizar em toda a sua amplitude o Estado de direito (Rechtsstaat), continuou a dominar entre os principais comentadores da Constituição de Weimar o conceito de orçamento como simples ato de administração, ou como plano de gestão de valor meramente programático, destituído de significação, eficácia ou efeitos jurídicos.*”(CAMPOS, Francisco. **Orçamento – Natureza Jurídica – Anualidade – Discriminação de Rendas – Imposto de Industrias e Profissões – Movimento Econômico – Imposto sobre vendas e consignações.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 71, jan./mar. 1963.p. 327)

¹⁴**“En dos pilares se basta la referida construcción. El primero, la propia distinción entre ley material y ley formal, sustentada por la dogmática jurídica surgida de la filosofía liberal del siglo pasado, según la cual sólo es concebida como ley – más aún como norma de Derecho – la que regula la propiedad y la libertad del individuo, reduciéndose el Derecho a las relaciones jurídicas intersubjetivas,** pero sin que pueda considerarse como materia jurídica, ni por tanto contenido propio de la ley, las reglas de organización o de gestión de la actividad administrativa, que sólo cuando se aprueban por el Parlamento con los requisitos y la forma de leyes, pueden denominarse como tales, pero siempre con un sentido puramente *formal*.

El segundo pilar que sustenta esta teoría – como ha subrayado Rodríguez Bereijo – consiste en el régimen político de <<Monarquía constitucional>> que en aquel entonces vivía en Alemania, no pudiendo desprenderse la tesis expuesta de su anclaje en esta forma de organización política. **La clave de ésta, en efecto, se halla en que la soberanía residía en el Monarca,** al que competía la organización y gestión de los asuntos públicos y de la actuación del poder político; junta a **él Parlamento, carente de la condición de representante de la soberanía popular** que le atribuía en cambio la concepción democrática del estado, **tenía exclusivamente como contenido natural de su misión la regulación de aquellas materias que afectarían directamente a los ciudadanos, esto es, su propiedad y libertad,** esferas ambas en que el Monarca por sí solo no podía intervenir, precisando el concurso parlamentario y pudiendo ser vetado por éste.”(QUERALT, Juan Martín; Carmelo Lozano Serrano; Gabriel Casado Ollero e; José Manuel Tejerizo López. **Curso de Derecho Financeiro y Tributario.** 7ed.Madri: Tecnos – 1996.pág. 681.

Desta forma, no contexto que LABAND desenvolveu a sua tese fazia sentido considerar o processo legislativo do orçamento como mera autorização ao Poder Executivo, uma vez que era somente da competência deste último dizer sobre assuntos do Direito Público. Ainda, cabe ressaltar que, para este teórico, o Poder Legislativo sequer poderia negar a aprovação da proposta orçamentária, o Parlamento tinha sua atividade vinculada às leis tributárias pré-existentes, por isso era esvaziada de conteúdo o crivo quanto a lei orçamentária.¹⁵

Sobre o segundo pressupostos no qual a teoria de LABAND repousa, a filosofia liberal, é importante anotar que, conforme leciona Clèmerson Merlin Clève, o cerne desta corrente filosófica encontrava-se na proteção da liberdade do indivíduo e da sociedade frente ao Estado, sendo que esta liberdade referia-se à independência privada e à limitação à ingerência na esfera da autonomia individual.¹⁶

Para os seguidores destes ideais, a sociedade civil seria o oposto ao Estado, sendo que este último deveria ter o seu poder limitado, e os seus fins reduzidos, abreviando-se sua atividade a duas ações: “*manter a ordem interna e conduzir a política exterior*”¹⁷, e todo o resto seria realizado pelos cidadãos.

Portanto, para a teoria liberal clássica os fins do Estado eram as suas funções, e a separação dos Poderes neste contexto mantinha o mesmo raciocínio, pois na verdade tratava-se de uma divisão de tarefas, entre órgãos autônomos, vez que o Parlamento só podia dizer respeito às matérias de interesse dos indivíduos, ou seja, sobre a liberdade e a propriedade, nas quais o Executivo não poderia intervir, trata-se do modelo original da concepção de Montesquieu.¹⁸

Ainda, os teóricos espanhóis supra citados aduzem a outro fator norteador da tese de LABAND, qual seja, o fato histórico da negativa do Parlamento da

Grifos nossos).

¹⁵CAMPOS, Francisco. **Orçamento – Natureza Jurídica – Anualidade – Discriminação de Rendas – Imposto de Industrias e Profissões – Movimento Econômico – Imposto sobre vendas e consignações**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 71, p. 324-344, jan./mar. 1963.p.333

¹⁶CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 35.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ *Ibidem*, p. 30-31;35.

Prússia em aprovar os orçamentos apresentados pelo governo de Otto von Bismarck. Uma vez rejeitada a lei orçamentária apresentada ao Poder Legislativo prussiano, sob o argumento de que o Estado deveria continuar funcionando em que pese a crise político-constitucional instaurada e em face da lacuna da Constituição acerca do caso, o “chanceler de ferro” decidiu que o embate, automaticamente, seria convertido na questão de preeminência do Poder Executivo.¹⁹

Em suma, a teoria do jurista germânico está intimamente conectada a um peculiar momento histórico, no qual ainda não havia se consolidado o Estado de Direito na Alemanha, que se encontrava sob o autoritarismo político do II Império. Notoriamente, ainda, essa tese está sedimentada nos pressupostos do liberalismo clássico, que não pressupunha o Estado como provedor dos anseios sociais, e tão pouco aceitava maiores ingerências deste na vida cotidiana. Portanto, não fazia nenhum sentido um olhar mais apurado sobre a lei anual, muito menos uma conotação democrática nas ações do Estado, que era algo, para os liberais, completamente diverso da sociedade civil, conforme já mencionada.

Tendo em conta estas questões filosóficas e históricas, Francisco Campos critica a teoria de LABAND e aponta as suas incongruências, em dois Pareceres seus acerca da Natureza Jurídica do Orçamento Público²⁰, afirmando, em contrario *sensu* ao do jurista alemão, a importância do orçamento em face da sua previsão constitucional.

Para esse jurista brasileiro, a tese de LABAND não tem fundamento lógico nem jurídico, e serviu apenas para afirmar a influência das concepções feudais e absolutistas sobre as instituições e sobre a elite intelectual do regime pseudoconstitucional da Alemanha do século XIX.²¹

¹⁹ QUERALT, Juan Martín; Carmelo Lozano Serrano; Gabriel Casado Ollero e; José Manuel Tejerizo López. **Curso de Derecho Financeiro y Tributario**. 7ed.Madri: Tecnos – 1996..pág. 682.

²⁰ CAMPOS, Francisco. **Orçamento – Natureza Jurídica – Lei Material e Lei Formal – Exposição e Crítica da Doutrina de Laband – Direito Comparado – Elevação do Imposto de Vendas e Consignações em São Paulo**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 14, p. 447-467out./dez. 1948.

CAMPOS, Francisco. **Orçamento – Natureza Jurídica – Anualidade – Discriminação de Rendas – Imposto de Industrias e Profissões – Movimento Econômico – Imposto sobre vendas e consignações**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 71, p. 324-344,jan./mar. 1963.

²¹“Não os impressionou o fato de haverem sido elevados à categoria de normas de constituição as regras fundamentais da elaboração orçamentária. Apesar do mandamento constitucional de que o orçamento devia revestir a forma de lei e nele deverem ser computados todas as receitas e despesas da Nação, Laband não se deixou impressionar pela clara intenção manifesta pela alta categoria de regra assim formulada, de que o orçamento não seria uma simples operação material ou de contas

Segundo o autor, no momento histórico em que surge tal teoria, o rebaixamento do *budget*²² a mero instrumento contábil advinha da concepção da natureza tão-somente política da Constituição, pois a previsão da lei orçamentária na carta política em nada transfigurava o orçamento como simples documento, já que esta era improvida da imperiosidade atribuída às leis positivadas, eventuais afrontas à lei orçamentária não corresponderiam a transgressões das disposições constitucionais, pois tais eram esvaziadas de caráter jurídico.²³

Ainda, Francisco Campos aponta que o conceito de lei material para Paul Laband dizia respeito às normas que modificassem a esfera jurídica de seus destinatários, pouco importando por exemplo o caráter de generalidade²⁴, ainda que o ato do Parlamento fosse dirigido a apenas um indivíduo, pois a única condição que o jurista alemão impõe ao conteúdo da lei para que esta seja material é a presença de um preceito jurídico. Contudo, LABAND afirma ser a lei orçamentária desprovida de conteúdo material, por não conter regra jurídica, ordem proibição ou autorização, mas sem efetivamente analisar esta questão, pois, segundo CAMPOS, a *“questão relativa à natureza jurídica do orçamento consiste, precisamente, em saber se nele se contém preceito jurídico, ordem, autorização ou proibição”*.

*de “deve e haver”, mas, igualmente, um ato de vontade do parlamento no sentido de limitar os poderes financeiros do Governo às possibilidades, quanto à receita e às despesas, manifestadas nas respectivas tabelas orçamentárias. A isto responderia Laband que a limitação em causa é de natureza estritamente política ou de exclusiva repercussão nas relações políticas entre o Parlamento e o Governo. Neste raciocínio emerge, evidentemente, a repugnância de atribuir à Constituição qualquer valor jurídico ou de considerá-la, simplesmente, à imagem do conceito de orçamento como “plano de gestão” ou “programa de administração financeira”, como um programa ou um plano de conduta dos órgãos supremos do Estado, sem qualquer força ou eficácia jurídica, capaz de limitar ou vincular, em relação à esfera dos direitos individuais, a ação discricionária da administração.”(CAMPOS, Francisco. **Orçamento – Natureza Jurídica – ...**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 71, p. 324-344, jan./mar. 1963. p. 331)*

²² Expressão utilizada no direito inglês e francês para designar o orçamento, cujas origens são apontadas por BALEEIRO : “Na França e na Inglaterra, o orçamento é designado pelo palavra *budget*, do velho francês *bougette*, bolsa de couro, na qual o ministro levava à Câmara dos Comuns a papelada da proposta da lei de meios. CANNA atribui a acepção financeira da palavra, cedo generalizada, ao panfleto anônimo *The budget opened*, em que se atacava Walpole, caricaturando-o de palhaço a fazer pelotiques com o conteúdo da bolsa de couro. (BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução a Ciência das Finanças**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.p. 392)

²³*Op. cit.*

²⁴ O principal efeito que deriva da divisão entre lei material e lei formal, conforme explicitado por Mata Machado, é que, na atualidade, todas os atos normativos chamados de leis (conforme elencados pelo art. 45 da Constituição da República) são leis em sentido formal, vez passam por um devido processo legislativo, sendo que o seu conteúdo pode ou não ser de lei material, definido quando a **“norma geral, abstrata e permanente, destinada a regular, de modo obrigatório, um número indefinido de casos”** (Mata Machado, Edgar de Godói Da. *Elementos de teoria geral do direito: para os cursos de introdução ao estudo de direito*. 4ª Ed. Rev. - Belo Horizonte : Editora UFMG, 1995. pg. 256. grifo nosso)

Assim, a teoria de LABAND é fundamentada pela sua própria distinção entre lei em sentido formal e material. Por isso, o jurista brasileiro conclui que essa teoria resulta “*em uma evidência de petição de princípio, ou em um raciocínio circular, cuja conclusão vem ser a mesma premissa que serviu de ponto de partida.*”²⁵

CAMPOS afirma que LABAND somente foi capaz de ver no orçamento o que é visível, ou seja, uma conta ou o confronto entre receitas e despesas, sem se voltar ao invisível, que são os pressupostos jurídicos e políticos nos quais o orçamento tem origem, a sua validade e a força de seu conteúdo. Portanto, nunca poderia Paul Laband explicar a atribuição constitucional ao Poder Legislativo na matéria orçamentária.

Por conseguinte, esta teoria consiste em despir o orçamento de qualquer significado jurídico, pois seu defensor fazia um juízo prévio do orçamento como mera conta, logo não poderia enxergar na lei orçamentária qualquer conteúdo de direito.

Embora seja evidente, conforme aponta Francisco Campos, algumas inconsistências da teoria de LABAND, na doutrina brasileira esta corrente é a mais aceita, e conta com ilustres seguidores como Pontes de Miranda, Kiyoshi Harada, Ricardo Lobo Torres, dentre outros. Inclusive, este último em duas obras em que leciona sobre a orçamentação pública destaca que a teoria oposta a esta, a de que a lei orçamentária seria material, não teve “*seguidores de prestígio*” no Brasil.

Não obstante, em vista do arcabouço histórico-filosófico da teoria de LABAND, CAMPOS afirma a impossibilidade de recebimento desta tese em nações de *autentico regime constitucional*, naquelas em que há cláusulas na Constituição atribuindo valor jurídico ao *budget*. Conforme assevera o jurista brasileiro, não existe norma constitucional juridicamente indiferente, contudo, o oposto disso é que resulta da doutrina originária da lei formal, pois LABAND ignora o mandamento constitucional que previa a competência orçamentária também atribuída ao Parlamento.

Além desta ilação, ainda resta estabelecer as principais proposições desta teoria em relação ao orçamento, as quais são definidas pelo próprio LABAND, são

²⁵Por que o orçamento não contém preceito jurídico, ordem, autorização ou uma proibição? Porque o orçamento não é uma lei em sentido material. Porque não é uma lei em sentido material? Por que não contém preceito jurídico, ordem, autorização ou proibição. (CAMPOS, Francisco. **Orçamento – Natureza Jurídica ...** . Revista de Direito Administrativo,...1963.p.332)

elas: a de que parlamento é vinculado às leis pré-existentes, assim estando as receitas e inclusive as despesas previstas em lei anterior, o Governo não precisam de autorização para realizá-las; não constitui infração jurídica o descumprimento do orçamento, ainda que voluntária e conscientemente; orçamento é mero plano de gestão, com sentido apenas político, cujo efeito consiste em “exonerar o governo do Império de toda responsabilidade” quanto as despesa contempladas na lei orçamentária.²⁶

Desta forma, com base na teoria de LABAND, que afirma ser o orçamento mera lei formal, resulta que a lei ânua é somente um instrumento contábil, sem maiores reflexões no cotidiano dos indivíduos, quedando-se estritamente na relação *interna corporis* Parlamento-Governo.

3.2. O orçamento como ato-condição

Cronologicamente, faria mais sentido explicar a teoria do ato-condição, encabeçada por Gaston Jèze, posteriormente às considerações acerca da teoria da lei *sui generis*, uma vez que, conforme leciona Aliomar Baleeiro²⁷, JÈZE adota o método de Léon Duguit, “pai” desta última teoria, para chegar a conclusões diversas. Contudo, em razão da, também, íntima ligação e semelhante resultado da teoria francesa, foi preferido analisar primeiramente a teoria do orçamento como ato-condição.

Gaston Jèze, na mesma linha de Laband, pregava a ausência de Direito no orçamento público, afirmando que este jamais seria uma lei, mas tão somente um ato administrativo, um ato-condição.²⁸

DUGUIT foi o criador da distinção entre o ato-regra, ato-subjetivo e o ato-condição, para o autor o primeiro dizia respeito às situações gerais e impessoais, já

²⁶CAMPOS, Francisco. **Orçamento – Natureza Jurídica...** Revista de Direito Administrativo,... 1963.p.326.

²⁷BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução a Ciência das Finanças**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

²⁸TORRES, Ricardo Lobo. **O orçamento na Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar 1995. p. 63 .

o segundo ato às situações individuais e concretas, enquanto o terceiro concernia nas situações que para produzirem efeitos necessitavam de intermediação.²⁹

Para Gaston, as despesas e as receitas eram classificadas como ato-condição, pois o ato dá efetividade ao que diz a lei, mas não a integra, não *umenta o conteúdo* desta, logo, por exemplo, as receitas que já estavam previstas em diplomas normativos pré-existentes tornavam-se reais através dos atos dos funcionários da Administração, mas não criadas pelo *presupuesto*. Portanto, concluía o renomado jurista que a função do orçamento seria a de autorizar estes atos, dando, desta forma, eficácia à lei, nas palavras de JÈZE, a lei ânua “*preenche a condição exigida pelo direito positivo para o exercício da competência dos agentes administrativos*”³⁰.

Em comentários acerca da teoria francesa, Francisco Campos sinaliza que a partir desta há uma certa evolução na questão da natureza jurídica do orçamento, vez que ao menos era dado algum significado jurídico ao seu conteúdo, pois ao condicionar-se a eficácia da lei ao *budget*, tornava-se a atuação da Administração adstrita ao mesmo. Não obstante, a lei orçamentária ainda era dependente de outras leis pra obter algum sentido jurídico, ainda não passava de lei de mero sentido formal, bem como não se reconhecia a vinculação do Governo a lei ânua, mas sim as outras referidas por ela.

3.3. A teoria da lei *sui generis*

A teoria da lei *sui generis* é baseada nos mesmos pressupostos da idéia do orçamento como ato-condição. Léon Duguit distinguia o ato-regra, o ato-subjetivo e o ato-condição.

²⁹*Op. cit.*, p.416.

³⁰TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 15ªed.Rio de Janeiro: Renovar,2008.p 177.

Assim, para este publicista, o orçamento continuaria sendo lei formal, nos mesmos moldes da teoria de JÈZE, porém nos países em que estivesse presente a regra da anualidade na questão tributária, a qual consistia na necessidade de que os tributos fossem votados anualmente para serem exigíveis, em relação às receitas, a lei orçamentária tornava-se lei material, por autorizar a cobrança destes impostos. Isso porque, a exigência da previsão dos tributos na lei orçamentária fazia com que, caso não houvesse o consentimento do *budget*, estes não pudessem ser exigidos de plano³¹. Contudo, quanto às despesas, a lei ânuia continuaria tendo natureza administrativa ou de ato-condição, por não obrigar o Governo à exercê-las.³²

Assim por esta ambivalência da lei ânuia seria esta *sui generis*, na concepção de DUGUIT.

Em relação às teorias expostas nos três últimos tópicos, ainda que haja divergência entre elas, o resultado de suas respectivas conclusões no que diz respeito às receitas acaba por ser o mesmo: o orçamento não é lei no viés dos gastos públicos, bem como o Poder Executivo não está obrigado a executar as despesas conforme o previsto na lei ânuia.

3.4. O orçamento como lei material

Os autores que militam pela concepção do orçamento público como lei material não possuem uma unidade de fundamentos, como os teóricos das teses já anotadas.

³¹Conforme leciona Campos: “Assim, nada, impede que a execução de determinadas leis fique subordinada a um ato administrativo, que funcionará como condição necessária ou essencial para que a lei em questão produza os seus efeitos. Ainda, portanto, admitido o conceito do orçamento como ato de natureza meramente administrativa, poderia ficar na sua dependência, se a Constituição assim o determina, a execução das leis de caráter permanente, nas quais tenham sido criados impostos ou se hajam empenhado despesas. O orçamento funcionaria, neste caso, como ato-condição, de acordo com a terminologia de Gaston Jéze, somente por força do qual o Governo seria investido no poder efetivo de realizar as despesas e arrecadar os impostos, constantes, embora, de leis anteriores.” (CAMPOS, Francisco. **Orçamento – Natureza Jurídica ...** . Revista de Direito Administrativo,...1963.p.334)

³² “O orçamento é ao mesmo tempo um ato administrativo, em relação aos gastos, porque basta mera operação administrativa para a despesa e, em relação à arrecadação dos tributos, adquire caráter de lei em seu sentido material, porque gera obrigações fiscais de conteúdo jurídico para o contribuinte é geral e abstrata” (Oliveira, Régis Fernandes de. **Manual de Direito Financeiro**. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1990. p. 69.)

Isso porque, *prima facie*, para os teóricos da lei material mais antigos a unidade seria acerca do princípio da anualidade, que determinava que os tributos deveriam constar no orçamento para serem exigidos, contudo, em nosso sistema jurídico há muito esta regra desapareceu. Outra questão corriqueira seria a da inexistência de sentido formal ou material atribuída a lei, tal como teorizado na Alemanha, considerando que não existe lei sem força de lei, porém ainda existem diversos outros argumentos na doutrina, logo, não entendemos prudente tentar estabelecer uma unidade nas diversas doutrinas, sob pena de transfigurar concepções peculiares.

Dentre os juristas que defendem ser de conteúdo material o *presupuesto*, apontados pelos financistas, damos destaques a Phillippe Zorn, Myrbach-Reinfeld, na Alemanha, Gustavo Ingrosso, na Itália, Sainz de Bujanda e a doutrina espanhola e, no Brasil, Eros Roberto Grau, Eduardo Marcial Ferreira Jardim, Fábio Conder Comparato, Eduardo Mendonça, entre outros.

Para Phillippe Zorn, contemporâneo de Paul Laband, não havia lei em sentido formal ou em sentido material. Segundo aquele, das regras constitucionais acerca da função legislativa inferia-se que, seja qual for o seu conteúdo, toda a lei possui uma regra jurídica, não existindo nenhuma lei sem força de lei.³³

O conteúdo de Direito da lei orçamentária para ZORN referia-se às instruções ao Governo para empregar determinados fundos na realização de determinados fins, bem como a autorização para arrecadação das receitas previstas. Este autor considerava que do orçamento não resultava somente uma autorização quanto as despesas, mas também a obrigação de aplicá-las, tal o qual o determinada na lei orçamentária. Em relação as receitas, igualmente havia uma conotação de obrigatoriedade, tornando dever da Administração arrecadar os ingressos previstos.

Ainda, concluiu o jurista que no momento em que existia a previsão constitucional de que todas as receitas e despesas deveriam figurar no orçamento e que este terá por um ano força de lei, infere-se que não se pode conceber despesas

³³“Só existe uma força de lei, e não existe nenhuma lei sem força de lei. A lei, seja qual for o seu conteúdo, é, em quaisquer circunstâncias, direito objetivo, regra jurídica; lei que não contenha proposição jurídica, que apenas formalmente ou na aparência se apresenta como lei, não existe.”(Phillipe Zorn, *Das Staatsrecht des Deutschen Reichs*, 2ª ed. Vol. I, págs. 442-444) citado por CAMPOS, Francisco. **Orçamento** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro,... 1963.p.328.

ou receitas de caráter permanente, as que são previstas por tempo indeterminado ou permanentemente estão condicionadas à lei orçamentária para adquirirem em eficácia, ainda que continuem em vigor, e se não constantes da orçamentação terão a eficácia suspensa.³⁴

Já Gustavo Ingresso definiu a lei orçamentária como “*instrumento jurídico para a atuação integral das leis financeiras*”³⁵, afirmando que as leis que prevêm as despesas e as receitas não têm por si mesmas idoneidade para atingir os seus fins, necessitando do orçamento para tanto. Inclusive o jurista italiano reconhece a vinculação do Estado à realização das despesas previstas, sendo que a discricionariedade é realizada quando da escolha daquilo que será pago a constar no *presupuesto*, ainda que o Governo possa estabelecer suas prioridades, uma vez sendo nominado o credor e estando a dívida apurada, não há como tornar esta escolha reversível.³⁶

Para Eros Roberto Grau o orçamento tem a mesma força vinculadora dos planos econômicos, tratando-se de um ato regra e de lei em sentido material, como aponta Laerzio Chiesorin Júnior.³⁷

Ainda, CHIESORIN conclui em sua dissertação que defender que a lei anual é mera lei formal resulta pensar que orçamento não estabelece alguma obrigação ao Poder Executivo, gerando uma liberdade em relação a sua execução que inexistente, bem como acaba por transformar a atuação do Legislativo no processo orçamentário em tão somente uma formalidade.³⁸

Inclusive o Autor sob a perspectiva da disposição constitucional do art. 165, aduz que:

³⁴ZORN, Phillipe. **Das Staatsrecht des Deutschen Reichs**. Vol I. p. 445-454. citado por CAMPOS, Francisco. **Orçamento...** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro,... 1963.p.329.

³⁵TORRES, Ricardo Lobo. **O orçamento na Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar 1995. p. 64.

³⁶Como ensina Ingresso, “sono fisse le spese derivanti da leggi organiche e da obblighi permanenti dello Stato, com scadenze determinate e costanti, che di esse si conce via preventiva la data del pagamento, il nome del creditore e, normalmente, l’ammontare”[...] (OLIVEIRA, Regis Fernandes: HORVATH Estevão. **Manual de direito financeiro**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.p.109)

³⁷CHIESORIN JÚNIOR, Laerzio. **A discricionariedade na execução orçamentária**. 2001. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2001.p.66.

³⁸ *Ibidem*,p.67.

“inapelavelmente, que o orçamento se trata de uma lei, ordinária, de iniciativa exclusiva do Poder Executivo, de vigência temporária (normalmente um ano), e que possui algumas limitações de natureza procedimental no seu trâmite e na sua possibilidade de ser alterada pelo Poder Legislativo.”³⁹

Por fim, em tese apresentada recentemente a esta casa para obtenção do grau de doutorado, Marcelo Minghelli anota que a adoção da teoria de que o orçamento é lei material traz grandes benefícios tanto em relação ao efetivo controle e regulação dos gastos públicos quanto no viés político, pois a Administração estaria vinculada *“aos pactos políticos assumidos com os cidadãos”*. Inclusive, o Autor denuncia que a teoria da lei forma é desassociada da nova ordem constitucional.⁴⁰

Por fim, Eduardo Mendonça aduz que conceber o orçamento como lei e afastar o seu caráter meramente autorizativo é uma escolha por valorizar as deliberações democráticas, bem como que esta opção não é apenas da doutrina, em vista de que a própria Constituição institui a lei para aprovar o orçamento. Em que pese o autor discorra, preponderantemente, acerca do caráter autorizativo atribuído pela doutrina ao orçamento, é certo que as suas concepções inovadoras e a denúncia por ele realizada pela necessidade de um maior controle da execução da lei ânuia em face das despesas públicas acabam por afastar que orçamento é mera lei formal.

Em uma última análise acerca das teorias da natureza jurídica do orçamento, insta referirmos acerca da lei ânuia na doutrina espanhola e na

³⁹ *Idem.*

⁴⁰“Essa visão, que atribui ao orçamento uma natureza de lei material, está mais vinculada, numa perspectiva normativa, aos cânones do Estado Democrático de Direito e garante um maior controle da Administração Pública que está vinculada ao orçamento, dando, em tese, maior garantia ao cidadão na observação dos gastos. A lei orçamentária transforma-se numa verdadeira norma de regulamentação do gasto público, o que, do ponto de vista técnicojurídico de controle da Administração Pública, é, evidentemente, a visão mais adequada, por possibilitar que instituições como o Ministério Público, o Tribunal de Contas e mesmo o Judiciário exerçam um maior controle sobre esta.

Do ponto de vista político, os ganhos são ainda maiores, pois o orçamento público, entendido como lei material, vincularia o administrador público aos pactos políticos assumidos com os cidadãos, potencializando instrumentos de participação popular como o Orçamento Participativo, impedindo o predomínio da racionalidade sistêmica nos centros de decisões e amenizando as relações clientelistas enraizadas na prática orçamentária brasileira. Assim, ressalta-se novamente a incompreensão da adoção da concepção de lei formal adotada pela maioria da dogmática jurídica nacional, que constitui um posicionamento equivocado tanto na dimensão da nova ordem constitucional, como na dimensão política da realidade que aponta para a necessidade de reestruturação do processo orçamentário.”(MINGHELLI, Marcelo . **Estado e Orçamento: uma cartografia jurídico-política para a consolidação de um orçamento democrático** . 2009. Dissertação (Doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.p.102.)

portuguesa, porém devido a determinadas peculiaridades do sistema orçamentário destes países cabe comentários a parte.

3.5. O orçamento no Direito espanhol

No cenário espanhol, a questão da natureza jurídica do orçamento foi superada, as principais defensoras do sentido material da lei do *presupuesto* são a Constituição e a *Ley General Presupuestaria*, de 4 de janeiro de 1977, esta última que inclusive traz em sua exposição de motivos, na redação original⁴¹, as considerações de que a lei orçamentária já não mais possuía somente a função de limitar os gastos públicos, bem como não tinha como única destinatária a Administração. Consta da referida exposição, que a importância que o setor público estava adquirindo e as vinculações subjetivas geradas dos orçamentos estavam dotando de generalidade e de sentido material a lei orçamentária.

Assim, a própria lei que regulamentava o orçamento na Espanha rechaçava a teoria que atribuía ao *presupuesto* o sentido de lei formal, reconhecendo as novas funções do orçamento na vida em sociedade, para além de mera contabilização de receitas e despesas do Estado, não tendo mais como única destinatária a

⁴¹“**No puede cerrarse el presente apartado expositivo sin proclamar la consideración de ley material y formal que se asigna a la de presupuestos generales del Estado que cada año voten las cortes españolas.** Los fines que hoy persigue todo presupuesto exigen una coherencia interna y un despliegue de medidas que han de tener su adecuado marco en la propia ley aprobatoria del mismo. **la ley anual de presupuestos ya no cumple solo funciones limitativas del gasto publico ni tiene como única destinataria a la administración publica. La importancia que el sector publico va adquiriendo incluso en los países de sistema económico mixto y las vinculaciones subjetivas que sus presupuestos generan están dotando de generalidad y de sentido material a la ley que en cada ejercicio les refrenda.** En lo sucesivo, por tanto, el proyecto de ley de presupuestos generales del estado podrá ser elaborado sin las cortapisas que establecía el ultimo inciso del artículo treinta y siete de la ley de primero de julio de mil novecientos once, y cuya vigencia dejo en suspenso el decreto-ley de ocho de noviembre de mil novecientos cincuenta y siete. **Así se reconoce a la ley de presupuestos generales del estado el rango formal y el contenido material de ley, sin que deba suscitar preocupaciones jurídicas el que en ella se articulen todas las disposiciones de naturaleza financiera que sea necesario o conveniente promulgar para la ejecución congruente o simétrica de los estados de gastos e ingresos en el respectivo periodo anual.** En este sentido, la propia ley general presupuestaria se remite a la anual de presupuestos generales del Estado para que de cobijo a los preceptos que deban regir en el respectivo ejercicio el comportamiento de los sectores privado y publico para el mejor logro de los correspondientes objetivos económico-sociales.” (Espanha. Lei 11/1977, general presupuestaria. BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO número 7 de 8/1/1977 (ANEXO I), grifo nosso)

Administração, contraindo assim devido carácter generalidade, ao atingir todos os cidadãos.

Ainda, quanto a Constituição espanhola, posterior a Lei Geral Orçamentária, em seu art. 134.1 é expressa a competência plena das *Corte Generales*⁴² *no que concierne a discusión da ley presupuestaria, in verbis: “Art. 134.1. Corresponde al Gobierno la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado y a las Cortes Generales su examen, enmienda y aprobación.”*

Insta mencionar que, apesar de no mesmo art. 134⁴³ da Constituição existir a limitação ao direito de emenda e à possibilidade de alteração das leis tributárias, ao que poderia se supor uma limitação quanto a atividade do Parlamento no orçamento, o Tribunal Constitucional espanhol também define *el presupuesto* como lei material.⁴⁴

Desta forma, é salutar reconhecer que o próprio direito positivado espanhol conduz os seus estudiosos à conclusão de que orçamento é lei material.

Por fim, a doutrina espanhola aponta, além das normas referidas, outros dois fatores que levaram a derrocada da teoria da *ley de presupuesto* como lei formal, seriam eles: a negação da distinção entre lei material e formal, sendo estendido o conceito de Direito também às matérias relativas à organização do Estado e; o trunfo do princípio democrático frente à Monarquia, o qual submeteu o Poder Executivo e os demais à soberania popular e ao império da lei.⁴⁵ Ainda, aponta-se um último

⁴²“As Cortes Gerais (tradução livre) tem semelhança com o nosso Congresso Nacional, pois são formadas pela Câmara dos Deputados e dos Senadores, conforme o art. 66.1 da Constituição da Espanha (“*Artículo 66.1. Las Cortes Generales representan al pueblo español y están formadas por el Congreso de los Diputados y el Senado*”. Constituição espanhola.)

⁴³ Artículo 134.(...)

5. Aprobados los Presupuestos Generales del Estado, el Gobierno podrá presentar proyectos de ley que impliquen aumento del gasto público o disminución de los ingresos correspondientes al mismo ejercicio presupuestario.

6. **Toda proposición o enmienda que suponga aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios requerirá la conformidad del Gobierno para su tramitación.**

7. **La Ley de Presupuestos no puede crear tributos. Podrá modificarlos cuando una ley tributaria sustantiva así lo prevea.**(grifos nossos)(Constituição Espanhola)

⁴⁴ “Así lo ha subrayado el Tribunal Constitucional, negando expresamente la naturaleza formal de la Ley de Presupuestos en Sentencia 27/1981, de 20 de julio, y afirmando el carácter y rango de ley del estado de gastos y de los propios créditos sin distinción ni fisuras por tanto con la ley aprobatoria o texto articulado[...].”(QUERALT, Juan Martín; Carmelo Lozano Serrano; Gabriel Casado Ollero e; José Manuel Tejerizo López. *Curso de Derecho Financeiro y Tributario*. 7ed.Madri: Tecnos,1996.p. 683)

⁴⁵“La superación de la tesis de la Ley de Presupuestos como ley formal vino de la mano de dos factores que incidían sobre los propios pilares que la habían fundamentado. El primero, la negación de la distinción entre ley material e ley formal, extendiendo el concepto de Derecho a materias como de organización que rebasaban la esfera de las relaciones jurídicas intersubjetivas, afirmándose que

fundamento apresentado pela doutrina, o qual aduz que na Constituição espanhola e na Lei Geral Orçamentária há a referência indistinta dos orçamentos e das leis orçamentárias, não havendo uma distinção entre o *presupuesto* e a lei que o aprova.⁴⁶

Este último também pode ser verificado em nosso ordenamento, no art. 165 da CR/88, inclusive no §6º que contém a expressão *projeto de lei orçamentária*, da qual se pode inferir que o orçamento não apenas é aprovado por lei, mas constitui sim verdadeiro diploma legal, cujo projeto é realizado pelo Poder Executivo.

Ainda, para finalizar a análise do *presupuesto* no Direito Espanhol, entendemos ser pertinente destacar um dos comentários de QUERALT acerca das funções da lei orçamentária, uma das quais, resgatando suas origens, seria a de dar cumprimento ao princípio da reserva legal em matéria de gastos público, uma vez que é atribuído ao Poder Legislativo, desde as assembléias medievais, a adoção de decisões fundamentais pertinentes à Fazenda Pública para cada exercício.⁴⁷

Inclusive, como será exposto adiante, a concepção do orçamento como lei material privilegia o princípio da separação dos Poderes, bem como reconhece a posição do Legislativo em matéria orçamentária, não havendo espaço para a proeminência do Executivo, como antes era defendido, pois considerar a lei orçamentária como mero instrumento contábil, de caráter autorizativo quanto às despesas nela previstas, é desprivilegiar a decisão do legislativo quanto ao orçamento. Ainda que o projeto de lei do orçamento seja de iniciativa do Poder Executivo, não se pode ignorar o papel do Parlamento no tocante às decisões sobre a orçamentação do Estado, sob pena de ferir o princípio da separação dos Poderes, uma vez que se permite que o Executivo ignore um comando do Legislativo.⁴⁸

toda ley contiene un mandato con efecto vinculante, aunque sólo se dirija al ejecutivo y agote sus efectos sin incidencia directa para los ciudadanos, sin que por ello pueda dejar de considerarse como verdadero precepto jurídico. El segundo fue la afirmación del principio democrático frente al monárquico, con su correlato de edificar los regímenes políticos sobre la base de la soberanía popular, con lo que el órgano parlamentario, como representante de la misma, correspondía la regulación jurídica de cualquier materia, debiendo someterse el poder ejecutivo a la legalidad que de él dimanara, en suma, al imperio de la ley." (QUERALT, Juan Martín; Carmelo Lozano Serrano; Gabriel Casado Ollero e; José Manuel Tejerizo López. *Curso de Derecho Financiero y Tributario*. 7ed.Madri: Tecnos,1996.p. 682)

⁴⁶“A mayor abundamiento, el Derecho positivo y las propias normas constitucionales a la cabeza del mismo, han ido evolucionando hacia la clara afirmación de esa naturaleza de ley plena de la de Presupuesto. Em concreto, em nuestro ordenamiento, tanto la Constitución como la Ley General Presupuestaria se refieren indistintamente a los <<Presupuestos>> y a la <<Ley de Presupuestos>>, negando una posible distinción entre los primeros y la que los aprueba[...]”(*Idem*)

⁴⁷(*Ibidem*, p.677)

⁴⁸“Esto explica la mención constante de todas las Constituciones a la Ley de Presupuestos,

3.6. O orçamento no Direito português: a natureza do plano

Em relação ao Direito português não se pode analisar o orçamento sem ter em vista os *planos* económicos, pois, em Portugal, é instituído o planeamento do Estado, sendo que o planeamento dá-se pelas leis das grandes opções, através dos planos de desenvolvimento económico e social nacionais e regionais e, também, pelo orçamento. Conforme o previsto na constituição lusitana, este último deve ser elaborado em harmonia com a lei das grandes opções, bem como tendo em conta as obrigações advindas de leis e de contratos.⁴⁹

Ainda, conforme consta no art. 105.4 da Constituição portuguesa o orçamento prevê as receitas e as despesas, e a lei fica encarregada de regulamentar a sua execução e regras para alterações, *tendo em vista a sua plena realização*. Assim, tem-se que, embora seja possível as alterações, a ideia inicial é o seu cumprimento.

Quanto ao conteúdo material do orçamento, este é definido pela LEOE – Lei de Enquadramento do Orçamento do Estado, considerada por Canotilho, uma *lei*

sentándose en ellas las bases del reparto competencial entre los distintos poderes del Estado en torno a la institución presupuestaria, y atribuyendo al órgano legislativo, como titular del poder financiero estatal, la aprobación de los Presupuestos, así como el posterior control de la ejecución que de los mismos haya realizado el poder ejecutivo.” (*Ibidem*, p. 678)

⁴⁹Artigo 105.º Orçamento

1. O Orçamento do Estado contém:
 - a) A discriminação das receitas e despesas do Estado, incluindo as dos fundos e serviços autónomos;
 - b) O orçamento da segurança social.
2. 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.
3. O Orçamento é unitário e especifica as despesas segundo a respectiva classificação orgânica e funcional, de modo a impedir a existência de dotações e fundos secretos, podendo ainda ser estruturado por programas.
4. O Orçamento prevê as receitas necessárias para cobrir as despesas, definindo a lei as regras da sua execução, as condições a que deverá obedecer o recurso ao crédito público e os critérios que deverão presidir às alterações que, durante a execução, poderão ser introduzidas pelo Governo nas rubricas de classificação orgânica no âmbito de cada programa orçamental aprovado pela Assembleia da República, **tendo em vista a sua plena realização**. (Constituição portuguesa, grifo nosso)

*reforçada*⁵⁰, cuja afronta realizada por atos orçamentais deve ser encarada como inconstitucionalidade indireta.

Sobre o controle das despesas, atualmente, na LEOE é permitido ao governo cancelar dotações realizadas, mas somente aqueles que careçam de justificação⁵¹ resguardando-se as obrigações do Estado *ex lege ou ex contractu*. Logo, nesse sistema há um reforço normativo quanto à obrigatoriedade da Administração cumprir com os seus deveres em relações aos gastos públicos.

De outro giro, como o mencionado inicialmente, em Portugal o orçamento deve ser realizado conforme o *plano*, definido por MONCADA como “*acto jurídico que define e hierarquiza objectivos de política económica a prosseguir em certo prazo e estabelece as medidas adequadas à sua execução*”⁵², sendo os seus objetivos traçados pelo art. 90 da Constituição lusitana.⁵³

Quanto à natureza do orçamento, António L. de Sousa Franco, leciona que é um *acto-plano*, pois regula para o futuro, com certa estabilidade, determinada conjuntura econômica. Conforme o autor deixa claro, não são atos-administrativos revestidos de lei, uma vez que assumem um caráter *genaralidade concreta*, com vigência limitada, segundo um processo de *substituição seqüencial*, por isso, o autor

⁵⁰“Algumas leis são reforçadas porque reforçada é a maioria requerida para a sua aprovação (maioria de dois terços). Em certo sentido, são também leis reforçadas pelo procedimento, pois a “maioria” é uma dimensão procedimental. No entanto, maioria reforçada constitucionalmente exigida revela o relevo político-constitucional destas leis tal como acontece em relação às leis orgânicas. Aqui, a exigência de maioria reforçada assume substantividade específica porque se trata de algumas das leis densificadoras do próprio regime político-constitucional desconstitucionalizado pela LC 1/97. A desconstitucionalização é compensada pela cumplicidade majoritária reforçada da representação parlamentar.”(CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Almedina: Coimbra, 2002.p.780)

⁵¹ Consta na autal lei de enquadramento orçamental:

“Artigo 48.º Alterações orçamentais da competência do Governo

[...]

2 - O Governo pode reduzir ou anular quaisquer dotações orçamentais que careçam de justificação, desde que fiquem salvaguardadas as obrigações do Estado decorrentes de lei ou de contrato.” (**Lei n.º 91 de 20 de Agosto de 2001**)

⁵²MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito Económico**. 2ª ed. rev e atual. Coimbra: Coimbra, 1988.p. 402

⁵³“Artigo 90.º

Objectivos dos planos

Os planos de desenvolvimento económico e social têm por objectivo promover o crescimento económico, o desenvolvimento harmonioso e integrado de sectores e regiões, a justa repartição individual e regional do produto nacional, a coordenação da política económica com as políticas social, educativa e cultural, a defesa do mundo rural, a preservação do equilíbrio ecológico, a defesa do ambiente e a qualidade de vida do povo português.”(**Constituição Portuguesa**)

aduz que orçamento apartar-se do conceito clássico de lei material. A lei ânuia, segundo esta concepção, regula direitos e deveres, mas institui *“novos mecanismos, de imperatividade, obrigatoriedade contratual, estímulo-incentivo ou desincentivação do comportamento dos sujeitos, que não são indiferentes à sua situação e ao comércio jurídico”*⁵⁴. Ainda, pressupõe uma *adequação progressiva às situações concretas*, ou seja, como plano deverá se moldar à realidade não prevista.

Ainda, em nota, o Autor assume ser partidário do orçamento como lei, em vista da Constituição à época (assim como a atual) não transparecer ser o orçamento ato-político uma vez que lhe atribuiu a forma de lei e não de resolução.

3.7. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

No Brasil, a corrente de que haveria materialidade nas leis orçamentárias não teve muitos adeptos, mas gerou um precedente interessante no extinto Tribunal Federal de Recursos, que em 24 de maio de 1948 proferiu a decisão de que *“orçamento é lei, em sentido material; por esse motivo, mediante ele, que é lei, os tributos podem ser criados”*.

Nessa época ainda estava em vigor o princípio da anualidade, após a jurisprudência mudou de lado, e próprio STF esvaziou esta regra, criando a súmula 66⁵⁵, declarando a possibilidade de cobrança de tributos não previstos no orçamento.

A teoria de que o orçamento é lei formal, portanto impassível de criar direito e obrigações e assim de ser revisto na via judicial, foi albergada por muito tempo pela jurisprudência da Suprema Corte, contudo esta foi revista em meados de 2003, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.925/DF, sendo declarado adequado o controle concentrado de constitucionalidade da lei orçamentária.

Na referida ação questionava-se a disposição contida no art.4º, I, a, b, c e d⁵⁶ da Lei Orçamentária Anual da União nº 10.640/2003 (para o exercício de 2003), a

⁵⁴*Ibidem*, p. 361.

⁵⁵Súmula 66 STF: "É legítima a cobrança do tributo que houver sido aumentado após o orçamento, mas antes do início do respectivo exercício financeiro."

⁵⁶"Art. 4º Fica o Poder Executivo autorizado a abrir créditos suplementares, observados os limites e condições estabelecidos neste artigo e desde que demonstrada, em anexo específico do decreto de abertura, a compatibilidade das alterações promovidas na programação orçamentária com a meta de

qual implicava na possibilidade de suplementação de créditos outros que não dispostos no art. 177,§4º, II da CR/88 através de recursos advindos do contingenciamento da receita oriundas da arrecadação da CIDE - Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico.

Explica-se. Por meio do dispositivo legal atacado na ADIn, abria-se a possibilidade ao Executivo de utilizar-se dos valores advindos de anulação parcial de dotações, de reserva de contingência e de excesso de arrecadação para a abertura de créditos suplementares destinados a reforçar outras dotações. Ainda, naquele orçamento havia o contingenciamento de 40%⁵⁷ dos recursos advindos da CIDE, que por força constitucional possuem destinação vinculada às atividades previstas nas alíneas do inciso II do §4º do art. 177⁵⁸ da CR/88.

Assim, uma vez contingenciados tais recursos⁵⁹, eles poderiam ser utilizados para o reforço de outras dotações orçamentárias ligadas a atividades diversas daquelas previstas na Constituição, importando em verdadeiro ofensa ao inciso II, §4º do art. 177.

resultado primário estabelecida no Anexo de Metas Fiscais da Lei de Diretrizes Orçamentárias 2003, para suplementação de dotações consignadas:

I -a cada subtítulo, até o limite de dez por cento do respectivo valor, mediante a utilização de recursos provenientes de:

a) anulação parcial de dotações, limitada a dez por cento do valor do subtítulo objeto da anulação, ressalvado o disposto no § 2º deste artigo;

b) reserva de contingência, inclusive de fundos e de órgãos e entidades das Administrações direta e indireta, observado o disposto no parágrafo único do art. 8º da Lei de Responsabilidade Fiscal, e no § 6º deste artigo;

c) excesso de arrecadação de receitas diretamente arrecadadas, desde que para alocação nos mesmos subtítulos em que os recursos dessas fontes foram originalmente programados, observado o disposto no parágrafo único do art. 8º da Lei de Responsabilidade Fiscal; e

d) até dez por cento do excesso de arrecadação;" (Lei nº 10.640/2003)

⁵⁷ Vide nota 43.

⁵⁸"Art. 177. Constituem monopólio da União:

(...)

§4º A lei que instituir 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 deverá atender aos seguintes requisitos:

(...)

II - os recursos arrecadados serão destinados:

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

b) ao financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás;

c) ao financiamento de programas de infra-estrutura de transportes."(Constituição da República)

⁵⁹ QUADRO 11 - LOA nº 10.640/2003

Isso porque, os recursos advindos da arrecadação da CIDE são vinculados às atividades taxativamente expostas no inciso II, §4º do art. 177 da CR 88.

No voto da Ministra Relatora Ellen Gracie Northfleet, foi declarada a impossibilidade da pretensão da ADI, uma vez que o ato impugnado (a LOA) não teria os requisitos de abstração e generalidade necessários ao controle concentrado de constitucionalidade, por serem as normas orçamentária, *atos formalmente legais, de efeito concreto*, citando, inclusive diversos precedentes da Corte Constitucional. Assim, o voto foi pelo não conhecimento da ação.

Contudo foi aberta divergência a partir do voto do Ministro Marco Aurélio, cujos argumentos merecem a sua fiel transcrição:

" Senhor Presidente, apenas um aspecto que estimo ressaltar. 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 o que ocorre. Argumenta-se que se acabou por lançar mão, muito embora de forma limitada, de recursos que a própria Carta Federal revela com destinação específica. Busca-se, justamente, a guarda da Constituição pelo Supremo Tribunal Federal, no que a lei orçamentária estaria a conflitar, de modo frontal, com texto nela contido, mais precisamente com o disposto no art. 177, §4º. Se entendermos caber a generalização, afastando por completo a possibilidade do controle concentrado, desde que o ato impugnado seja lei orçamentária, terminaremos por colocar a lei orçamentária acima da Carta da República. Por isso, a meu ver, há que distinguir caso a caso."

Desta forma, foi admitida a Ação Direta de Inconstitucionalidade, por maioria, bem como ao final foi julgada parcialmente procedente, *"para dar a interpretação conforme a Constituição no sentido de que a abertura de crédito suplementar deve ser destinada às três finalidades enumerados no art. 177, § 4º, inciso II, alíneas "a", "b", "c", da Carta Federal"*, sendo vencidos a Ministra Ellen Gracie e os Ministros Joaquim Barbosa, Nelson Jobin e Sepúlveda Pertence.

A Ministra Ellen Gracie fundamentou o indeferimento do pleito em razão do caráter mandamental, preventivo, da medida, que segundo a ela, seria uma eficácia

¹ Quadro 11 – DEMONSTRATIVO DAS FONTES DE RECURSOS POR GRUPO DE DESPESA				RS 1,00
LDO, ART. 10º, § 1º, INCISO X				Recursos de todas as fontes
Código	FONTE	TOTAL	GRUPOS DE DESPESA/VALOR	
111	Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico - Combustíveis	10.775.502,643	Pessoal e Encargos Sociais	462.078.400
			Juros e Encargos da Dívida	494.197.622
			Outras Despesas Correntes	1.406.982.596
			Investimentos	2.947.770.411
			Inversões Financeiras	554.446.369
			Amortização da Dívida	669.729.521
			Reserva de Contingência	4.240.297.724

não encontrada na ação direta de inconstitucionalidade, argumento que foi também defendido pelo Ministro Joaquim Barbosa, que acompanhou o voto da Relatora, aduzindo ainda que a concessão do que estava sendo pleiteado na ADI implicava no *desconhecimento da evolução das relações entre Legislativo e Judiciário*.

Ainda, o Ministro Nelson Jobin, assim como a Relatora, argumentou que em razão do disposto no parágrafo único do art. 8^a⁶⁰ da Lei de Responsabilidade Fiscal não haveria o desvio de finalidade dos recursos. Contudo, tal argumento foi rechaçado em razão de que se estaria interpretando a Constituição a partir da lei inferior.

Enfim, este julgado demonstra a impossibilidade de negar à lei orçamentária qualquer materialidade, usando do argumento, presente na maioria dos manuais de Direito Financeiro, de que o STF tem jurisprudência sedimentada no sentido de que o orçamento é mera lei formal.

Ao nosso ver, o orçamento concretiza a vontade do legislador e do constituinte, logo deve sempre respeitar a ordem jurídica posta, mesmo que se trate de mera operação *prima facie* contábil, é necessário sim reconhecer a materialidade deste ato, pois do contrário admitiria-se que o orçamento pode dispor das receitas e despesas de forma diversa do previsto em lei e na Constituição.

Quando o STF admitiu a materialidade do orçamento, não foi para revisar alguma decisão política, o que diversas vezes foi ressaltado no Acórdão referido, mas sim para, por meio do controle concentrado, afastar disposição no orçamento que violava determinação constitucional.

Sem entrar no mérito da judicialização da política – assunto deveras espinhoso, cujo espaço e objetivo do presente trabalho não permite uma análise apurada –, e fazendo-se a devida ressalva quanto aos atos políticos, é dever do Poder Judiciário, em obediência ao sistema de freios e contra pesos, interpretar o orçamento conforme o Direito e afastar possíveis antinomias. Do contrário, estaria

⁶⁰ Art. 8^o Até trinta dias após a publicação dos orçamentos, nos termos em que dispuser a lei de diretrizes orçamentárias e observado o disposto na alínea c do inciso I do art. 4^o, o Poder Executivo estabelecerá a programação financeira e o cronograma de execução mensal de desembolso.

Parágrafo único. Os recursos legalmente vinculados a finalidade específica serão utilizados exclusivamente para atender ao objeto de sua vinculação, ainda que em exercício diverso daquele em que ocorrer o ingresso.(Lei Complementar 101/2000)

violando a garantia da inafastabilidade da jurisdição, esculpida no art. 5º inciso XXXV da Constituição da República.⁶¹

Essa garantia por um lado não permite qualquer restrição por parte do legislador acerca do direito de ação, e por outro obriga o Poder Judiciário a prestar a efetiva tutela do direito daqueles que batem à sua porta.⁶²

Assim, se a lei orçamentária dispõe de forma contrária ao previsto pela Constituição ou até mesmo por outra lei, não se pode tornar orçamento intocável sob o pretexto de que nele não há direito, de que se trata de lei formal. Em razão disso, em que pese as divergências entre os Ministros quanto à procedência ou não do pedido da ADI nº 2.925, foi, praticamente consenso a necessária revisão da jurisprudência de que o orçamento é lei formal, bem como nota-se nos votos que é reconhecido uma necessária mudança de paradigmas na interpretação da lei orçamentária, inclusive neste ponto merece destaque as afirmações do Ministro Carlos Ayres Britto:

"Sr. Presidente, ainda a título de comentário prévio, para confirmar as preocupações dos eminentes Ministros que me antecederam, a lei orçamentária é para a Administração Pública, logo abaixo da Constituição, a lei mais importante, até porque o descumprimento dela implica crime de responsabilidade. Está no art. 85, inciso VI."

Portanto, a partir da jurisprudência em tela tem-se que o respaldo do Suprema Corte a teoria do orçamento como lei formal não é unânime, como sempre é aventado pela doutrina que defende esta última tese.

3.8. Conclusões do Capítulo

Primeiramente, dos apontamentos realizados pode-se inferir que a grande maioria das teorias acerca da natureza jurídica do orçamento levam em conta, em

⁶¹"Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;"

⁶²"O princípio da proteção judiciária, também chamado 'princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional', constitui, em verdade, a principal garantia dos direitos subjetivos. Mas ele, por seu turno, fundamenta-se no princípio da separação de Poderes, reconhecido pela doutrina como garantidas garantias constitucionais."(SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. Malheiros.1a Ed. p. 131)

suas respectivas análises, tão somente as receitas, o que pode ser sintomático, considerando que a teoria orçamentária foi forjada no Estado Liberal, por juristas que influenciados pelo liberalismo, voltados, portanto, a proteger de sobremaneira os indivíduos das ingerências do Estado (visto como um grande parasita), bradavam pela atuação mínima do Estado e, portanto, não poderiam ver qualquer benefício para a sociedade civil nos dispêndios da Administração Pública.

Contudo, a idéia do Estado mínimo, considerando a Constituição de 1988, já não tem mais espaço entre nós, pode-se até divergir sobre uma maior ou menor atuação do Estado, mas nunca da importância deste na vida de cada sujeito, na dos grupos sociais⁶³ e até no âmbito macro-econômico.

Nesta esteira, sob o viés das escolhas quanto às despesas, como leciona Eduardo Mendonça, o orçamento é, *ou deveria ser*, o instrumento jurídico pelo qual é viabilizada a racionalização da atividade governamental, assegurando a forma democrática nas escolhas orçamentárias e provendo os meios de controle político-sociais e jurídicos para que estas opções não sejam arbitrárias ou aleatórias.

Inclusive, sobre o problema das escolhas orçamentárias, Luiz Roberto Barroso indica que mais do que *alocação de recursos financeiros*, o orçamento é a *escolha de valores éticos sociais*. Desta feita, pelas opções realizadas pelo Governo pode-se aferir qual é a sua respectiva ideologia e o grau de comprometimento com os anseios sociais. Estas escolhas são denominadas por BARROSO como trágicas, uma vez que podem estabelecer até mesmo quem viverá ou irá padecer, um exemplo dado pelo autor é escolha entre a aquisição de remédios para a Aids ou a de construir um hospital.⁶⁴

Longe de analisar o mérito dessas decisões, apenas encarando o quão vital torna-se o orçamento para os cidadãos, o autor denuncia a necessidade de uma cultura orçamentária em nosso país, em razão do pouco caso que fazemos a este instituto jurídico, a este instrumento maior de Governo, a este que pode ser transformado em um instrumento a garantir a efetividade da democracia nas ações dos gestores dos bens públicos.

⁶³“Todos os grupos sociais dependem de ação governamental, seja para a garantia da segurança pública e de serviços urbanos básicos, seja para o fornecimento de prestações materiais relacionadas à própria subsistência.”(Eduardo Mendonça. Da Faculdade de Gastar ao Dever de Agir: O Esvaziamento Contramajoritário das Políticas Públicas)

⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Orçamento, democracia e maturidade institucional**. O Globo online, Blog do Noblat, 02 jan. 2007.

Veja-se que BARROSO em poucas linhas, analisa o orçamento através das escolhas que nele são realizadas quanto as despesas, e não as receitas.

Um olhar para os gastos públicos não é algo tão inovador, inclusive autores que defendem o orçamento como lei formal, ressaltam a importância das despesas públicas, como Ricardo Lobos Torresm, Regis Fernandes de Oliveira e Estevão Horvath, porém com o receio de vincular o orçamento a pretensões individuais, até mesmo sob argumento de que tal discussão é irrelevante em face da importância e concepções atuais do *budget*, não dão ao orçamento o caráter de lei.

Não se olvida os problemas advindos do engessamento das ações do gestor público, mas não se pode, por este argumento, afastar a natureza de lei atribuída ao orçamento, perfeitamente reconhecível nas normas constitucionais.

Ainda, em que pese se possa aduzir que a determinação da natureza jurídica do orçamento deve limitar-se ao campo das Ciências Jurídicas, até porque tem como fim analisar o que é o orçamento para o Direito, responde-se que já não há como dissociar o que seria eminentemente jurídico, que não pode ser conectado à política e ao seu respectivo meio social, a não ser com o fito de construir dogmas jurídicos com validade *per si*, de extrema erudição e formalismo, mas ausentes de interesse pela realidade.

Nesta viés, Luís Roberto Barroso discorrendo acerca da '*evolução*' do modo como as Ciências Jurídicas são compreendidas e praticadas no mundo, aponta como marco filosófico desta nova era o pós-positivismo, como um terceira via, entre o jusnaturalismo e o positivismo, a qual inspira-se na teoria da justiça e na legitimação da democracia e, sem desprezar o direito posto, mas, buscando ir além da legalidade estrita, assume a influência mútua e a ausência de total segmentação do Direito da moral e da política, construindo uma nova forma de hermenêutica ao inserir valores na interpretação jurídica.⁶⁵

Os autores, ao negarem o caráter de lei do *pressuposto*, acabam por reconhecer que a lei orçamentária é mero instrumento contábil. Entendemos que de nada adianta reconhecer a importância do orçamento público como instrumento hábil a racionalizar a atuação do Estado, se não é defendida a garantia da sua execução.

⁶⁵ BARROSO, Luis Roberto. A reconstrução democrática do direito público no Brasil – Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

Ademais, o fundamento, por exemplo, encartado por Ricardo Lobos Torres para afirmar que o orçamento é lei formal, é o de que se admitindo a sua materialidade, estar-se-ia criando direitos subjetivos para terceiros, não sendo este portanto um argumento hermenêutico, mas sim prático, visando afastar possível judicialização das escolhas contidas na peça orçamentária. Contudo, as opções lá impressas não são passíveis ingerência do Poder Judiciário porque o orçamento é lei formal, mas sim porque essas são escolhas políticas. Não obstante, o *presupuesto* pode conter disposições que são reguladas constitucionalmente ou por meio de legislação esparsa, sendo que a eventual afronta a estas normas anteriores deve ser afastada pelo função judicial.

Quanto a essas questões previamente reguladas no Ordenamento, o orçamento tem uma função concretizadora, a positivação anterior obriga a Administração a agir conforme o previsto, a realizar a lei orçamentária pelas balizas expressas na lei, logo não se tratam de mera escolha política, ou melhor, de tão somente uma escolha política, essas matérias não estão a disposição do Executivo, e mesmo as opções políticas ainda sim devem ser balizadas sob o princípio da legalidade.

E nesse ponto, quando se admite ser o orçamento peça contábil, cuja forma de lei serve apenas para cumprir a determinação constitucional, impassível de controle judicial, admite-se que o Executivo pode agir contra o ordenamento jurídico apoiado no princípio da legalidade, já que esta foi cumprida, ao menos formalmente. Assim, o compromisso do Governo é formal. Aqui se aplica o mesmo raciocínio realizado por CAMPOS ao analisar a teoria de LABAND, o raciocínio realizado pela doutrina culminam na exoneração do governo da responsabilidade quando da realização das despesas.

Ainda, como aponta Eduardo Mendonça, em que pese na Alemanha a teoria de que o orçamento é lei formal vigore até os dias atuais, o sistema germânico pauta-se na 'premissa intuitiva' de que a lei orçamentária será cumprida, pois embora o *budget* seja indicativo, não se admite que o gabinete possa modificar a decisão anteriormente tomada, bem como possa revisar cada decisão quando da liberação de recursos para a realização de um dispêndio.⁶⁶

⁶⁶MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de . **Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas pública**. RDE. Revista de Direito do Estado, v. 9, p. 315-316.

Logo, no contexto alemão, a natureza jurídica do orçamento público com mera lei formal não traz maiores conseqüências para a execução deste, contudo na nossa realidade ela referenda a atitude que se vem adotando na gestão dos recursos públicos, qual seja a de '*contingenciamento abrangente das previsões orçamentárias*'⁶⁷ a simples e injustificada não liberação de verbas orçadas, deixando-se de realizar despesas previstas, sem a necessidade de maiores explicações por parte do Executivo.

Portanto, considerando que o orçamento hoje representa verdadeiro espaço para a concretização de políticas públicas, de importância inegável tanto para uma boa gestão dos recursos públicos quanto para atingir os fins determinados pela Constituição e pelo meio social, é necessário construir meios para que se possa exercer um efetivo controle na execução da lei orçamentária, vinculando sim o Estado ao *budget* e exigindo-se *a priori* a sua realização. Contudo, conforme o aduzido, para tanto, precisa-se, inicialmente revisar a teoria acerca da natureza jurídica da lei orçamentária, visto que esta hoje, fatalmente, acabar por tratar o orçamento como mero instrumento contábil, como peça de teor meramente formal.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 286.

4. A ANÁLISE DA NATUREZA JURÍDICA DO ORÇAMENTO PÚBLICO A PARTIR DAS DESPESAS.

4.1. O orçamento fixa despesas

Considerando a necessária mudança acerca da concepção jurídica do orçamento público, com vistas a dar mais efetividade a peça orçamentária, passa-se a analisar o papel das despesas públicas para esta nova forma de conceber o orçamento.

Inicialmente, insta considerar que, atualmente, para a grande maioria da doutrina do Direito Financeiro as despesas públicas para o orçamento são indicativas, pois neste ponto a lei orçamentária tão somente autoriza o Estado a gastar.⁶⁸

Não obstante, é preciso questionar se realmente a Constituição determina que orçamento apenas autoriza as despesas. Assim, entendemos que da análise dos comandos constitucionais é possível se chegar a conclusão diversa da apontada pela Doutrina, ou seja, a de que as dotações previstas na Carta obrigam a sua realização. Explica-se.

Primeiramente, observando o texto do §8 do art. 165 da CR/88⁶⁹, verificamos que a lei orçamentária anual realiza a fixação das despesas, conforme OLIVEIRA E HORVATH, o verbo fixar denota uma significação mais 'estável' do que a expressão "previsão", sendo mais do que 'lançar previamente no rol de gastos', portanto

⁶⁸Aceita-se como fato da vida que o orçamento no Brasil é autorizativo, do que decorre a conclusão de que as previsões de gastos não são obrigatórias apenas por terem sido nele previstas. A justificativa para a adoção desse sistema seria a necessidade de conferir ao Poder Executivo flexibilidade na execução orçamentária, evitando que dotações pudessem vir a ser exigidas judicialmente. As explicações costumam parar por aqui, mas é preciso ir além. Por que se aceita com corriqueiro que o Executivo tenha flexibilidade para não executar o orçamento, a ponto de se julgar uma vantagem que ninguém possa compeli-lo a tanto? [...](*Ibid.* 282)

⁶⁹Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

[...]

III - os orçamentos anuais.

[...]

§ 8º - A lei orçamentária anual não conterá dispositivo estranho à previsão da receita e à **fixação** da despesa, não se incluindo na proibição a autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita, nos termos da lei.(Constituição)

conclui-se que as despesas públicas não estão previstas no orçamento e sim fixadas.⁷⁰

Ainda, MENDONÇA aponta que não há autorização na Constituição para que o Poder Executivo altere ao seu gosto a lei orçamentária, bem como obriga que todos os gastos realizados devam estar dispostos no orçamento. Assim, segundo o autor pode-se concluir que *“um orçamento autorizativo não permite que a Administração empregue recursos por decisão autônoma”*⁷¹.

Em consonância com estes argumentos, pode-se aduzir que, em razão do orçamento anual ser de iniciativa do Executivo, este tem como opção, salvo as dotações determinadas em lei, escolher como vai gastar, sendo que após a aprovação da lei orçamentária queda-se contraditório a Administração, arbitrariamente, revisar a decisão anteriormente tomada⁷². Essa é a posição de OLIVEIRA, HORVAT, INGROSSO, para os primeiros, o momento do exercício da discricionariedade é o da escolha de como será gasto, uma vez aprovado o orçamento, esta escolha deverá vincular o Estado.

Contudo, como observa MENDONÇA, a ausência de vinculação do Executivo à lei orçamentária, no Brasil, significa o poder de não gastar, de simplesmente ignorar uma dotação fixada, o que culmina na prerrogativa ao Presidente de simplesmente modelar o orçamento conforme as suas prioridades, inclusive utilizando-se de uma política clientelista.

Em um Estado que está longe de prover todos os serviços públicos necessários ao cumprimento da nossa Constituição, e até mesmo muito distante de oferecer para considerável parte da população uma existência digna, não se pode imaginar que despesas públicas, sempre seriam desnecessárias, ou melhor, que

⁷⁰ OLIVEIRA, Regis Fernandes de e Estevão Horvath. **Manual de Direito Financeiro**. 6.^a ed.rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 111.

⁷¹MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de . **Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas pública**. ...,p.282.

⁷²Neste sentido são os seguintes apontamentos realizados por OLIVEIRA e HORVATH: “A disponibilidade dos meios não é absoluta, nem é exclusivamente discricionária. É livre o agente para estabelecer suas prioridades, mas aí a ressalva, se há serviços a atender, se há débitos absolutamente reconhecidos e indubitáveis, se há, como disse Ingrosso o nome do credor, a data do pagamento e o montante a pagar, não há como se subtrair ao comando normativo. Há a vinculação ao pagamento. Atenção: a discricionariedade opera-se no momento intelectual da escolha das atividades que irão desenvolver. A vinculação, conhecidos devedor, data do pagamento e montante a pagar, torna-se irreversível.”(OLIVEIRA, Regis Fernandes; HORVATH Estevão. **Manual de direito financeiro**. 6. ed.rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.P. 110)

esta atitude de não gastar não constitui uma afronta a direitos fundamentais e à responsabilidade do Estado com os objetivos da República.

Assim, a idéia do orçamento autorizativo tem criado uma inconstitucionalidade patente, pois este não é executado ou o é de maneira deficitária sem que haja uma devida programação da liberação de verbas para o custeio das ações planejadas. Segundo MENDONÇA, a atitude de não gastar acaba por afrontar a Constituição, em razão de que esta determina um processo deliberativo complexo para que sejam definidas as prioridades de investimento, através do orçamento, que acaba por ser esvaziada, já que as escolhas legalmente previstas não serão observadas.⁷³

Desta forma, sobrevém a necessidade de estabelecer a natureza jurídica do orçamento a partir de um olhar sobre a necessidade de vinculação do Executivo às despesas, já que a teoria hoje adotada pela doutrina majoritária acaba por convalidar a inexecução do orçamento público. Ainda, conforme o aduzido no capítulo anterior, as teses clássicas acerca da natureza da lei anual partem da referência das receitas, inclusive as críticas realizadas por Francisco Campos à teoria de LABAND, em que pese ressaltem também a importância dos dispêndios do Estado, tem como base o princípio da anualidade para dizer que o orçamento é lei, no sentido oposto ao da lei formal.

Aqui se adota a função do orçamento apontada na doutrina espanhola, já aduzida no presente trabalho, de que a lei orçamentária tem como finalidade dar cumprimento ao princípio da reserva legal em matéria de gastos públicos, evidenciando a necessária atenção do Legislativo na Execução do *presupuesto*.

A função do Legislativo na instituição e execução do orçamento é um ponto nodal para que a lei orçamentária seja realizada. Contudo, no Brasil, esse Poder parece desinteressado neste “assunto”, ressalta-se que esta não é uma opinião, mas uma constatação realizada pelo Banco Mundial, na Avaliação dos Sistemas de Administração e Controle Financeiros no Brasil realizada, em meados de 2000/2002. Nestas palavras a instituição internacional descreve a relação do Legislativo brasileiro com o orçamento: “*Embora o Congresso tenha envolvimento significativo*

⁷³MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de . **Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas**. ...,p.285.

*na elaboração do orçamento, parece um tanto desinteressado em acompanhar as questões relativas à execução orçamentária”.*⁷⁴

Assim, tem-se o ambiente perfeito para uma verdadeira anarquia da orçamentação, de um lado o Poder Executivo que pensa ter a faculdade de executar ou não o orçamento ao seu gosto, e do outro o Poder Legislativo, que, em relação à lei anual, tem a função primordial de controlar a execução orçamentária, porém não tem interesse em desempenhar o seu dever. Ainda, pode ser somado a este quadro, como plano de fundo, um país em que as mazelas sociais fazem-se presentes de maneira imponente, reclamando a presença do Estado, para que faça cumprir, ao menos, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Longe de fundamentarmos o presente trabalho no que poderia ser chamado de discurso panfletário, cabe anotar que: a) a Constituição, no art. 165, refere-se ao orçamento como lei, prevê a sua instituição por meio do processo legislativo; b) a Lei Maior determina ao Poder Legislativo, no art. 48⁷⁵, os deveres de julgar as contas do Presidente da República, bem como o de fiscalizar e controlar diretamente os atos do Poder Executivo e; c) A Carta Magna pátria prevê, em seu art. 85⁷⁶, o crime de responsabilidade do Presidente da República em face de atos que atentem contra a lei orçamentária; é razoável pensar que no sistema constitucional vigente o orçamento deve ser Executado⁷⁷ pela Administração e fiscalizado pelo Legislativo, com o fito de realizá-lo na medida do possível.

Neste sentido, afirma-se que é inconstitucional o trato arbitrário com o orçamento, surgindo a necessidade de um levante da doutrina, que há muito

⁷⁴Banco Mundial (2002). Relatório sobre a Avaliação do Sistema de Administração e Controle Financeiros do Brasil. Brasília: mimeo.p.10.

⁷⁵Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

[...]

IX - julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo;

X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta;(Constituição)

⁷⁶Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

[...]

VI - a lei orçamentária;”(Constituição)

⁷⁷ OLIVEIRA anota que para Hely Lopes Meireles a “*execução do orçamento é de ser feita com fiel atendimento do que ele dispõe, quer quanto à arrecadação, quer quanto às despesas. Executar é cumprir o determinado*”.(OLIVEIRA, Regis Fernandes: HORVATH Estevão. **Manual de direito financeiro**. 6. ed.rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.p.110)

convalida tal situação, no sentido contrário: o de demonstrar que existe sim vinculação do Poder Executivo em realizar as despesas previstas no orçamento.

Não obstante, mais do que lançar um novo brado na doutrina, é preciso, também, ter em conta as vicissitudes presentes no processo de execução orçamentária e a multidisciplinariedade da orçamento que, ao mesmo tempo, é instrumento jurídico, contábil, e um plano econômico. Esta última faceta não pode ser ignorada, pois deve ser um dos elementos informadores as escolhas no trato do orçamento.

Ainda, a partir desse último elemento do *budget*, surge o problema de um orçamento puramente impositivo, que não permita qualquer abertura na execução do orçamento, o qual não deve ser ignorado, pois a Administração além de realizar a lei orçamentária tem o dever de promover o fomento econômico, expresso no objetivo de garantir o desenvolvimento nacional. Assim, a partir de situações concretas pode-se considerar que serão necessárias alterações no orçamento durante o exercício financeiro com vistas cumprir este objetivo. É o que FRANCO chama de “processo de adequação progressiva às situações concretas”, conforme já mencionado no presente trabalho.

4.2. O problema do orçamento puramente impositivo e a solução de Eduardo Mendonça: a vinculação *prima facie* e a Motivação

Cumpra anotar que, segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a visão pós-moderna do encaminhamento da política por parte do Estado deve estar associada “a efetiva *prossecução de resultados econômicos*”⁷⁸, em face das sociedades atuais que necessitam da aplicação de amplos recursos com o fito de atender às demandas sociais. Disso decorre a responsabilidade política do Governo em planejar e executar uma política econômica em harmonia com o mercado e com vistas ao desenvolvimento nacional.⁷⁹

⁷⁸MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade: finalidade: eficiência: resultados**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.p.128.

⁷⁹*Idem*.

Por isso, diante de uma situação concreta, a opção de não gastar pode ser vital, e portanto não pode ser desconsiderada, criando-se uma nova ideia irreal de que o orçamento será cumprido sendo puramente impositivo.

Nessa esteira, MEDONÇA defende a necessidade de motivação para os atos da Administração que alterarem as disposições do orçamento, ou seja, mais do que simplesmente ignorar o comando orçamentário, o Administrador deverá dizer o porquê do seu ato.

Para o autor, o dever de motivar serve para que o Administrador demonstre que a sua conduta está em consonância com a realidade fática e está inserida no espaço de liberdade deixado pela ordem jurídica, alimentando a crítica política e social, além de imprimir as reais prioridades do Governo, e conseqüentemente realizando o princípio da publicidade, ou melhor, da transparência dos atos administrativos.⁸⁰

Desta forma, ao nosso ver, a teoria de MENDONÇA é a que melhor se ajusta a nossa realidade, e a que deveria ser adotada em nosso país, em vista de que os efeitos dela decorrentes conformariam o processo orçamentário às disposições constitucionais.

Tendo em vista a posição adotada, passa-se a discorrer sobre os efeitos mencionados.

⁸⁰MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de . Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas pública.. RDE. Revista de Direito do Estado, v. 9, p. 279-326, 2008.p. 316.

5.EFEITOS DA CONCEPÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA DO ORÇAMENTO COMO LEI E A VINCULAÇÃO DO PODER EXECUTIVO À LEI ORÇAMENTÁRIA: A NECESSIDADE DE MOTIVAR.

5.1. O princípio da separação de Poderes.

A organização do Estado através de critérios funcionais corresponde à “separação de Poderes”, a qual estabelece três funções estatais, quais sejam, a administrativa, a legislativa e a de jurisdição, que devem ser atribuídas a órgãos dotados de autonomia e que as exerçam com exclusividade.⁸¹

Esta idéia inicialmente foi concebida por Aristóteles, após esmiuçada por John Locke, porém, consagrada na obra “*O espírito das leis*” de Montesquieu, o qual transformou a separação de Poderes em princípio fundamental do Estado liberal, tornando-se dogma indispensável à garantia dos Direitos do Homem, consagrado no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.⁸²

A concepção clássica de Montesquieu está intimamente ligada a filosofia liberal, e tem como norte a proteção da liberdade individual contra as arbitrariedades de um governo onipotente.⁸³

Atualmente, tal princípio não tem mais uma conotação rígida, como a concepção clássica. Conforme leciona José Afonso da Silva, hodiernamente prefere-se falar em *independência e harmonia dos poderes*, para o sistema presidencialista, e *colaboração dos poderes*, em relação ao parlamentarismo.⁸⁴

A Constituição de 1988 consagra o princípio da separação dos poderes em seu art. 2º, *in verbis*: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”. A independência entre os Poderes é realizada por meio das prerrogativas, imunidades e garantias dos agentes políticos

⁸¹MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008. pág 402

⁸² *Idem*.

⁸³ *Ibidem*, 406.

⁸⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26 ed.rev. atual.São Paulo: Malheiros, 2006.p. 109.

de cada Poder, como a de nomear seus próprios agentes, sem que haja a dependência de outro para tanto, por exemplo.⁸⁵

Por sua vez, a harmonia entre os poderes é configurada, como anota SILVA, pelas *“normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito”*.⁸⁶

Ainda, leciona o autor que na divisão de funções entre os órgãos de poder a independência não é absoluta, em vista de que são permitidas ingerências que visem o estabelecimento do sistema de freios e contrapesos. Assim, tem-se que ainda que ao Legislativo seja atribuída a função de legislar, ao Presidente da República é deferido o poder de sanção e veto aos projetos do Congresso Nacional, bem como o Congresso pode rejeitar e modificar, via emenda, os projetos de iniciativa do Executivo.

Em relação à lei anual, como o já referido neste trabalho, atribuir ao orçamento a natureza de lei resgata e denota as funções do Legislativo no processo orçamentário, principalmente no que diz respeito ao acompanhamento e controle da execução da lei orçamentária.

Quando se admite a possibilidade de alterações na lei orçamentária diante da realidade concreta, há a observância do princípio da separação dos Poderes, pois se reconhece a competência e o dever do Executivo de concretizar o orçamento de acordo com a realidade, respeitando a sua independência.

Não obstante, ao se vislumbrar um caráter meramente autorizativo na lei anual, admite-se que as modificações ao orçamento podem ser realizadas ao arbítrio da Administração. Já, quando se reconhece o caráter de lei do orçamento, e no sistema apresentado por MENDONÇA, para não tornar a lei orçamentária demasiadamente rígida, permite-se que se realizem modificações, contudo sendo exigido que as decisões em relação à execução do orçamento sejam fundamentadas, permite-se um maior controle por parte do Legislativo, privilegiando-se desta forma as funções de ambos os Poderes, prevalecendo a harmonia entre eles, e não a sobreposição de um ao outro.

Isso pois, caso se admita que ao Executivo é permitido modificar o orçamento sem qualquer justificativa ou possibilidade de controle das suas decisões,

⁸⁵ *Ibidem*, p. 110.

⁸⁶ *Idem*.

o trâmite do projeto de lei orçamentária no Congresso nacional está sendo ignorado, a função dos Legislativo quanto ao orçamento está sendo negligenciada, sobrepondo aquele poder a este.

Ademais, usando da proposta apresentada por MENDONÇA, o Legislativo definirá as balizas da concretização orçamentária, limitando o campo da discricionariedade na execução do orçamento, esta última que não pode ser abandonada por completo, por meio de um orçamento puramente impositivo, em razão das superveniências que poderão demandar uma atitude do Administrador contrária ao anteriormente previsto, mas que não deixará de ser legítima.

Como leciona MENDONÇA, o engessamento *prima facie* ocorrerá nos limites impostos pela lei anual, não sendo isso novidade, vez que não há maiores discussões sobre a limitação da discricionariedade, até porque a Administração tem o dever de agir nos exatos ditames da lei.⁸⁷ Ainda, sob esta perspectiva, se constata o poder e o dever do legislador de zelar pela efetividade de suas próprias decisões em relação às dotações orçamentárias.

Por fim, sob a concepção adotada tem-se o resgate da necessária legalidade quanto aos gastos públicos e o salutar controle da Fazenda Pública por parte do Poder Legislativo, como representante da sociedade.

5. 2. O respeito à dignidade constitucional do orçamento.

Observando a Constituição, temos que no §8 do art. 165 da CR/88⁸⁸ é determinado que a lei orçamentária anual fixa as despesas nela previstas, o que significa que não apenas autoriza o Executivo quanto a estas. Ainda, no texto constitucional, especificamente no art. 165 da CR/88, inclusive no §6º que contém a expressão *projeto de lei orçamentária*, não há diferença entre o orçamento e a lei

⁸⁷*Op. cit.*, P. 312.

⁸⁸Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

§ 8º - A lei orçamentária anual não conterá dispositivo estranho à previsão da receita e à **fixação** da despesa, não se incluindo na proibição a autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita, nos termos da lei.(Constituição)

que o aprova, do que se pode concluir que o orçamento na óptica constitucional é verdadeiro diploma legal, cujo projeto é de iniciativa do Poder Executivo.

Assim, considerando estas disposições constitucionais acerca do orçamento, pode-se concluir que a intenção na Carta é a de que a lei orçamentária seja efetivada. Logo, aceitar o orçamento como lei e reconhecer a vinculação da Administração ao contido nele é respeitar a intenção da Constituição da República.

5.2.1. A valorização da democracia no processo orçamentário: a real transparência da execução orçamentária.

No tocante ao dever da Administração de motivar os seus atos, não há expressamente tal determinação na Constituição. Contudo, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello que um dos princípios componentes do regime jurídico-administrativo é o princípio da motivação, o qual tem como fundamento o inciso II e o parágrafo único do art. 1º e o art. 5º, XXXV da CR/88.

Isso porque, nesses dispositivos está determinado que todo o poder emana do povo e que é fundamento da República a cidadania, bem como é assegurado o direito à apreciação judicial de qualquer ameaça ou lesão de direito, assim, conclui o autor que a partir destes comandos, é direito dos cidadãos ter esclarecido o “porquê” das ações do Estado e, também, este princípio configura-se no direito individual do cidadão de não se sujeitar a decisões arbitrárias. Ainda, MELLO cita Ramón Real, o qual afirma que “o *dever de motivar é exigência de uma administração democrática*”.⁸⁹

Portanto, considerando a motivação como um princípio inerente à Administração pública, bem como tendo em mente que este, conforme leciona MENDONÇA, deve ser observado quando da execução do orçamento, tem-se que um dos aspectos resultantes do dever de motivar os atos que alterem a lei orçamentária é a maior transparência na gestão pública.

Isso porque, atualmente, da forma que se tem realizado o controle da execução orçamentária, não se vislumbra um interesse social e nem do próprio

⁸⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 16 ed.rev.atual. São Paulo: Malheiros, 2003.p.102-103.

Poder Legislativo, pois tal fiscalização é realizada por meio dos relatórios emanados do Tribunal de Contas,⁹⁰ que consistem em avaliações técnicas da realização do orçamento. Longe de criticar a atuação destes Tribunais, que inclusive são os órgãos tecnicamente competentes para tanto, a inclusão nessas avaliações de glosas contendo a motivação dos atos da Administração em relação ao orçamento poderia despertar o interesse político e social acerca da execução orçamentária.

A justificativa do Poder Executivo no trato com o orçamento poderá ser melhor assimilada pela população, uma vez que a Administração estará demonstrando quais são as suas prioridades e o porquê destas escolhas. Permitindo-se assim, uma maior participação popular no processo de execução do orçamento, pois os relatórios sobre a sua execução serão mais claros e possibilitarão que qualquer cidadão seja esclarecido das reais intenções do Administrador na gestão das receitas públicas.

5.2.2 O controle do orçamento público pela sua legitimidade.

Segundo leciona MOREIRA JÚNIOR, no contexto de um Estado Democrático de Direito acrescenta-se aos seus princípios basilares a legitimidade, que exige que atuação do Estado esteja pautada na *vontade democraticamente captada*.⁹¹

O autor leciona que, na perspectiva pós-moderna da ordem jurídica, já não se pode conceber a legitimidade formal, ligada a legalidade pura, e baseada no mito da supremacia do interesse público, pois com esta nova ordem resgata-se os valores na realização do Direito.⁹²

Assim, a legitimidade também estará ligada aos princípios fundamentais do ordenamento, bem como aos anseios sociais.

⁹⁰Esta foi a conclusão a qual chegou o Banco Mundial : “Os relatórios do TCU parecem atrair um interesse limitado, tanto do Congresso quanto do público.”(Banco Mundial (2002). Relatório sobre a Avaliação do Sistema de Administração e Controle Financeiros do Brasil. Brasília: mimeo.p.9.

⁹¹MOREIRA NETO, Diego de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007. p. 362.

⁹²MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade: finalidade: eficiência: resultados**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.p. 41-42.

Portanto, quando da motivação dos atos que destonarem do orçamento público poder-se-á analisar a atuação da Administração sob a concepção da legitimidade, uma vez que será possível aferir se Administrador agiu de maneira condizente com os anseios sociais e com os objetivos da República. Já que será permitido que o legislador revise uma decisão anteriormente tomada e legitimidade pelo processo legislativo, nada mais natural que exigir a legitimidade da não observação das disposições orçamentárias.

Desta forma, teremos um orçamento conforme o determinado pela Constituição e em respeito à democracia.

7. CONCLUSÃO FINAL

Tendo em mente que a Constituição apresenta comandos que denotam a idéia de estabilidade em relação ao orçamento, bem como a noção da necessidade de sua concretização, por exemplo, dispondo que este fixe despesas, determinando que aqueles que afrontarem às disposições orçamentárias serão responsabilizados, e, também, pela Carta Magna tratar o orçamento como lei indistintamente da que o aprova, deixando claro que após o processo legislativo este se torna diploma normativo, resta concluir que segundo o nosso ordenamento o orçamento é lei!

Essa posição, a nosso ver, é a que melhor se encaixa ao desenho constitucional do orçamento em nosso país, valorizando: a democracia no processo orçamentário; a Separação dos Poderes e a suas respectivas funções; o princípio da sinceridade do orçamento e; a transparência da gestão dos recursos públicos.

Muito além da retórica, faz-se necessário, no Brasil, um maior respeito à eficácia normativa do orçamento, por ser este instrumento de extrema relevância para a eficiência da Administração no trato com os serviços públicos e com as suas obrigações. Contudo, não se pode perder de vista as várias faces do orçamento e os problemas advindos de uma vinculação impositiva, sem aberturas. Por isso, a solução apresentada por MENDONÇA, que é a de exigir a motivação do ato que divergir do disposto na lei orçamentária para efetivo controle da atuação da Administração, parece-nos a melhor saída para a anarquia orçamentária que se vencia em nosso País.

REFERÊNCIAS

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 2ª. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução a Ciência das Finanças**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

BANCO MUNDIAL (2002). **Relatório sobre a Avaliação do Sistema de Administração e Controle Financeiros do Brasil**. Brasília: mimeo.

BARROSO, Luís Roberto. **A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____, Luís Roberto. **Orçamento, democracia e maturidade institucional**. O Globo online, Blog do Noblat, 02 jan. 2007.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito tributário**. 5 de. Atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

BRASIL. **Lei n. 10.640, de 14 de janeiro de 2003. Estima a receita e fixa a despesa da União para o exercício de 2003**. Disponível a partir de: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.640.thm>. Acesso em : 20/09/2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível a partir de: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > Acesso em: 20/10/2009.

CAMPOS, Francisco. **Orçamento – Natureza Jurídica – Anualidade – Discriminação de Rendas – Imposto de Industrias e Profissões – Movimento Econômico – Imposto sobre vendas e consignações**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 71, p. 324-344, jan./mar. 1963.

_____, Francisco. **Orçamento – Natureza Jurídica – Lei Material e Lei Formal – Exposição e Crítica da Doutrina de Laband – Direito Comparado – Elevação do Imposto de Vendas e Consignações em São Paulo**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 14, p. 447-467 out./dez. 1948.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.p.780

CHIESORIN JÚNIOR, Laerzio. **A discricionariedade na execução orçamentária**. 2001. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2001.p.66.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 35.

ESPANHA. **Constitución Española**. Disponível a partir de: < <http://www.la->

moncloa.es/NR/rdonlyres/79FF2885-8DFA-4348-8450_4610A9267F0/0/constitucion.ES.pdf>. Acesso em: 20/09/2009.

ESPAÑA. **Ley 11/1977, general presupuestaria**. Boletín Oficial del Estado número 7 de 8/1/1977.

FRANCO, António L. De Souza. **Finanças Públicas e Direito Financeiro**. Coimbra: Almedina, 1986.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

HESPAÑA, Antônio Manuel. **Cultura Jurídica Européia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005

JACINTHO, Jussara Maria Moreno. **A Participação Popular e o Processo Orçamentário**. Leme: LED - Editora de Direito, 2000.

MATA MACHADO, Edgar de Godói Da. **Elementos de teoria geral do direito: para os cursos de introdução ao estudo de direito**. 4ª Ed. Rev. - Belo Horizonte : Editora UFMG, 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 16 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p.102.

MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. **Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas pública**. RDE. Revista de Direito do Estado, v. 9, p. 279-326, 2008.

_____, Eduardo Bastos Furtado de. **Alguns pressupostos para um orçamento público conforme a Constituição**. RDE. Revista de Direito do Estado, v. 7, p. 289-312, 2007.

MINGHELLI, Marcelo. **Estado e Orçamento: uma cartografia jurídico-política para a consolidação de um orçamento democrático**. 2009. Dissertação (Doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. p.102.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MOREIRA NETO, Diego de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007. p. 362.

_____, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade: finalidade: eficiência: resultado**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito Económico**. 2ª ed. rev e atual. Coimbra: Coimbra, 1988

NASCIMENTO, Carlos Valder. **Finanças Públicas e Sistema Constitucional Orçamentário: apresentação de Bernardo Ribeiro de Moraes**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

Oliveira, Régis Fernandes de. **Manual de Direito Financeiro**. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1990.

_____, Régis Fernandes: HORVATH Estevão. **Manual de direito financeiro**. 6. ed.rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PORTUGUAL. **Constituição Portuguesa..** Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx#art105>>. Acessado em: 10/09/2009

PORTUGUAL. Lei n.º 91 de 20 de Agosto de 2001, Lei de Enquadramento orçamental. Disponível a partir de: < http://www.dgo.pt/legis/EnquadramentoOrçamental/Lei_enquad_orcamento.html>. Acessado em: 10/09/2009.

QUERALT, Juan Martín; Carmelo Lozano Serrano; Gabriel Casado Ollero e; José Manuel Tejerizo López. **Curso de Derecho Financeiro y Tributario**. 7ed.Madri: Tecnos,1996.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 1a ed. São Paulo: Malheiros. São Paulo.2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26 ed.rev. atual.São Paulo: Malheiros, 2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal do Pleno. **ADIn n. 2.925/DF**. Relatora Ministra Ellen Gracie. Decisão por maioria. Brasília, 19.12.03. DJ de 4.3.2004, p. 112. Disponível a partir de: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=2925&calssse=ADI>>. Acesso em: 20/09/2009.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 15ªed.Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____, Ricardo Lobo. **O orçamento na Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.