

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

BERNARDO REGIS BORGES

**O CONTROLE JUDICIAL SOBRE A EXECUÇÃO DO ORÇAMENTO PÚBLICO:
PRESSUPOSTOS E LIMITES PARA A INTERVENÇÃO JUDICIAL NAS
ESCOLHAS ORÇAMENTÁRIAS**

**CURITIBA
2014**

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO

**O CONTROLE JUDICIAL SOBRE A EXECUÇÃO DO ORÇAMENTO PÚBLICO:
PRESSUPOSTOS E LIMITES PARA A INTERVENÇÃO JUDICIAL NAS
ESCOLHAS ORÇAMENTÁRIAS**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel do Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Professor Rodrigo Luís Kanayama.

CURITIBA
2014

TERMO DE APROVAÇÃO

O CONTROLE JUDICIAL SOBRE A EXECUÇÃO DO ORÇAMENTO PÚBLICO: PRESSUPOSTOS E LIMITES PARA A INTERVENÇÃO JUDICIAL NAS ESCOLHAS ORÇAMENTÁRIAS

BERNARDO REGIS BORGES

Monografia apresentada no Curso de Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel.

Professor Orientador: _____
Prof. Dr. Rodrigo Luís Kanayama

Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira

Prof. Dr. Alexandre Ditzel Faraco

CURITIBA 2014

Dedico não só o presente trabalho, como todas as conquistas de minha vida, aos meus pais, Camilo Borges Neto e Darlene Regis da Silva, e ao meu irmão Conrado Regis Borges.

AGRADECIMENTOS

É chegada a hora de agradecer às pessoas que, de alguma forma, contribuíram, não só para a realização desse trabalho, mas para a minha formação enquanto pessoa. É chegada a hora de dizer obrigado a todos que me acompanharam na árdua caminhada da vida, muitas vezes abrindo as veredas para que pudesse trilhar meu caminho, outras, simplesmente dividindo o pesado fardo que me era atribuído. Agradecer é compartilhar as nossas conquistas com aquelas pessoas imprescindíveis, sem as quais jamais teríamos êxito em nossos objetivos.

Agradeço ao meu pai, Camilo Borges Neto, pela irrepreensível busca pelo bem da sua família, pelas sábias lições dadas nas conversas mais casuais e diuturnas, pela disposição em atender a todas as necessidades que já pensei em ter e, sobretudo, por ser o melhor pai que Deus poderia ter me dado.

Agradeço igualmente à minha mãe, Darlene Regis da Silva, por ser o maior exemplo de perseverança e por ensinar ao mundo como multiplicar o tempo, desdobrando-se em uma ótima mãe, uma incansável batalhadora e, sobretudo, em uma grande amiga, com quem sempre pude contar em todos os momentos de minha vida.

Agradeço ao meu irmão, Conrado Regis Borges, que sempre foi e sempre será o meu melhor amigo, meu maior exemplo e meu grande orgulho. Não consigo imaginar presente maior do que poder conviver desde o dia em que nasci com uma pessoa tão fantástica como é o Con, a quem tenho a honra de chamar de irmão.

Agradeço aos bons amigos que a Faculdade de Direito me legou, dentre eles os membros do “Rocamba” e os colegas de sala que, durante os últimos 5 anos, compartilharam dos momentos mais felizes aos mais tensos.

Agradeço à “Brotherhood” pelas viagens, pelas risadas, pelas “CPI`s”, e por demonstrar que a vida sempre pode ser melhor, quando estamos acompanhados por bons amigos.

Agradeço ao PDU, por me ensinar a conviver e a crescer com as adversidades, e por mostrar que a união entre as pessoas sempre poderá levar a conquistas cada vez maiores.

Agradeço ao professor Rodrigo Luís Kanayama, por ter me apresentado à matéria “Direito Financeiro”, pela oportunidade da Monitoria e pela solicitude com

que sempre me atendeu quando precisei tirar dúvidas para a realização deste trabalho.

Agradeço também à Paula pela compreensão, pelo apoio e pela disposição para me ajudar em todos os momentos da elaboração do presente trabalho. Sem dúvida, foi a pessoa que mais sofreu com a minha falta de tempo, e que mais me deu suporte para que eu chegasse ao fim dessa jornada. Por isso, fica registrado meu sincero agradecimento pela sua incondicional disposição de estar ao meu lado.

Agradeço a Deus, por tudo.

Procura

Quem escutará a minha voz
Que das profundezas rompe véus?
Que clama em furor atroz
E ansiosa procura os céus?

Donde a paz, o amor, a cordura,
Para oferecer-me mão acolhedora?
Preciso encontrar a luz que estou a procura
E que cabe esta sina sofredora

- Olha a maravilhosa amplidão,
Não vês a Grande Luz, porventura?
Crê! E escuta a voz duma oração
E feliz final terá sua procura!

(Lúcio da Costa Borges)

RESUMO

No mundo contemporâneo foram atribuídos ao Estado e às demais pessoas jurídicas de direito público os mais diversos deveres, dentre eles a prestação de serviços públicos para satisfazer as necessidades gerais da população. Nesse cenário, faz-se imprescindível a atividade financeira empreendida pelo Estado para a consecução dos recursos suficientes à realização do grande rol de direitos contemplados pela Constituição Federal. Para tanto, a Lei Fundamental dispõe de um ostensivo plexo de normas que impõem um planejamento temporal e pormenorizado de todas as receitas e despesas implementadas pelo Estado: o orçamento. O plano orçamentário, todavia, não se restringe a prever receitas e autorizar despesas, tendo o fundamental papel de traduzir as escolhas políticas realizadas pelos representantes democraticamente eleitos. No entanto, tais escolhas muitas vezes se consubstanciam de maneira incongruente aos preceitos constitucionais, importando em descumprimento dos direitos fundamentais. Nesta senda, conquanto a implementação de políticas públicas não seja função precípua do Judiciário, a Lei Fundamental atribuiu a tal Poder a guarda da eficácia dos preceitos constitucionais. Com efeito, com a inauguração da nova ordem constitucional, o Poder Judiciário adquiriu papel cada vez mais incisivo na concretização dos direitos fundamentais, passando a se imiscuir nas atividades típicas dos Poderes Legislativo e Executivo. Contudo, a intervenção descomedida e desenfreada do Poder judiciário sobre a realização das políticas públicas e, por conseguinte, sobre a execução orçamentária é temerária, porquanto o aparato judicial não é voltado para tal fim. Nesse diapasão, o presente trabalho pretendeu analisar as dificuldades enfrentadas pelo Judiciário ao intervir na execução orçamentária, bem como os pressupostos que devem fundamentar tal atividade, à luz das normas constitucionais que regem a elaboração e execução do orçamento, bem como dos precedentes consolidados nos diversos Tribunais acerca do tema.

Palavras-chave: Controle Judicial. Intervenção Judicial. Escolhas Orçamentárias. Orçamento Público. Execução do Orçamento.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I – O ORÇAMENTO PÚBLICO	14
1.1. A Atividade Financeira do Estado	14
1.2. A Constituição Orçamentária	16
1.2.1. O Plano Plurianual.....	19
1.2.2. As Diretrizes Orçamentárias.....	21
1.2.3. Os Orçamentos Anuais.....	22
1.3. A Receita e a Despesa	23
1.3.1. As Receitas Públicas.....	24
1.3.2. As Despesas Públicas.....	25
CAPÍTULO II – A EXECUÇÃO DO ORÇAMENTO PÚBLICO	29
2.1. A Execução da Receita	32
2.2. A Execução da Despesa	36
2.3. Fiscalização e Controle exercidos sobre a Execução Orçamentária	39
2.3.1. O Controle Interno.....	41
2.3.2. O Controle Externo.....	43
2.3.3. O Controle Social.....	45
CAPÍTULO III – O CONTROLE JUDICIAL SOBRE A EXECUÇÃO DO ORÇAMENTO PÚBLICO	48
3.1. A Judicialização das questões políticas e orçamentárias	48
3.1.1. A atuação judicial e a intangibilidade dos custos emergentes das suas decisões.....	51
3.1.2. A atuação judicial no controle das políticas assecuratórias dos direitos sociais.....	55
3.1.3. Pressupostos para o controle judicial das políticas públicas: o mínimo existencial, a reserva do possível e a razoabilidade na elaboração das escolhas.....	60

3.2. O controle judicial das políticas públicas e os impactos gerados pela intervenção do judiciário na alocação de recursos.....	63
3.2.1. Entraves Técnicos.....	67
3.2.2. Entraves Jurídicos.....	70
3.3. O controle judicial das políticas públicas, as soluções apontadas para o impasse da alocação de recursos e a jurisprudência.....	72
3.3.1. Controle judicial quando há programação e disponibilidade de recursos.....	75
3.3.2. Controle judicial quando há programação, mas há indisponibilidade de recursos.....	77
3.3.3. Controle judicial quando não há programação orçamentária.....	82
CONCLUSÃO.....	86
REFERÊNCIAS.....	89

INTRODUÇÃO

No mundo contemporâneo, foram atribuídos ao Estado e às pessoas jurídicas de direito público os mais diversos deveres, dentre eles a prestação de serviços públicos para satisfazer as necessidades gerais da população. Nesse cenário, é imprescindível a existência de recursos aptos a suportar todas as obrigações conferidas ao Estado, haja vista que tanto a realização dos direitos, quanto a própria subsistência da máquina estatal, presumem gastos de grande magnitude.¹

Para tanto, foram desenvolvidos diversos mecanismos e normas voltados à regulação interna da atividade estatal no que se refere à gestão de seus recursos. Sem dúvida, um dos mais importantes mecanismos de regulação e projeção da atividade do Estado é a programação empreendida através das normas orçamentárias.

O orçamento tem exaustiva regulação, tanto na Lei Fundamental, quanto na legislação infraconstitucional, de maneira a nortear toda a previsão e execução de receitas e despesas durante determinado exercício financeiro. E não poderia ser diferente, tendo em conta a incisiva complexidade de tal tarefa, a qual permeia toda a atividade da Administração Pública.

Para além da previsão de receitas e despesas, atribuem-se outras funções ao plano orçamentário, dentre elas refletir o programa governamental desenvolvido pelos agentes eleitos pela população, garantindo o vislumbre das opções políticas e econômicas por eles realizadas no âmbito de seu mandato.²

Esse caráter político inerente ao orçamento público pode ser apreendido a partir do próprio plexo de normas que regem a sua elaboração e execução. Isso porque a Lei Orçamentária deve ser proposta pelo chefe do Poder Executivo e aprovada pelo Poder Legislativo, sendo indissociável de sua elaboração a escolha política feita pelos representantes eleitos.

De outro norte, o orçamento público resguarda íntima relação com os direitos fundamentais sociais, porquanto as prestações destinadas à realização desses

¹ De maneira muito acertada, assinalou Aliomar Baleeiro que o Estado “é o maior consumidor de riquezas e serviços do mundo”. (BALEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 4)

² HARADA, Kiyoshi. **Leis orçamentárias**. Revista Tributária e de Finanças Públicas, São Paulo, v. 112, p. 123-138, set./out. 2013. p. 125.

direito presumem o dispêndio de recursos, bem como a manutenção da integridade e defesa, da saúde e equilíbrio da atividade financeira do Estado.³

É justamente dessa relação tão próxima entre a atividade financeira do Estado e a realização dos direitos fundamentais sociais que decorre uma das maiores discussões no âmbito teórico e prático do direito brasileiro. Se a atividade estatal, sobretudo a atividade financeira, presume a realização dos direitos fundamentais, como agir nos casos em que as opções políticas empreendidas pelos governantes se consubstanciarem em descumprimento desses direitos?

Nesta seara, é estabelecido um visível conflito entre as regras e princípios que regem a elaboração do orçamento e as regras e princípios que garantem a realização dos direitos fundamentais. Por um lado, defende-se a autoridade da Lei Orçamentária enquanto elemento norteador de toda atividade estatal; por outro, imprescindível é a realização de direitos consolidados na ordem jurídica inaugurada pela Constituição Federal de 1988.

Com o intuito de resolver tal problemática, busca-se na doutrina e jurisprudência, a fixação dos elementos fundamentais do sistema constitucional brasileiro. Nesse sentido, Daniel Sarmento afirma o princípio da dignidade da pessoa humana "representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico".⁴ Dessa ilação se depreende que toda a atividade empreendida pelo estado deve estar voltada para proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Por essa razão, conquanto as normas orçamentárias concedam autoridade às escolhas políticas realizadas e traduzidas no orçamento, o Estado não pode se omitir à realização dos direitos fundamentais sociais, que se encontram sob a égide da dignidade da pessoa humana.

Caso haja omissão da Administração na realização de determinado direito arrolado como fundamental, o Poder Judiciário pode, e deve, intervir nas escolhas do governante para a realização de tal direito. Isso se dá em decorrência do disposto pelo artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, segundo o qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito.

³ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário, volume V: o orçamento na constituição**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 259.

⁴ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. 1ª edição – segunda tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 59-60.

No entanto, apesar da possibilidade do Poder Judiciário intervir nas escolhas políticas, bem como nas alocações orçamentárias destinadas a realização de determinadas políticas, observa-se no atual cenário jurídico brasileiro diversas decisões judiciais que exaurem a margem de atuação do magistrado, o que pode prejudicar de maneira conjuntural a atividade estatal.

Destarte, objetiva o presente trabalho investigar, à luz do plexo de normas que regem a elaboração e execução orçamentária, quais as margens viáveis de atuação do Poder Judiciário na fixação das políticas, quais os principais óbices à essa atuação, e quais os efeitos produzidos à execução orçamentária após tal intervenção.

A primeira parte buscará analisar no que consiste a atividade financeira do Estado, as normas constitucionais que regem a proposição do orçamento, bem como os principais elementos que dele fazem parte, quais sejam a receita e a despesa.

Superada a análise dos elementos norteadores da elaboração do orçamento público, a segunda parte tratará da execução do programa orçamentário, objetivando a análise do trâmite de execução da receita e da despesa, bem como das modalidades de controle interno, externo e social, exercidos sobre execução orçamentária.

Por derradeiro, a terceira parte terá como objetivo a análise da atuação interventiva do Poder Judiciário na realização das políticas públicas e quais os principais pressupostos de tal atuação. A partir de tais elementos, serão apresentados os óbices impostos à atividade do poder judiciário, bem ainda a solução para problemas alocativos eventualmente apresentados. Por fim, será procedida a análise de casos práticos, de acordo com a programação orçamentária e a disponibilidade de recursos financeiros.

CAPÍTULO I – O ORÇAMENTO PÚBLICO

1.1 – Atividade Financeira do Estado

Concerne ao Estado garantir o funcionamento dos serviços essenciais à sua população, cujo objetivo reside em satisfazer as necessidades públicas e promover o bem comum. No entanto, sem que haja a disponibilidade dos recursos financeiros suficientes, estes objetivos precípuos, imanentes à própria Constituição Federal, jamais poderão ser atingidos.⁵

Em observância às supramencionadas necessidades, faz-se mister a criação de um arcabouço técnico-jurídico apto a garantir a entrada dos recursos suficientes à subsistência do Estado. Isto porque “a existência de meios financeiros é condição *sine qua non* para o exercício regular das atribuições específicas do Estado”⁶, sendo a consecução desses recursos dada através da atividade financeira.

Segundo Ricardo Lobo Torres, “atividade financeira é o conjunto de ações do Estado para a obtenção da receita e a realização dos gastos para o atendimento das necessidades públicas”⁷. É por meio dessa atividade que o Estado irá “obter, criar, gerir e despende o dinheiro indispensável às necessidades, cuja satisfação o Estado assumiu ou cometeu àquelas outras pessoas do direito público”.⁸

Destarte, pode-se afirmar que a atividade financeira do Estado tem caráter instrumental, vez que obter recursos e realizar gastos não importa num fim em si mesmo. O Estado não possui o objetivo de enriquecer ou de majorar seu patrimônio, a arrecadação sempre se opera com o intuito de atingir determinados objetivos de índole política, econômica ou administrativa.⁹

Esse caráter instrumental da atividade financeira é destacado por José Souto Maior Borges, segundo o qual:

⁵ NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Curso de direito financeiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 23.

⁶ BORGES, José Souto Maior. **Introdução ao direito financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 39.

⁷ TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 19. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 3.

⁸ BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 2.

⁹ TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 19. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 5.

A atividade financeira consistente, em síntese, na criação, obtenção, gestão e dispêndio do dinheiro público para a execução de serviços afetos ao Estado, é considerada por alguns como exercício de uma função meramente instrumental, ou natureza adjetiva (atividade-meio), distinta das atividades substantivas do Estado, que visam diretamente a satisfação de certas necessidades sociais, como educação, saúde, construção de obras públicas, estradas, etc.(atividades-fins).¹⁰

Entretanto, adverte o autor que esse caráter meramente instrumental da atividade financeira perfaz um ideário da doutrina econômico-impositiva tradicional da finança clássica, a qual postula a existência de um orçamento neutro, sendo premente o equilíbrio financeiro. A esse modelo político é conferida a denominação de finanças fiscais.¹¹

Por outro lado, vislumbrando-se a adaptação do estudo financeiro à conjuntura contemporânea, diversos autores têm adotado a teoria da extrafiscalidade. Esta lógica pode ser explicada da seguinte maneira:

A doutrina da extrafiscalidade – ao contrario da concepção de finança “neutra” – não considera a atividade financeira um simples instrumento ou meio de obtenção de receita, utilizável para o custeio da despesa pública. Através dela, o Estado provoca modificações deliberadas nas estruturas sociais. É, portanto, um fator importantíssimo na dinâmica socioestrutural.¹²

Independente da teoria pela qual se pretenda abordar o fenômeno financeiro, seja ela a clássica ou a moderna, inegável é a importância resguardada pela atividade financeira do Estado, porquanto se consubstancia como garantidora das condições necessárias a realização dos direitos constitucionalmente previstos.

Logicamente, uma vez conferida tamanha importância a atividade financeira, consoante relevância também se traduz ao Orçamento Público, instrumento no qual devem restar previstas todas as receitas e autorizadas todas as despesas que conferirão forma e materialidade às obrigações inerentes ao Estado.

Sendo o controle exercido sobre a execução orçamentária o fundamental objeto do presente estudo, imprescindível é a análise de suas vicissitudes, bem como dos institutos que lhe dão forma.

¹⁰ BORGES, José Souto Maior. **Introdução ao direito financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 39.

¹¹ BORGES, José Souto Maior. **Introdução ao direito financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 40.

¹² BORGES, José Souto Maior. **Introdução ao direito financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 47.

1.2– A Constituição Orçamentária

Classicamente, o orçamento se consubstancia como uma peça que contém a aprovação prévia da despesa e da receita para um determinado período. Este paradigma se reflete na conceituação de Aliomar Baleeiro, o qual define o orçamento como:

O ato pelo qual o Poder Legislativo prevê e autoriza ao Poder Executivo, por certo período e em pormenor, as despesas destinadas ao funcionamento dos serviços públicos e outros fins adotados pela política econômica ou geral do país, assim como a arrecadação das receitas já criadas em lei.¹³

No entanto, a noção contemporânea de orçamento transpõe a figura clássica, conferindo-lhe a função de espelhar toda a vida econômica da nação, de maneira a orientar toda a atuação do Estado sobre a economia.¹⁴

Nesta senda, José Afonso da Silva assevera que:

Na verdade, o orçamento-programa não é apenas uma peça financeira, é, antes de tudo, um instrumento de execução de planos e projetos de realização de obras e serviços, visando ao desenvolvimento da comunidade. É um documento em que se designam os recursos de trabalho e financeiros destinados à execução dos programas, subprogramas e projetos de execução da ação governamental, classificados por categorias econômicas, por função e por unidades orçamentárias.¹⁵

Observada a expressiva quantidade de atribuições conferidas ao orçamento público, pode-se depreender algumas das suas funções essenciais. Para Richard Musgrave, a política orçamentária compreende três principais objetivos: “(1)assegurar ajustamentos na alocação de recursos, (2) conseguir ajustamentos na distribuição de renda e riqueza e (3) garantir a estabilização econômica”.¹⁶ Já para

¹³ BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 387.

¹⁴ HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 84 – 85.

¹⁵ SILVA, José Afonso da. **Orçamento-programa no Brasil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973, p. 41.

¹⁶ MUSGRAVE, Richard A. “Excess Bias and the Nature of Budget Growth”. *Journal of Public Economics* 28: 287-308, 1985. p 306. *Apud*. TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário, volume V: o orçamento na constituição**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 65.

Ricardo Lobo Torres, o orçamento possui três funções precípuas: a política, a econômica e a reguladora.¹⁷

Analisado a partir de um prisma político, o orçamento se conforma enquanto meio de controle da Administração, ficando ela adstrita à realização das despesas em períodos e limites aprovados pelo legislativo. Outrossim, ante a necessidade de planejamento, a atual participação do congresso transcende o mero controle político, porquanto participa da elaboração do orçamento, mediante prévia orientação, bem como por meio das diretrizes orçamentárias e planos plurianuais.¹⁸

Na peça orçamentária resta o reflexo do programa de ação governamental que, por sua vez, deve refletir a vontade média da população, implicando no exercício de inteligência e criatividade para eleger as prioridades da sociedade”.¹⁹ Garante, pois, o vislumbre das opções políticas dos governantes e, sobretudo, em proveito de quais grupos sociais e regiões, ou em função de quais necessidades, se direciona a atividade do aparato estatal.²⁰

Outrossim, para além do caráter político que lhe é intrínseco, o orçamento também se reveste de um incisivo aspecto econômico, porquanto compatibiliza as necessidades da coletividade com as receitas estimadas, bem como com os ingressos. Nesse sentido, deve o administrador exercitar a racionalidade econômica, com o intuito de eleger as prioridades governamentais de maneira consentânea à conjuntura econômica e política ao momento de seus atos.²¹

De outra senda, pode-se também vislumbrar forte correlação entre a economia privada e a atividade financeira do Estado. Em se tratando o orçamento de instrumento fundamental para a realização da atividade financeira do Estado, a carta orçamentária tem como escopo reproduzir a vontade do administrador quando este estimula ou desestimula a produção, o consumo e o investimento; incrementa a política de gastos públicos; reduz as despesas; ou promove alterações na carga tributária para influir sobre o poder aquisitivo dos particulares. Não importa qual seja

¹⁷ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário, volume V: o orçamento na constituição**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 65.

¹⁸ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário, volume V: o orçamento na constituição**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 66.

¹⁹ HARADA, Kiyoshi. **Leis orçamentárias**. Revista Tributária e de Finanças Públicas, São Paulo, v. 112, p. 123-138, set./out. 2013. p. 127.

²⁰ HARADA, Kiyoshi. **Leis orçamentárias**. Revista Tributária e de Finanças Públicas, São Paulo, v. 112, p. 123-138, set./out. 2013. p. 125.

²¹ HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 90.

a política implementada, a verdade é que ela sempre se encontrará transcrita neste fundamental documento.²²

Por essa razão, o equilíbrio orçamentário, que outrora foi a pedra base das finanças públicas, sucumbiu em favor do modelo de orçamento que, como bem assinalado por Aliomar Baleeiro, “não pode ser entendido como um fim em si mesmo, mas como um instrumento de progresso de uma nação”.²³

Por derradeiro, faz-se presente a função reguladora inerente ao orçamento público. O orçamento público, conquanto preveja receitas e autorize despesas, não vincula irrestritamente o Executivo, uma vez que compete a este ampla dose de discricionariedade ao efetivar gastos e implementar as atividades-fim. Por outro lado, conforme explicitado por Ricardo Lobo Torres:

A Administração não dirige o orçamento; a fixação de receitas tributárias não se faz para atender integralmente as políticas públicas traçadas pelo Executivo, posto que se subordinam também a critérios de justiça fiscal e a leis materiais; a escassez de recursos limita os gastos em políticas sociais e a lei anual orçamentária acaba por se constituir no documento que sintetiza e dá objetividade numérica à atividade administrativa.²⁴

A função reguladora do orçamento público importa, pois, no cerceamento da ampla e irrestrita liberdade de que gozava a Administração Pública, abrindo caminho para a valorização da gestão responsável e transparente.²⁵

Com efeito, em suma, objetiva-se através do orçamento, fixar a receita tributária e patrimonial, redistribuir rendas, entregar prestações de educação, saúde, seguridade e transportes, promover o desenvolvimento econômico e equilibrar a economia.²⁶

²² HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 90.

²³ BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 397.

²⁴ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário, volume V: o orçamento na constituição**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 76

²⁵ Pode-se observar como corolário desta lógica o advento da Lei de Responsabilidade Fiscal, a qual figura como protagonista no aperfeiçoamento da gestão orçamentária. Já em seu artigo 1º, §1º, o referido diploma já denota de maneira clara e explícita sua intenção, prevendo que: “A responsabilidade na gestão fiscal, que pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o compromisso de metas e resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange à renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e imobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em restos a pagar”.

²⁶ TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 19. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 172.

O orçamento resguarda para si tamanha importância que a ele fora reservado espaço na Constituição Federal, principalmente na Seção dos Orçamentos, que compreende os artigos 165 até 169. No entanto, a Constituição Orçamentária não se restringe única e exclusivamente à referida seção, abrangendo também as normas sobre o controle da execução orçamentária (artigos 70 até 75), o orçamento do poder judiciário (artigo 99) e a fiscalização orçamentária dos Municípios (artigo 31).

Nos termos do artigo 165 da Constituição Federal, existem modalidades de planejamento orçamentário, quais sejam:

Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:
I - o plano plurianual;
II - as diretrizes orçamentárias;
III - os orçamentos anuais.

Essas três formas de planejamento se consubstanciam de maneira harmoniosa, razão pela qual a Lei Orçamentária Anual respeita a Lei de Diretrizes Orçamentárias, assim como essas duas últimas devem ser elaboradas em consonância ao Plano Plurianual.²⁷

Expostas quais as formas de planejamento albergadas pela Constituição Orçamentária, faz-se patente uma análise detalhada acerca dos elementos inerentes a cada uma delas.

1.2.1 – O Plano Plurianual

Em razão da ostensiva atividade financeira empreendida pelo Estado contemporâneo, a programação que se estende por um ano demonstra-se insuficiente para assegurar a execução do plano de governo como um todo.²⁸

Por conseguinte, faz-se imprescindível a existência de um planejamento conjuntural para a promoção do desenvolvimento econômico, equilíbrio entre as diversas regiões do país e da estabilidade econômica. Este planejamento se opera

²⁷ TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 19. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 172.

²⁸ HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 100.

por meio do Plano Plurianual, que tem por objetivo estabelecer os programas e as metas governamentais a longo prazo.²⁹

Conforme dispõe o artigo 165, §1º, da Constituição Federal, o Plano Plurianual deve prever, sobretudo, as despesas de capital (despesas de investimentos, inversões financeiras e transferências de capital)³⁰, bem como as despesas delas decorrentes. Para além das despesas de capital, no Plano Plurianual igualmente devem restar inclusas as despesas atinentes aos programas de duração continuada.

Em decorrência de seu caráter conjuntural, deve o Plano Plurianual ser confeccionado de maneira compatível aos planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos na Constituição Federal. Esses planos e programas devem abarcar o complexo geoeconômico e social, visando o desenvolvimento das diferentes regiões do país, bem como a redução das desigualdades regionais.³¹

Outrossim, devem os orçamentos fiscal e de investimento das empresas estatais se compatibilizar ao Plano Plurianual, com o intuito de reduzir as desigualdades inter-regionais, seguindo-se um critério populacional.³² Em função dessa necessidade de compatibilização, decorre a supremacia dos Planos Plurianuais sobre as outras formas de planejamento, como defende Ives Gandra da Silva Martins:

Por essa razão, tais planos, por serem mais amplos, prevalecem sobre as leis orçamentárias anuais naquilo em que cuidar da mesma matéria, sendo a ordem de indicação do art. 165 (Constituição Federal) preferencial. Vale dizer, a sociedade, a partir do plano plurianual, sabe o comportamento que espera do governo, no concernente ao projeto de longo alcance, sendo o orçamento mero reflexo daquela parte do planejamento que se esgota no exercício.³³

Por todo o exposto, pode-se afirmar que o Plano Plurianual objetiva, em apertada síntese:

²⁹ TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 19. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 172.

³⁰ Essas modalidades de despesa são previstas e regulamentadas pela lei 4320/64, em seu artigo 12, mais especificamente nos parágrafos 4º ao 6º.

³¹ HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 100.

³² NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Curso de Direito Financeiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.75.

³³ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil: Promulgada em 5 de Outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1991. v. 6. p. 184.

a) balizar a ação governamental de modo a alcançar o desenvolvimento econômico possibilitador de efetiva promoção do bem estar social; b) orientar o planejamento sincronizado com a programação e o orçamento do Poder Executivo, obedecendo aos princípios da regionalização da economia; c) estabelecer diretrizes que deverão nortear a elaboração do orçamento fiscal e de investimentos, que possibilitem a redução das desigualdades regionais e sociais; d) disciplinar a execução de despesas com investimentos que redundarão em benefício para a sociedade.³⁴

A despeito de restar demonstrada a fundamental importância do Plano Plurianual, cumpre salientar que se trata de lei formal, razão pela qual depende do orçamento anual para que tenha eficácia na realização das despesas. Nesse sentido, configura mera programação ou orientação que, conquanto deva ser respeitada, não vincula o Poder Executivo ao momento da elaboração das demais leis orçamentárias.³⁵

1.2.2 – As Diretrizes Orçamentárias

A Lei Fundamental confere, inequivocamente, incisiva relevância ao processo orçamentário, conferindo-lhe um encadeamento lógico e sistemático, no qual subsistem o Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual. Cada uma dessas formas de planejamento representa uma diferente etapa, visando a elaboração da carta orçamentária.³⁶

Nos termos do artigo 165, §2º, da Constituição Federal, a Lei de Diretrizes Orçamentárias compreenderá:

As metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital, para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.

No que se refere a natureza jurídica, conforme a assevera Ricardo Lobo Torres, a “Lei de Diretrizes Orçamentárias tem, como o próprio orçamento anual,

³⁴ NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Curso de direito financeiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 77.

³⁵ TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 19. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 173.

³⁶ NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Curso de Direito Financeiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.77.

natureza formal. É simples orientação ou sinalização de caráter anual, para a feitura do orçamento, devendo ser elaborada no primeiro semestre”.³⁷

O caráter anual acima apontado exsurge da própria racionalidade inserta no texto constitucional. Isso porque se faz imperiosa a inclusão das despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, com o intuito de orientar a elaboração do orçamento.³⁸

Outrossim, concerne à Lei de Diretrizes Orçamentárias a disposição sobre as alterações na legislação tributária, haja vista que essas alterações produzem efeitos sobre a arrecadação e, por conseguinte, sobre a previsão das receitas na Lei Orçamentária Anual.

Não se pode olvidar outra fundamental atribuição da Lei de Diretrizes Orçamentárias, qual seja a de estabelecer a política de aplicação das agências financeiras de fomento, as quais cumprem um papel estratégico no desenvolvimento do Estado.

Por conseguinte, considerando os elementos anteriormente explicitados, pode-se afirmar que “a lei de diretrizes é, em suma, um plano prévio, fundado em considerações econômicas e sociais, para a ulterior elaboração da proposta orçamentária do Executivo, do Legislativo, do Judiciário e do Ministério Público”.³⁹

1.2.3 – Os Orçamentos Anuais

Para além do Plano Plurianual e da Lei de Diretrizes Orçamentárias, a Constituição Federal, em seu artigo 165, inciso III, prevê a Lei Orçamentária Anual, a qual deverá abranger o orçamento fiscal, o investimento das empresas estatais e o da seguridade social.

Por orçamento fiscal se entende aquela peça que abrange todas as receitas e despesas da União relativas aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como os fundos, órgãos e entidades da Administração direta e indireta, inclusive as fundações mantidas pelo poder público.

³⁷ TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 19. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 174.

³⁸ HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 101.

³⁹ TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 19. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 174 e 175.

Na Lei Orçamentária Anual deve, ainda, restar previsto o orçamento de investimento das empresas cuja maioria do capital com direito a voto é de propriedade da União, bem como o orçamento da seguridade social, devendo o orçamento compreender as receitas e despesas destinadas a assegurar os direitos atinentes à saúde, à previdência e à assistência social.

Os orçamentos previstos na Lei Orçamentária Anual, quais sejam o orçamento fiscal, orçamento de investimento das empresas estatais e o orçamento da seguridade social, coadunam-se ao Plano Plurianual, cabendo a este estabelecer diretrizes, objetivos e metas da Administração Pública por intervalo de tempo superior a um ano.⁴⁰

Isto ocorre pois, em que pese a existência das supramencionadas modalidades de planejamento, o orçamento é uno, devendo haver harmonia e integração finalística entre o Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual.⁴¹

Dessa forma, do precedente excogito, aduz-se que a Lei Orçamentária Anual confere aos programas de governo, previstos pelo Plano Plurianual e contemplados na Lei de Diretrizes Orçamentárias, o caráter dinâmico operativo, disponibilizando os recursos necessários à sua execução. Por conseguinte, faz-se imprescindível que a Lei Orçamentária Anual seja elaborada de maneira consentânea com o Plano Plurianual e com a Lei de Diretrizes Orçamentárias”.⁴²

1.3 – A Receita e a Despesa

Observados o conceito e as formas de planejamento orçamentária previstos pela Constituição Federal, indispensável ao prosseguimento do presente trabalho é a definição do conteúdo do orçamento. Identificado como documento que prevê as receitas e autoriza as despesas de maneira pormenorizada e num determinado intervalo de tempo, seu conteúdo abrange dados demonstrativos, tabelas

⁴⁰ HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 102.

⁴¹ TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 19. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 175.

⁴² HARADA, Kiyoshi. **Leis orçamentárias**. Revista Tributária e de Finanças Públicas, São Paulo, v. 112, p. 123-138, set./out. 2013. p. 125.

explicativas e os programas das unidades orçamentárias consolidados por órgãos e entidades governamentais.⁴³

Explicou-se ao longo deste trabalho que o Poder Legislativo autoriza o plano das despesas a ser efetuado pelo Estado no cumprimento de suas finalidades, bem como o recebimento dos recursos necessários a efetivação de tais despesas dentro de um determinado lapso temporal. Neste diapasão, é conveniente a análise individualizada acerca das duas partes distintas que compõem o orçamento: a receita e a despesa.

1.3.1 – As Receitas Públicas

A realização das despesas públicas, com o intuito de satisfazer as necessidades públicas, pressupõe o ingresso de dinheiro aos cofres do estado para o atendimento de suas finalidades, a que se denomina receita. Nas palavras de Aliomar Baleeiro:

Para auferir dinheiro necessário à despesa pública, os governos, pelo tempo afora, socorrem-se de uns poucos meios universais: a) realizam extorsões sobre outros povos ou deles recebem doações voluntárias; b) recolhem as rendas produzidas pelos bens e empresas do Estado; c) exigem coativamente tributos ou penalidades; d) tomam ou forçam empréstimos; e) fabricam dinheiro metálico ou papel.⁴⁴

Para Sainz de Bujanda, as receitas públicas configuram “somadas de dinheiro que recebem o Estado e os demais entes públicos para cobrir com elas seus gastos”.⁴⁵ Já para Alberto Deodato, as receitas públicas tratam do “capital arrecadado, coercitivamente, do povo, tomado por empréstimo ou produzido pela renda dos seus bens ou pela sua atividade, de que o Estado dispõe para fazer face às despesas públicas.”⁴⁶

Não obstante as supracitadas definições, mais precisa e cogente é a conceituação procedida por de Aliomar Baleeiro, segundo a qual a receita pública trata da “entrada que, integrando-se no patrimônio público sem quaisquer reservas,

⁴³ SILVA, José Afonso da. **Orçamento-programa no Brasil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973, p. 264.

⁴⁴ BALEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 116.

⁴⁵ BUJANDA, Sainz de. **Lecciones de derecho financiero**. Madri: Artes Gráficas Benzal, 1968. p. 114.

⁴⁶ DEODATO, Alberto. **Manual de ciência das finanças**. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 29.

condições ou correspondência no passivo, vem a crescer o seu vulto, como elemento novo e positivo”.⁴⁷

Superada a conceituação acerca do tema, vejamos como a doutrina classifica as receitas, a fim de compreender o tema de maneira mais clara. A forma de classificação que possui maior anuência da doutrina é aquela que se constitui em função da origem.

Segundo essa classificação, as receitas se dividem em originárias e derivadas. As receitas derivadas seriam aquelas oriundas da economia privada, por meio do constrangimento legal para sua arrecadação, sendo elas representadas pelos tributos, ingressos parafiscais e multas. Já as receitas originárias seriam aquelas que decorrem da exploração do patrimônio estatal, mais especificamente os preços públicos, as compensações financeiras e os ingressos comerciais.⁴⁸

Pode-se afirmar que a receita derivada, mais especificamente os tributos, consubstanciam a mais importante fonte de recursos para o Estado. No entanto, para além dos tributos, também integram o quadro das receitas derivadas as multas e penalidades, fiscais ou não.

É justamente nesse sentido que a receita derivada difere da originária, haja vista que a principal característica desta é a sua percepção sem que o Estado se utilize de quaisquer meios coercitivos próprios, restando submetido ao regime de direito privado. Dessa forma, como assinala Carlos Valder do Nascimento com relação as receitas, “Tais espécies de receitas são constituídas da produção de rendas decorrentes do acervo de bens patrimoniais do domínio público e das empresas industriais, comerciais e agrícolas mantidas pelo Estado”.⁴⁹

1.3.2 As Despesas Públicas

As despesas públicas podem ser conceituadas como a somatória de todos os gastos promovidos pelo Estado, com o intuito de realizar obras e prestação de

⁴⁷ BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 116.

⁴⁸ TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 19. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 186.

⁴⁹ NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Curso de Direito Financeiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.77.

serviços. Tratam, pois, da distribuição e emprego das receitas auferidas, com o intuito de atingir as diversas atribuições da administração.

Nesse sentido, conforme a inteligência de Aliomar Baleeiro, a despesa pública “em primeiro lugar, designa o conjunto dos dispêndios do Estado, ou de outra pessoa de direito público, para o funcionamento dos serviços públicos”⁵⁰. Ainda segundo o autor, as despesas podem, igualmente, denotar “a aplicação de certa quantia, por parte da autoridade ou agente público competente, dentro duma autorização legislativa, para execução de fim a cargo do governo”.⁵¹

No que tange à sua execução, a despesa se opera mediante a “utilização pelo agente público competente de recursos financeiros previstos na dotação orçamentária, para o atendimento de determinada obrigação a cargo da administração”.⁵² Com efeito, é correto dizer que a despesa se coloca como o instrumento direto para a consecução do interesse público, pois é a partir de sua execução que se materializam as políticas públicas.

Em atenção à conceituação precedentemente realizada, pode-se afirmar que as despesas públicas possuem duas principais características: por um lado, os gastos sempre envolvem dinheiro⁵³; por outro, as obras e serviços devem sempre ser realizados em favor do funcionamento da Administração Pública, sendo motivados à luz do interesse público.⁵⁴

Quanto à classificação das despesas, a doutrina traz à baila diversos critérios que visam o estudo e compreensão da matéria em questão. Cumpre, dessa forma, analisar, mesmo que de maneira breve, cada um dos mais importantes critérios de classificação. Insta salientar que, conquanto sejam importantes ferramentas para o

⁵⁰ BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 65.

⁵¹ BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 65.

⁵² HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 50.

⁵³ Os títulos da dívida pública e os títulos da dívida agrária, porque constitucionalmente destinados ao pagamento do preço das desapropriações para fins de implementação de política de desenvolvimento urbano e de reforma agrária (incisos III do §4º do art. 182 e 184 da CF) equiparam-se ao pagamento em dinheiro. Cf. HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 50.

⁵⁴ TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 19. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 194.

estudo da matéria, sob a ótica de Luigi Einaudi, todas as classificações se colocam de maneira flutuante e arbitrária, sendo sempre insuficientes em algum ponto.⁵⁵

O primeiro desses critérios é aquele que leva em conta a periodicidade das despesas para classificá-las em ordinárias e extraordinárias. Ordinárias seriam as despesas que decorrem, regularmente, dos expedientes dos serviços públicos e que são renovadas em cada orçamento. Já as extraordinárias buscam atender a serviços de caráter esporádico, oriundos de conjunturas excepcionais e que, por essa razão, não são renovadas anualmente.⁵⁶

Outro critério muito mencionado pela doutrina trata da competência constitucional do governo que deve realizar as despesas, sendo, pois, subdivididas em Federais e Estaduais. No entanto, como exposto por Aliomar Baleeiro, “existe enorme campo em que, no sistema da Constituição, as competências se confundem e, na prática, por motivos históricos ou políticos, há manifesta duplicação ou triplicação de serviços para o mesmo fim”. Por essa razão, observa-se profunda inconsistência no referido critério.⁵⁷

Tendo em conta o aspecto econômico da despesa pública, exsurtem outros critérios distintivos, observando os resultados sobre a redistribuição da renda nacional ou utilização daquilo que foi produzido no país. De acordo com essa classificação, as despesas se dividiriam em a) reais ou exaustivas ou b) de transferência. As despesas reais seriam caracterizadas pela utilização de bens e serviços da produção nacional pelo governo. Já as despesas de transferência comportariam todos os gastos sem a aplicação governamental direta dos recursos da produção nacional de bens e serviços.⁵⁸

Vislumbrando-se a incisiva controvérsia da doutrina acerca da classificação das despesas públicas, no presente trabalho será procedida a análise a sob a égide da Lei nº 4320/64, que leva em conta um critério preponderantemente econômico.

⁵⁵ EINAUDI, Luigi. **Principi di scienza della finanza**. 4. ed. Giulio Einaudi, 1949. p. 9. Apud BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 91.

⁵⁶ GRIZIOTTI, Benvenuto. **Principios de la ciencia de las finanzas**. 6. Ed. Trad. Dino Jarach. Buenos Aires: Depalma, 1959. p. 61. Apud Direito Financeiro e Tributário. Kyoshi Harada, -14 Ed. – São Paulo: Atlas, 2005: fl.51.

⁵⁷ BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 92.

⁵⁸ BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 93.

Tal Lei, em seu artigo 12, concebe a existência de duas principais espécies de despesas: as despesas correntes e as despesas de capital.

As despesas correntes se subdividem em despesas de custeio e transferências correntes. As despesas de custeio conglobam as dotações para a manutenção de serviços precedentemente criados, incluindo-se as destinadas a atender a obras de conservação e adaptação de bens imóveis, bem como as despesas de pessoal de material, de consumo, entre outros.

Já as transferências correntes configuram as dotações para despesas às quais não correspondem quaisquer contraprestações diretas, sejam elas bens ou serviços. Ainda adentram a essa categoria as dotações para contribuições e subvenções destinadas a atender à manifestação de outras entidades de direito público ou privado.

As despesas de capital, nos termos do artigo 12 da Lei 4320/64, subdividem-se em investimentos, inversões financeiras e transferências de capital. Os investimentos, de acordo com o referido diploma, são as dotações para o planejamento e a execução de obras. Já as inversões financeiras são as dotações destinadas à aquisição de imóveis ou de bens de capital já em utilização ou à aquisição de títulos representativos do capital de empresas ou entidades de qualquer espécie.

Por fim, observam-se as transferências de capital, que são as dotações para investimentos ou inversões financeiras que outras pessoas de direito público ou privado devam realizar, independentemente de contraprestação direta em bens ou serviços, constituindo essas transferências auxílios ou contribuições, segundo derivem diretamente da Lei de Orçamento ou de lei especialmente anterior, bem como as dotações para amortização da dívida pública.

CAPÍTULO II – A EXECUÇÃO DO ORÇAMENTO PÚBLICO

Uma vez publicada a lei orçamentária, iniciam-se os preparativos para o início de uma nova fase: a execução do orçamento. Nesta fase, as escolhas orçamentárias resguardam para si maior nível de vinculação, porquanto se subordinam aos ditames constitucionais, às leis tributárias e às leis que preconizam determinados direitos e prestações.⁵⁹

A Constituição Federal, em seu artigo 169, dispõe que:

Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

§ 1º A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas:

I - se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes;

II - se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

§ 2º Decorrido o prazo estabelecido na lei complementar referida neste artigo para a adaptação aos parâmetros ali previstos, serão imediatamente suspensos todos os repasses de verbas federais ou estaduais aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios que não observarem os referidos limites.

Dessa maneira, resta clara a subordinação da execução orçamentária ao princípio da legalidade, porquanto nenhuma despesa pública pode ser empreendida na ausência de lei que a autorize.

Esta limitação, pode ser igualmente vislumbrada a partir a análise do artigo 165 da Constituição Federal, que veda:

I - o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual;

II - a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais;

III - a realização de operações de créditos que excedam o montante das despesas de capital, ressalvadas as autorizadas mediante créditos suplementares ou especiais com finalidade precisa, aprovados pelo Poder Legislativo por maioria absoluta;

⁵⁹ MAURÍCIO JÚNIOR, Alceu. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias**: a intervenção judicial em políticas públicas. Belo horizonte: Fórum, 2009. p. 93.

O referido princípio da legalidade impõe, ainda, que o processamento das despesas decorra de maneira documentada, garantindo a possibilidade de sua análise e fiscalização a qualquer tempo.

Vale dizer, toda despesa a ser implementada pelo Estado necessita de autorização na lei orçamentária, ficando adstrita à observância de fins pré-determinados pela Lei Fundamental, os quais regem as escolhas orçamentárias.

Para José Afonso da Silva, “a execução orçamentária é um conjunto de atividades destinadas ao cumprimento dos programas estabelecidos para alcançar os objetivos propostos”.⁶⁰ Nesse momento são efetivamente concebidos os atos para a consecução dos fins do Estado, precedentemente transcritos no orçamento.

Conquanto tenha sido destacada a vinculação da execução orçamentária às escolhas constitucionais pré-determinadas, a administração ainda resguarda para si ampla margem de discricionariedade, porquanto cabe ao administrador a discricionariedade para avaliar a melhor decisão correlata ao caso concreto.

A própria elaboração do orçamento-programa demanda a atividade de todos os órgãos da administração, desde o cerne até os âmbitos mais capilares de sua organização. Ora, não poderia ser diferente no que tange a execução do orçamento, mister igualmente complexo.

Destarte, pode-se afirmar que a execução orçamentária presume um conjunto amplo e heterogêneo de operações de ordem administrativa e financeira que visam à realização de programas cujas despesas foram previstas no orçamento.⁶¹

Vislumbrando-se que o orçamento tem como característica a composição por duas partes distintas, quais sejam a receita e a despesa, admite-se a análise da execução orçamentária a partir de similar padrão, do qual se depreende a divisão entre operações de execução da receita e operações de execução da despesa.

Por um lado, possuem incisiva importância as operações destinadas à arrecadação de recursos previstos como receitas orçamentárias, porquanto é por meio deles que se financiam os programas transcritos pela carta orçamentária. De outro norte partem as operações mais típicas e centrais da execução orçamentária, quais sejam as relativas à efetivação das despesas.

⁶⁰ SILVA, José Afonso da. **Orçamento-programa no Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 306

⁶¹ SILVA, José Afonso da. **Orçamento-programa no Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 321.

Obviamente, o estudo da execução orçamentária não deve se restringir à análise da atividade financeiro-contábil do empenho, pois, como bem destaca José Afonso da Silva:

Isso é tão-só seu aspecto financeiro, porque o importante, que é a execução das atividades e projetos programados, verifica-se como atividades da administração, consubstanciadas especialmente na aquisição de materiais, na execução direta ou indireta de obras e serviços públicos, atividades essas que juridicamente se ordenam pelo direito administrativo e não pelo direito financeiro.⁶²

Em que pese a supramencionada divisão, não se pode olvidar outra fundamental fase da execução orçamentária: a programação financeira de desembolso, a qual se opera nos termos do artigo 70 do Decreto-lei 200/67⁶³, de 25 de fevereiro de 1967, e dos artigos 47 a 50 da Lei 4.320/64.⁶⁴

Esta fase, que precede as operações executórias das receitas e despesas, consiste no estabelecimento de um quadro de cotas trimestrais, as quais deverão ser utilizadas pelas unidades executoras dos programas orçamentários, atentando-se para as prioridades e necessidades específicas de cada serviço e obra.⁶⁵

Trata-se, pois, de um instrumento essencial ao planejamento orçamentário, constituindo mecanismo de racionalização da liberação de recursos necessários a execução dos programas das diferentes unidades, sendo ajustado o ritmo da execução ao fluxo de recursos disponíveis.⁶⁶

⁶² SILVA, José Afonso da. **Orçamento-programa no Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 322-323.

⁶³ “Art. 70. Publicados a lei orçamentária ou os decretos de abertura de créditos adicionais, as unidades orçamentárias, os órgãos administrativos, os de contabilização e os de fiscalização financeira ficam, desde logo, habilitados a tomar as providências cabíveis para o desempenho das suas tarefas.”

⁶⁴ “Art. 47. Imediatamente após a promulgação da Lei de Orçamento e com base nos limites nela fixados, o Poder Executivo aprovará um quadro de cotas trimestrais da despesa que cada unidade orçamentária fica autorizada a utilizar. Art. 48 A fixação das cotas a que se refere o artigo anterior atenderá aos seguintes objetivos:

a) assegurar às unidades orçamentárias, em tempo útil a soma de recursos necessários e suficientes a melhor execução do seu programa anual de trabalho; b) manter, durante o exercício, na medida do possível o equilíbrio entre a receita arrecadada e a despesa realizada, de modo a reduzir ao mínimo eventuais insuficiências de tesouraria.

Art. 49. A programação da despesa orçamentária, para feito do disposto no artigo anterior, levará em conta os créditos adicionais e as operações extra-orçamentárias. Art. 50. As cotas trimestrais poderão ser alteradas durante o exercício, observados o limite da dotação e o comportamento da execução orçamentária.”

⁶⁵ SILVA, José Afonso da. **Orçamento-programa no Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 327.

⁶⁶ CONTI, José Maurício (coordenador). **Orçamentos Públicos: a Lei 4.320/1964 comentada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 152.

Nesse diapasão, a programação da despesa perfaz um importante instrumento de otimização das ações governamentais através da descentralização, não só orçamentária, como administrativa, já que, ao aprovar as cotas, o Executivo fica apto a delegar às chefias das unidades responsabilidades pela movimentação dos créditos orçamentários, juntamente com os programas que estas devem executar.⁶⁷

Pode-se, ainda, vislumbrar um objetivo implícito, porém fundamental à programação financeira: a contenção do *déficit* público, buscando evitar o desequilíbrio das contas públicas, bem como conferir ao Estado um quadro de estabilidade no âmbito financeiro.⁶⁸

Dessa forma, aduz-se que esta programação é, ao mesmo tempo, um instrumento de execução orçamentária e de controle financeiro, haja vista a insuficiência da autorização orçamentária para a execução da despesa, sendo igualmente necessária à existência de saldo na cota estabelecida na programação financeira do desembolso.⁶⁹

Não obstante, por levar em conta critérios e informações variáveis, como a evolução da arrecadação da receita, a programação financeira é alterável durante o exercício, desde que observados o limite da dotação e o comportamento da execução orçamentária.

Traçados os contornos e diretrizes da execução orçamentária, cumpre assinalar as especificidades acerca das duas principais operações que delas fazem parte, isto é, a execução das receitas e despesas, bem como da carga de discricionariedade de que goza o administrador ao momento de sua realização.

2.1 – A Execução da Receita

Antes da análise acerca da execução da receita, cumpre tecer algumas considerações, no que se refere a opção de sua abordagem neste trabalho. A execução das receitas tem natureza diversa da execução das despesas, porquanto,

⁶⁷ JÚNIOR, José Teixeira Machado; REIS, Heraldo da Costa. **A lei 4320 comentada**. 31. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: IBAM, 2003. p. 126.

⁶⁸ CONTI, José Maurício (coordenador). **Orçamentos Públicos: a Lei 4.320/1964 comentada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 152.

⁶⁹ SILVA, José Afonso da. **Orçamento-programa no Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 328.

uma vez que constem no orçamento, as receitas devem ser arrecadadas nos ditames da legislação específica. Com efeito, a execução da receita, pela própria metodologia da arrecadação, importa em menor amplitude de discricionariedade ao administrador.

Esta condição decorre dos próprios dispositivos insertos da Constituição Federal, já que, no que tange às receitas, principalmente as de natureza tributária, são concedidas inúmeras garantias que protegem o cidadão frente a atividade fiscal estatal. Dessa forma, enquanto a matéria tributária é rica em princípios que visam, sobretudo, a proteção dos indivíduos frente ao poder de império estatal, a execução das despesas permite maior espaço a administração para o desenvolvimento de suas atividades.

De todo modo, a execução da receita ainda resta prevista nos artigos 51 a 57 da Lei 4320/64⁷⁰, bem como na legislação constitucional e infraconstitucional relativa aos tributos, que se referem de maneira específica às diversas formas de tributação.

Conforme destacado anteriormente, a receita tributária consubstancia a mais vultuosa forma de arrecadação pelo Estado, razão pela qual proceder-se-á a distinção entre as receitas tributárias e não-tributárias para fins de apreciação da matéria em comento.

A execução das receitas tributárias é regida, sobretudo, pelas normas que instituem os diferentes tributos, bem como pelo Código Tributário Nacional, dos quais se depreendem três principais estágios, quais sejam o lançamento, a arrecadação e o recolhimento.

⁷⁰Art. 51. Nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça, nenhum será cobrado em cada exercício sem prévia autorização orçamentária, ressalvados a tarifa aduaneira e o imposto lançado por motivo de guerra.

Art. 52. São objeto de lançamento os impostos diretos e quaisquer outras rendas com vencimento determinado em lei, regulamento ou contrato.

Art. 53. O lançamento da receita é ato da repartição competente, que verifica a procedência do crédito fiscal e a pessoa que lhe é devedora e inscreve o débito desta.

Art. 54. Não será admitida a compensação da obrigação de recolher rendas ou receitas com direito creditório contra a Fazenda Pública.

Art. 55. Os agentes da arrecadação devem fornecer recibos das importâncias que arrecadarem.

§ 1º Os recibos devem conter o nome da pessoa que paga a soma arrecadada, proveniência e classificação, bem como a data a assinatura do agente arrecadador.

§ 2º Os recibos serão fornecidos em uma única via.

Art. 56. O recolhimento de todas as receitas far-se-á em estrita observância ao princípio de unidade de tesouraria, vedada qualquer fragmentação para criação de caixas especiais.

Art. 57. Ressalvado o disposto no parágrafo único do artigo 3. desta lei serão classificadas como receita orçamentária, sob as rubricas próprias, todas as receitas arrecadadas, inclusive as provenientes de operações de crédito, ainda que não previstas no Orçamento.

Conforme dispõe o artigo 142 do Código Tributário Nacional, o lançamento é o procedimento tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor aplicação da penalidade cabível.

Não obstante à supracitada definição, Paulo de Barros Carvalho, à luz de uma análise mais ampla e cogente acerca do tema, leciona que:

Lançamento tributário é o ato jurídico administrativo, da categoria dos simples, constitutivos e vinculados, mediante o qual se insere na ordem jurídica brasileira uma norma individual e concreta, que tem como antecedente o fato jurídico tributário e, como conseqüente, a formalização do vínculo obrigacional, pela individualização dos sujeitos ativo e passivo, a determinação do objeto da prestação, formado pela base de cálculo e correspondente alíquota, bem como pelo estabelecimento dos termos espaço-temporais em que o crédito há de ser exigido.⁷¹

Ao conceituar o lançamento, Estevão Horvath comunga de similar entendimento quanto à sua natureza, no sentido de que:

Ato jurídico administrativo da categoria dos simples, modificativos ou extintivos e vinculados, mediante o qual se declara o acontecimento do fato jurídico tributário, se identifica o sujeito passivo da obrigação correspondentes, se determina a base de cálculo e a alíquota aplicável, formalizando o crédito e estipulando os termos da sua exigibilidade.⁷²

Discordam os referidos autores da redação introduzida no Código Tributário Nacional, uma vez que afirmam que o lançamento é ato jurídico administrativo, não procedimento. Para chegar a tal conclusão, deve se analisar a constituição de tal expediente à luz das teorias que estudam o ato jurídico administrativo, buscando pelos seus elementos de identificação.

Nesta senda, depreendem-se “cinco elementos integrativos na estrutura interior de todo ato jurídico administrativo: a) motivo ou pressuposto; b) agente competente; c) forma prescrita em lei; d) objeto ou conteúdo; e) finalidade”.⁷³ Cada

⁷¹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. pag. 465.

⁷² HORVATH, Estevão. **Lançamento tributário e “autolançamento”**. São Paulo: Dialética, 1997. p. 38.

⁷³ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. pag. 466.

qual desses elementos deve se fazer presente em cada um dos atos jurídicos administrativos, dentre eles o lançamento.

Para realizar o ato jurídico administrativo do lançamento, o agente deve ser competente, tendo o poder de realizar determinada parcela da função administrativa, na forma prescrita pela lei. Já o objeto deve encontrar-se relacionado com a competência da autoridade e com o grau de discricionariedade que lhe será atribuído.⁷⁴

Por sua vez, também restam intrínsecos ao lançamento a necessidade de motivação do ato, bem como a finalidade objetivada com a celebração do ato ou a exposição do resultado prático pretendido. O conjunto dos referidos elementos se faz apto a classificar o lançamento enquanto ato jurídico administrativo.

Assim sendo, pode-se afirmar que o lançamento é ato administrativo, porquanto se enquadra na conceituação desse instituto jurídico.⁷⁵ Porém, cabe ressaltar que, para além de ato administrativo, trata-se de ato jurídico administrativo, tendo em conta a diferenciação entre atos administrativos jurídicos e não jurídicos. Isso porque, quando modificam situações jurídicas, como é o caso do lançamento, são atos administrativos jurídicos ou com efeitos jurídicos.⁷⁶

Realizado o lançamento tributário, consegue-se a fase da arrecadação. A arrecadação tem como objetivo cobrar, receber os valores e guardá-los, podendo ser realizada de maneira direta ou indireta. Caso se dê de maneira direta, opera-se por meio da coleta, por unidades administrativas ou por via bancária. Por outro lado, se realizada de maneira indireta, observam-se as modalidades de arrendamento, retenção na fonte ou estampilha.⁷⁷

Por fim, tem-se a fase de recolhimento, o qual consiste na imediata remessa das receitas arrecadadas pelos agentes para adentrar ao tesouro nacional, vislumbrando-se que, nos termos do artigo 56 da Lei 4320/64, o recolhimento de

⁷⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. pag. 466.

⁷⁵ HORVATH, Estevão. **Lançamento tributário e “autolancamento”**. São Paulo: Dialética, 1997. p. 38.

⁷⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. pag. 465.

⁷⁷ SILVA, José Afonso da. **Orçamento-programa no Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 331.

todas as receitas se dará em consonância ao princípio da unidade de tesouraria, cerceando-se a fragmentação para o surgimento de caixas especiais.⁷⁸

Observadas as formas e classificações acerca da execução das receitas tributárias, resta destacar os principais elementos da execução das receitas não-tributárias. Estas, em verdade, colocam-se de maneira muito mais modesta perante a atividade financeira estatal do que as tributárias.

Ainda, por se tratar o lançamento de característica inerente às receitas tributárias, não podemos vislumbrá-lo no momento da análise da execução das receitas não-tributárias.

Desta maneira, pode-se observar que a execução das receitas não-tributárias se dá a partir de duas fases, a arrecadação e o recolhimento, observadas as características precedentemente destacadas.

2.2 – A Execução da Despesa

A realização das despesas tem seu início a partir de seu planejamento e programação, que consubstanciam a fase chamada orçamentação. Em seguida, opera-se a fase de execução da despesa propriamente dita, a qual, mediante gastos reais, envolve a seleção dos fornecedores de bens e serviços, seguindo-se os atos jurídico-administrativos específicos a essa fase.

A execução da despesa é realizada, sobretudo, a partir de um amplo arcabouço de atos de natureza administrativa e financeira. A forma de processamento se relaciona intrinsecamente ao modelo de execução conformado pela Administração Pública, destinando-se ao pagamento das obrigações contraídas, sejam elas de ordem contratual ou convênios celebrados que importem no repasse de valores, bem ainda de despesas derivadas de comando normativo.⁷⁹

Quando a administração decide, dentro de sua larga margem de discricionariedade, que determinada necessidade pública deverá ser atendida mediante a realização de obras, serviços e compras, a execução das despesas consegue-se, via de regra, pela promoção de licitação, que irá ser diversa para cada tipo de atividade.

⁷⁸ SILVA, José Afonso da. **Orçamento-programa no Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 332.

⁷⁹ NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Curso de direito financeiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 129.

A licitação representa o procedimento administrativo, que se impõe em nome da moralidade pública, no sentido de que a aquisição de bens, bem como a adjudicação de serviços sempre devem ser precedidas em de consulta e oferta a sociedade, visando-se o menor preço e a maior qualidade para a administração.⁸⁰ Nesse sentido, assevera Hely Lopes Meirelles que:

Licitação é procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse, inclusive o da promoção do desenvolvimento econômico sustentável e fortalecimento de cadeias produtivas de bens e serviços domésticos. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos. Tem como pressuposto a competição.⁸¹

O procedimento licitatório culminará com a escolha do licitante que melhor atender aos requisitos pré-fixados pela administração, firmando-se uma determinada modalidade de contrato, por exemplo, contrato de prestação de serviço, compra e venda, entre outros.

A partir dessa escolha, é promovida a contratação, e o adjudicatário se compromete a executar o objeto da licitação (fornecimento, obra, serviço) e, em contrapartida, a Administração paga-lhe o preço na forma ajustada. É da necessidade de se pagar o contrato entabulado, que surge a despesa pública e, por conseguinte, uma relação jurídica de direito financeiro.⁸²

Conforme anteriormente explicitado, o processamento das despesas até a sua execução é iniciado por procedimentos administrativos prévios. Nesse ínterim, à luz dos artigos 58 a 70 da Lei 4320/64, sucedem-se quatro diferentes fases: o empenho, a liquidação, a ordem de pagamento e o pagamento propriamente dito.

O empenho consiste na reserva de recursos na dotação orçamentária inicial ou no saldo existente para garantir a fornecedores, executores de obras ou prestadores de serviços pelo fornecimento de materiais, recursos aptos a suportar a obrigação assumida. Tal ato jurídico administrativo reduz e especifica a determinado item orçamentário a quantia necessária a sua efetivação o que permitirá à unidade

⁸⁰ TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 19. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 197.

⁸¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Curso de Direito Administrativo Brasileiro**. 36. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores LTDA. 2010. p. 283.

⁸² SILVA, José Afonso da. **Orçamento-programa no Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.p. 335.

orçamentária o acompanhamento constante e prolongado da execução do orçamento.⁸³

Na redação do próprio artigo 58 da Lei nº. 4320/64, “o empenho de despesa é o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição”. Este ato administrativo pode ser materializado mediante a emissão de um documento denominado nota de empenho, que, nos ditames do diploma em comento, deverá indicar o nome do credor, a especificação e a importância da despesa, bem como a dedução desta do saldo da dotação própria.

Efetuada o empenho, segue-se a fase de liquidação da despesa, a qual consiste na verificação do direito adquirido pelo credor, mediante a análise dos títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.

O objetivo precípuo dessa verificação reside em apurar a origem e o objeto do que se deve pagar; a importância exata a pagar; e a quem se deve pagar a importância com vistas a extinguir a obrigação. Assim, pode-se afirmar que esta fase garante o vislumbre da legitimidade e da importância da despesa empenhada.

Desta fase emerge a diferenciação entre as despesas processadas e não processadas. Nas palavras de José Afonso da Silva:

a) Constituem despesas processadas aquelas referentes ao fornecimento de material, execução de obra ou prestação de serviço que já tenha verificado até a data do encerramento do exercício financeiro, bem como as de transferências em favor de entidade pública ou privada, legalmente empenhada e não paga dentro do exercício (art. 4º, §1º), b) são despesas não processadas as que, empenhadas, estejam na dependência da apuração do fornecimento de material, execução da obra ou prestação do serviço (art. 4º, §2º).⁸⁴

Válido ressaltar que as despesas processadas não se confundem com as despesas realizadas. Isto porque as despesas processadas prescindem da efetiva realização, que se opera pelo pagamento; já as despesas realizadas contemplam todos os estágios da execução da despesa, quais sejam o empenho, a liquidação e o pagamento.⁸⁵

⁸³ HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 54.

⁸⁴ SILVA, José Afonso da. **Orçamento-programa no Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.p. 336.

⁸⁵ SILVA, José Afonso da. **Orçamento-programa no Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.p. 336.

Uma vez empenhadas, bem como liquidadas as despesas, nasce para o autor o direito de receber a contraprestação estatal contratualmente prevista. Para tanto, é elaborada a ordem de pagamento, que consiste num despacho da autoridade competente, determinando que a despesa seja paga. Por derradeiro, vislumbra-se o pagamento das despesas, que é efetuado pelas tesourarias ou estabelecimentos bancários autorizados, a partir da ordem de pagamento.

Outra importante forma de execução das despesas é aquela relativa aos pagamentos dos débitos oriundos de condenação judicial, na qual algum ente federativo resta como sujeito passivo da demanda. Os pagamentos dos débitos dessa natureza devem se operar nos ditames do artigo 100 da Constituição. Para tanto, devem ser requisitados pelo presidente do tribunal que proferiu a decisão exequenda, mediante a expedição de precatório a ser inserido pela entidade política devedora, na ordem cronológica constitucionalmente determinada.⁸⁶

Caso não haja recursos suficientes para que o executivo indique a abertura de créditos adicionais, não pode ser compelido a fazê-lo, tendo em conta que nenhuma lei pode exigir mais do que permitido pelo ordenamento jurídico.⁸⁷

2.3 – Fiscalização e Controle exercidos sobre a Execução do Orçamentária

A Constituição Federal, em seu título IV, capítulo I, seção IX, prevê a “Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária”. O artigo 70, que inaugura a referida seção, dispõe que:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia das receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, referidas pelo dispositivo em comento, é exercida pelo Congresso Nacional e pelo controle interno de cada um dos poderes.

⁸⁶ HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 55.

⁸⁷ HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 55.

A fiscalização contábil é aquela que se opera através dos registros contábeis, dos balanços, da escrituração sintética, da análise e interpretação dos resultados econômicos e financeiros.

Ao controle exercido sobre aspectos específicos de economicidade e eficiência de programas específicos implementados pelo governo, dá-se o nome de fiscalização operacional.

Já a fiscalização patrimonial é realizada com o intuito de avaliar, mediante contabilidade ou inspeções, a situação e alterações produzidas no decorrer do tempo sobre os bens móveis e imóveis que constituem o patrimônio público.

Por fim, temos fiscalização financeira que tem por objeto o controle das arrecadações das receitas e a realização das despesas, resguardando estreita relação com a fiscalização orçamentária que visa, através da contabilidade, das análises e verificações, mensurar o nível de concretização das previsões constantes na lei anual.⁸⁸

Na Constituição Federal, para além das modalidades de fiscalização anteriormente expostas, faz-se menção às expressões “controle interno” e “controle externo”. Vislumbrados sob a ótica do constitucionalismo moderno, esses controles se pautam de maneira sistêmica, sendo exercidos de maneira integrada e harmoniosa Legislativo e o Tribunal de Contas, o Executivo e o Judiciário, cada qual nos limites previamente traçados.⁸⁹

O sistema interno de controle, previsto pelo artigo 74 da constituição é atribuído aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, para que estes apurem eventuais irregularidades ocorridas em suas instâncias. Já no sistema externo, erigido à luz dos artigos 70 a 73 da Constituição Federal, há o controle integrado e *vis-à-vis* entre os diversos órgãos, devendo o Tribunal de Contas fiscalizar não só os atos do Executivo, mas também a gestão financeira do Judiciário e do Legislativo, ao passo que também é controlado pelo Legislativo e pelo Judiciário.

Nos termos do parágrafo único do artigo 70, a extensão dessas formas de controle se propala diante de toda e qualquer “pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e

⁸⁸ TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 19. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 202-203.

⁸⁹ TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 19. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 204.

valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária”.

Para além dos sistemas de controle interno e externo, da análise Lei Fundamental, em seu artigo 74, §2º, igualmente exsurge uma diferente modalidade de controle, o qual pode ser exercido por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato, com o fito de denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União. Essa modalidade de controle se denomina controle social.

O controle social ou controle popular, conforme a inteligência de Ayres Britto, promove a fiscalização do governo pelos particulares, instituições da sociedade civil ou pela coletividade em geral, quanto ao cumprimento dos deveres das autoridades públicas, podendo ser exercido tanto na defesa de interesses particulares, quanto na defesa de interesses coletivos.⁹⁰

Não obstante a existência de diversas modalidades de controle sobre as atividades empreendidas pela Administração Pública no sentido de dar substância ao programa previsto no orçamento, é imprescindível seja incrementado o intercâmbio entre os diversos órgãos da fiscalização. Isto porque, somente por meio da colaboração estreita entre os agentes controladores é que será possível assegurar a gestão pública embasada nos princípios constitucionais que norteiam a administração.⁹¹

Observados quais são as principais modalidades de controle sobre a execução orçamentário, insta realizar breves apontamentos com relação as suas características específicas.

2.3.1 – O Controle Interno

O controle interno, a que se refere a parte final do artigo 70 da Constituição Federal, é aquele implementado por meio de seções, órgãos ou departamentos próprios em que cada Poder exerce a autotutela da legalidade, da eficácia e da

⁹⁰ BRITO, Carlos Ayres. **Distinção entre “controle social do poder” e “participação popular”**. Disponível em [http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/9/docs/doutrinaparcels_06.pdf]. Acesso em: 24.09.2014.

⁹¹ SANTOS, Jair Lima. **O TCU e os controles estatal e social da administração pública**. Revista do Tribunal de Contas da União. v. 34, n. 94, out/dez. 2002. p. 41.

eficiência da gestão financeira, orçamentária e patrimonial.⁹² Trata-se, sobretudo, de controle de natureza administrativa, cujo exercício é feito pelos superiores hierárquicos sobre os funcionários encarregados de executar os programas orçamentários e a aplicação do dinheiro público.⁹³

Tal controle deve ocorrer dentro das estruturas administrativas de cada Poder, não sendo ligado única e exclusivamente ao Poder Executivo, porquanto a Constituição alarga a autonomia administrativa aos demais Poderes, exigindo, em contrapartida, o exercício do controle interno, que tem como uma de suas principais finalidades apoiar o controle externo no exercício de sua missão constitucional.⁹⁴

Os objetivos dessa modalidade de controle restam transcritos pelo artigo 74 da Constituição Federal, que dispõe:

Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

- I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;
- II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;
- III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;
- IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

§ 1º - Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

§ 2º - Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.

Esse sistema, que se reproduz no âmago de cada um dos poderes, pressupõe a conjugação entre uma boa estrutura organizacional e os mecanismos fixados pela administração, definindo-se as responsabilidades pela execução das diversas tarefas, e a conseguinte forma de operacionalização das atividades.⁹⁵

⁹²Efeito prático do efeito dessa autotutela implementada mediante via administrativa pode ser vislumbrado por meio da Súmula 473 do STF, segundo a qual “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”

⁹³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2012. p. 753.

⁹⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2012. p. 753.

⁹⁵ HARADA, Kiyoshi. **Fiscalização financeira e orçamentária e a atuação dos Tribunais de Contas. Controle interno, controle externo e controle social do orçamento**. In: CONTI, José

Conquanto seja um sistema próprio e autônomo, o controle interno se opera de maneira integrada ao controle externo, conforme se pode observar da leitura do inciso IV e do parágrafo único do artigo 74.

Pode-se afirmar que os objetivos primordiais do controle interno são a criação de condições ao bom exercício do controle externo e, ao mesmo tempo, a garantia do “acompanhamento da execução orçamentária mediante a verificação concomitante do ingresso de receitas e despesas, o que, nem sempre é possível pelo controle externo”.⁹⁶

Assim, a nota característica desse sistema é a sua fundamentação no princípio da hierarquia, o qual impõe o dever de controle das autoridades superiores sobre os seus subalternos, no sentido de analisar e rever os atos por eles praticados, sobretudo no que se refere à matéria de execução orçamentária.⁹⁷

Na seara infraconstitucional, o sistema de controle interno resta disciplinado pelos artigos 77 a 80 da Lei 4320/64, contemplando, ainda, a verificação da legalidade da realização das receitas e das despesas, o exame da fidelidade funcional dos agentes da administração responsáveis por bens e valores públicos; bem como a verificação do cumprimento do programa de trabalho expresso em termos monetários e em termos de realização de obras e prestação de serviços.

De outro norte, da leitura dos incisos I e III do artigo 74, poder-se-ia depreender que a avaliação das metas do plano plurianual e do controle das operações de crédito também são funções do Poder Judiciário. No entanto, faz-se patente salientar o caráter interno e auto-referente desse controle, razão pela qual essas incumbências não são típicas do Poder Judiciário, como será posteriormente observado.

2.3.2 – O Controle Externo

Conforme se depreende dos artigos 49, inciso X, e 70 da Constituição Federal, controle externo é aquele que tem por objetivo a apreciação das contas do

Maurício; SCAFF, Fernando Facury. *Orçamentos públicos e direito financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1261-1262.

⁹⁶ HARADA, Kiyoshi. **Fiscalização financeira e orçamentária e a atuação dos Tribunais de Contas. Controle interno, controle externo e controle social do orçamento**. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. *Orçamentos públicos e direito financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1261-1262.

⁹⁷ HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p 112.

chefe do Poder Executivo, o desempenho das funções de auditoria financeira e orçamentária, a apreciação da legalidade dos atos de admissões de pessoal, bem como o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores. Em suma, verifica-se, por meio de tal controle, a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos contábeis, financeiros, orçamentários, operacionais e patrimoniais da administração direta e indireta da União.⁹⁸

Esta modalidade de controle encontra-se adstrita à esfera de atribuições do Poder Legislativo, cabendo, na esfera federal, ao Congresso Nacional; na esfera estadual, à Assembléia Legislativa dos Estados; à Câmara Legislativa, no Distrito Federal; e às Câmaras Municipais, nos Municípios. Para tanto, o Poder Legislativo conta com o crucial auxílio do Tribunal de Contas.

Tendo em conta a atribuição do Poder Legislativo para a sua realização, pode-se afirmar que o controle externo consiste na atuação fiscalizadora do povo, através de seus representantes, sobre a administração financeira e orçamentária, razão pela qual possui um caráter notadamente político.

Apesar de ser um controle de caráter político, sujeita-se à prévia apreciação técnico-administrativa do Tribunal de Contas, que se trata de um órgão técnico, cujas decisões, de natureza administrativa ou extrajudicial⁹⁹, não podem ser concebidas enquanto jurisdicionais, em que pese a redação artigo 71, inciso II, da Constituição Federal.¹⁰⁰

A atuação do Tribunal de Contas em cada uma das unidades federativas não se restringe a prestar auxílio à atividade de controle externo empreendida pelo Poder Legislativo, tendo o referido órgão diversas atribuições próprias que lhe foram atribuídas pela Constituição Federal, previstas nos incisos do artigo 71.

⁹⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2012. p. 754.

⁹⁹ Osvaldo Rodrigues de Souza, analisar a natureza das decisões do TCU, entende que as decisões emanadas da Corte de Contas constituem-se títulos executivos extrajudiciais, ante a taxatividade da enumeração dos títulos executivos judiciais, no art. 584 do Código de Processo Civil.(SOUZA, Osvaldo Rodrigues de. **A força das decisões do Tribunal de Contas**. Brasília: Brasília Jurídicas, 1998. p. 41-42).

¹⁰⁰“Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;”

Sem embargo à incisiva importância do controle externo, o controle de legalidade exercido não pode chegar ao ponto de enclausurar o agente público, subtraindo-lhe completamente o seu poder discricionário, que é inafastável à Administração. Isto porque, em determinadas ocasiões, é imprescindível a análise do administrador acerca da melhor decisão aplicável ao caso concreto.¹⁰¹

2.3.3 – O Controle Social

O controle social ou controle privado, mecanismo de manifestação de cidadania ativa, é exercido por meio da participação popular soerguendo-se como forma de expressão da democracia direta. De acordo com o artigo 74, §2º, da Constituição Federal, “qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União”.

No que se refere a este dispositivo, apesar de constar em sua redação a expressão “na forma da lei”, a ausência de prévia regulamentação acerca do exercício desse direito não pode restringir a atuação dos cidadãos na esfera do controle e fiscalização da execução orçamentária. Isso porque, por força do artigo 5º, inciso XXXIV, da Constituição Federal, é assegurado a todos os cidadãos o direito de petição aos poderes públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder.¹⁰²

O controle social trata de inequívoco instrumento de exercício de cidadania, tendo em conta que permite a participação popular na execução dos programas propostos pelo Executivo e aprovados pelo Legislativo. Nas palavras de Jair Lima Santos, “a dimensão da cidadania está ancorada na ‘participação na esfera pública’, sendo que a possibilidade de participação direta no exercício do poder político confirma a soberania popular como elemento essencial da Democracia”.¹⁰³

Tal controle não se apresenta enquanto poder político, mas enquanto direito subjetivo do cidadão, na medida que é dirigido a existência de normas preexistentes,

¹⁰¹ HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 114-115.

¹⁰² HARADA, Kiyoshi. **Fiscalização financeira e orçamentária e a atuação dos Tribunais de Contas. Controle interno, controle externo e controle social do orçamento**. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. *Orçamentos públicos e direito financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1271.

¹⁰³ SANTOS, Jair Lima. **O TCU e os controles estatal e social da administração pública**. Revista do Tribunal de Contas da União. v. 34, n. 94, out/dez. 2002. p. 25.

não propondo a existência de novas regras jurídicas.¹⁰⁴ De outro norte, a ação popular é a atuação do povo no âmbito de sua soberania, decidindo, ao lado do Estado, as medidas a serem implementadas pela Administração. Dessa forma, apesar da diferenciação entre controle social e participação popular, pode-se afirmar que são conceitos que se complementam e se interpenetram.¹⁰⁵

O controle social, dessa forma, manifesta-se por iniciativas individuais ou coletivas dos cidadãos, pela participação em audiências públicas e por meio de órgãos colegiados. Para Ana Carla Bliacheriene, no que se refere ao controle das contas públicas, o exercício do cidadão poderá se dar de diferentes maneiras, quais sejam:

(a) ação popular, permitida a qualquer cidadão; (b) ações nominadas e inominadas, vinculadas ao interesse de agir da parte; (c) representação ao MP; (d) representação aos Tribunais de Contas. Poderá, também se dar por meio da participação popular, como um controle prévio das escolhas públicas nos mecanismos variados de orçamento público.¹⁰⁶

Ademais, outros elementos igualmente militam em favor do controle social: os implementos garantidos pela Lei de Responsabilidade Fiscal, a qual trouxe a transparência como um de seus principais alicerces. Tal Lei é fundamental para que a sociedade possa acompanhar e participar da gestão dos recursos públicos, evitando a realização de inúmeros desvios.

Ainda, por meio de uma gestão transparente e planejada, há a prevenção de riscos capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas. A Lei Complementar nº. 101/2000, em seu artigo 48, concebe como instrumentos de transparência da gestão fiscal: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos.

Esses instrumentos, em conjunto com as modalidades de controle sobre a execução do orçamento público, sejam elas internas ou externas, garantem, sem

¹⁰⁴ BRITO, Carlos Ayres. Distinção entre “controle social do poder” e “participação popular”. Disponível em [http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/9/docs/doutrinaparcels_06.pdf]. Acesso em: 24.09.2014.

¹⁰⁵ BLIACHERIENE, Ana Carla. **Fiscalização financeira e orçamentária: controle interno, controle externo e controle social do orçamento**. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. *Orçamentos públicos e direito financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1231.

¹⁰⁶ BLIACHERIENE, Ana Carla. **Fiscalização financeira e orçamentária: controle interno, controle externo e controle social do orçamento**. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. *Orçamentos públicos e direito financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1231.

sombra de dúvidas, melhora na gestão dos recursos ao momento da execução das despesas públicas e a conseguinte satisfação dos princípios gerais da administração, sobretudo da moralidade e da eficiência.

CAPÍTULO III – O CONTROLE JUDICIAL SOBRE A EXECUÇÃO DO ORÇAMENTO PÚBLICO

3.1 - A Judicialização das questões políticas e orçamentárias

Nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal, e o Judiciário como um todo, têm exercido ativo papel na fixação e realização das políticas públicas, o que denota, sem dúvida, uma incisiva fluidez na fronteira entre a política e a justiça no atual cenário jurídico. Diversas questões de larga repercussão social e política tem sido decididas pelo Poder Judiciário, em detrimento do Congresso Nacional e do Poder Executivo. A redesignação dos diversos papéis cumpridos por cada um dos Poderes tem sido chamada de Judicialização das políticas, que envolve a transferência de poder para juízes e tribunais.¹⁰⁷

Para se analisar de maneira satisfatória a atuação do Poder Judiciário brasileiro, há que se compreender o momento do constitucionalismo em que ela se insere. Nesse sentido, Luís Roberto Barroso afirma que:

O novo direito constitucional brasileiro, cujo desenvolvimento coincide com o processo de redemocratização e reconstitucionalização do país, foi fruto de duas mudanças de paradigma: a) a busca da efetividade das normas constitucionais, fundada na premissa da força normativa da Constituição; b) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional, baseada em novos métodos hermenêuticos e na sistematização de princípios específicos de interpretação constitucional. A ascensão política e científica do direito constitucional brasileiro conduziram-no ao centro do sistema jurídico, onde desempenha uma função *filtragem constitucional* de todo o direito infraconstitucional, significando a interpretação e leitura de seus institutos à luz da Constituição.¹⁰⁸

O primeiro passo no sentido da Judicialização foi a redemocratização do país, sob a égide da Constituição Federal de 1988. Os poderes do Judiciário, que haviam sido tolhidos pela ditadura militar, foram reconquistados com a inauguração da nova ordem democrática, fazendo com que reassumisse seu importante papel na defesa dos preceitos constitucionais. Semelhante evolução institucional se deu no Ministério

¹⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Disponível em [HTTP://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf](http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf). p. 1.

¹⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós modernidade, teoria crítica e pós-positivismo).** In: BARROSO, Luís Roberto(org). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas.* São Paulo: Renovar, 2011. 1-48. p. 47

Público e na Defensoria Pública, consolidando-se a redemocratização brasileira também por meio de suas diversas instituições.

Mas os adventos e evoluções trazidos por nossa Lei Fundamental não se restringiram às supramencionadas consolidações institucionais. A Constituição Federal de 1988 também fixou inúmeras garantias que haviam sido olvidadas nas constituições anteriores, promovendo uma previsão analítica e ambiciosa, o que possibilitou o aumento da atividade do Poder Judiciário.¹⁰⁹

Muito próximo da judicialização, porém com outro significado, resta o fenômeno do ativismo judicial. No entanto, enquanto aquela decorre de uma circunstância criada pelo espectro constitucional brasileiro, que concedeu maior amplitude ao Poder Judiciário na tomada de suas decisões; o ativismo judicial se consubstancia em uma escolha específica e proativa do magistrado acerca da interpretação constitucional.¹¹⁰

Nesse sentido, para Luís Roberto Barroso:

A idéia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.¹¹¹ – g.n.

Dentro das formas de atuação dos magistrados, talvez a hipótese de ativismo judicial mais aventada hoje em dia seja aquela que se refere aos casos de concessão de medicamentos e terapias, mediante decisão judicial. Em alguns desses casos, muito embora alguns tratamentos não estejam previstos na lista do Ministério da Saúde por serem experimentais, ou disponíveis somente no exterior, propalam-se ao longo do território nacional inúmeras decisões que os concedem.

¹⁰⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Disponível em [HTTP://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf](http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf) p. 4.

¹¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Disponível em [HTTP://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf](http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf) p. 4.

¹¹¹ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Disponível em [HTTP://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf](http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf) p. 6.

No entanto, um fator que muitas vezes não é levado em consideração por essas decisões é a ingerência por elas causada no orçamento. É o caso das decisões com impactos na alocação dos recursos, atividade essa de competência do Poder Executivo, e que se conforma a partir de um amplo conjunto de estudos e análises técnicas a fim de implementar as políticas públicas.

A justicialidade das alocações orçamentárias ainda é uma temática pouco investigada no direito nacional. A principal controvérsia desse tema decorre da dificuldade em se saber se a proteção a determinado direito fundamental assegura ao Judiciário legitimidade para alterar as alocações orçamentárias.

Os direitos fundamentais são aqueles inerentes à pessoa humana, sendo eles inalienáveis e imprescritíveis, possuindo eficácia contra terceiros e que estão declarados de maneira não exaustiva na Constituição Federal. Nas palavras de Ricardo Lobo Torres:

Os direitos fundamentais tem relação profunda e essencial com o orçamento público. Dependem, para a sua integridade e defesa, da saúde e do equilíbrio da atividade financeira do Estado, ao mesmo tempo em que lhe forem o fundamento da legalidade e da legitimidade. Os direitos fundamentais se relacionam com os diversos aspectos das finanças públicas.¹¹²

Essa inter-relação entre os direitos fundamentais e o orçamento terá diversas consequências, se vislumbrada por diversos pontos de vista. Isto é, a autoridade do orçamento público frente à intervenção do poder judiciário será diretamente proporcional à concepção da amplitude de aplicabilidade dos direitos fundamentais. Nesse sentido, como ressalta Harrison Ferreira Leite, existem algumas hipóteses que se conseguem à variação dessa amplitude:

a) ampla discricionariedade do Executivo em alocar os recursos públicos de acordo com o seu plano de governo, de modo que, por ser a alocação tema político, descabe qualquer controle judicial; b) ampla intervenção judicial na proteção de direitos fundamentais, independente dos reflexos orçamentários; c) restrita atuação judicial na proteção de direitos que envolvem reflexos orçamentários, exceto naqueles casos em que o percentual definido legalmente não esteja sendo observado; d) moderada atuação judicial em todos os direitos fundamentais, desta feita, quanto aos meios de sua proteção, respeitados, em todos os casos, os limites

¹¹² TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. vol. V – O orçamento na Constituição. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 499.

orçamentários estabelecidos; e) restrita atuação judicial, não sendo possível qualquer decisão com reflexos orçamentários.¹¹³

Ao analisarmos as supramencionadas hipóteses, facilmente podemos observar que as teses extremas não merecem prosperar: por um lado, não se pode crer que haja plena discricionariedade orçamentária em detrimento da aplicação dos direitos fundamentais; por outro, não se pode defender a proteção de todo e qualquer direito, sem que haja uma determinada reserva quanto aos recursos destinados a sua satisfação. No entanto, quando a satisfação de determinado direito se faz imprescindível, de maneira a ensejar a realocação de recursos previstos no orçamentos, exsurge o principal debate no âmbito doutrinário e jurisprudencial.

A Constituição Federal, apesar de prever inúmeros direitos fundamentais, em momento algum fixou seus conteúdos, razão pela qual determinar-se que um ou outro direito merece guarida da atividade estatal presume um árduo trabalho cognitivo. Por isso, é fundamental que sejam traçados os parâmetros de atuação do Poder Judiciário para atenuar a tensão entre as políticas públicas e a efetividade de direitos fundamentais e em que sentido o orçamento participa dessa celeuma.

Não se pode olvidar que, conquanto seja possível a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas, com o intuito de efetivar os direitos fundamentais, esta função também é atribuída aos Poderes Executivo e Legislativo, talvez até de maneira muito mais típica.

A satisfação de direitos fundamentais presume a realização de gastos que nem sempre encontram-se disponíveis ao administrador. Dessa forma, caso haja necessidade de realizar determinada prestação, e concebendo determinado direito como fundamental e passível de realização pelo Estado, deve-se investigar qual a melhor forma de realizar a alocação de recursos, com o intuito de se atingir o melhor interesse da nação.

3.1.1 – A atuação judicial e a intangibilidade dos custos emergentes das suas decisões

A Constituição de 1988, que leva a alcunha de Constituição Cidadã, tem como a nota característica a concessão de inúmeras garantias e previsão de

¹¹³ LEITE, Harrison Ferreira. **A autoridade da lei orçamentária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 135.

diversos direitos. O Judiciário, sob a égide de uma Constituição que garante os mais variados direitos, se viu no dever fazer cessar o desrespeito da ordem constitucional, principalmente, quando da realização de políticas públicas.¹¹⁴

Por essa razão, têm sido proferidas inúmeras decisões irracionais do ponto de vista financeiro, sendo um exemplo aquelas que determinam o pagamento pelo governo de um tratamento extremamente caro no exterior, fazendo com que o Estado arque não só com os custos do tratamento, mas também com os custos das passagens e estadia do cidadão doente e de seus familiares.¹¹⁵

Nesse sentido, a fim de embasar a referida forma de agir, observa-se que boa parte da doutrina defende a impossibilidade dos problemas de caixa serem guinados à obstáculos da efetivação dos direitos fundamentais sociais. Isso porque, nessa linha, submeter a realização desses direitos à existência de “caixas cheias” do Estado importaria na redução da eficácia desses direitos, o que representaria uma incisiva frustração da vontade constituinte.¹¹⁶

Sustenta-se também que a previsão orçamentária não pode ser limite à decisão judicial, já que “a necessidade de previsão orçamentária para a realização de despesas públicas é regra dirigida essencialmente ao administrador, não ao juiz, que pode deixar de observar o preceito para concretizar outra norma constitucional, através de uma simples ponderação de valores”.¹¹⁷

Não se há de discutir que as decisões judiciais podem alcançar despesas públicas. Todavia, existem situações em que o Judiciário intervém no orçamento de forma incongruente à Constituição. Isto ocorre quando, sob a alegação de proteção de direitos, ele obriga o ente público a cumprir obrigações incisivamente onerosas e não previstas em seu programa, sendo que o único meio para haja tal cumprimento é o rearranjo das alocações orçamentárias.¹¹⁸

¹¹⁴ Conforme se manifestou o Ministro Marco Aurélio de Mello no seu voto perante o RE, 150.764-1-PE, “Senhor Presidente, não me preocupa o problema de caixa do erário, como também não preocupa os demais ministros que integram essa corte. Preocupa-me, sim, a manutenção da intangibilidade da ordem constitucional”.

¹¹⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal. Mandado de Segurança nº. 74104/DF. Relator: Antonio Sávio de Oliveira Chaves. Brasília, 11 de junho de 2003. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/index.php?secao=DF>. Acesso em 28/09/2014.

¹¹⁶ CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 298-299.

¹¹⁷ LIMA, George Marmelstein. **Efetivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais**. Dissertação de Mestrado. Fortaleza, 2005. Disponível em www.georgemlima.blogspot.com.

¹¹⁸ LEITE, Harrison Ferreira. **A autoridade da lei orçamentária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p 140.

Essa forma de agir pode trazer resultados infaustos, tanto para o Estado, quanto para a credibilidade do aparato Judiciário. Nesse sentido, adverte Luis Roberto Barroso que:

O sistema, no entanto, começa a apresentar sintomas graves de que pode morrer da cura, vítima do excesso de ambição, da falta de critérios e de voluntarismos diversos. Por um lado, proliferam decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis – seja porque inacessíveis, seja porque destituídos de essencialidade –, bem como de medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas(...). Diante disso, os processos terminam a acarretar superposição de esforços e defesas, envolvendo diferentes entidades federativas e mobilizando grande quantidade de agentes públicos, aí incluídos procuradores e servidores administrativos. Desnecessário enfatizar que tudo isso representa gastos, imprevisibilidade e desfuncionalidade da prestação judicial.¹¹⁹

A excessiva judicialização das atividades empreendidas pelo governo, bem como da alocação de recursos, funções de caráter político, passaram a ensejar o seguinte questionamento: a quem cabe decidir?

Por um lado Judiciário vem, reiteradamente, avocando para si este papel; por outro, o Executivo tem defendido veementemente o argumento de que é ele o órgão apto a fazer decisões financeiras e orçamentárias, no que se refere à alocação dos recursos. De todo modo, é imprescindível se avaliar até que ponto o Judiciário pode decidir o nível de proteção dos direitos a serem efetivados, bem como se, em conjunto aos direitos, os seus custos também devem ser objeto de avaliação judiciária.

Essa intervenção, ocorre, muitas vezes sobre as políticas públicas traçadas pela Administração. A fim de sanar a dúvida muitas vezes gerada pela polissemia do termo “política pública”, válido citar os ensinamentos de Maria Paula Dallari Bucci:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento processo de governo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivo socialmente relevantes e politicamente determinados.¹²⁰

¹¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em [HTTP://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf](http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf) p. 12-13.

¹²⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito**. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 39.

A intervenção do Judiciário em políticas públicas, conforme anteriormente destacado, é dotada de um caráter histórico. Na época da ditadura, quando o Executivo e o Legislativo eram pouco confiáveis, o cidadão não poderia se submeter a tamanha ausência de segurança, sobretudo no que se refere a realização de direitos fundamentais.

A visão do Judiciário enquanto Poder ativo na proteção dos direitos humanos, mesmo que à luz de uma nova sistemática constitucional, ainda subsiste na presente conjuntura. Apesar de superado o período ditatorial, ainda resta uma incisiva desconfiança frente às decisões políticas, razão essa que explica a lógica ativista Judiciário, o qual resguarda para si a prerrogativa da imparcialidade. Isto é, afirma-se como um órgão que, em tese, tem o agir livre dos vícios do interesse pessoal que outros órgãos podem vir a ter. Por essa razão, o Judiciário, munido de seu prestígio enquanto órgão imparcial, ganhou paulatinamente a capacidade de dizer a Constituição nas mais variadas matérias.

No entanto, desse poder atribuído ao Judiciário, exsurtem diversos conflitos em torno de seus limites, uma vez que impõe obrigações aos ramos eleitos que extrapolam a competência jurisdicional constitucionalmente atribuída. É a essa intervenção superior aos limites tipicamente fixados ao judiciário que se denomina “ativismo judicial”. Trata, pois, da atividade empreendida pelo Judiciário, quando se propõe a proteger os direitos fundamentais, imiscuindo-se na esfera das resoluções das questões de políticas sociais, o que acarreta, muitas vezes, inconsistência nas decisões judiciais dadas.¹²¹

Para alguns autores, tal agir, a despeito de visar ao cumprimento de direitos fundamentais, em determinada escala, pode importar no inadvertido descumprimento do pacto constitucional. Como bem expressa Harrison Ferreira Leite, “O pacto constitucional, pacto político fundamental, passa a ser um pacto com o Judiciário, e não com o Legislativo ou o Executivo. Só o Judiciário fiscaliza e dá a última palavra sobre o nível de atuação efetiva para a proteção dos direitos fundamentais”.¹²²

¹²¹ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em [HTTP://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf](http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf) p. 6.

¹²² LEITE, Harrison Ferreira. **A autoridade da lei orçamentária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.p. 145

A concretização dos direitos fundamentais é, sem dúvida, atribuição concorrente dos três Poderes. Não obstante a função do Judiciário enquanto instância última de tutela dos direitos, deve haver equilíbrio entre os Poderes, conforme delimitado pela própria Constituição Federal.¹²³

Ora, se Constituição, em seu plexo de normas referentes à proposição e execução do orçamento, fixou que este deveria ser proposto pelo Executivo, aprovado pelo Legislativo, e executado pela Administração Pública, deve haver grandes ressalvas ao indiscriminado e irresponsável menoscabo de tais determinações.

3.1.2 – A atuação judicial no controle das políticas públicas assecuratórias dos direitos sociais

Os direitos *prima facie* podem ter diferentes níveis de proteção, sejam eles civis, políticos ou sociais. Destarte, faz-se patente saber o nível determinado ou idealizado pelo legislador, havendo casos em que a mínima satisfação desses direitos é suficiente ao caso concreto.¹²⁴ Todavia, fixar quais são esses direitos de satisfação mínima, que presumem ao mesmo tempo prestações estatais positivas, bem como omissões, e o seu conteúdo, trata-se de uma tarefa complexa, cabendo ao judiciário compreender e fixar o grau de atuação estatal quando há norma jurídica apta a suportar tal exigência.¹²⁵

A atuação judicial, nesse sentido, tem como objetivo analisar os casos em que determinado ato da administração durante a execução do orçamento se consubstanciou de maneira arbitrária ou discriminatória, impedindo o acesso a determinada política. Nesta senda, a atuação do Poder Judiciário se dará para de realizar o direito fundamental ao qual a política pública se destina.¹²⁶

Um ponto central quando se trata do controle judicial das políticas públicas é a amplitude e conteúdo dos direitos sociais, porquanto é a partir desse conceito que

¹²³ LEITE, Harrison Ferreira. **A autoridade da lei orçamentária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.p. 145.

¹²⁴ LEITE, Harrison Ferreira. **A autoridade da lei orçamentária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.p. 157.

¹²⁵ TORRES, Rizado Lobo. **O mínimo existencial e os direitos fundamentais**, Revista de Direito Administrativo 177:29-49, 1989. p. 32.

¹²⁶ LEITE, Harrison Ferreira. **A autoridade da lei orçamentária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011p. 157.

se motiva a atuação mais aguerrida dos magistrados, voltada para a intervenção nas políticas públicas delineadas pelo Executivo.

Os direitos sociais restam positivados no artigo 6º da Constituição Federal, segundo o qual, “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Nas palavras de José Afonso da Silva,

[...] podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou imediatamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício da liberdade.¹²⁷

Esses direitos necessitam da atuação direta do Estado para a sua realização, com o fito de reduzir as desigualdades gritantes e atender as exigências essenciais da população. Tratam-se, pois, de direitos a prestações do Estado, em que se buscam meios indispensáveis para a realização das garantias constitucionalmente previstas, que se opera mediante o fornecimento de um bem ou prestação de serviço.

Nesse sentido, conforme aponta Canotilho, os direitos sociais possuem estreita relação com o próprio princípio democrático, no sentido de que:

O princípio da democracia econômica e social contem uma importância obrigatória dirigida aos órgãos de direção política (legislativo, executivo) no sentido de desenvolverem uma atividade econômica e social conformadora, transformadora e planificadora das estruturas socioeconômicas, de forma a evoluir-se para uma sociedade democrática (cfr. Arts. 2º e 9º). No seu cerne essencial, o princípio da democracia econômica, social e cultural é um mandato constitucional juridicamente vinculativo que limita a discricionariedade legislativa quanto ao se da atuação, deixando porem, uma margem considerável de liberdade de conformação política quanto ao como de sua concretização (cfr. Ac TC 189/80)¹²⁸.

¹²⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. ed. rev. e atual. São Paulo. Malheiros Editores LTDA, 2012. p. 286

¹²⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Teoria da Constituição e Direito Constitucional**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 319.

Uma vez que os direitos sociais podem ser concebidos como um direito de crédito frente ao Estado, aduz-se que são, igualmente, direitos subjetivos, podendo ser reclamados judicialmente. Para Alexy, tratam-se de direitos justiciáveis, na medida que são “direitos do indivíduo frente ao Estado a algo que – se o indivíduo possuisse meios financeiros suficientes e se encontrasse no mercado um oferta suficiente – poderia obtê-los também de particulares”.¹²⁹

A incorporação desses direitos na Constituição Federal importou na superação da lógica de que os direitos existiam apenas para proteger o indivíduo contra as investidas do Estado. Nesse diapasão, o ente estatal não possui somente o dever de se abster de perpetrar abusos, mas também possui responsabilidades pela redução das desigualdades sociais, mediante a criação de meios para o desenvolvimento social individual e coletivo.¹³⁰

Assim, conforme afirma André Puccinelli Júnior, “os direitos sociais guardam duas dimensões: uma teleológica, na medida em que, de forma mais aberta e programática, caracterizam uma das finalidades e objetivos do Estado; e outra positiva, cogente e concreta, determinando aos Poderes Públicos a execução de tarefas através de prestações positivas”.¹³¹

A realização dos direitos sociais presume a composição de um planejamento que será executado mediante a integração de um amplo e heterogêneo conjunto de ações do Estado, sendo, portando, de ordem política. Não obstante se reconheça a obrigação do Estado em garantir direitos de tal natureza, é demasiadamente complexo delimitar a margem de atuação do judiciário nesses casos, bem como os procedimentos a serem adotados.¹³²

Por um lado, deve-se levar em consideração a já mencionada obrigação do Estado em garantir os direitos sociais, por outro, impende ter em conta os casos em que questões fáticas impossibilitam o cumprimento das obrigações impostas pelas normas jurídicas. Logo, depreende-se a necessidade de ponderação entre a

¹²⁹ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 482.

¹³⁰ PUCCINELLI JÚNIOR, André. **A petrificação do direito à saúde – limites e possibilidades**. In: PASSOS, Jaceguara Dantas da Silva; AMARAL, Ana Paula Martins Amaral. *Coletânea de Direito Constitucional*. Campo Grande: Alvorada, 2011. p. 84.

¹³¹ PUCCINELLI JÚNIOR, André. **A petrificação do direito à saúde – limites e possibilidades**. In: PASSOS, Jaceguara Dantas da Silva; AMARAL, Ana Paula Martins Amaral. *Coletânea de Direito Constitucional*. Campo Grande: Alvorada, 2011. p. 84.

¹³² NOVAES, Maria Elisa Cesar. **Decisões judiciais e orçamentos públicos**. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. *Orçamentos públicos e direito financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1070.

obrigação estatal de garantir o direito social e a possibilidade fática de que esse direito seja garantido, devendo ser observado o custo para a realização dos direitos.¹³³

Isso porque os direitos sociais não são acompanhados por cláusulas explícitas que permitem restrições ou promoções, mas tem sua execução designada por meio de políticas públicas. A dificuldade em se definir o conteúdo desses direitos se dá em decorrência da própria intenção do constituinte, que se deu no sentido de deixar aberta a margem de discricionariedade ao administrador, para que este agisse de acordo com a possibilidade financeira existente.¹³⁴

Nesse sentido, como afirma Canotilho, “as concretizações legislativas de direitos derivados a prestações indissociáveis da realização efectiva dos direitos sociais assentam, na prática, em critérios de oportunidade técnico-financeira e política”.¹³⁵

Nesta senda, podemos elencar 2 principais aspectos que norteiam a implementação das políticas públicas para a realização dos direitos sociais: o primeiro é a indefinição do conteúdo dos direitos sociais e o segundo é o dispêndio de recursos públicos para a sua proteção.¹³⁶

Os direitos sociais, bem como a sua proteção, possuem inegável e incisiva importância, porquanto restam inseridos no centro de toda atividade política. Definir o conteúdo desses direitos importa determinar a abrangência de determinada política a ser implementada, já que são elementos coextensivos.

Por essa razão, diferentes concepções acerca dos direitos sociais podem justificar formas distintas de tomar decisões políticas sobre o emprego de recursos escassos. Nas palavras de Harrison Ferreira Leite, quando se trata de determinar o conteúdo dos direitos sociais:

[...] as dúvidas envolvem (i) a possibilidade ou não de se retirar das normas jurídicas uma definição abarcante do seu sentido (definição legislativa) (ii) a análise se o seu conteúdo só seria definido caso a caso, com demarcação flexível (definição judicial), ou, ainda, (iii) a verificação se os ditos direitos só

¹³³ LEITE, Harrison Ferreira. **A autoridade da lei orçamentária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 161.

¹³⁴ LEITE, Harrison Ferreira. **A autoridade da lei orçamentária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 162.

¹³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Teoria da Constituição e Direito Constitucional**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 484.

¹³⁶ LEITE, Harrison Ferreira. **A autoridade da lei orçamentária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 163.

seriam definidos através do alcance das políticas públicas, o que implica em certa maleabilidade na sua extensão (definição executiva – política). Em suma, as incertezas residem na competência para decidir o seu conteúdo e na exigibilidade de satisfação do conteúdo definido.¹³⁷

Dessa forma, observa-se que o cerne do conflito na delimitação do conteúdo dos direitos sociais reside em se definir quem tem a capacidade de dizê-los, tendo em conta que, por opção do constituinte, a Lei Fundamental não exaure todas as possibilidades de sua aplicação.

Obviamente não se pode submeter uma escolha de tamanha importância à mera análise da existência ou não de recursos aptos a serem gastos com tal fim. Os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal não podem ser subjugados a uma mera análise técnico-contábil.

Conforme demonstrado nos capítulos anteriores, a análise das opções definidas no orçamento revestem-se de uma complexidade muito mais profunda. O orçamento presume a apresentação de um programa, em que as políticas não são destinadas a casos pontuais e aleatórios, mas à realização de determinada atividade num intervalo temporal, cujo objetivo é atingir o melhor interesse da sociedade, em atenção a escassez de recursos existentes.

Logo, em atenção a grande abrangência da atividade financeira do Estado, afirma-se que a escassez de recursos existentes para garantir uma determinada política pública, por si só, não possui a capacidade de afastar a atuação do Judiciário, haja vista o envolvimento dos mais diversos direitos correlatos à sua execução.

Outrossim, a circunspeção ao se pautar a intervenção judicial nas políticas públicas se amplia no sentido de que a própria decisão do magistrado irá refletir a sua concepção política individual. Entretanto, acerca dessa atividade, válido expor a questão levantada por Fernando Atria:

Se o dever de um membro de um tribunal constitucional é complementar os conceitos constitucionais de igualdade e liberdade com as *suas próprias concepções*, então todos os conflitos políticos são solucionados pela Constituição assim complementada. Podemos prescindir do Parlamento e pedir aos membros do tribunal constitucional que tomem as decisões por nós.¹³⁸

¹³⁷ LEITE, Harrison Ferreira. **A autoridade da lei orçamentária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 163.

¹³⁸ ATRIA, Fernando. **El derecho y la contingencia de lo político**. Revista Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho . n. 26, 2003.

Nesta senda, a idéia de um Judiciário que efetiva as suas próprias políticas públicas não parece ser defensável. Conquanto tenha fundamental papel na efetivação dos direitos, o Judiciário não possui a aptidão de remanejar recursos destinados a políticas públicas arbitrariamente. A função de garantir os direitos sociais por meio de políticas públicas é atribuída tipicamente ao poder Executivo, atuando o Judiciário sob provocação nos casos em que aquele é omissor.

Ao definir o que entende por saúde, educação, ou outro direito social, o magistrado acaba impondo a execução de determinada política que não se submeteu aos procedimentos comuns de avaliação da viabilidade, graus de alcance e reflexos orçamentários.¹³⁹

Por outro lado, não obstante a posição anteriormente sustentada de que cabe aos órgãos eleitos a determinação do conteúdo dos direitos a serem realizados por meio de políticas públicas, a construção judicial jamais poderá ser completamente afastada. É imprescindível que se estabeleça um diálogo interinstitucional, visando a deliberação mais apurada acerca dos institutos constitucionais vagos.¹⁴⁰

3.1.3 – Pressupostos para o controle judicial das políticas públicas: o mínimo existencial, a reserva do possível e a razoabilidade na elaboração das escolhas

Com vistas às inúmeras celeumas geradas pela intervenção judicial na execução das políticas públicas, a doutrina e a jurisprudência constituíram alguns pressupostos fundamentais para tal atuação. Dentre esses pressupostos, vislumbram-se “a fixação de um mínimo existencial a ser garantida a todo cidadão; a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações reclamadas; e, entre esses dois, o critério da razoabilidade para avaliação da pretensão”.¹⁴¹

¹³⁹ NOVAES, Maria Elisa Cesar. **Decisões judiciais e orçamentos públicos**. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. *Orçamentos públicos e direito financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1070.

¹⁴⁰ LEITE, Harrison Ferreira. **A autoridade da lei orçamentária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 167.

¹⁴¹ NOVAES, Maria Elisa Cesar. **Decisões judiciais e orçamentos públicos**. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. *Orçamentos públicos e direito financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1074.

O conceito de mínimo existencial tem sua existência atrelada a assimilação dos direitos sociais pelos direitos fundamentais, tanto teórica, quanto prática. Em sua origem, pode-se afirmar a existência de algumas premissas: os direitos configurados enquanto sociais seriam também fundamentais, sendo, por conseguinte, plenamente justiciáveis, razão pela qual sua implementação não depende de intermediação dos legisladores.¹⁴²

Todavia, conforme ressalta Ricardo Lobo Torres, o mínimo existencial carece de um conteúdo específico e individualizado, sendo sua essência constituída pelo mínimo da dignidade humana e condições materiais necessárias à existência do indivíduo e ao exercício de sua liberdade, que é vista como liberdade real, não a mera capacidade de ir e vir.¹⁴³

Apesar de sua importância no sentido de delimitar as políticas públicas a serem implementadas, o mínimo existencial tem a sua extensão intrinsecamente coligada ao custo dos direitos. Isto é, a concepção acerca do mínimo existencial sempre deverá ter em conta a capacidade financeira do Estado em função do serviço a ser prestado. Dessa forma, como destaca Maria Elisa Novaes:

[...] evidencia-se a necessidade de concretização mediante a existência de dotação orçamentária, tratando-se de uma questão de sopesamento para a sua realização de forma racional.

Daí surgem o limite – reserva do possível – e o critério para trabalhar a tensão existente entre o pressuposto do mínimo existencial e o limite da reserva orçamentária – razoabilidade.

A concretização de direitos fundamentais depende da disponibilidade orçamentária para tanto. Não basta a previsão normativa para a materialização dos direitos fundamentais, o orçamento público condiciona o atendimento desses direitos. A concessão de medidas judiciais que buscam a efetivação de direitos sociais tem repercussão direta na harmonia orçamentária que sustenta a concessão espontânea de outros direitos fundamentais.¹⁴⁴

A realização das políticas públicas sempre envolve o dispêndio de recursos, variando de acordo com a prestação a ser realizada. A Administração Pública, desta feita, sempre terá de lidar com a dificuldade gerada pela escassez, sendo esse um

¹⁴² NOVAES, Maria Elisa Cesar. **Decisões judiciais e orçamentos públicos**. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. *Orçamentos públicos e direito financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1074.

¹⁴³ TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial e os direitos fundamentais**. In Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 177, 1989. p. 29-32.

¹⁴⁴ NOVAES, Maria Elisa Cesar. **Decisões judiciais e orçamentos públicos**. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. *Orçamentos públicos e direito financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.1076-1077.

dos fatores que possui firme ligação com o embasamento das escolhas políticas a serem feitas.

Por outro lado, como foi destacado anteriormente, os recursos aferidos pelo Estado devem sempre ser vislumbrados como pressupostos para a concretização dos direitos, visando sempre a manutenção do princípio da dignidade da pessoa humana, que, como bem expressa Daniel Sarmiento, "representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico".¹⁴⁵

Portanto, apesar de perfazerem elementos indissociáveis para a realização das políticas públicas, jamais podendo ser desconsiderados, os custos não podem ser o único elemento para fundamentar as decisões políticas, sob pena de se estar omitindo a realização de um dos princípios basilares da ordem constitucional brasileira, qual seja a dignidade da pessoa humana.

A doutrina muitas vezes coloca o conceito de mínimo existencial em oposição ao conceito de reserva do possível. Todavia, como destaca Ana Paula de Barcellos, esses dois conceitos devem, em verdade, se inter-relacionar harmonicamente. Nesse sentido, explica a autora que:

Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir.¹⁴⁶

Dessa forma, Ana Paula de Barcellos afirma que o mínimo existencial, quando associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de

¹⁴⁵ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. 1ª edição – segunda tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 59-60.

¹⁴⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 245-246.

coexistir de maneira simbiótica com a reserva do possível.¹⁴⁷ Vislumbra-se, pois, que a intervenção judicial na execução das políticas públicas, com o intuito de garantir direitos sociais omitidos no orçamento resta condicionada pela reserva do possível, notadamente, sobre dois eixos: “(1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas”.¹⁴⁸

A supramencionada razoabilidade da pretensão trata do fundamento jurídico e fático plausível da ação judicial. Se a intervenção jurisdicional na execução das políticas públicas traz manifestas complicações, não se pode crer que possa ser fundamentada em uma pretensão incerta e dissociada da realização dos princípios fundamentais previstos na Constituição Federal.

De outro norte, conforme ressaltado anteriormente, a execução de políticas públicas voltadas para a realização de direitos sociais tem custos. Quanto maior a amplitude da política pretendida, maior serão os valores despendidos para a sua realização. As decisões judiciais que concedem a tutela de direitos sociais, sejam aferidos de maneira coletiva ou individual, importam em impacto alocativo nas rubricas orçamentárias. Dessa forma, para que sejam efetuadas tais decisões, deve haver disponibilidade orçamentária.

Contudo, a ausência de disponibilidade financeira, bem como a razoabilidade das pretensões deduzidas em face do Poder Público não são as únicas dificuldades geradas pelas decisões judiciais que intervêm na execução orçamentária. Existem diversas outras complicações do ponto de vista teórico e prático inerentes à intervenção judicial na execução do orçamento. Esses imbróglios, bem como possíveis soluções serão o objeto do presente trabalho deste momento em diante.

3.2 – O controle judicial das políticas públicas e os impactos gerados pela intervenção do judiciário na alocação de recursos

¹⁴⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 245-246.

¹⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 45. Relator: Celso Antonio Bandeira de Mello. Brasília, 29 de abril de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br> Acessado em: 2 outubro de 2014.

O tema da alocação de recursos é eminentemente político, porquanto é perpassado pelas prioridades constitucionais, pelo custo de efetivação de serviços, pela escassez de recursos, pela escolha da política pública mais consentânea ao interesse público, entre outros elementos, que são conciliados à luz de métodos notadamente técnicos. Dessa forma, o Judiciário não estaria apto a intervir em tais elementos, com o intuito de rever as alocações expressas no orçamento.

Paulatinamente, a doutrina e jurisprudência passaram a relativizar tamanha autoridade da Lei Orçamentária. O primeiro passo nesse sentido foi a intervenção judicial na execução das receitas. Isto é, a fim de proteger os direitos constitucionalmente garantidos ao contribuinte, o Poder Judiciário passou a se imiscuir na execução das receitas, sobretudo nos casos em que se cria novo tributo ou amplia-se o ônus emergente da obrigação tributária.¹⁴⁹

Posteriormente, em decorrência das razões explicitadas no capítulo anterior, o Judiciário adquiriu a capacidade de intervir, cada vez mais, na execução orçamentária, passando a ter uma postura ativa no controle da malversação de recursos, bem como da legitimidade de determinados projetos e as suas respectivas despesas.¹⁵⁰

As decisões judiciais passaram a tangenciar políticas implementadas, seja na temática da razoabilidade das despesas, seja no controle dos atos administrativos discricionários, ou ainda motivadas por leis de controles de gastos públicos, como é o caso da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Válido ressaltar, nem todas as decisões judiciais aptas a intervir em matéria orçamentária são atípicas ao Poder Judiciário. Quando uma decisão judicial modifica o orçamento em decorrência de controle substancial da norma (declaração de inconstitucionalidade de determinado tributo ou obrigação de cumprir as despesas constitucionalmente vinculadas), não há que se falar em superação dos limites da atividade judicial. Tal intervenção é constitucionalmente protegida, havendo a fixação de parâmetros para a atuação judicial nesse sentido.

Por outro lado, maiores dificuldades são geradas quando, a fim de satisfazer alguma demanda protetiva de direito social, o Judiciário altera a Lei Orçamentária. Isto porque, na Constituição Federal, não houve delimitação e atribuição expressa

¹⁴⁹ TRISTÃO, Gilberto. **Dificuldades na democratização do orçamento público**. Revista de Informação Legislativa. Brasília. Ano 26, n. 104, 1989. p. 130.

¹⁵⁰ TRISTÃO, Gilberto. **Dificuldades na democratização do orçamento público**. Revista de Informação Legislativa. Brasília. Ano 26, n. 104, 1989. p. 130.

da atividade judicial em tais casos. O que resta albergado pela Lei Fundamental é a garantia de apreciação pelo Poder Judiciário em face de lesão ou grave ameaça, nos termos do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Do precedente excogito, aduz-se o caráter *a priori* não justiciável do orçamento, haja vista a dificuldade da Lei Orçamentária elaborada em consonância com a Constituição Federal ser alterada por decisão judicial. Desta maneira, caso alguma decisão judicial determine a alteração do orçamento para realizar alguma política, não poderá ser cumprida, excetuando-se os casos em que esta situação se encontra dentre as hipóteses previstas em lei.

Nesse sentido, válidas as ressalvas expostas por Harrison Ferreira Leite, que comunga de similar entendimento:

Não se está aqui reduzindo as conquistas dos direitos sociais. Para todos eles, principalmente a saúde e educação, não há como um orçamento abandoná-los. Por imposição constitucional ao menos 15% e 25% das receitas dos impostos e transferências constitucionais devem ser-lhes aplicados, respectivamente, pelos Estados, Municípios e Distrito Federal, como preceituam as normas legais. Aos demais direitos, há uma série de programas contemplando-os, de modo a não serem abandonados. O que não pode é haver a proteção dos direitos do modo confabulado e isoladamente pelo Judiciário, pois, inevitavelmente, haverá impacto alocativo, o que é vedado.¹⁵¹

Obviamente, cada decisão judicial proferida será correlata a um caso concreto, trazido a juízo pelas partes. Por essa razão, pode-se depreender de cada uma dessas decisões, uma diferente influência ao momento da execução orçamentária.

Tanto as decisões declaratórias de inconstitucionalidade de um tributo, quanto as condenatórias que impõem obrigação ao Estado determinada por vinculação constitucional, reproduzem reflexos orçamentários ao momento de sua execução. Todavia, Harrison Ferreira Leite observa que essas decisões produzem repercussões diferenciadas no orçamento, propondo uma análise mais aprofundada, em que as divide em decisões configuradoras do orçamento e decisões que repercutem na execução orçamentária.¹⁵²

¹⁵¹ LEITE, Harrison Ferreira. **A autoridade da lei orçamentária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 177.

¹⁵² LEITE, Harrison Ferreira. **A autoridade da lei orçamentária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 179.

As decisões configuradoras do orçamento são aquelas que importam em alteração direta do orçamento, visando conformá-lo às diretrizes normativas criadas para a sua elaboração. Isto é, são decisões que presumem a atuação do Judiciário no sentido do controle orçamentário, alterando-o em função de observância legal ou constitucional, podendo ser uma alteração formal ou material da Lei Orçamentária.

Já as decisões que repercutem na execução orçamentária seriam aquelas que obrigam Estado à alguma prestação, ou que reduzem a sua receita, podendo afetar tanto as receitas quanto as despesas. As decisões que afetam as receitas são, via de regra, direcionadas ao controle de constitucionalidade de tributos, o que enseja a diminuição dos ingressos públicos, repercutindo, por essa razão, na execução do orçamento.

Por outro lado, tem-se as decisões que afetam as despesas, cujo resultado lógico é a alteração da previsibilidade do pagamento proposto pelo Executivo e autorizado pelo Legislativo. Quando uma decisão que altera as despesas é proferida, o impacto orçamentário pode ocorrer de diversas maneiras, observando-se a programação ou não para a execução de tal despesa.

No caso das decisões em que já existe dotação orçamentária prevista para o seu cumprimento, há no próprio ordenamento jurídico métodos de resolução face a eventuais impactos de alocação, por meio de rubrica específica no orçamento destinada a tais despesas, como é o caso das ações de indenização, ações trabalhistas e precatórios requisitórios. Nesses casos, mesmo que não haja recursos previstos para gastos de proporção mais acentuada, o sistema orçamentário constitucional ainda garante mecanismos para resolução de eventual problema.

De outra senda, existem as decisões cujas despesas não restam programadas, de que são exemplo as decisões judiciais que condenam o Estado à realização de determinada prestação, por meio de políticas públicas. Quando ocorre esta modalidade de decisão, o Judiciário molda os gastos públicos de acordo com a sua convicção, intervindo na execução de despesa sem que haja a devida autorização legislativa.

Por não constarem no plano orçamentário, tais decisões normalmente causam incisivo impacto alocativo, de maneira que o orçamento necessita de diversas alterações para atendê-las, importando em revisão da distribuição de recursos em função de efeito induzido pelo julgamento.

No entanto, a grande maioria das decisões proferidas pelos juízos não leva em conta a complexidade gerada pelo impacto alocativo. Ao proferir as sentenças, os magistrados reiteradamente prescindem da análise de temas como a escassez de recursos, discricionariedade alocativa, igual distribuição de recursos, dentre outros temas da ordem fática sobre a execução das políticas implementadas.

Dessa forma, proceder-se-á, neste trabalho, uma análise acerca das diferentes formas de intervenção no orçamento para a realização de políticas públicas, por meio das decisões judiciais, como a jurisprudência tem se manifestado nesse sentido, e quais as soluções propostas pela doutrina. Todavia, antes de adentrar à esfera prática, faz-se patente uma análise de dois óbices práticos que se colocam frente à aludida intervenção, quais sejam os entraves técnicos e jurídicos.

3.2.1. – Entraves Técnicos

As alocações orçamentárias se pautam por análises técnicas pormenorizadas das modalidades de serviços a serem prestados, da forma como devem ser prestados os serviços, bem como da abrangência e dos critérios de distribuição utilizados.¹⁵³ Ante a escassez dos recursos públicos a serem empregados, as alocações pretendidas são elaboradas de acordo com um plexo de opções técnicas avaliadas na esfera executiva, a fim de realizar as despesas da maneira mais consentânea aos ditames constitucionais, dentro das possibilidades financeiras do Estado.

Quando o Judiciário, ao proferir uma decisão, obriga o Estado à determinada prestação em prejuízo de uma política já consolidada, há a desconsideração de toda a análise técnica feita no âmbito da Administração para que fosse conformada a política pública. Todavia, essa decisão proferida em âmbito judicial não se reveste do mesmo caráter técnico e analítico inerente as opções feitas pelo Poder Executivo, que se submeteram à aprovação do Poder Legislativo.

Em verdade, o teor das sentenças proferidas pelo Poder Judiciário versa sobre um caso específico e concreto, que foi trazido por uma determinada parte, sendo este o grau de inteligibilidade do magistrado. O Judiciário, por assim dizer, é

¹⁵³ SILVA, José Afonso da. **Orçamento-programa no Brasil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973, p. 264.

limitado aos fatos que lhe foram disponibilizados durante um litígio, por partes que pretendem influenciar sua decisão, ficando restrito a eles, de maneira que não tem a capacidade de avaliar e refletir sobre toda a complexidade que demanda a alteração da alocação orçamentária.¹⁵⁴

O Poder Executivo, sob uma ótica conjuntural, direciona suas atividades para prestar determinado serviço, dentro de parâmetros que dificilmente serão atendidos pelo Poder Judiciário. Como bem explica Maria Paula Dallari Bucci, “políticas públicas são os programas de ação do governo, para a realização de objetivos determinados, num espaço de tempo certo”.¹⁵⁵ Estes programas, muitas vezes, consubstanciam-se segundo um planejamento de longo prazo, que acaba prejudicado pelas ingerências perpetradas nas decisões judiciais.

Isto porque o Judiciário não tem a capacidade de aferir o padrão suficiente à proteção de cada direito individualmente, dentro de uma conjuntura econômica, não sendo de sua competência avaliar as condições em que alguma despesa deve ser supressa a fim de indicar a que entende ser necessária.¹⁵⁶

A atividade estatal deve ser norteada pelo projeto que melhor atenda as necessidades de toda a população, dentro das possibilidades financeiras refletidas no orçamento. Portanto a concessão pelo Poder Judiciário de uma prestação voltada para um indivíduo ou para um seletivo grupo, em detrimento de toda coletividade, pode gerar resultados infaustos, violando a reserva do possível.¹⁵⁷ Isto porque o reconhecimento de um direito a uma pessoa pode importar a negação de outros direitos às demais, haja vista a falta de recursos aptos a suportar todos esses gastos.¹⁵⁸

¹⁵⁴ LEE, Rex. *Legislative and Judicial Questions*. Harvard Journal Law & Public Politics. vol. 07, 1984, p. 39. Apud. LEITE, Harrison Ferreira. **A autoridade da lei orçamentária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

¹⁵⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. **As políticas públicas e o direito administrativo**. Revista Trimestral de Direito Público. n. 13. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 140.

¹⁵⁶ SCAFF, Fernando Facury. **O jardim e a praça ou a dignidade da pessoa humana e o direito tributário e financeiro**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Porto Alegre. 2006, v. 4, p. 97-110.

¹⁵⁷ De acordo com as próprias considerações feitas na decisão proferida em sede do TJ/RS, “Viola a reserva do possível a pretensão que, se satisfeita, pode gerar um desequilíbrio no sistema jurídico, afetando inclusive o princípio da igualdade material e do Estado Social”. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 7000962245. Relator: Araken de Assis. Porto Alegre, 27 de outubro de 2004. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/site/>. Acesso em: 15 de outubro de 2014.

¹⁵⁸ GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos – direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2005. p. 345.

As escolhas feitas pelo administrador são fundamentadas por diversas avaliações, podendo, como observa Rodrigo Luís Kanayama, ser divididas em escolhas fáceis, difíceis e trágicas. As escolhas fáceis seriam aquelas em que existem recursos suficientes para a realização de determinada política. As escolhas difíceis seriam aquelas feitas diante escassez e insuficiência de recursos, devendo o governo buscar a efetivação das políticas a partir da escolha dos meios menos onerosos. Por fim, tem-se as escolhas trágicas, as quais envolvem a alocação de recursos escassos para atingir um fim dentre todos os possíveis, escolhas essas que acarretarão benefício a um, porém prejuízo aos outros.¹⁵⁹

Diante das escolhas postas ao administrador, existem diversos momentos em que haverá a decisão por uma política que privilegie alguns em detrimento de outros. Todavia, essa escolha não pode ser tida como descumprimento da igualdade formal e material entre os cidadãos, porquanto perfaz atributo de função típica da Administração.

Os recursos disponíveis são escassos, e é papel do governo, por meio da alocação dos recursos, lidar com essa escassez.¹⁶⁰ As decisões judiciais que causam impacto alocativo, muitas vezes prejudicam as escolhas técnicas e racionais feitas pelo administrador, para fins de implementar políticas limitadas a um caso específico, desconsiderando questões conjunturais. É em face desses fatores que se impõe o entrave técnico.

Por outro lado, a tecnicidade da matéria não pode afastar completamente a atividade do Poder Judiciário no que se refere ao controle e exame da execução. Conforme bem ressalta Humberto Ávila:

O que o Poder Judiciário não pode fazer é, sem correspondente comprovação técnica que revele o evidente equívoco do estudo proveniente do Poder competente, substituir simplesmente as premissas adotadas por esse Poder e rever, sem mais, os efeitos que as medidas irão produzir no que concerne à realização das finalidades constitucionais. Isso conduz à conclusão de que quanto mais difícil e técnico for o juízo exigido para o tratamento da matéria, tanto maior será a liberdade de configuração do Poder Legislativo, quer quanto à fixação de premissas de fato, quer quanto à previsão de efeitos futuros da lei.¹⁶¹

¹⁵⁹ KANAYAMA, Rodrigo Luís. **Direito Política e Consenso: a escolha eficiente de políticas públicas**. Tese de Doutorado defendida perante a Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2012. p. 150-152.

¹⁶⁰ AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha: em busca de critérios Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 172.

¹⁶¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 171.

Na ótica do autor, os entraves técnicos não podem, nem devem, afastar por completo a atividade do Poder Judiciário. Todavia, devem ser considerados em sua decisão, de modo que o Judiciário não deve, sem mais nem menos, substituir o Executivo e o Legislativo na alocação dos recursos para a consecução da política pública. Caso a alocação tenha se dado à luz de uma avaliação objetiva e sustentável do material fático e técnico disponível, tendo esgotado as fontes de conhecimento, mais seguro será manter tal decisão, porquanto fundamentada por aparato voltado para tal escolha.¹⁶²

Destarte, a extensão da atuação judicial deve variar de acordo com a complexidade técnica que envolve o tema atacado. Quanto mais técnica for a área do direito a ser protegido, mais diminuta deverá ser a possibilidade de intervenção judicial.

3.2.2 - Entraves Jurídicos

Para além das complicações técnicas colocadas frente à intervenção judicial no plano orçamentário, as normas constitucionais regentes das despesas públicas também impõem entraves para tal atividade. Tais entraves, de natureza jurídica, restam previstos em diversos artigos da Constituição Federal, criando parâmetros e comandos gerais para a sua elaboração, aplicação e alteração, bem como para controle do orçamento. Para Harrison Ferreira Leite, as principais normas que atendem a tal mister, são:

- (i) nada pode ser pago sem autorização orçamentária (art. 167, II, da CF);
- (ii) não pode haver gastos além dos valores orçamentariamente delimitados (art. 167, II, da CF);
- (iii) a desobediência de qualquer das limitações (i) e (ii) constitui crime de responsabilidade (art. 85, VI, da CF);
- (iv) a abertura de créditos adicionais depende de autorização legislativa (art. 167, V, da CF);
- (v) é vedada abertura de crédito suplementar ou especial sem prévia autorização legislativa e sem indicação dos recursos correspondentes (art. 167, VI, da CF);
- (vi) é vedada a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa (art. 167, VI, da CF);

¹⁶² ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 171.

- (vii) é vedado o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual (167, I, da CF);
- (viii) qualquer investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro não poderá ser iniciado sem prévia inclusão no plano plurianual, ou sem lei que autoriza a inclusão, sob pena de crime de responsabilidade (art. 167, § 1º, da CF);
- (ix) o Município sofrerá intervenção do Estado se a) não pagar, sem motivo de força maior, por dois anos consecutivos, a dívida fundada; b) não forem prestadas contas devidas, na forma da lei; c) não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde (art. 35, incisos I, II e III, da CF);e
- (x) o mesmo se dá com a União em relação aos Estados. A União poderá intervir nos Estados para reorganizar as finanças da unidade federal que suspenda o pagamento da dívida fundada por mais de dois anos consecutivos, salvo motivo de força maior (art. 34, V, a), e se o Estado não aplicar o mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente das transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde (art. 34, VII, e).¹⁶³

Ainda na ótica de Harrison Ferreira Leite, existem três objetivos precípuos transcritos por tais normas: o primeiro é a responsabilidade fiscal e adequação dos gastos públicos; o segundo é a manutenção da consonância entre a Lei Orçamentária Anual e o Plano Plurianual; o último desses objetivos reside no cerceamento de alterações orçamentárias sem que haja autorização do legislativo.¹⁶⁴

Insta salientar que a determinação judicial para que o Executivo realize determinado programa pode importar em incisivo constrangimento das diretrizes compostas pelos artigos 48, IV; 167, I, §1º e 165, §4º, porquanto existem programas que só podem ser veiculados por lei, e por conseguinte, devem ser incluídos no orçamento, caso envolvam gastos.

Destarte, uma vez que os programas que envolvem custos dependem de previsão orçamentária, o Judiciário não pode simplesmente instituir um novo programa e obrigar o seu cumprimento. Tal ilação pode, inclusive, ser depreendida a partir da análise dos meios necessários para que o Legislativo esteja apto a promover alterações no orçamento. Isto é, de acordo com o art. 166, §3º, da Constituição Federal, para que haja a alteração dos projetos constantes na própria Lei Orçamentária, o proponente da emenda deve indicar os recursos suficientes a essa reforma.

¹⁶³ LEITE, Harrison Ferreira. **A autoridade da lei orçamentária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 186.

¹⁶⁴ LEITE, Harrison Ferreira. **A autoridade da lei orçamentária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 186.

Analisando os entraves jurídicos a alteração orçamentária por decisão judicial, temos, em verdade, um impasse fundamental: de um lado, restam as inúmeras normas jurídicas que vedam a realização de despesa sem previsão legal; de outro, a decisão judicial que dita uma obrigação factível única e exclusivamente mediante a alteração orçamentária. Diante dessa antinomia, faz-se patente a ponderação para que seja atingida a opção mais consentânea à Constituição Federal. Nesse sentido, a melhor solução a esta controvérsia parece ser a que leva em conta os aspectos técnicos, à luz das disposições constitucionais, para a aplicação das políticas públicas.

Assim, quando a alteração orçamentária necessária ao cumprimento de ordem judicial ocorrer por simples atos do Executivo, sem grandes ingerências no plano orçamentário, maior a viabilidade da referida decisão. De outro norte, se a adequação orçamentária demandar um incisivo rearranjo das alocações orçamentárias, a instituição de novos programas, bem como alterações legais, menor a viabilidade da intervenção judicial.

3.3 – O controle judicial das políticas públicas, as soluções apontadas para o impasse da alocação de recursos e a jurisprudência

Como observado anteriormente, o Poder Judiciário vê a sua atuação na fixação de políticas públicas de certa forma comprometida, porquanto nem o seu corpo funcional, nem os procedimentos judiciais, tem como foco a resolução de problemas como a definição de política pública de saúde, habitação, ou de educação, as quais demandam uma análise sob um prisma técnico e de forma continuada.

Ainda, a partir do princípio democrático, que rege as escolhas orçamentárias, depreende-se que as questões de interesse da sociedade devem ser decididas pelos representantes políticos da população, caso esse que se afasta dos juízes, os quais não são eleitos.¹⁶⁵

No entanto, nas hipóteses em que a alocação de recursos realizada pelo Executivo e aprovada pelo Legislativo comprovadamente não tenha êxito no atendimento dos direitos constitucionalmente previstos, o Judiciário pode intervir na

¹⁶⁵ MAURÍCIO JÚNIOR, Alceu. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias**: a intervenção judicial em políticas públicas. Belo horizonte: Fórum, 2009. p. 226-227.

esfera orçamentária para garantir a realocação dos recursos previstos no orçamento ou, no caso de políticas menos urgentes, para garantir a inclusão na Lei Orçamentária seguinte. Nesse sentido, assevera Régis Fernandes de Oliveira que:

Há, pois que se fazer consideração a propósito da necessidade de que os direitos fundamentais sejam garantidos e não negligenciados pelo órgão governamental. Não pode haver substituição da vontade política pela vontade jurídica do juiz. No entanto, diante de realidades palpáveis e à vista do descumprimento de preceito fundamental por parte do órgão incumbido da implementação das políticas públicas, cabe a intervenção do Judiciário.¹⁶⁶

Dessa forma, com o intuito de proteger a realização do mínimo existencial, é possível a intervenção do Poder Judiciário sobre a execução do orçamento. Mas tal intervenção comumente gera impactos alocativos, porquanto os direitos judicialmente assegurados possuem custos para a sua realização.

Destarte, faz-se patente a busca de alguns critérios aptos a nortear a atuação do Judiciário na revisão das escolhas orçamentárias. Obviamente, a incisiva indeterminação da matéria dos direitos sociais impossibilita a construção de critérios gerais que fundamentem todo e qualquer caso, todavia alguns métodos podem ser empregados de forma a contribuir para a tomada de decisões de modo mais acertado e com menor impacto alocativo.

Nesse sentido Alceu Maurício Júnior aponta para duas diretrizes para nortear a atuação judicial no âmbito das escolhas orçamentárias:

A primeira destaca que, em um Estado Democrático de Direito, os órgãos com representação popular possuem margens de ação que devem ser respeitadas pelo Judiciário, criando uma graduação entre a intensidade do controle judicial e o nível de intervenção de um direito constitucional, proporcional ao grau de certeza sobre as premissas empíricas que justificam a respectiva intervenção ou não realização. A segunda aponta que, mesmo nos casos em que a intervenção nas políticas públicas é indicada, o Judiciário deve adotar uma postura *minimalista*, o que não significa negar a prestação jurisdicional, mas apenas não avançar sobre questões de cujo deslinde não depende a solução no caso concreto, deixando aberta a porta para futuras reflexões no livre jogo político e debate democrático.¹⁶⁷

¹⁶⁶ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. 3a Edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 453.

¹⁶⁷ MAURÍCIO JÚNIOR, Alceu. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias: a intervenção judicial em políticas públicas**. Belo horizonte: Fórum, 2009. p. 227-228.

No sistema brasileiro, as decisões sobre as alocações de recursos são majoritariamente de competência do Poder Executivo. Isto é, tanto a elaboração do projeto de lei orçamentária, quanto a execução do orçamento são atividades atribuídas ao Executivo, devendo ser respeitadas as suas margens de atuação, tanto estruturais, quanto cognitivas.

Para além do respeito às margens de competência, tanto do legislador, quanto do administrador, Alceu Maurício Júnior, propõe que o Judiciário, ao se manifestar sobre um caso concreto envolvendo questões alocativas, deve se restringir a tangenciar o mínimo necessário à resolução da lide.¹⁶⁸

Através da análise da teoria de Cass Sustein, depreendem-se duas principais vantagens de uma atuação consentânea ao “minimalismo judicial” ou “minimalismo decisório”. A primeira delas, corolário da impossibilidade do Judiciário ter uma visão ampla e conjuntural das conseqüências de sua decisão, reside na desnecessidade do magistrado em ter que lidar com fatos que não estão em seu alcance. Já a segunda, consiste em permitir menor margem de erro ao Judiciário, porquanto sua decisão não acontecerá de forma ampla e irrestrita.¹⁶⁹

Nesta esteira, defende-se que as decisões judiciais proferidas sejam estreitas e de menor profundidade, em detrimento das decisões de caráter amplo e de maior profundidade, devendo o Judiciário proferir decisões somente nos casos que se encontram em sua alçada, sem se interpor na esfera de deliberação de outros Poderes.¹⁷⁰

Mesmo que sejam observados os supramencionados critérios, diferentes conflitos podem surgir nos casos práticos da intervenção jurisdicional na execução orçamentária. Por essa razão, como sustenta Régis Fernandes de Oliveira, “há que se examinar a situação específica, para aquilatar o descumprimento de dever fundamental”.¹⁷¹

Ao se analisar as situações específicas, que dão ensejo à intervenção judicial nas políticas públicas e que geram reflexos orçamentários, depreende-se que a

¹⁶⁸ MAURÍCIO JÚNIOR, Alceu. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias**: a intervenção judicial em políticas públicas. Belo horizonte: Fórum, 2009. p. 242.

¹⁶⁹ SUSTEIN, Cass R.. **One case at a time, judicial minimalism on the supreme court**. Cambridge, Harvard University Press, 1999. Apud. A MAURÍCIO JÚNIOR, Alceu. *A revisão judicial das escolhas orçamentárias*: a intervenção judicial em políticas públicas. Belo horizonte: Fórum, 2009. p. 242.

¹⁷⁰ MAURÍCIO JÚNIOR, Alceu. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias**: a intervenção judicial em políticas públicas. Belo horizonte: Fórum, 2009. p. 242

¹⁷¹ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. 3a Edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 453.

programação ou não para a execução de determinada despesa, bem como a disponibilidade ou não de recursos para a realocação, incidirão de maneira aguda na viabilidade dos efeitos decisórios.

Neste diapasão, à luz dos pressupostos anteriormente mencionados para a intervenção judicial na execução orçamentária, bem ainda em atenção às normas para elaboração e execução do orçamento, será realizada a análise acerca do tratamento concedido à matéria no campo prático.

3.3.1 – Controle judicial quando há programação e há disponibilidade de recursos

Nos casos em que há dotação orçamentária destinada para a realização de determinada política, mas a Administração se abstém da sua efetivação, existe a possibilidade da intervenção judicial na execução orçamentária para que se realize tal prestação.

Nesse sentido, importante se ressaltar que a dotação orçamentária destinada à realização de determinada prestação não importa necessariamente em disponibilidade de recursos, porquanto a receita orçamentária não tem o mesmo significado de receita financeira.¹⁷² Há casos em que a projeção das receitas a serem aferidas não encontra real respaldo ao momento da execução orçamentária, o que importará na existência de determinada dotação orçamentária sem a respectiva disponibilidade de recursos.¹⁷³

A questão da inexistência de recursos, a despeito da previsão orçamentária, será observada mais adiante. A hipótese tratada no presente momento é aquela em que, além da previsão orçamentária de um programa, há a efetiva disponibilidade dos recursos aptos a suportar determinada prestação.

Existindo dotação orçamentária, bem como recursos suficientes para sua implementação, o judiciário pode determinar que o Executivo a cumpra, não

¹⁷² LEITE, Harrison Ferreira. **A autoridade da lei orçamentária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.p . 236.

¹⁷³ É o que explica Ricardo Lobo Torres quando afirma que “as políticas públicas dependem de dinheiro, não apenas de verba”. No sentido imprimido pelo autor, o termo “verba” tange aos recursos orçamentários previstos; já o dinheiro são os recursos financeiros aptos a suportar a prestação. (TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário, volume V: o orçamento na constituição**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 61.)

havendo quaisquer problemas no campo da legalidade orçamentária.¹⁷⁴ Consoante a esse entendimento é a decisão proferida pelo Ministro Hamilton Carvalhido nos autos de Mandado de Segurança nº. 14460/DF, o qual, observando a existência de recursos orçamentários e financeiros para o pagamento de valores retroativos econômicos para anistiado militar, entendeu pela possibilidade da realização da ordem de pagamento, haja vista a existência de direito líquido e certo do impetrante do mandado de segurança.¹⁷⁵

Conquanto a inteligência anteriormente apontada verta-se para a possibilidade da intervenção judicial na realização das dotações orçamentárias programadas, porém não implementadas, outras questões assumem particular relevância para a delimitação da atuação judicial. Para Alceu Mauricio Junior, podem ser apontadas as seguintes questões: “problemas técnicos para o fornecimento da prestação; e exercício do poder discricionário administrativo no contingenciamento de recursos”.¹⁷⁶

Os problemas técnicos para o fornecimento de determinada prestação que conta com dotação prevista no orçamento público restam, na maioria das vezes, ligados ao exame de adequação administrativa, recaindo no campo da discricionariedade administrativa.¹⁷⁷ No entanto, tal discricionariedade igualmente não afasta a tutela jurisdicional, com o intuito de discutir os elementos técnico-periciais correlatos ao caso.¹⁷⁸

Um exemplo muito claro da rediscussão de decisão técnica proferida na esfera administrativa pode ser observado na análise do acórdão proferido no Mandado de Segurança nº. 8.895/DF, tendo como relatora a ministra Eliana Calmon, em que foi pleiteado pela via judicial o pagamento de tratamento diverso daquele

¹⁷⁴ MAURÍCIO JÚNIOR, Alceu. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias**: a intervenção judicial em políticas públicas. Belo horizonte: Fórum, 2009. p. 187.

¹⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº. 14460/DF, Relator Hamilton Carvalhido. Brasília, 14 de março de 2011. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18719360/mandado-de-seguranca-ms-14460-df-2009-0123901-0/relatorio-e-voto-18719362>

¹⁷⁶ MAURÍCIO JÚNIOR, Alceu. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias**: a intervenção judicial em políticas públicas. Belo horizonte: Fórum, 2009. p. 265.

¹⁷⁷ A discricionariedade resta intrinsecamente relacionada a dois conceitos: oportunidade e conveniência. A oportunidade denota a escolha do momento mais apropriado para a realização de um determinado ato; já a conveniência importa na avaliação acerca da utilidade, da razoabilidade e da adequação que emergem da sua prática. (LEAL, Vítor Nunes. Reconsideração do tema do abuso de poder. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, seleção histórica. v. 1-150, 1995.)

¹⁷⁸ MAURÍCIO JÚNIOR, Alceu. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias**: a intervenção judicial em políticas públicas. Belo horizonte: Fórum, 2009. p. 267.

ofertado pelo Sistema Único de Saúde, mas que não possuía sua eficácia comprovada. Por essa razão, mesmo havendo dotação orçamentária destinada ao tratamento da retinose pigmentar, bem como recursos suficientes a sua execução, razões técnicas coligadas à prestação do serviço importaram na impossibilidade de concessão do tratamento também na via judicial.¹⁷⁹

Por outro lado, existem casos em que, havendo dotação orçamentária e recursos, bem como inexistindo quaisquer impedimentos técnicos, a Administração entende que não deve executar determinada política, visando o contingenciamento de gastos, novamente em função de seu poder discricionário.

O contingenciamento das despesas previstas no orçamento é uma aptidão reservada ao Administrador, mesmo porque o STF já se pronunciou sobre a natureza jurídica de lei formal do orçamento.¹⁸⁰ Todavia, o referido contingenciamento deve ser feito de maneira justificada, atendendo um relativo grau de razoabilidade, na medida que o orçamento público reflete o juízo de aprovação realizado pelo Poder Legislativo.¹⁸¹

Outrossim, o contingenciamento das despesas previstas no orçamento deve ser evitado quando afetar prestações que visem atender direitos fundamentais. Aí se enquadra, por exemplo, o contingenciamento de gastos que afeta a realização dos direitos fundamentais, inadimplindo o dever do Estado de garantir o mínimo existencial e, por conseguinte, de proteção da dignidade da pessoa humana.¹⁸²

3.3.2 – Controle judicial quando há programação, mas indisponibilidade de recursos

Por outro lado, existem casos em que, apesar da existência da programação para a realização de determinada despesa, o recurso financeiro destinado ao seu

¹⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº. 8.895. Relatora: Eliana Calmon. Brasília, 22 de outubro de 2003. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 24 out. 2014.

¹⁸⁰ “[...] só se consideram objeto idôneo do controle abstrato de constitucionalidade os atos normativos dotados de generalidade, o que exclui os que, malgrado sua forma de lei, veiculam atos de efeito concreto, como sucede com as normas individuais de autorização que conformam originalmente o orçamento da despesa ou viabilizam sua alteração no curso do exercício. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº. 1716. Relator: Sepúlveda Pertence. Distrito Federal, 19 de dezembro de 1997. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 23 out. 2014.

¹⁸¹ MAURÍCIO JÚNIOR, Alceu. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias**: a intervenção judicial em políticas públicas. Belo horizonte: Fórum, 2009. p. 266.

¹⁸² MAURÍCIO JÚNIOR, Alceu. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias**: a intervenção judicial em políticas públicas. Belo horizonte: Fórum, 2009. p. 266-267.

cumprimento acaba sendo insuficiente, impossibilitando tal gasto. Para Harrison Ferreira Leite, tal hipótese pode acontecer quando (i) frustrada a expectativa de receita, (ii) houver fato imprevisto que impossibilitou a disponibilidade dos recursos precedentemente programados, ou (iii) quando houver contingenciamento de recursos.¹⁸³ Caso se vislumbre a situação em questão, o autor defende que:

(i) Sendo caso de ausência total de recursos, por frustração da receita, aplica-se o discernimento aventado no tópico precedente, por configurar verdadeiro estado de necessidade, em que a decisão ou as decisões judiciais não devam ser cumpridas pela Administração. Cumpre lembrar que o Judiciário poderá analisar, na possibilidade de controle sobre a irracionalidade ou má-fé do orçamento, se a previsão orçamentária foi correlata com a realidade ou foi meramente fictícia.

(ii) No caso de fato imprevisto que impossibilitou o repasse, deve-se ater à natureza e à justificação do ato impeditivo do repasse, bem como à prioridade do gasto, de modo que o mesmo demonstre razão fundante maior que a destinação originária da norma orçamentária. O certo é que, como o programa foi previsto, o Executivo deverá cumprir a norma orçamentária, dentro das disponibilidades financeiras.

(iii) Por fim, na hipótese de contingenciamento de recursos, deve-se verificar se o mesmo se deu dentro das hipóteses legalmente previstas, e, assim mesmo, analisar a justificação do ato, uma vez que, tendo em vista a oportunidade e a conveniência da Administração em fazê-lo, a justificação e a motivação dos atos de discricionariedade não estão alheios à análise judicial.¹⁸⁴

De pronto, válido ressaltar a discordância com o terceiro ponto elencado na supramencionada obra. Isto porque, conforme anteriormente expresso, o contingenciamento de gastos, mesmo que atenda razões mediatas, insere-se na esfera da discricionariedade administrativa. Com efeito, não se trata de hipótese de ausência de recursos propriamente dita, mas de uma alteração motivada, promovida sobre a execução orçamentária de acordo com a discricionariedade do administrador.

De todo modo, observa-se a insuficiência de recursos financeiros, que obsta a realização de determinada prestação prevista no orçamento e limita a ação governamental. Tal incapacidade financeira de arcar com as despesas programadas

¹⁸³ LEITE, Harrison Ferreira. **A autoridade da lei orçamentária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 251.

¹⁸⁴ LEITE, Harrison Ferreira. **A autoridade da lei orçamentária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 251.

é uma questão de fato, que deve ser devidamente comprovada, caso seja objeto de ação judicial.¹⁸⁵

As considerações procedidas pelo Ministro Celso de Mello, ao momento da elaboração de seu voto na ADPF n.º. 45/DF tem particular relevância para nortear a análise da temática da indisponibilidade de recursos:

[...] Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível”, notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele - a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.¹⁸⁶

Pode-se observar de maneira muito clara a interferência da insuficiência de recursos financeiros na execução das dotações programadas mediante a análise do acórdão proferido pela Ministra Eliana Calmon, ao julgar o Mandado de Segurança n.º. 18.760/DF.¹⁸⁷ Nesses autos, tem-se a matéria fática muito assemelhada ao Mandado de Segurança n.º. 14460/DF, no qual eram existentes os recursos orçamentários e financeiros para o pagamento de valores econômicos retroativos para anistiado militar. Todavia, o caso em tela foi permeado pela peculiaridade da ausência de recursos financeiros disponíveis para a execução da dotação prevista, entendendo a Ministra Eliana Calmon pela garantia do direito subjetivo individual

¹⁸⁵ MAURÍCIO JÚNIOR, Alceu. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias**: a intervenção judicial em políticas públicas. Belo horizonte: Fórum, 2009. p. 268.

¹⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial n.º. 436996. Relator: Celso Antonio Bandeira de Mello. Brasília, 26 de outubro de 2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re436996.pdf>. Acesso em: 23 out. 2014.

¹⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança n.º 18.760. Relatora: Eliana Calmon. Brasília, 11 de dezembro de 2013. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 24 out. 2014.

pelo pagamento de precatórios ou inserção como dotação no exercício orçamentário seguinte.

Da análise e comparação dos supramencionados julgados observa-se que, não obstante haja dotação orçamentária prevista, a existência de recursos aptos a suportar tal prestação tem fundamental papel na delimitação dos efeitos da decisão judicial exarada.

Sem dúvida, a limitação imposta a execução orçamentária, graças a ausência de recursos, resta inserida no debate acerca da reserva do possível. Tendo em conta os custos inerentes às prestações estatais positivas, impõe-se de maneira clara a escassez de recursos para o adimplemento de todas as prestações, razão pela qual atribui-se à discricionariedade do administrador a alocação dos recursos da forma mais consentânea as necessidades da população.

O Ministro Humberto Martins, em seu voto para o julgamento do Recurso Especial nº.1185474/SC¹⁸⁸, que versava acerca do acesso à creche aos menores de até 6 anos de idade, teceu considerações escorreitas sobre a relação entre a discricionariedade do administrador na alocação de recursos, o mínimo existencial e a reserva do possível. Para o Ministro, a dimensão fática da reserva do possível trata de questão vinculada à problemática da escassez, que decorre, muitas vezes, do processo de escolha empreendido no âmago da Administração.

Explica-se: ao destinar recursos para uma determinada área, o administrador deixa de contemplá-los em outra, haja vista a impossibilidade de se cumprir todas as prestações atraídas pelo Estado. Sendo assim, a reserva do possível não pode ser oposta frente à efetivação dos direitos fundamentais, porquanto há ligação intrínseca desses com a dignidade humana e, por isso, não podem ser limitados pela escassez quando esta é fruto de escolhas do administrador. Por todo o exposto, e por entender que o direito à educação de menores de até 6 anos de idade se enquadra no rol dos direitos fundamentais, o Ministro entendeu pela possibilidade de intervenção do judiciário nas implementação das políticas previstas no orçamento, fazendo, todavia, a seguinte ressalva:

Porém é preciso fazer uma ressalva no sentido de que mesmo com a alocação dos recursos no atendimento do mínimo existencial persista a

¹⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 1185474. Relator: Humberto Martins. Brasília, 20 de abril de 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 24 out. 2014.

carência orçamentária para atender a todas as demandas. Nesse caso, a escassez não seria fruto da escolha de atividades não prioritárias, mas sim da real insuficiência orçamentária. Em situações limítrofes como essa, não há como o Poder Judiciário imiscuir-se nos planos governamentais, pois estes, dentro do que é possível, estão de acordo com a Constituição, não havendo omissão injustificável.¹⁸⁹

Assinalou o Ministro que somente quando a escassez de recursos se dirigir à execução de todo o orçamento é que poderá ser alegada a reserva do possível para a não realização de prestações de cunho fundamental. Nesse caso, exaure-se a mera margem de discricionariedade do administrador, porquanto as próprias razões fáticas impedem a execução de todo o orçamento, importando em escolhas trágicas, nas quais não se podem realizar todas as prestações ligadas ao mínimo existencial.¹⁹⁰

No entanto, muito raras são as hipóteses em que a execução do orçamento é prejudicada em sua conjuntura, tendo em vista o atual estado de relativo equilíbrio da economia brasileira. Por essa razão, boa parte das decisões procura assegurar o mínimo existencial em detrimento da reserva do possível, pois dificilmente há prova cabal da inexistência de recursos para a execução orçamentária, principalmente em se tratando de matéria relativa aos direitos fundamentais.

Destarte, o entendimento dos Tribunais Superiores no Brasil tem vertido para a concessão das prestações voltadas para a realização dos direitos fundamentais, sobretudo do mínimo existencial, como é o caso da de outra decisão proferida pelo Ministro Humberto Martins, desta vez ao julgar ação civil pública que pleiteava o fornecimento de equipamentos a hospital universitário.¹⁹¹ No caso em comento, observando-se a necessidade de se assegurar o mínimo da dignidade humana por meio de serviços públicos essenciais, como é o caso da saúde e educação, houve o entendimento pela impossibilidade do Estado se omitir em fornecer ao hospital aparelhos que assegurem a devida realização das prestações empreendidas em tal estabelecimento.

Vislumbra-se, pois, nos casos em que a ausência de recursos atinja a execução de despesas cujo objetivo é voltado para a realização dos direitos

¹⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 1185474. Relator: Humberto Martins. Brasília, 20 de abril de 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 24 out. 2014.

¹⁹⁰ MAURÍCIO JÚNIOR, Alceu. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias**: a intervenção judicial em políticas públicas. Belo horizonte: Fórum, 2009. p. 268.

¹⁹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 1041197. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, 25 de agosto de 2009. Disponível em: : <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 24 out. 2014.

fundamentais, sobretudo, do mínimo existencial, pode o judiciário intervir para a efetivação da prestação estatal. Isso porque, como ressalta Ricardo Lobo Torres, “A proteção dos mínimo existencial não se encontra sob a *reserva do possível*, pois a sua fruição não depende do orçamento nem de políticas públicas, ao contrario do que acontece com os direitos sociais”.¹⁹²

3.3.3 – Controle Judicial quando não há programação orçamentária

As hipóteses precedentemente aventadas, independentemente da disponibilidade ou não de recursos financeiros, contavam com a programação da despesa para a realização de determinada prestação estatal. Todavia, existem casos em que sequer foi dada alusão orçamentária a realização das despesas, o que pode ensejar algumas dificuldades quanto à intervenção judicial.

Nesses casos, há que se considerar que determinada programação não foi inserida na Lei Orçamentária, após a análise técnica da Administração, que elegeu as prioridades orçamentárias. Assim, a intervenção judicial na execução orçamentária deve se dar com maior circunspeção, pois vislumbram-se reais chances de importar em incisivos impactos alocativos.

Tal cautela pode ser observada de maneira mais clara, quando analisados os precedentes dos Tribunais de Justiça, os quais versam mormente sobre prestação de serviços na seara estadual e municipal. Isto porque, como próprio consectário do modelo de federalismo brasileiro, os Estados e Municípios possuem, sem dúvida, menor capacidade econômica do que a União. Daí se depreende que as políticas a serem implementadas em tais esferas possuem menor aporte financeiro e, logicamente, subsiste uma menor margem de discricionariedade ao administrador, que enfrenta a problemática da escassez de maneira mais incisiva em comparação com a União.

Vejamos o acórdão relativo aos autos de nº. 9151164/PR¹⁹³, que teve seu trâmite perante o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, no qual, por meio de ação civil pública, foi pleiteado o aumento do número de Unidades de Terapia

¹⁹² TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário, volume V: o orçamento na constituição**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 407.

¹⁹³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível nº. 9151164. Relator: Leonel Cunha. Curitiba, 02 de outubro de 2012. Disponível em: <http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. Acesso em: 24 out. 2014.

Intensiva (UTI's) no Município de Ponta Grossa. Conforme relatado pelo Juiz de Direito Leonel Cunha, o Município de Ponta Grossa possuía política em execução para o aumento de UTI's, razão pela qual a intervenção judicial para a que fossem garantidas unidades para além do número planejado seria desarrazoado. A decisão do magistrado fora fundamentada, sobretudo, na inexistência de dotação orçamentária prevista, bem como na escassez de recursos financeiros para tanto.

Em consonância à supramencionada decisão, podem-se observar diversos julgamentos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, como é o caso dos autos de Ação Civil Pública de nº. 6751591/PR¹⁹⁴, 1091406-4/PR¹⁹⁵ e 972825-4/PR¹⁹⁶, cuja fundamentação resta assentada sobre a separação dos Poderes, a discricionariedade administrativa e a ausência de recursos, tanto orçamentários, quanto financeiros, para a implementação de determinada política.

Válido ressaltar que a inexistência da programação de prestações no orçamento não importa em completo afastamento da atividade jurisdicional para o controle a atividade realizada pelo Poder Executivo.¹⁹⁷ Nesta seara, pode-se observar a negligência de vinculações constitucionais explícitas, cujo descumprimento pode ser levado ao Judiciário, para que haja a revisão das escolhas transcritas no orçamento.¹⁹⁸

De outra senda, também pode ocorrer a revisão das alocações orçamentárias nos casos em que não são incluídas as verbas necessárias aos programas previstos em lei.¹⁹⁹ Tal entendimento é observado no RESP nº. 493.811/SP²⁰⁰, no qual foi provido o recurso do Ministério Público, que pleiteava a introdução no plano

¹⁹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível nº. 6751591. Relator: Abraham Lincoln Calixto. Curitiba, 28 de setembro de 2010. Disponível em: <http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. Acesso em: 25 out. 2014.

¹⁹⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível nº. 1091406-4. Relatora: Lélia Samardã Giacomet. Curitiba, 4 de abril de 2014. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 25 out. 2014.

¹⁹⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível nº. 972825-4. Rel.: Abraham Lincoln Calixto. Curitiba, 26 de março de 2013). Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 23 out. 2014.

¹⁹⁷ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário, volume V: o orçamento na constituição**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 408.

¹⁹⁸ MAURÍCIO JÚNIOR, Alceu. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias: a intervenção judicial em políticas públicas**. Belo horizonte: Fórum, 2009. p. 264.

¹⁹⁹ MAURÍCIO JÚNIOR, Alceu. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias: a intervenção judicial em políticas públicas**. Belo horizonte: Fórum, 2009. p. 264.

²⁰⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 493811. Relatora: Eliana Calmon. Brasília, 11 de novembro 2003. Disponível em <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 25 out. 2014.

orçamentário de dotação para realização de diretriz implementada pela resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.

Ainda, pode-se observar na decisão acima citada de outro importante mecanismo ao alcance do judiciário para que sejam reduzidos os impactos alocativos emergentes a sua decisão, qual seja a determinação de inclusão da prestação deferida no próximo exercício orçamentário. Nesse sentido, Clèmerson Clève faz os seguintes apontamentos sobre o papel do Poder Judiciário na elaboração e controle das políticas públicas:

“Um bom caminho para cobrar a realização progressiva desses direitos (porque são direitos de eficácia progressiva) é o das ações coletivas, especialmente, das ações civis públicas. Tratar-se-ia de compelir o Poder Público a adotar políticas para, num universo temporal definido cinco ou dez anos), resolver o problema da moradia, do acesso ao lazer, à educação, etc. É claro que, neste caso, emerge o problema orçamentário. Todavia, cumpre compelir o Estado a contemplar no Orçamento dotações específicas para tal finalidade, de modo a, num prazo determinado, resolver o problema do acesso do cidadão a esses direitos. Desse modo, tratar-se-ia de compelir o Poder Público a cumprir a lei orçamentária que contenha as dotações necessárias (evitando, assim, os remanejamentos de recursos para outras finalidades), assim como de obrigar o Estado a prever na lei orçamentária os recursos previstos para, de forma progressiva”.²⁰¹

Nas questões correlatas à realização do mínimo existencial, a inexistência de dotação orçamentária destinada à efetivação de determinada política igualmente “não deve preocupar ao juiz que lhe incumbe a administração da justiça, mas, apenas ao administrador que deve atender equilibradamente as necessidades dos súditos, principalmente os mais necessitados e os doentes”.²⁰² Como nos demais casos já citados, a realização do direito fundamental ao mínimo existencial não há de ser obstada pela inexistência de programação orçamentária.

As considerações precedentemente elaboradas voltam-se para a possibilidade da intervenção judicial nas políticas públicas, apesar dos impactos que podem ser gerados no orçamento público. Obviamente, deve haver relativa cautela em tal atividade judicial, porquanto os impactos alocativos podem produzir resultados infaustos à execução orçamentária como um todo.

²⁰¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais**. In: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. v. 3. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2003. p. 299.

²⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 273834. Relator: Celso Antonio Bandeira de Mello. Brasília, 23 de agosto de 2000. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 25 out. 2014.

Diante disso, Ricardo Lobo Torres observa que a “omissão do legislador ou da lacuna orçamentária deve ser realizada por instrumentos orçamentários, e jamais à margem das regras constitucionais que regulam o orçamento”.²⁰³ Dessa forma, inexistindo dotação orçamentária para a realização de quaisquer despesas, a abertura de créditos continua a ser aptidão do Poder Executivo e Legislativo e não do Judiciário.²⁰⁴

²⁰³ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário, volume V: o orçamento na constituição**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 409.

²⁰⁴ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário, volume V: o orçamento na constituição**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 409.

CONCLUSÃO

A atividade financeira do Estado é extremamente complexa, porquanto trata de um sem número de variáveis, que devem restar transcritas de maneira ostensiva no orçamento público. Cada receita prevista e cada despesa autorizada pela Lei Orçamentária resguardam caráter notadamente político, por se tratarem de escolhas empreendidas pelos representantes democraticamente eleitos.

Dessa forma, o plano orçamentário congloba a análise conjuntural das necessidades da sociedade, fixadas pelos seus representantes, levando em conta todo um arcabouço de regras que regem a atividade financeira, bem como a possibilidade econômica da prestação dos serviços cuja competência é atribuída ao Estado.

Nesse cenário, a elaboração e execução do plano orçamentário é atividade típica dos Poderes Executivo e Legislativo, que detêm todo um aparato técnico e normativo para a realização de tais atividades. O Poder Judiciário, por outro lado, tem toda a sua estrutura voltada para a resolução de lides trazidas por pessoas de direito público ou privado, bem como para a promoção do controle interno administrativo. Logo, a execução orçamentária se afasta da função jurisdicional, atividade típica e constitucionalmente atribuída ao Poder Judiciário.

Por outro lado, o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal determina a impossibilidade do Poder Judiciário se furtar a apreciação de ameaça ou lesão de direitos. Ocorre que, muitas vezes, a lesão aos direitos é perpetrada pelo próprio governante ao elaborar e executar o plano orçamentário, exigindo-se uma performance ativa do Poder Judiciário, o qual acaba por se imiscuir na realização das atividades típicas dos outros Poderes.

Ora, se a Lei Fundamental confere ao Poder Judiciário o dever de guarda de sua eficácia, não pode, de maneira alguma, a atipicidade da atuação judicial na fixação e execução de políticas públicas ser guinada a óbice da realização dos princípios constitucionais. Todavia, conquanto seja possível a atuação do Judiciário na implementação das políticas públicas, se tal função não é típica do Judiciário, sua ostensiva prática pode ser temerária.

Com efeito, com o olhar voltado para as modalidades de direitos que presumem uma postura ativa do Estado, quais sejam os direitos sociais, foram deduzidas algumas conclusões, com relação aos pressupostos da intervenção judicial nas políticas públicas, sem olvidar os impactos alocativos dela decorrente.

A intervenção judicial na execução das políticas públicas e, por conseguinte do orçamento, obviamente deverá se dar em função de legítimo direito, que deverá ser apurado mediante processo judicial. No entanto, não basta para que haja a intervenção judicial na execução orçamentária o reconhecimento de direito subjetivo, devendo ser analisada a possibilidade fática de sua realização.

Em primeiro lugar, deve se verificar se a prestação é tecnicamente possível, levando-se em conta a complexidade de sua realização, sendo que, quanto menos complexa é a sua efetivação, maior a possibilidade de ser concedida. Ato contínuo, impende ter em conta a possibilidade de enquadrar-se tal prestação em dotação orçamentária programada, o que facilita a sua execução. Por derradeiro, tem-se a necessidade de se avaliar a existência de recursos financeiros, não só orçamentários, aptos a suportar os custos dessa prestação, vislumbrando-se os casos de frustração de receita e casos em que há despesas extraordinárias. Caso sejam preenchidos todos os requisitos anteriormente expostos, a decisão deve, ainda, ser prolatada de maneira minimalista, visando produzir efeitos da menor amplitude e profundidade possíveis.

No entanto, apesar da análise precedentemente proposta acerca da exequibilidade de determinada prestação, existe um caso cuja ponderação sempre penderá para a intervenção judicial na execução orçamentária: quando o pleito versar sobre descumprimento de direitos fundamentais. No caso dos direitos sociais, cujo conteúdo é indefinido, afigura-se como direito fundamental a inequívoca margem de satisfação mínima, a qual se conceitua como direito ao *mínimo existencial*. Nesse caso, independente da tecnicidade da prestação, da existência de programação ou, ainda, de recursos financeiros disponíveis para sua execução, deverá ser perquirida a realização dos direitos fundamentais.

Destarte, em que pese a apresentação da problemática engendrada à ostensiva intervenção judicial na realização das políticas públicas, não se pode negar a importância do Poder Judiciário para a proteção dos direitos fundamentais,

atuando, sobretudo, como catalisador dos anseios da população para fixar o conteúdo desses direitos.

Deve, pois, ser ressaltado o papel dialógico do Poder Judiciário junto ao Executivo e ao Legislativo no sentido de traçar as necessidades mais prementes da população, na medida que a concretização dos direitos fundamentais é, sem dúvida, atribuição concorrente dos Três Poderes.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha: em busca de critérios Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ATRIA, Fernando. **El derecho y la contingência de lo político**. Revista Doxa: Cuadernos de Filosofia del Derecho . n. 26, 2003.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. In: BARROSO, Luís Roberto(org). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. São Paulo: Renovar, 2011. 1-48. p. 47

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em [HTTP://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf](http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf) p. 1.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil: Promulgada em 5 de Outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1991. v. 6.

BLIACHERIENE, Ana Carla. **Fiscalização financeira e orçamentária: controle interno, controle externo e controle social do orçamento.** In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. *Orçamentos públicos e direito financeiro.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BORGES, José Souto Maior. **Introdução ao direito financeiro.** São Paulo: Max Limonad, 1998.

BRITTO, Carlos Augusto Ayres de Freitas. **Distinção entre “controle social do poder” e “participação popular”.** Disponível em http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/9/docs/doutrinaparcels_06.pdf.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **As políticas públicas e o direito administrativo.** Revista Trimestral de Direito Público. n. 13. São Paulo: Malheiros, 1996.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito.** In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico.* São Paulo: Saraiva, 2006.

BUJANDA, Sainz de. **Lecciones de derecho financiero.** Madri: Artes Gráficas Benzal, 1968.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Teoria da Constituição e Direito Constitucional.** 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário.** 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais.** In: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional.* v. 3. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2003.

CONTI, José Maurício (coordenador). **Orçamentos Públicos: a Lei 4.320/1964 comentada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**. São Paulo: Saraiva, 2008.

DEODATO, Alberto. **Manual de ciência das finanças**. São Paulo: Saraiva, 1969.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos – direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2005.

GIACOMONI, James. **Orçamento público**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1989.

HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

HARADA, Kiyoshi. **Fiscalização financeira e orçamentária e a atuação dos Tribunais de Contas. Controle interno, controle externo e controle social do orçamento**. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. *Orçamentos públicos e direito financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

HARADA, Kiyoshi. **Leis orçamentárias**. Revista Tributária e de Finanças Públicas, São Paulo, v. 112, p. 123-138, set./out. 2013.

HORVATH, Estevão. **Lançamento tributário e “autolançamento”**. São Paulo: Dialética, 1997.

JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. **Manual de direito financeiro e tributário**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

JÚNIOR, José Teixeira Machado; REIS, Heraldo da Costa. **A lei 4320 comentada**. 31. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: IBAM, 2003.

KANAYAMA, Rodrigo Luís. **Direito Política e Consenso: a escolha eficiente de políticas públicas**. Tese de Doutorado defendida perante a Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2012.

LEE, Rex. **Legislative and Judicial Questions**. Harvard Journal Law & Public Politics. vol. 07, 1984. Apud: LEITE, Harrison Ferreira. *A autoridade da lei orçamentária*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

LEITE, Harrison Ferreira. **A autoridade da lei orçamentária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

LIMA, George Marmelstein. **Efetivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais**. Dissertação de Mestrado. Fortaleza, 2005. Disponível em www.georgemlima.blogspot.com.

MAURÍCIO JÚNIOR, Alceu. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias: a intervenção judicial em políticas públicas**. Belo horizonte: Fórum, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Curso de Direito Administrativo Brasileiro**. 36. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2010.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Curso de direito financeiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

NOVAES, Maria Elisa Cesar. **Decisões judiciais e orçamentos públicos**. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. *Orçamentos públicos e direito financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. 3ª. Ed. Rev. e Atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. **A petrificação do direito à saúde – limites e possibilidades**. In: PASSOS, Jaceguara Dantas da Silva; AMARAL, Ana Paula

Martins Amaral. *Coletânea de Direito Constitucional*. Campo Grande: Alvorada, 2011.

ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio F. da. **Manual de direito financeiro e direito tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SANTOS, Jair Lima. **O TCU e os controles estatal e social da administração pública**. Revista do Tribunal de Contas da União. v. 34, n. 94, out/dez. 2002.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. 1ª edição – segunda tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SCAFF, Fernando Facury. **O jardim e a praça ou a dignidade da pessoa humana e o direito tributário e financeiro**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Porto Alegre. 2006, v. 4.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Orçamento-programa no Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

SOUZA, Osvaldo Rodrigues de. **A força das decisões do Tribunal de Contas**. Brasília: Brasília Jurídicas, 1998.

TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial e os direitos fundamentais**, Revista de Direito Administrativo 177:29-49, 1989.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 19. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário, volume V: o orçamento na constituição**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TRISTÃO, Gilberto. **Dificuldades na democratização do orçamento público.** Revista de Informação Legislativa. Brasília. Ano 26, n. 104, 1989.

JURISPRUDÊNCIA UTILIZADA

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 273834. Relator: Celso Antonio Bandeira de Mello. Brasília, 23 de agosto de 2000. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 25 out. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 18.760. Relatora: Eliana Calmon. Brasília, 11 de dezembro de 2013. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 24 out. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 18.760. Relatora: Eliana Calmon. Brasília, 11 de dezembro de 2013. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 24 out. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº. 14460/DF, Relator Hamilton Carvalhido. Brasília, 14 de março de 2011. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18719360/mandado-de-seguranca-ms-14460-df-2009-0123901-0/relatorio-e-voto-18719362>. Acesso em: 23 out. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº. 8.895. Relatora: Eliana Calmon. Brasília, 22 de outubro de 2003. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 24 out. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 1041197. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, 25 de agosto de 2009. Disponível em: : <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 24 out. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 1185474. Relator: Humberto Martins. Brasília, 20 de abril de 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 24 out. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 1185474. Relator: Humberto Martins. Brasília, 20 de abril de 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 24 out. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 493811. Relatora: Eliana Calmon. Brasília, 11 de novembro 2003. Disponível em <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 25 out. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº. 1716. Relator: Sepúlveda Pertence. Distrito Federal, 19 de dezembro de 1997. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 23 out. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 45. Relator: Celso Antonio Bandeira de Mello. Brasília, 29 de abril de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br> Acessado em: 2 outubro de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº. 436996. Relator: Celso Antonio Bandeira de Mello. Brasília, 26 de outubro de 2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re436996.pdf>. Acesso em: 23 out. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº. 436996. Relator: Celso Antonio Bandeira de Mello. Brasília, 26 de outubro de 2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re436996.pdf>. Acesso em: 23 out. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível nº. 972825-4. Rel.: Abraham Lincoln Calixto. Curitiba, 26 de março de 2013). Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 23 out. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível nº. 1091406-4. Relatora: Lélia Samardã Giacomet. Curitiba, 4 de abril de 2014. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 25 out. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível nº. 6751591. Relator: Abraham Lincoln Calixto. Curitiba, 28 de setembro de 2010. Disponível em: <http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. Acesso em: 25 out. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível nº. 9151164. Relator: Leonel Cunha. Curitiba, 02 de outubro de 2012. Disponível em: <http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. Acesso em: 24 out. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível nº. 972825-4. Rel.: Abraham Lincoln Calixto. Curitiba, 26 de março de 2013). Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 23 out. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível nº. 1091406-4. Relatora: Lélia Samardã Giacomet. Curitiba, 4 de abril de 2014. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 25 out. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível nº. 6751591. Relator: Abraham Lincoln Calixto. Curitiba, 28 de setembro de 2010. Disponível em: <http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. Acesso em: 25 out. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível nº. 9151164. Relator: Leonel Cunha. Curitiba, 02 de outubro de 2012. Disponível em: <http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. Acesso em: 24 out. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 7000962245. Relator: Araken de Assis. Porto Alegre, 27 de outubro de 2004. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/site/>. Acesso em: 15 de outubro de 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Mandado de Segurança nº. 74104. Relator: Antonio Sávio de Oliveira Chaves. Brasília, 11 de junho de 2003. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/index.php?secao=DF>. Acesso em 28 set. 2014.